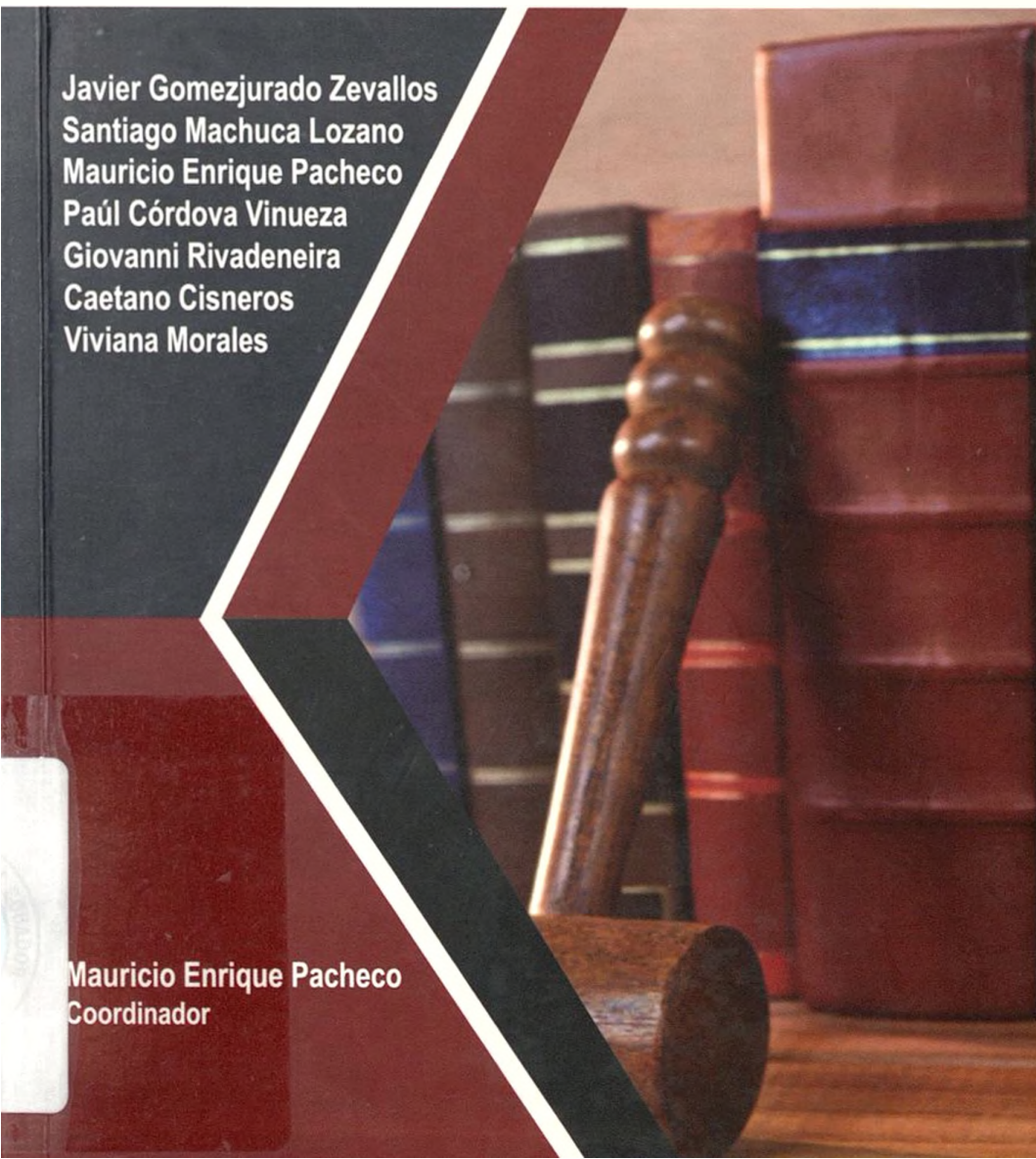


DERECHO Y SOCIEDAD

Javier Gomezjurado Zevallos
Santiago Machuca Lozano
Mauricio Enrique Pacheco
Paúl Córdova Vinuesa
Giovanni Rivadeneira
Caetano Cisneros
Viviana Morales

Mauricio Enrique Pacheco
Coordinador



El Derecho y la sociedad son dos planos fundidos en la realidad actual que se encuentran íntimamente relacionados. No puede existir lo uno sin lo otro. La sociedad necesita del Derecho en cuanto regulador de conductas de convivencia racionalizada y el Derecho requiere de la sociedad como espacio sintetizador de su utilidad e instrumentalidad y la fuente de su creación y recreación.

La sociedad es el espacio en donde el derecho cumple la finalidad primordial de alinearse siempre con el concepto de dignidad humana entendida esta como el plano referencial supremo sobre el cual debe construirse derecho y sociedad. El respeto al proyecto de vida y a la libre determinación de la persona humana cuyo único límite de actuación es el derecho de los demás debe siempre permanecer iluminando las construcciones jurídicas desde todos los campos del conocimiento jurídico.

M.E.P.

340
D 431

- Responsabilidad objetiva
- Derechos Humanos
- Igualdad Jurídica y Política
- Reparación Integral
- Derecho Constitucional

INVENTARIO

Compra: Dinación: ☒ Transfer: ☐

Proveedor: Autor: Gómez Juarez Juarez

Factura: Fecha: Precio:

Nº Inf. Recep.: Fecha Inf.:

Nº Alta:

Biblioteca: Facultad de Jurisprudencia

C: 11570

Donacion Dr. Javier Gomez Juarez
12- mayo 2018

PPB
E103
B06

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

CD/115701

DERECHO Y SOCIEDAD

Viviana Morales Naranjo ✓

Giovanni Rivadeneira ✓

Javier Gomezjurado Zevallos ✓

Santiago Machuca Lozano ✓

Caetano Cisneros ✓

Paúl Córdova Vinueza ✓

Mauricio Enrique Pacheco

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco ✓

Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador

-2017-

DERECHO Y SOCIEDAD

Viviana Morales
Giovanni Rivadeneira
Javier Gomezjurado Zevallos
Santiago Machuca Lozano
Caetano Cisneros
Paúl Córdova Vinueza
Mauricio Enrique Pacheco

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco

ISBN 978-9942-30-446-9

© de esta edición: Facultad de Jurisprudencia UC

Diseño e impresión
PPL Impresores • 2529762
pplimpresores@gmail.com

Impreso en Quito, Ecuador
diciembre 2017

INDICE DE CONTENIDOS

Prólogo

Presentación

EL DAÑO SIN CULPA: LA CONSAGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACION EN ECUADOR

Viviana Morales 21

Introducción 22

Primera parte: El régimen de la responsabilidad objetiva en
Derecho Administrativo 30

Tipos de responsabilidad objetiva 31

Elementos de la responsabilidad objetiva 56

Segunda parte: El régimen administrativo de la responsabilidad
objetiva desde la óptica ecuatoriana 80

Nacimiento y consagración de la responsabilidad objetiva 80

Procedimiento para ejercer una acción de responsabilidad objetiva 88

La responsabilidad objetiva bajo el nuevo proyecto de Código
Orgánico Administrativo-COA 96

Conclusiones 102

Bibliografía 104

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Giovanni Rivadeneira 111

Introducción 111

La convención internacional sobre los derechos de las personas
con discapacidad fue aprobada por consenso en la asamblea
general de naciones 112

Modelo médico y al modelo social 118

Ecuador y el modelo social 120

Pobreza e inclusión social 125

Inclusión social y discapacidad 130

Discapacidad y derechos 136

Conclusiones	142
Bibliografía	143

**JOSÉ MEJÍA LEQUERICA Y SUS IDEAS DE IGUALDAD
JURÍDICA Y POLÍTICA DE HISPANOAMÉRICA Y ESPAÑA,
ANTE LAS CORTES DE CÁDIZ (1810-1813)**

Javier Gomezjurado Zevallos	147
Introducción	147
Quito, la ilustración y José Mejía Lequerica	149
Quito en el siglo XVIII	149
El movimiento ilustrado en Quito en la segunda mitad del siglo XVIII	151
La condición de 'ilegitimidad' de José Mejía Lequerica	153
Mejía Lequerica como representante del movimiento ilustrado quiteño	156
El alejamiento de su tierra y su arribo a la península	161
Mejía y las Cortes de Cádiz	164
La situación en la península en 1808 y 1809	164
La trayectoria de José Mejía hacia las Cortes de Cádiz	166
El debate en torno a la igualdad política de Hispanoamérica y España	169
Conclusiones	183
Fuentes y bibliografía	185

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS
Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS
DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN ELECTORAL EN EL ECUADOR**

Santiago Machuca Lozano	191
Introducción	192
La importancia de los derechos políticos	195
Aspectos a tomarse en cuenta para la regulación del ejercicio de los derechos políticos	196
Control de constitucionalidad y control de legalidad	203
El control de legalidad y constitucionalidad en el Ecuador sobre las decisiones de la jurisdicción electoral	211
Bibliografía	217

LOS DERECHOS GENERACIONALES EN LA CONSTITUCION ECUATORIANA DEL 2008: CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN EN LA NORMATIVA ECUATORIANA Caetano Cisneros	221
Introducción	221
Breve análisis histórico de los derechos humanos	222
Los Derechos Humanos de Tercera Generación en el Ecuador	230
Conclusiones	244
Bibliografía	246
REPARACIÓN INTEGRAL Y CORTES DIALÓGICAS. POR UN SISTEMA MULTINIVEL DE POLÍTICAS REPARATORIAS FORMULADAS POR LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS, LA COMUNIDAD Y LOS PODERES PÚBLICOS PARA PROTEGER DERECHOS Paúl Córdova Vinueza	249
Resumen	249
Introducción	250
La interacción dialógica de los jueces locales e interamericanos con la ciudadanía para la reparación integral	251
Activismos dialógicos jurisdiccionales y litigantes para conectar las decisiones judiciales a las políticas de reparación	252
Decisiones judiciales y políticas reparatorias desde un constitucionalismo dialógico.	255
¿Por qué el diálogo judicial intercomunitario e interjurisdiccional puede profundizar la protección a los derechos y su reparación?	260
Los puentes conversacionales entre las autoridades, la ciudadanía y los jueces locales e interamericanos para promover la reparación integral de derechos. Conclusiones	263
Bibliografía	265
¿TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS? Mauricio Enrique Pacheco	269

Resumen	260
Caso ecuatoriano	270
Derechos fundamentales de las personas jurídicas	271
Derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público	273
Los derechos fundamentales de las asociaciones de hecho o personas no jurídicas	276
Los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado	278
¿Cuáles son los derechos fundamentales de las personas jurídicas?	281
Derechos de los que no puede ser titular la persona jurídica atendiendo su propia naturaleza	283
Los derechos fundamentales de las personas jurídicas según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos	286
Conclusiones	289
Bibliografía	291

PRÓLOGO

Hay un hecho inmanente que a través del tiempo ha terminado configurando el actual carácter esencialmente humanista de la Universidad Central del Ecuador: la libertad de pensamiento y el profundo respeto a toda manifestación enmarcada dentro de un concepto de pluralismo jurídico configurado a través del pensamiento autónomo de los maestros, docentes e investigadores que hemos tenido el orgullo de contar, en la larga y fructífera historia, como integrantes del cuerpo docente de nuestra gloriosa facultad.

Determinados por una ineludible preocupación académica y social emanada por una reforma constitucional y penal como la que experimentamos cuando la Constituyente de Montecristi expidió la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 y, posteriormente, cuando la Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia plena en agosto del 2014, como autoridades de una de las universidades más importantes del país no podíamos distraernos de la tarea de fomentar e incentivar la investigación académica y científica encarnada como razón de ser de todo centro educativo superior que se aprecie de tal. Lastimosamente en un contexto de crisis económica y de problemas socio-políticos de enorme complejidad, por el que atravesamos como país, un grupo de docentes ha emprendido la tarea de impulsar por sus propios esfuerzos un proyecto de investigación que recoge el producto del trabajo académico realizado en el primer semestre del ciclo 2017-2017. Los libros *DERECHO PENAL ECUADOR*, *DERECHO PENAL Y GO-*

BERNANZA y *DERECHO Y SOCIEDAD* recogen desde el Derecho Penal y desde el Derecho en general una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes. Estamos seguros que este reconocido esfuerzo sin duda alguna servirá como insumo de discusión y fuente generadora de otras inquietudes investigativas a nivel nacional, aspecto que confirmará el firme propósito de convertir a nuestra Facultad de Jurisprudencia en la vanguardia de la investigación jurídica en el Ecuador. Estos libros, objeto del presente prólogo, se suman a una producción editorial ya existente en nuestra Facultad que cuantitativa y cualitativamente justifica la delicada tarea en la que estamos empeñados estudiantes, profesores, trabajadores y autoridades de la UCE.

Debo expresar mi público agradecimiento a la colaboración de varios docentes de la Universidad Técnica de Ambato –UTA– en las personas del Dr. Edwin Wilfrido Cortez Naranjo, Dr. Tarquino Tipantasig Cando, Dr. Segundo Ramiro Tite, Dr. Jorge Enrique Sánchez, Dr. Klever Pazmiño y especialmente del Dr. Borman Vargas, sin cuya colaboración no hubiera podido concretarse exitosamente la edición de los presentes libros. Finalmente, reitero mis felicitaciones al Coordinador del Área Penal de la Facultad de Jurisprudencia – UCE, Dr. Mauricio Enrique Pacheco, por la exhaustiva labor que implica sacar

adelante el presente proyecto. Igualmente mis felicitaciones a los autores, apreciados Docentes de esta la Facultad, por este excelente trabajo presentado a la comunidad universitaria y profesional del Ecuador, lo que desde ya nos ubica a la cabeza del pensamiento jurídico en el Ecuador.

Dr. Patricio Sánchez Padilla
Decano Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador



PRESENTACIÓN

El Derecho y la sociedad son dos planos fundidos en la realidad actual que se encuentran íntimamente relacionados. No puede existir lo uno sin lo otro. La sociedad necesita del Derecho en cuanto regulador de conductas de convivencia racionalizada y el Derecho requiere de la sociedad como espacio sintetizador de su utilidad e instrumentalidad y la fuente de su creación y recreación.

La sociedad es el espacio en donde el derecho cumple la finalidad primordial de alinearse siempre con el concepto de dignidad humana entendida esta como el plano referencial supremo sobre el cual debe construirse derecho y sociedad. El respeto al proyecto de vida y a la libre determinación de la persona humana cuyo único límite de actuación es el derecho de los demás debe siempre permanecer iluminando las construcciones jurídicas desde todos los campos del conocimiento jurídico.

El orden social exige respeto a la dignidad de la persona y el orden jurídico debe trascender el simple mandato de la ley e incluir varios aspectos diferentes al plano estrictamente normativo en la construcción de ella. Valores sociales, comunitarios, principios de convivencia solidaria, humanista, que respete tradiciones y costumbres, la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, el tema de género y tolerancia las minorías y al pensamiento diverso. La confluencia de los mismos conforma el punto central que constituye la justicia como expresión de los valores máximos que inspiran una sociedad determinada.

Pero este núcleo no permanece inmóvil en el tiempo y en el espacio. Las nuevas relaciones económicas, sociales, financieras y tecnológicas

han renovado y transformado la realidad social moderna a tal punto que las regulaciones jurídicas deben ponerse a tono con las nuevas realidades tecnológicas y económicas. El derecho debe mutar hacia nuevas esferas de regulación y control que tengan presente el respeto a los derechos fundamentales de grupos e individuos, la seguridad ciudadana, la seguridad del estado, la soberanía del estado, las relaciones comerciales internas y externas, la seguridad jurídica.

El papel regulador del derecho frente a estas nuevas realidades provoca que las universidades consideradas como actores directamente relacionados con la generación y producción del conocimiento y de nuevas alternativas científico sociales, replanteen permanentemente procesos de reflexión, análisis y producción de salidas que contribuyan a la funcionalidad de un sistema jurídico al servicio de los grandes intereses de la humanidad. La protección de estos intereses dignos de tutela jurídica merecen el trabajo de investigadores inclinados a la tarea de brindar a la sociedad investigaciones que contribuirán a las soluciones aplicativas a los desajustes que el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el presente trabajo de investigación lo presenta desde apenas una pequeña parte de la estructura jurídica.

Así por ejemplo, la Dra. Viviana Morales introduce en el debate jurídico un tema que ha sido esquivo en los análisis del Derecho civil en nuestro país y que en la actualidad presenta un cuadro de solido desafío a la estructura misma del Estado: el régimen de su responsabilidad objetiva. Responde a las inquietudes generadas sobre si las acciones u omisiones del Estado que producen un daño a los administrados ameritan ser indemnizadas, aun bajo el supuesto de que el perjuicio ocasionado no provenga de una falta, culpa o negligencia del mismo. Los que niegan esta postura responden y exigen la presencia de la responsabilidad subjetiva.

Pero quienes son opuestos a posturas civilistas pretenden que el Derecho administrativo presente sus propias opciones, propias de las

finalidades del Derecho público. Es un esfuerzo muy efectivo que hace la autora para comprender el régimen adoptado por el Ecuador desde sus fuentes francesas y desde el Derecho comparado.

El Dr. Giovanni Rivadeneira, en cambio, hace un análisis de la situación jurídica de las personas con discapacidad, partiendo del reconocimiento de estas personas al derecho, a la autonomía e independencia, deshaciendo ciertos condicionamientos que desde hace varias décadas los han pretendido transformar en aspectos insustituibles como son, por ejemplo, la necesaria representación por otra persona, la dependencia o el consentimiento de una familiar para la toma de decisiones del incapacitado. El autor argumenta que este tratamiento de la legislación nacional debe cambiar y flexibilizarse en términos de equidad, igualdad y fraternidad, a tono y en armonía con los preceptos plasmados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que no solamente son paradigmas terminológicos sino actitudinales.

El trabajo del Dr. Javier Gómezjurado, un connotado investigador histórico, nos introduce en un análisis de la coyuntura social de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX con José Mejía Lequerica como el actor que se desenvolverá en un escenario de confrontación entre un sistema colonial y la misma corona de España. La tesis de Gómezjurado es que pese a ser objeto infundado de cierta resistencia de un sector político de la sociedad quiteña Mejía Lequerica se constituyó en la voz de los pueblos de América española que reclamaban igualdad jurídica y política entre americanos e ibéricos como puntal de lo que llevaría después a constituirse en el argumento y en la base de la plataforma independentista de Ecuador y de toda América. La inclusión en el libro de un tema histórico es de vital importancia porque siempre debemos regresar a ver en la Historia las raíces de del Derecho ecuatoriano y las garantías sobre las que vino evolucionando hasta la actualidad.

El Ab. Santiago Machuca Lozano escribe sobre la protección de los derechos políticos y el control de constitucionalidad sobre las decisiones de la jurisdicción electoral en el Ecuador ensayando exitosamente una descripción de la forma de control de la constitucionalidad sobre las decisiones de la jurisdicción electoral por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, la acción extraordinaria de protección y la acción de protección. Realiza un desarrollo teórico conceptual de derechos políticos, del control de constitucionalidad y sobre el sometimiento de aquellas decisiones al control de constitucionalidad en el marco de las garantías jurisdiccionales.

El Dr. Caetano Cisneros hace un breve análisis prospectivo introductorio al tema de los los Derechos de Tercera Generación en la Constitución ecuatoriana del 2008, en lo relacionado a la constitucionalización de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico que no hace sino confirmar la trayectoria que la legislación constitucional ecuatoriana ha venido trazando desde el retorno a la democracia a finales de los años setentas y de como el proceso de constitucionalización ha ido adquiriendo ribetes de garantismo moderno que no revestían, incluso, constituciones más recientes.

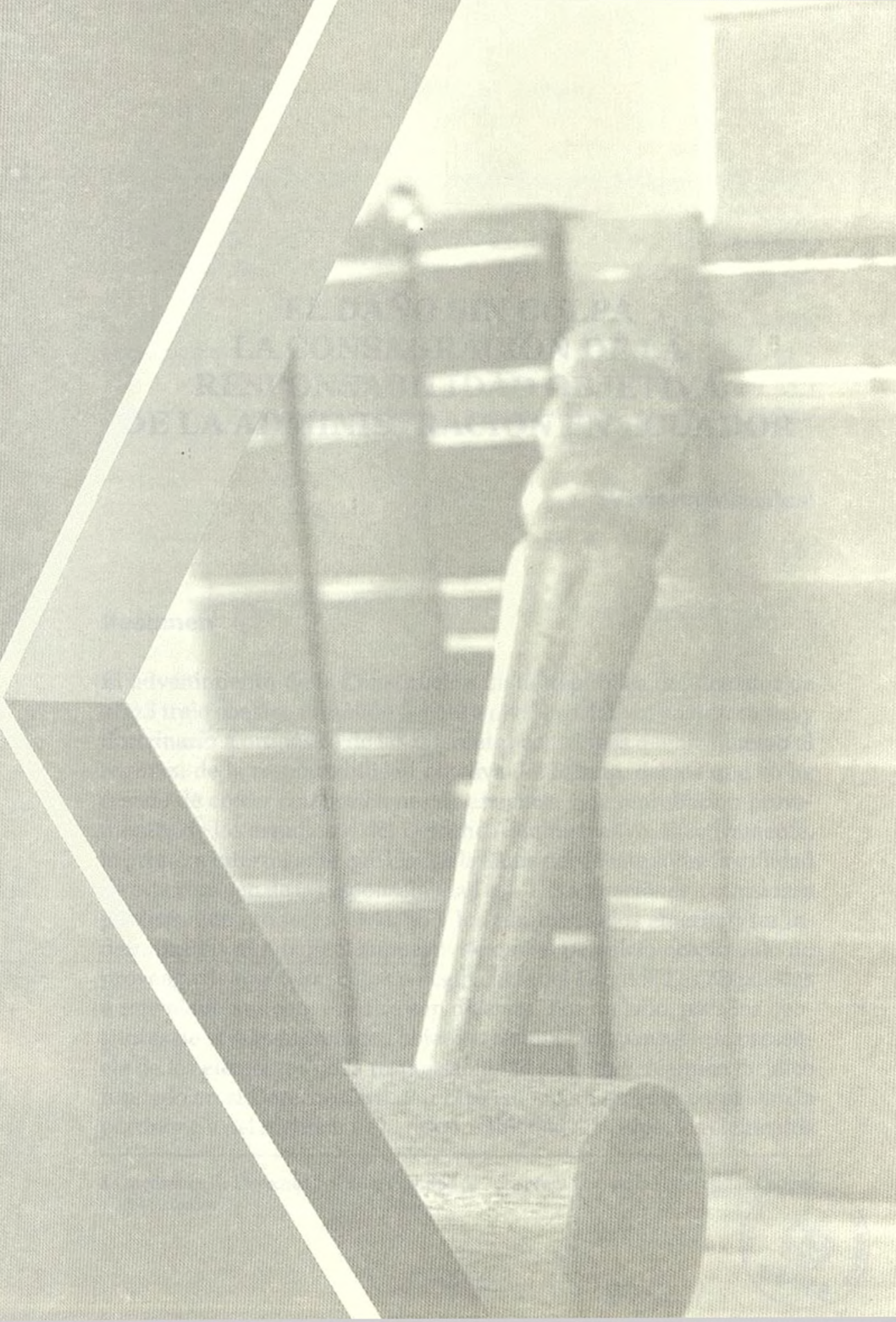
El Dr. Paúl Córdova Vinueza pone en discusión el tema relacionado con la reparación integral y cortes dialógicas en el contexto de un sistema multinivel de políticas reparatorias formuladas por los jueces locales e interamericanos, la comunidad y los poderes públicos para proteger derechos. Busca el diseño orientador que contenga los componentes de una especie de hoja de ruta que desemboque en una justicia dialógica para la reparación integral que respeten las divergencias y pluralismos de sociedades diversas que no requieren decisiones de unas elites que desconocen las necesidades de reparación integral. En este sentido el autor prefiere la construcción de espacios dialógicos de solución de conflictos entre los diferentes estamentos sociales.

Finalmente el Dr. Mauricio Pacheco trae como objeto de su análisis una problemática que se ha desatado en varios países del mundo y que todavía no se ha resuelto dogmáticamente ni por política criminal. Una sociedad de riesgos creadas por el desarrollo tecnológico y financiero copado por las corporaciones y personas jurídicas como gestores de una tecnocracia informativa y económica mundial ofrecen un escenario de urgencias legislativas para el ejercicio de una mejor administración de los factores que signifiquen peligros al reconocimiento de derechos de los ciudadanos. El problema que se plantea en el plano procesal se refiere principalmente a si las personas jurídicas tienen o no tienen derechos fundamentales y cuáles son los límites del disfrute en caso de ser reconocidos, dada la existencia de una jurisprudencia de la Corte Constitucional que presenta serios desafíos a la institucionalidad del sistema constitucional y penal.

Estas investigaciones de los docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador apenas abren el camino a seguir por otros investigadores que sabrán poner dedicación a una tarea nada grata ni bien reconocida pero que produce enormes satisfacciones personales, que terminan justificando agotadoras jornadas de dedicación al cumplimiento de determinados objetivos.

Finalmente mi agradecimiento al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Dr. Patricio Sánchez Padilla y al Dr. Julio Andrade Maldonado Presidente de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia –UCE por el desinteresado apoyo moral y económico recibido lo que conjuga con su preocupación de impulsar la creación del conocimiento desde la docencia universitaria.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco
Coordinador



EL DAÑO SIN CULPA LA CONSAGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACION EN ECUADOR

Viviana Morales¹

Resumen

El advenimiento de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 trajo consigo un sólido debate a nivel legislativo, jurisdiccional y doctrinario a propósito de las diferentes cuestiones que involucran al régimen de la responsabilidad objetiva del Estado, debate que no ha cesado de crecer con posiciones de anuencia y de reprobación provenientes de los estudiosos del Derecho Administrativo. Efectivamente, la primera interrogante que instiga la llama del debate sobre la utilidad de este régimen de la responsabilidad es, ¿Las actuaciones u omisiones públicas que producen un daño a los administrados ameritan ser indemnizadas aún bajo el supuesto de que el perjuicio ocasionado no provenga de una falta, culpa o negligencia del Estado? Las respuestas a este planteamiento jurídico son diversas. Por un lado, para los opositores de la responsabilidad objetiva, resulta indispensable la presencia de los elementos de la responsabilidad subjetiva, régimen jurídico fundado en el Derecho Civil. Por otro lado, para quienes respaldan la pertinencia del régimen de la responsabilidad sin culpa, los elementos

¹ Catedrática de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.



de la responsabilidad no pueden ser concebidos desde una percepción civilista puesto que el Derecho Administrativo, cuyo fin es asegurar el interés general, debe contar con elementos específicos que respondan a los fines del derecho público. Precisamente, esta investigación permitirá al lector comprender el funcionamiento del régimen de la responsabilidad objetiva en Ecuador. Para ello, se analizará el génesis de este régimen cuyos orígenes se hallan en el Derecho Administrativo francés. A través de una revisión al Derecho Comparado, se pretende contribuir con las percepciones que mantiene cada país respecto al grado de responsabilidad que debe ser asumido por la Administración cuando sus actuaciones u omisiones totalmente legales menoscaban los derechos o bienes de los ciudadanos.

Introducción

Con la aplicación del régimen de la Responsabilidad objetiva no se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retrase su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. (Valbuena, 2008, p. 348,349)

El argumento plasmado en las líneas anteriores corrobora la congruencia de la presente investigación puesto que la Constitución ecuatoriana ha hecho recaer sobre los hombros de Administración pública, el deber insoslayable de proveer servicios públicos que garanticen los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. (Constitución, Ecuador, 2008, Art. 222). Adicionalmente, cabe señalar que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores públicos pueden ejercer únicamente las competencias que

les hayan sido atribuidas por la Constitución y la ley. Finalmente, debemos tener presente que las prestaciones de servicios públicos se orientarán a hacer efectivas las políticas públicas establecidas en el Plan Nacional del buen vivir.² En definitiva, la Administración pública debe ejecutar las competencias otorgadas por la Constitución y la ley a fin de brindar servicios de calidad para así garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales consagrados a favor de los administrados.

Lo antes expuesto refleja que las políticas públicas establecidas en un Estado constitucional de Derechos y justicia, como lo es Ecuador, pretenden la concreción de un fin único: el buen vivir. Desde la óptica ecuatoriana, la noción de “buen vivir” representaría lo que en Derecho administrativo se conoce como el “interés general”. Efectivamente, “el interés general representa la piedra angular de la acción pública” (Reporte público, Consejo de Estado francés, 1999, p. 245).

La primera consideración que debemos plantearnos cuando reflexionamos las hipótesis que justifican que la administración pública detente prerrogativas exclusivas negadas a un particular, es que toda institución pública perteneciente a un Estado de Derechos tiene como

² El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito. La planificación del Buen Vivir, como su línea rectora, es contraria a la improvisación, que genera enormes costos a una sociedad con escasez de recursos. (...) El Buen Vivir es una idea social movilizadora, que va más allá del concepto de desarrollo -que se encuentra vigente en la tradición occidental-, pues está asociado a una noción más amplia de progreso. No se trata de un nuevo paradigma de desarrollo, sino de una alternativa social, liberadora, que propone otras prioridades para la organización social, diferentes del simple crecimiento económico implícito en el paradigma del desarrollo.

El Buen Vivir o Sumak Kawsay es una idea movilizadora que ofrece alternativas a los problemas contemporáneos de la humanidad. El Buen Vivir construye sociedades solidarias, corresponsables y recíprocas que viven en armonía con la naturaleza, a partir de un cambio en las relaciones de poder. El Sumak Kawsay fortalece la cohesión social, los valores comunitarios y la participación activa de individuos y colectividades en las decisiones relevantes para la construcción de su propio destino y felicidad. Se fundamenta en la equidad con respeto a la diversidad, cuya realización plena no puede exceder los límites de los ecosistemas que la han originado. (*Plan Nacional Para El Buen Vivir* 2013 2017, tomo I, Resolución 2, RO Suplemento 78, 11 de septiembre de 2013).

propósitos, por una parte, satisfacer las necesidades de los administrados; y, por otra parte, cerciorarse, que en la medida de sus competencias, se efectivicen los derechos y se cumplan las obligaciones previstas en el régimen jurídico de cada país.

La legislación ecuatoriana, con el ánimo de ejecutar objetivos de interés general, ha dotado a la Administración pública de potestades privativas que le permitan alcanzar la consecución de los lineamientos previstos en la norma suprema y en las demás normas de rango inferior. Así las cosas, el interés general constituye el principal fundamento de legitimación de las actuaciones públicas. Esta afirmación implica que la actuación del poder público será legítima en la medida en que sus actos estén encaminados a alcanzar el interés general.

Por lo tanto, la primera interrogante que debemos plantearnos es: ¿qué es el interés general y cuál es su importancia en el análisis de la responsabilidad estatal?

Otorgar una definición unánime de este término resulta, por decirlo menos, una tarea titánica puesto que las definiciones de interés general o interés público³ han variado a lo largo de la historia dependiendo de la época, el tipo de gobierno y la ideología política de éstos últimos.⁴ Así, los fines de interés general que persigue un gobierno con ideología de derecha distan de los fines propuestos por un gobierno con tendencias de izquierda. De la misma manera, la noción de interés general será percibida de distinto modo dependiendo de si estamos frente a un Estado liberal de derechos o a un Estado constitucional de derechos y justicia.⁵ Sin embargo, en el intento de aportar al lector con una de las

3 “Mientras que el interés común sería el interés coincidente de todos y cada uno de los asociados, el interés general sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos.” (Cerri, 1973, p. 23)

4 La crítica marxista afirmó que el interés general era en realidad el interés de las clases sociales que habían conquistado el poder al seno del Estado. (Reporte público, Consejo de Estado francés, 1999, p. 245)

5 El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en

tantas definiciones, se puede enunciar la noción dada por Héctor Jorge Escola quien afirma:

el interés público es el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos. (Escola, 1997, p. 160)

En cuanto al régimen ecuatoriano, es preciso indicar que ningún cuerpo normativo incluye una definición de interés general. Como se analizó en el párrafo anterior, la percepción de esta figura jurídica varía dependiendo de la coyuntura política, social y económica de un país; así, el legislador se muestra reticente a dar una definición que pudiese resultar contraproducente para gobiernos venideros. Sin embargo, cabe señalar que la Constitución de la República, en su artículo 83, hace referencia al interés general y afirma que “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”. Adicionalmente, una de las primeras normas administrativas, vigente hasta la actualidad, también hace referencia a las implicaciones que conlleva el interés general. En efecto, el Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva-ERJAFE,⁶ en su artículo 4, señala que “Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus

forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (Constitución, Ecuador, 2008, art. 1)

6 El ERJAFE está por ser derogado por el Código Orgánico administrativo. “deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando” (Proyecto de Código Orgánico administrativo, Disposición derogatoria primera)

actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa”.

Finalmente, el orden jurisdiccional ecuatoriano, en aras de justificar sus diferentes decisiones, ha tenido que recurrir al análisis del interés general y para ello ha citado a tratadistas que abordan esta temática. Así, en una decisión de 19 de abril de 1994, la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en ese entonces Sala de lo Administrativo, respecto a un litigio sobre la facultad reglamentaria de la función Ejecutiva, haciendo mención a Andrés Serra Rojas, afirmó que: “la Función Administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo (...), que tiene por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponde en sus relaciones, con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.” (Corte Suprema de justicia, Ecuador, 19 de abril de 1994). La normativa antes expuesta permite colegir que la satisfacción del interés general constituye el fin del Estado.

Precisamente, para cumplir sus fines, la Administración pública ecuatoriana ha sido dotada de prerrogativas que deberán ser ejecutadas de manera irrestricta. Por una parte, el Estado deberá prestar servicios públicos de manera eficiente; y, por otra parte, podrá realizar todo tipo de actos permitidos por la Constitución y la ley, mismos que deberán garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales.

Así las cosas, se puede aseverar que la ejecución de las prerrogativas plasmadas en la Constitución de Montecristi de 2008, permitirán al Estado ecuatoriano garantizar el interés general. Esta aserción conlleva al planteamiento medular de este análisis: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de que la Administración no cumpla con las prerrogativas que le han sido asignadas por la Constitución?

Para responder esta interrogante, resulta necesario el análisis del régimen de la Responsabilidad extracontractual del Estado,⁷ misma que puede ser fundada en una falta cometida por la Administración pública (a) o que puede ser declarada aun en aquellos casos en que al Estado no le sea atribuible ningún tipo de culpabilidad. (b)

a. No cabe duda que las faltas cometidas por la Administración, conllevan a que la misma deba reparar los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de los actos u omisiones culposos cometidos por los funcionarios públicos. Ante la hipótesis señalada, nos encontramos frente al régimen de la “responsabilidad subjetiva” o “responsabilidad por falta”, misma que es establecida a condición de que el perjuicio a la víctima haya sido ocasionado por dolo o culpa cometido de un funcionario público en el desempeño de su cargo.⁸ Este régimen clásico del

⁷ La responsabilidad extracontractual es aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída, la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatario; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez consideran que el principio de legalidad y de responsabilidad del Estado constituyen el soporte estructural del derecho administrativo; es decir, son las bases por sobre las cuales esta rama del derecho ha evolucionado hasta nuestros días. La figura de la responsabilidad extracontractual tiene una característica que la hace muy diferente a la responsabilidad contractual, y se refiere precisamente a la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, por ello el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes. (Ochoa, 2012, p. 41)

⁸ El Código Civil francés de 1804 fundó el régimen civil de la responsabilidad extracontractual subjetiva en Ecuador. En efecto, el artículo 1382 de dicho Código señala que “cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga al primero a reparar dicho daño en base a la falta cometida”⁸. Así, en base a este artículo, el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 2229 establece que “*por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta*”. Años más tarde, el régimen civil va a influenciar al régimen administrativo al punto que éste último va a establecer tres elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva: 1) acción u omisión del Estado que vulnera una norma expresa sea a nivel constitucional o legal. Además, este comportamiento debe haber sido cometido por dolo, culpa grave o ligera, negligencia o mala fe. 2) Existencia real y concreta de daño; y, 3) Relación causa-efecto entre elementos materiales y daño.

Derecho administrativo fue consagrado en 1873 por la jurisprudencia francesa,⁹ propagándose más tarde por varios países del mundo, entre los cuales se encuentra Ecuador.

b. A más de la responsabilidad subjetiva del Estado, desde inicios del siglo XX, el régimen administrativo de diversos países, empezó a desarrollar un segundo tipo de responsabilidad denominada responsabilidad objetiva del Estado, misma que puede ser declarada inclusive en ausencia de una falta cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En lo que a Ecuador concierne, este régimen se encuentra en una fase embrionaria puesto que aunque su consagración normativa se dio de manera indirecta con la llegada de la Constitución de 1998,¹⁰ la primera decisión jurisprudencial referente al tema se manifestó apenas en el año 2007.¹¹ Desde esa fecha hasta la actualidad, el juez administrativo ha tenido la oportunidad de interpretar esta novísima figura jurídica ecuatoriana a través de sus diferentes decisiones.

9 A partir de ese momento nacerá la responsabilidad administrativa con reglas autónomas a las establecidas por el Derecho civil. (Tribunal de Conflictos, Francia, Decisión Blanco, 1873)

10 “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.”(Constitución, Ecuador, 1998, art. 20) Por otro lado, cabe señalar que la doctrina también está de acuerdo en que la responsabilidad objetiva fue declarada en la Constitución de 1998: “Varias normas constitucionales recogen la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de Ecuador (artículos 20, 21 y 22), sin embargo, el texto del artículo 20 expresa de manera amplia el alcance de la responsabilidad del Estado y determina su carácter objetivo (...) Lo que se debe demostrar: básicamente que exista un perjuicio, vulneración de derechos o daño; que se determine un nexo de causalidad y la actuación del Estado, sus agentes, concesionarios y/o delegatarios. (Equipo de Investigación del INREDH y CEPAM, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*, pp. 45 y 56). Siguiendo la misma línea encontramos la siguiente afirmación “Podemos afirmar que el carácter objetivo de la responsabilidad esta- tal, establecido en la Constitución de 1998, se mantiene en la Constitución de 2008, pero desligada de la concepción civilista indemnizatoria de los perjuicios para radicarse en la concepción reparadora de la violación de los derechos en una dimensión ampliada.”(Mogrovejo, 2009, p. 83)

11 Corte Suprema de justicia. Ecuador, Florencio Antonio Andrade Medina c/ EMELMA-NABI y CONELEC, No. 168-07, 11 de abril del 2007

Claro está, que este novedoso régimen no deja de suscitar posturas tanto de aquiescencia como de reprobación, por parte de la doctrina y evidentemente de los órganos jurisdiccionales.

Precisamente, la llama del debate académico sobre la pertinencia de la Responsabilidad objetiva en Ecuador es la fuente que inspira este análisis que tendrá dos ejes centrales: Por un lado, se propende contribuir con una revisión holística de las diversas fuentes del Derecho administrativo que tratan la temática de la responsabilidad objetiva; y, por otro lado, se procurará proporcionar al lector una revisión asidua sobre los efectos jurídicos de esta nueva obligación que pesa sobre el Estado. A fin de que la lectura resulte dinámica se ha considerado conveniente dividir el texto en dos grandes partes: 1) el régimen de la responsabilidad objetiva en Derecho administrativo; y, 2) la consagración de la responsabilidad objetiva en el régimen administrativo ecuatoriano.

—PRIMERA PARTE—

**El régimen de la responsabilidad objetiva
en Derecho administrativo**

La responsabilidad extracontractual vista desde la óptica del Derecho administrativo es estudiada desde dos campos muy diferentes: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. La primera constituye el régimen clásico bajo el cual nació la figura de la “responsabilidad extracontractual”; ésta última, para poder ser declarada exige la presencia *sine qua non* de una falta cometida por la Administración. Sin embargo, el Derecho ha ido evolucionando al punto de contemplar la posibilidad de exigir una reparación a los daños que son provocados inclusive en ausencia de una falta administrativa.

La responsabilidad objetiva ha ido evolucionando gracias a las decisiones jurisprudenciales emitidas por los diferentes países que se rigen por el Derecho administrativo. El fin de esta figura jurídica es atribuir a la Administración la obligación de resarcir los daños causados a las víctimas por un acto u omisión lícita puesto que se considera injusto privar a una persona de una indemnización por el daño ocasionado. El primer país en admitir este tipo de responsabilidad fue el sistema francés a través de la acción jurisprudencial de su máximo órgano denominado Consejo de Estado, mismo que señaló que “la responsabilidad del Estado puede ser declarada aun en ausencia de una falta cuando a causa de un accidente profesional un trabajador del Estado sufre un daño” (Consejo de Estado, Francia, Decisión Cames, 21 de junio de 1895). Aquí, surge el primer punto de quiebre con el régimen de la responsabilidad por falta ya que deja de ser necesario que la víctima pruebe la existencia de la culpabilidad estatal. Por lo tanto, nos encontramos frente a un régimen beneficioso para las víctimas de daños causados por la administración quienes como veremos más adelante verán aminoradas sus obligaciones dentro de un proceso judicial.

Tipos de responsabilidad objetiva

El primer Estado en reconocer el régimen de la responsabilidad administrativa fue Francia a través de sus decisiones jurisprudenciales, mismas que permitieron el desarrollo de la responsabilidad estatal bajo el mando de dos teorías: la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por ruptura frente a las cargas públicas. Con el pasar de los años, dichas teorías se propagaron por los diferentes regímenes de Derecho administrativo en el mundo, tomando cada de ellas, diferentes matices y adaptándose a las especificidades de cada Estado. Efectivamente, la responsabilidad administrativa no será concebida de la misma manera en Francia que en Ecuador, inclusive Colombia cuyo Derecho administrativo es similar al nuestro, mantiene una interpretación distinta de los elementos que componen el régimen de la responsabilidad sin falta. Por lo expuesto, resulta propicio iniciar este ensayo con la asimilación de los tipos de responsabilidad objetiva propuestos por el país galo por cuanto se trata de una clasificación bastante amplia que permite incluir todas las hipótesis respecto de las cuales es posible establecer la responsabilidad estatal.

–Responsabilidad por riesgo

Ramu de Bellescize (2014) afirma que *“la administración en el ejercicio normal de su actividad, es susceptible de hacer pesar un riesgo sobre una o más personas. Si este riesgo se realiza, la administración debe indemnizar el daño en caso de que éste sea cierto”* (p. 237). Este autor señala tres tipos de responsabilidad por riesgo: el riesgo sufrido por los colaboradores de la Administración, mismo que no será tratado porque hoy en día los funcionarios públicos están cubiertos por una legislación laboral específica a la función pública, la responsabilidad por daños causados por cosas y actividades peligrosas; y, la responsabilidad por trabajos y obras públicas.

–Responsabilidad por daños causados por cosas y actividades peligrosas

En un inicio, la jurisprudencia francesa admitió únicamente la responsabilidad objetiva de la Administración por daños causados por cosas y actividades peligrosas (1). Sin embargo, con el transcurrir de los años, se dará paso a la posibilidad de declarar la responsabilidad estatal en caso de que éste realice actividades peligrosas que conlleven a un daño (2).

1. Responsabilidad por daños causados por cosas peligrosas:

En cuanto a las “cosas peligrosas” ejecutadas por el Estado cabe mencionar la primera decisión jurisprudencial francesa Regnault-Desroziers de 1919. Esta controversia surgió como consecuencia de una explosión en un fuerte militar francés que se dio a causa de las manipulaciones peligrosas del personal puesto que no se tomaron las debidas las precauciones para evitar este tipo de accidentes. Efectivamente, el mando militar había acumulado desde 1915 grandes cantidades de granadas y bombas incendiarias en caso de ataque. Como resultado de la explosión, 23 personas fallecieron, 81 personas quedaron heridas y se causaron daños materiales a los inmuebles de la zona. Tras este accidente, varios de los perjudicados incoaron acciones legales contra el Estado solicitando una indemnización por los daños causados. Ahora bien, ¿Cuál fue la ingeniosa respuesta del Consejo de Estado francés- equivalente a la Corte Nacional de Justicia de Ecuador- en este caso?

la responsabilidad del Estado es declarada, no en razón de que el servicio militar haya cometido una falta, sino en razón de que las operaciones efectuadas en el fuerte militar constituían un riesgo de vecindario excepcional.(...) las operaciones efectuadas para llevar a cabo labores militares contienen riesgos que exceden los límites de aquellos que deberían suceder normalmente en un vecindario, en caso de accidente; esos riesgos permiten que independientemente de toda falta se pueda establecer una responsabilidad por riesgo. (Consejo de Estado, Francia, 28 de marzo de 1919).

Esta solución aplica para los diferentes casos en los que una actividad de la Administración se encuentra al origen de un riesgo especial. Consecuentemente, a partir del momento en que el daño se realiza, el juez estima equitativo que nazca un derecho de reparación a favor de la víctima.

Este régimen de responsabilidad en Francia será extendido progresivamente. Así, serán consideradas como “cosas peligrosas”: los explosivos, las armas de fuego y los productos sanguíneos que contengan el virus del SIDA. Para una mayor ilustración, hacemos mención a la decisión “Consorts Lecomte”, en la que, el señor Lecomte perdió la vida como consecuencia de un disparo accidental por parte de un policía (Consejo de Estado, Francia, 24 de junio de 1949). La interrogante a la que el Consejo de Estado tuvo que responder fue, ¿Se puede declarar la responsabilidad del Estado incluso en ausencia de una falta grave cometida por un funcionario público? El orden jurisdiccional concluirá que «el servicio de policía puede ser responsable por los daños producidos por una falta grave cometida por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Además, la responsabilidad administrativa puede ser declarada, incluso en ausencia de falta grave, cuando concurran dos circunstancias: 1) que el personal de policía haga uso de armas o máquinas que puedan provocar riesgos excepcionales para las personas o los bienes; y, 2) si los daños exceden las cargas que deben ser normalmente soportadas por los particulares como consecuencia de la existencia de un servicio público.

Al igual que el orden jurisdiccional francés, el juez administrativo ecuatoriano se ha visto en la obligación de resolver controversias por daños causados a los administrados provenientes de acciones del personal policial en ejercicio de sus funciones. Ese fue el caso de una demanda iniciada por los hijos de un ciudadano ecuatoriano, quienes solicitaban una indemnización por la responsabilidad del Estado en la muerte de su padre producida durante un tiroteo. Los hechos controvertidos son los siguientes: En 2003, la Corte Nacional de Justicia sentenció a seis policías por el delito de homicidio simple cometido en contra de As-



hanka Akintiua y German Akintiua, padre e hijo respectivamente, mientras cumplían funciones específicas policiales. (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, José Salvador Akintiua Chup c/ Comandante General de la Policía Nacional y otros, Resolución No. 456-2014, 5 de junio de 2014).¹²

En su decisión la Corte Nacional de Justicia se centró en la problemática referente a la aplicación de la figura de silencio administrativo al caso y omitió analizar la procedencia o improcedencia de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, entre los aspectos a resaltar de esta decisión, se encuentra el voto salvado del Dr. Álvaro Ojeda, quien interpretó los hechos desde el enfoque de la responsabilidad sin falta. En efecto, el magistrado aseveró que:

el mal uso del Art 28 de la Ley de modernización del Estado, debe ceder ante la aplicación práctica y real del Art 20 de la Constitución de 1998. (...) la fuerza pública no puede hacer uso de las armas cuando todas las circunstancias están a su favor para controlar una situación dada; que la autoridad no es en su contenido social una “fuerza física”, que ciertamente el Estado a través de la institución policial puede utilizar dicha fuerza, pero dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad dentro del caso concreto, para impedir conductas antijurídicas que afecten al conglomerado social; pero los integrantes de la fuerza pública deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues el Estado no puede abandonar al ser humano, ni perseguirlo, ni torturarlo, ni asesinarlo, pues no puede olvidarse que su gran tarea institucional se centra en permitirle que se realice como persona, para lo cual indudablemente debe empezar como requisito *sine qua non* garantizando el derecho a la inviolabilidad de la vida.(...)ser un/a Policía Nacional conlleva una responsabilidad, quienes se ven abocados muchas veces a resolver situaciones de peligro a los cuáles los ciudadanos normalmente no están expuestos, e incluso deben usar sus armas de dotación oficial para repeler agresiones de hombres y mujeres

¹² En el mismo sentido, encontramos la decisión argentina CSJN, 13/6/78, Panizo Manuel c/ Provincia de Buenos Aires y otro, JA, 1979-III-610 . « si existió una razonable relación entre el cargo de agente de policía detentado por el autor del hecho ilícito y el daño producido a la víctima, facilitado por el suministro del arma y las obligaciones de servicio –aun cuando el acto no fuera realizado dentro de los límites específicos de la función-, queda comprometida la responsabilidad del Estado provincial.

con niveles criminológicos delictuales muy altos. La labor policial correcta, y que no excede irrazonablemente **el principio de confianza** que los ciudadanos/as todos depositamos en la fuerza policial, de que sabrán actuar en una situación dada dentro de los límites razonables y permitidos, es encomiable y agradecida profundamente por todos los ecuatorianos y ecuatorianas.

En base a estos argumentos, el voto salvado del juez Ojeda afirmará acertadamente que el principio de confianza que la familia Akintiua depositó (como todos los ecuatorianos/as) en la Policía Nacional fue brutalmente defraudada por miembros de la misma en funciones, quienes con sus actuaciones de disparar, y matar, de manera indebida y totalmente injustificada al señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (y a su hijo), comprometieron a la Policía Nacional como institución del Estado, quien tiene una “garantía institucional” Así, la responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones. Así, se concluye que, para otorgar una justa solución a este conflicto, se tendría que haber condenado al Estado bajo la figura de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, en la cantidad de USD \$. 182.400,00, por todo concepto indemnizatorio de daño material e inmaterial, a todos los hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay.

Esta decisión que en principio se niega a abordar el tema de la responsabilidad objetiva, no permite ver que la posición divergente de cada uno de los magistrados que conforman la sala de lo contencioso administrativo. Efectivamente, la doctrina, los jueces y los legisladores mantienen criterios opuestos respecto a la necesidad de consagrar la responsabilidad objetiva del Estado en Ecuador. Sin embargo, no se debería descartar la posibilidad de que el voto salvado de la decisión estudiada permita trazar las bases del reconocimiento absoluto de la responsabilidad objetiva en Ecuador.

A propósito de la responsabilidad objetiva fundada en el accionar de los agentes policiales, ¿cabe la posibilidad de obtener una indemniza-

ción bajo el supuesto de que, como producto de un tiroteo entre la policía y una banda delincuencia, se hiera o mate a un tercero que transitaba por el lugar y que resulta totalmente ajeno al evento? En principio, se debe tomar en cuenta que si los agentes de la policía respetan todos los procesos internos a seguirse en un operativo y se ciñen completamente a las normas policiales no existiría elemento alguno que permita ratificar su culpabilidad. Ahora bien, si adicionalmente, la víctima del tiroteo no cometió ninguna falta, puesto que lo único de lo que se le puede acusar es de haberse encontrado en el lugar equivocado a la hora incorrecta, mal haríamos en declarar su responsabilidad a fin de impedir su indemnización o la de sus familiares en caso de que ésta fallezca. La respuesta a esta interrogante será dada en una decisión argentina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los magistrados afirmaron que:

el accionar del personal policial de la provincia de Buenos Aires se encuadró en el marco de su función específica, esto es, la de atender a un servicio que beneficia a la colectividad en general (mantenimiento del orden a través de la captura de grupos delincuenciales). Pero, al producir en el ejercicio lesión a los bienes o a la persona, es de estricta justicia que la comunidad los afronte, no porque su conducta sea contraria a Derecho sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo. Las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad colectiva deben distribuirse proporcionalmente entre los miembros de cuerpo social y NO deben recaer sobre uno solo de ellos. Para el reconocimiento de un perjuicio sufrido no es necesario indagar en la existencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad, sino que debe estarse a aquel, de naturaleza objetiva, que encuentra fundamento en la garantía irrenunciable para el Estado de amparar, como ha dicho esta Corte, elementales derechos de sus integrantes. (CSJN, Argentina, Mochi Ermanno y otra c/ provincia de Buenos Aires, 20 de marzo de 2003).

Para finalizar esta explicación, nos permitimos hacer una breve reflexión sobre el caso del estudiante del Colegio Mejía Edison Cosíos quien el 15 de septiembre de 2011, participó en una protesta estudiantil a las afueras de su Colegio por la emisión de una nueva norma de educación. Fuentes periodísticas afirmaron que “los estudiantes al ver la respuesta

policial regresaron al local de su establecimiento. Según varias tomas, realizadas por un fotógrafo español, el policía Hernán S. ingresó al colegio y disparó, de forma directa, sin respetar el protocolo de inclinar el arma”.¹³ Como consecuencia del suceso, el joven de 17 años de edad quedó en estado vegetativo permanente. Para este caso, los padres del menor optaron por la vía penal. Así, el 17 de octubre de 2012, en una decisión emitida por el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha se determinó la responsabilidad penal del teniente de Policía Hernán S. sentenciándolo a ocho años de reclusión mayor ordinaria aun cuando el uniformado afirmó que las acciones fueron ejecutadas dentro de un operativo policial. Adicionalmente, se le condenó al pago de USD 50 000 por daños y perjuicios.

Este caso nos permite cuestionarnos las implicaciones que trae consigo el ejercicio de la acción penal. En materia administrativa cuando se declara la responsabilidad del Estado, la indemnización a la víctima es dada inmediatamente por el Estado una vez que la sentencia se ejecutoria bajo la prevención de que posteriormente el mismo Estado inicie el derecho de repetición en contra del funcionario responsable. La citada disposición del artículo 11 numeral 9 de la Constitución constituye una garantía para el administrado puesto que se asegura su reparación integral aun cuando resulte infructuoso determinar el funcionario responsable del daño o a pesar de que el funcionario no cuente con los medios económicos para indemnizar conforme lo manda la ley. Por el contrario, si preponderamos la vía penal antes que la administrativa estamos aceptando que el funcionario responsable, bajo el supuesto de que se establezca su responsabilidad, sea quien indemnice directamente a la víctima por los daños que haya ocasionado. Sin embargo, bajo este supuesto se corre el riesgo de que el funcionario responsable no cuente con los medios económicos para reparar a la víctima y que consecuentemente ésta quede sin una verdadera reparación.

13 “Ocho años de prisión para policía que disparó a Édison Cosíos”, Ecuador, diario *El Comercio*, 7 de noviembre de 2012: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/ocho-anos-de-prision-policia.html>.

Ciertamente, en vía penal, las instituciones estatales que ostentan la calidad de personas públicas, están deslindadas de todo tipo de responsabilidad punitiva puesto que el Código orgánico Integral Penal prevé de manera exclusiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.¹⁴ Así las cosas, a fin de corregir los efectos contraproducentes de la ley penal ecuatoriana, no resulta erróneo sostener la pertinencia de una norma que abra la puerta a la responsabilidad objetiva del Estado y su consecuente obligación de indemnizar a las víctimas de daños provocados por uno o más funcionarios durante el cumplimiento de sus funciones públicas, a condición de que dichos funcionarios no cuenten con los medios económicos necesarios para resarcir el perjuicio.

2. Responsabilidad por daños causados por actividades peligrosas.-

Tal como se mencionó al inicio de nuestro estudio, la razón por la cual el Estado ha recibido un sinnúmero de prerrogativas radica en el hecho de que éste actúa ineludiblemente en busca del interés general. Por lo tanto, la Administración a fin de ejecutar las prerrogativas citadas debe ejecutar métodos y actividades que pueden considerarse peligrosas para un tercero. El fundamento que permite nacer el derecho a indemnización se encuentra en el riesgo tomado por la administración en diversos ámbitos, tales como: tratamientos médicos, operaciones quirúrgicas (a) o descargas eléctricas sufridas como consecuencia del contacto directo con los cables de alta tensión del cableado eléctrico (b).

¹⁴ Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. (Código Integral Penal, Ecuador, RO Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 49)

a. Responsabilidad del estado en casos de orden médico

La primera decisión jurisprudencial respecto a la responsabilidad sin falta de los hospitales fue declarada en la decisión francesa Bianchi de 9 de abril de 1993. El origen de esta decisión se encuentra en los daños que sufrió el Sr. Bianchi como consecuencia de la realización de una arteriografía cerebral¹⁵ con anestesia. Cuando el paciente se despertó había quedado tetrapléjico. Dicho paciente no pudo demostrar que el hospital público había cometido una falta pues se consideró que la causa más probable del daño era una oclusión como reacción secundaria a la arteriografía. En este caso, el Consejo de Estado francés afirmó que “la responsabilidad objetiva del hospital público puede ser establecida cuando existen alguna de las siguientes circunstancias indistintamente: 1) El acto médico al origen del daño sea necesariamente el tratamiento o el diagnóstico del paciente, 2) El acto médico presente un riesgo cuya existencia es conocida pero cuya realización es excepcional, 3) El paciente no tenga predisposición particular a este riesgo; y, 4) La ejecución del acto médico sea la causa directa de un daño de extrema gravedad y su relación con el estado inicial del paciente o su evolución previsible”. (Consejo de Estado, Francia, decisión Bianchi, 9 de abril de 1993). Por lo tanto, se evidencia la intención de establecer una especie de solidaridad estatal hacia las víctimas de dramas médicos provocados sin intención alguna por ciertas instituciones estatales.

Siguiendo la misma línea de la decisión francesa Bianchi, se dará cinco años más tarde la decisión “Monsieur et Madame Chottin de 24 de octubre de 2008” que vendrá a consagrar una precisión importante en el régimen francés: “*si como consecuencia de una intervención quirúrgica se puede corregir una malformación del paciente pero al mismo tiempo se provoca otro daño permanente,*¹⁶ *dicho daño no puede ser visto como un riesgo cuya existencia pudo ser conocida por los espe-*

¹⁵ “Una arteriografía es un examen imagenológico que utiliza rayos X y un tinte especial para observar el interior de las arterias. Se puede observar las arterias en el corazón, el cerebro, etc.” (Levy, Zieve, Isla Ogilvic, Traducción DrTango, 2015, p. 1)

¹⁶ Se trataba de una malformación arterio-venosa pero que al mismo tiempo provoca la ceguera total y permanente en el ojo derecho del paciente.

cialistas que tomaron a cargo al paciente". (Consejo de Estado, Francia, decisión Chottin 24 octubre 2008). Esta decisión vendrá a limitar los litigios por causas médicas puesto que no se debe olvidar que el régimen de la responsabilidad objetiva no pretende indemnizar a las víctimas por todo daño que sufran sino únicamente por aquellos daños cuyo riesgo de producirse era conocido por la Administración pública.

Para no dejar de lado el análisis de las decisiones nacionales referentes a este tema, podemos citar el caso de una supuesta mala práctica médica protagonizado por una mujer que falleció como consecuencia de una negligencia médica ocurrida durante una intervención quirúrgica de cesárea en el hospital público Carlos Andrade Marín. El cónyuge de la víctima presentó una demanda en contra del director de la institución a fin de obtener el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el fallecimiento de su cónyuge. Como solución a este caso, la mayoría de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia afirmó que "no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada (incumplimiento de protocolos que debían ser respetados por el médico encargado respecto a la obligación de llenar formularios e informes sobre datos referentes al proceso operatorio y post operatorio) haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino; que al no existir el nexo causal probado no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que de paso al deber de reparar. Por lo que rechaza el recurso de casación." (Corte nacional de Justicia, Ecuador, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013).

A nuestro criterio, si la sala de lo contencioso administrativo hubiese utilizado los criterios de la jurisprudencia francesa para decidir este litigio habría podido concluir que "para establecer la responsabilidad de Estado resulta necesario que la muerte de la víctima haya constituido un riesgo cuya existencia haya sido conocida previamente por los especialistas que tomaron a cargo el caso de la paciente. Por lo tanto, surge el siguiente planteamiento, ¿el médico sabía que la paciente tenía el riesgo de morir durante la cesárea? Nuestra respuesta es que los mé-

dicos no realizan cesáreas esperando que las pacientes fallezcan; sin embargo, al igual que en toda operación, existe un riesgo que debe correr a cargo de la víctima y que no es susceptible de indemnización salvo que ésta compruebe que el personal médico cometió algún error culposo. En este caso, el médico a cargo cometió ciertos errores en cuanto a procedimientos administrativos que fueron verificados posteriormente. Sin embargo, no se pudo probar una falta cometida por el médico durante la operación de cesárea, pero si se pudo comprobar una falta por no cumplir con los procedimientos administrativos rutinarios a cargo del médico tales como completar los formularios sobre lo ocurrido durante la operación de cesárea.

Consecuentemente, basándonos en estas premisas, el médico no podrá ser declarado responsable en vía penal por cuanto su falta no constituye delito y tampoco se podrá buscar una sanción en vía civil por daños y perjuicios puesto que como ya lo expusimos previamente, el derecho civil exige la presencia de la responsabilidad subjetiva; y, en este caso no se puede comprobar que la falta cometida por el médico haya provocado la muerte de la paciente. Así las cosas, aparece la interrogante central del caso. Tomando en cuenta que no se puede probar un nexo entre la falta del médico y la muerte de la víctima, ¿resulta justo que sus familiares no puedan recibir una indemnización por parte del Estado, tomando en cuenta que los daños no son únicamente materiales (pérdida de ingresos económicos que la madre de familia habría podido aportar al hogar) sino además morales (sufrimiento incalculable económicamente para el ex cónyuge y los tres hijos de la fallecida)?

La respuesta rotunda es NO. Precisamente, la importancia de la responsabilidad objetiva del Estado consiste en resarcir los perjuicios ocasionados a los administrados, aun en ausencia de pruebas que permitan comprobar la falta del médico y su incidencia en el fallecimiento de un paciente. Basándonos en que resulta necesario proveer a la familia una indemnización que de cierto modo mitigue el mal causado sin intención por el Estado como consecuencia de la deficiente

prestación de servicios públicos de salud (incumplimiento de procedimientos administrativos en el hospital), este caso debía haber dado paso a una declaración de responsabilidad estatal, cosa que no ocurrió; y, en su lugar, el juez realizó un análisis de las condiciones de la responsabilidad subjetiva para concluir la imposibilidad de poder otorgar una reparación.

Finalmente, citaremos como objeto de análisis otra sentencia ecuatoriana de 19 de mayo de 2014 referente a otra supuesta mala práctica médica ocurrida en el hospital General de las Fuerzas Armadas de la ciudad de Cuenca “Alberto Alvarado Cobos”. Este caso fue protagonizado por la madre de un recién nacido quien como consecuencia de haber recibido un servicio público deficiente de salud quedó con incapacidades físicas permanentes. Cabe notar que en este caso se siguió simultáneamente un proceso penal en contra de los médicos involucrados quienes tras luego del proceso respectivo obtuvieron el sobreseimiento y archivo de la causa.

La madre del menor pretendía dejar sin efecto la sentencia emitida por el Tribunal contencioso administrativo (TCA), en la que se afirmó que para poder indemnizar a la madre por los perjuicios ocasionados por la prestación deficiente de un servicio público, debía existir la presencia de las condiciones de la responsabilidad subjetiva (falta, daño y nexo causal entre las dos anteriores). Los fundamentos del TCA fueron que la “justicia penal” no determinó responsabilidad personal del médico ni tampoco presunción insuficiente para que se determine la deficiente prestación del servicio público y la responsabilidad del Estado; que tras el peritaje médico se determinó que el menor presentaba una anomalía congénita; y que requería haber probado la deficiente prestación del servicio público, para proceder con la indemnización. Con una postura totalmente opuesta al tribunal *a-quo*, la Corte Nacional de Justicia afirmó que existían elementos para configurar un hecho dañoso:

las condiciones médicas insuficientes del neonato, como consecuencia de la prestación deficiente del servicio, que produjeron indudablemente efectos negativos en la condición de salud del recién nacido; por otro

lado, si bien el cuadro médico del menor mostraba deficiencias congénitas, detectadas y referidas en los informes periciales médicos, no hubiese derivado en las consecuencias físicas agravadas en las que quedó el menor, si las instalaciones sanitarias (una termo cuna en funcionamiento) y las propias acciones médicas oportunas (la extracción inmediata del cuerpo del vientre de la madre, y el traslado a la unidad de cuidados intensivos de manera inmediata, no luego de varias horas), que también reconocen los informes periciales practicados, hubieran sido otras; esto, indudablemente configura la existencia de una prestación deficiente de un servicio público, lo que concluye en la determinación de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado. (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Recurso No. 344-2009, 19 de mayo de 2014).

Así, las dos decisiones ecuatorianas referentes a mala práctica médica y la consecuente responsabilidad del Estado han obtenido resultados diferentes aun cuando el tiempo que dista entre la emisión de ambas es de apenas un año. En la primera decisión, a pesar de existir ciertas fallas administrativas al interior del hospital que permiten probar la deficiente prestación del servicio público de salud, la Corte decidió por voto de la mayoría, mas no unánime, que no se podía establecer la responsabilidad objetiva estatal puesto que no existía un nexo causal entre la muerte de la madre que falleció como consecuencia de las complicaciones sufridas en la cesárea y los actos ejecutados por el médico durante la operación. Por el contrario, en la sentencia emitida un año más tarde, la Corte decidirá que sí procede la declaración de la responsabilidad objetiva por cuanto existieron ciertas situaciones negligentes cometidas por el personal del hospital que incidieron de manera preponderante en las secuelas físicas que sufrió el recién nacido.

b. Responsabilidad del estado por descargas eléctricas sufridas como consecuencia del contacto directo con los cables de alta tensión del cableado eléctrico

El artículo 7 de la Ley orgánica del servicio público de energía eléctrica indica que “constituye deber y responsabilidad privativa del Estado, a través del Gobierno Central, satisfacer las necesidades del servicio público de energía eléctrica y alumbrado público general del país, me-

diente el aprovechamiento eficiente de sus recursos, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Maestro de Electricidad, y los demás planes sectoriales que fueren aplicables. Adicionalmente, el numeral 14 del art 3 indica que la producción y transferencia de energía eléctrica se hará a través del sistema nacional interconectado.¹⁷ Por lo tanto, se concluye que el proveimiento de electricidad constituye un servicio público.

Ahora se procederá a analizar dos sentencias en las que la responsabilidad del Estado fue declarada por haberse considerado que el servicio público de electricidad se presta a través de métodos peligrosos que ponen a los administrados en una situación de riesgo susceptible de ser indemnizada.

Para comenzar, tenemos la decisión de 11 de abril de 2007 en la que por primera vez se consagró en Ecuador la responsabilidad objetiva del Estado. Esta demanda fue presentada por el padre del menor de edad Juan Pablo A. en contra del Consejo Nacional de Electrificación (CO-NELEC) y Empresa Eléctrica de Manabí (EMELMANABI). Los hechos que preceden esta demanda versan sobre el accidente que sufrió un niño de 8 años de edad quien como consecuencia de haber recibido una descarga eléctrica proveniente de los cables de alta tensión ubicados al frente de su vivienda, fue víctima de quemaduras, amputación de miembros superior e inferior e incapacidad de 80%. La decisión de la Corte Nacional de Justicia afirmará la responsabilidad extracontractual del Estado y el consecuente derecho a reparación por los daños materiales y morales sufridos como producto de la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica.

¹⁷ Sistema Nacional Interconectado (SNI): Es el sistema integrado por los elementos del sistema eléctrico conectados entre sí, el cual permite la producción y transferencia de energía eléctrica entre centros de generación, centros de consumo y nodos de interconexión internacional, dirigido a la prestación del servicio público de energía eléctrica, no incluye la distribución de electricidad. (Ley orgánica del servicio público de energía eléctrica, Ley 0, RO Suplemento 418, 16 de enero de 2015, art 3, numeral 14).

En esta sentencia, el orden jurisdiccional afirmará que en la responsabilidad es subjetiva, *“la víctima debe probar la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño; mientras que de modo opuesto, en el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. (...) la actividad de distribución de energía eléctrica es una actividad de riesgo y, como tal, presupone eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente, por la ventaja colectiva que significa realizar la actividad en tales condiciones. El hecho de que el tendido eléctrico se encuentre sin aislantes, confirma que la deficiencia en la actividad de distribución y las eventuales afectaciones a las personas, bienes o ambiente es objetiva”*. Esta decisión nos lleva a una deducción: si los servicios públicos se prestan a través de mecanismos peligrosos (cableado eléctrico carente de protección que impida siniestros como descargas eléctricas para quienes hacen contacto con los cables de alta tensión), nos encontramos frente a una deficiente prestación del servicio público. Así, bajo el supuesto de que se cause un daño cierto a un individuo se vuelve posible la declaración de la responsabilidad estatal.

Seis años más tarde, el 25 de febrero de 2013 aparecerá una segunda decisión de la Corte Nacional de Justicia referente al mismo tema. Este litigio será protagonizado por un ciudadano manabita en contra de la misma empresa de distribución de energía eléctrica: EMELMANABI. Los antecedentes que fundan este caso consisten en que Leonardo Javier M. era arrendatario de una vivienda que había sido construida sin tomar en cuenta las normas municipales y sin considerar que al frente de la casa se encontraba el cableado de alta tensión existente por más de cincuenta años. Cierta día, Leonardo accidentalmente hizo contacto con los cables de alta tensión sufriendo una descarga eléctrica que le ocasionó la pérdida de su miembro superior y cicatrices por las quemaduras recibidas.



La Corte nacional no tomó en cuenta los argumentos de CONELEC quien afirmaba que *“la negligencia tanto de la víctima como del dueño de la vivienda que la construyó sin tomar en cuenta que los cables de alta tensión existían por más de cincuenta años, exime al Estado de toda responsabilidad”*. Así, siguiendo la misma línea de la decisión analizada anteriormente considerará que: la responsabilidad objetiva administrativa posee las siguientes características: (...) **2.- Determinación del riesgo que conlleva el servicio público.** (...) Por lo tanto, la Empresa Eléctrica de Manabí tenía la responsabilidad, como concesionaria del servicio público de energía eléctrica, de garantizar la seguridad en la prestación del servicio. Esta garantía se hace extensiva aún más por la naturaleza riesgosa que la actividad implica, lo que lleva a suponer que debía precautelar que los equipos y materiales utilizados en el servicio de transmisión de energía eléctrica tengan adecuados y suficientes niveles de seguridad para los particulares usuarios del servicio.” Con estos antecedentes, la Corte ratificará la decisión emitida por el Tribunal *a-quo* que aceptó parcialmente la demanda por indemnización y reparaciones de daños materiales y morales por la deficiente prestación de servicio público.

–Responsabilidad por trabajos y obras públicas

El usuario de una obra pública que es víctima de un accidente se beneficia de una responsabilidad por falta presunta. Es a la Administración a quien le corresponde probar la usencia de toda falta en el mantenimiento normal de la obra o de toda otra falta cometida en la ejecución de obras públicas. Por otra parte, si la víctima del accidente es un tercero, ésta se beneficia de la responsabilidad por riesgo. Así, las personas públicas no pueden exonerarse de su responsabilidad aun cuando demuestren la ausencia de una falta.

Los daños por trabajos públicos son perjuicios sufridos durante la ejecución o no ejecución de un trabajo público y aquellos causados por la presencia y funcionamiento de una obra pública.

En el ámbito de los trabajos públicos, hay dos tipos de daños: Los daños permanentes de trabajos públicos; y los daños accidentales provocados por trabajos públicos. El primer tipo de daños no será estudiado en esta sección pues corresponde a la sección de “responsabilidad por ruptura de igualdad frente a las cargas públicas”.

Daños accidentales provocados por trabajos públicos

Son aquellos que resultan de un hecho único y puntual ligado a la ejecución de un trabajo público. Este tipo de daños, dará lugar a reparación cuando se cumplen alguna de las tres hipótesis indistintamente: 1) daños producidos a personas que realizan labores gratuitamente (voluntariado), 2) daños producidos a los usuarios y 3) daños producidos a terceros.

Daños producidos a personas que realizan labores gratuitamente: En primer lugar, encontramos a los daños con respecto a los colaboradores que no perciben un salario. Se trata de personas que intervienen en la construcción de una obra pública en calidad de ayuda social, es decir sin un pago de por medio. Para ejemplificar esta situación citamos la decisión del Consejo de Estado francés de 26 de junio de 1968 CPSS de Calvados. Los supuestos fácticos del caso fueron protagonizados por un habitante del departamento de Calvados quien había ayudado a la instalación de un poste en la calle para el alumbrado público. Mientras realizaba esta labor, el colaborador resultó gravemente herido. Por lo tanto, el juez aceptó que existía un derecho de indemnización independientemente de la ausencia de una falta cometida por la Administración.

Daños producidos a los usuarios de obras públicas: en este caso, la responsabilidad sin falta aparece cuando la obra es «excepcionalmente peligrosa». Así, tenemos la decisión de 6 de julio de 1973 Dalleau, en la que una ruta de la isla francesa “la Reunión” presentaba un gran nivel de peligrosidad fundado en los riesgos de deslizamientos de tierra y su falta de protección respecto a las quebradas de la zona. Si reflexionamos, este litigio se asimila a las circunstancias de la “teoría de daños causados por cosas peligrosas”. (Consejo de Estado, Francia, decisión Dalleau, 6 de julio de 1973).

Daños producidos a terceros: en lo que se refiere a daños con respecto a terceros, la jurisdicción francesa tuvo que conocer un caso en el cual la víctima tenía dos calidades al mismo tiempo, era un usuario de una obra pública y al mismo tiempo era un tercero ajeno a la obra pública. Se trata de la decisión “ciudad de Fréjus” de 22 de octubre de 1971. Los eventos facticos que envuelven este caso se dieron en la ciudad de Malpasset por la ruptura de una presa de agua que proveía el servicio de agua a toda la ciudad. Dicha ruptura provocó que los habitantes demanden la reparación de los daños ocasionados. El Consejo de Estado debía comenzar decidiendo si los habitantes de la ciudad debían ser considerados como usuarios de la obra o como terceros. Los jueces de la máxima jurisdicción decidirán que los habitantes de Malpasset ostentan dos calificativos que ameritan dos consecuencias jurídicas distintas:

- En cuanto a los daños referentes a la canalización de la ciudad, la ciudad debía ser considerada como usuario del servicio (según la jurisprudencia francesa, los usuarios no tienen derecho a indemnización por responsabilidad sin falta salvo en caso de que la obra sea excepcionalmente peligrosa. En este caso, una represa no constituye una obra de excepcional peligrosidad).
- En cuanto a los daños causados a otras instalaciones, los ciudadanos debían ser vistos como terceros que no tienen la obligación de soportar un daño y que por lo tanto deben ser indemnizados bajo la figura de la responsabilidad objetiva. (Consejo de Estado, Francia, Decisión Ciudad de Fréjus, 22 de octubre de 1971).

En Ecuador, todavía no se ha presentado ninguna demanda fundada en este tipo de responsabilidad. Sin embargo, podemos citar a modo de ejemplo la construcción del proyecto Metro de Quito, mismo que para poder ejecutarse deberá hacer uso de maquinaria pesada y ruidosa. Por citar un aspecto específico de esta mega obra, se afirma que la construcción de la estación “San Francisco” llevará un tiempo de ocho meses. El expresidente de la República, Arq. Sixto Durán Ballén, afirmó que “Habrá ruido, vibraciones, humo y polvo. En las edificaciones antiguas, que son de adobe, se presentarán fisuras.” (Angulo, Revista *Vistazo*, 20 de febrero de 2016). Así, en caso de que se llegue a probar un daño cierto temporal o permanente para terceros, el Estado estará en la obligación de otorgar indemnizaciones a las víctimas que se vean afectadas por la construcción del proyecto de transporte subterráneo.

Responsabilidad por ruptura de igualdad frente a las cargas públicas

Este tipo de responsabilidad nació en Francia puesto que el orden jurisdiccional del país gallo llegó a la conclusión de que no existía razón para que una sola persona soporte las consecuencias de un acto o una actividad ejecutada para alcanzar el interés general. Por lo tanto, nace el siguiente postulado:

El desequilibrio producido a ciertas personas deberá ser compensado a través de una indemnización. Para que este tipo de responsabilidad se concrete, deben poder presenciarse dos condiciones acumulativas: 1) que se trate de un daño anormal, es decir que se atente en un cierto nivel de importancia contra alguien o algo; y 2) que se trate de un daño especial, es decir, que implique una afectación únicamente para ciertos miembros de una colectividad. (Bellescize, 2014, p. 240)

Entonces, cabe preguntarnos, ¿cuál es la diferencia entre la responsabilidad por riego, anteriormente revisada, y la responsabilidad por ruptura de igualdad frente a las cargas públicas? Para Ramu de Bellescize, la diferencia radica en que la responsabilidad por riego exige únicamente que el daño sea cierto mientras que en la responsabilidad por ruptura de igualdad ante las cargas públicas se requiere que el daño sea anormal y especial.

Ahora bien, existen dos casos respecto de los cuales este tipo de responsabilidad puede ser declarada: 1) la responsabilidad causada por daños provenientes de actos administrativos, reglamentarios y legislativos; y, 2) la responsabilidad causada por daños permanentes provenientes de trabajos públicos:

1. La responsabilidad causada por daños provenientes de actos administrativos, reglamentarios y legislativos

La responsabilidad objetiva fundada en **actos administrativos**: En

cuanto a la responsabilidad proveniente de actos administrativos regulares, la primera decisión francesa referente al tema fue emitida en 1923 en el caso “Couitéas”. Fue la primera vez que se reconoció la responsabilidad objetiva de la Administración por ruptura de igualdad frente a las cargas públicas. Los hechos consistieron en que las autoridades francesas se negaron a que el Sr. Couitéas propietario de un predio de 38.000 hectáreas sea autorizado a solicitar la intervención de la fuerza pública para ejecutar una orden judicial que disponía la expulsión de 8000 personas pertenecientes a un pueblo autóctono de la zona que habitaban en los predios del demandante. En principio, una orden judicial debe ser ejecutada pero el Consejo de Estado francés va a afirmar que existen imperativos de orden público (evitar la expulsión de pueblos que han habitado en los predios de propiedad privada desde tiempos inmemoriales) que permiten rechazar legalmente el acceso de la fuerza pública. Al mismo tiempo, el Consejo de Estado va a afirmar que el Sr. Couitéas tenía derecho a que la fuerza pública intervenga y que, por lo tanto, la abstención de intervención fundada en el interés general, impedía el goce del derecho de propiedad y daba lugar a una reparación pecuniaria. Consecuentemente, existen casos en los que el poder público puede legalmente permitir que en nombre del interés general se impongan cargas particulares a ciertos miembros de la colectividad que deberán ser compensadas siempre y cuando se trate de un daño anormal y especial. (Consejo de Estado, Francia, Decisión Couitéas, 30 de noviembre de 1923).

La responsabilidad objetiva fundada en **actos reglamentarios**: De igual manera, la responsabilidad puede provenir de decisiones reglamentarias cuando éstas causen un perjuicio anormal y especial a un particular o a un grupo específico de personas. Este tipo de responsabilidad apareció en la decisión “Comuna de Gavarnie” de 22 de febrero de 1963. Los hechos que dieron lugar a esta decisión fueron dos caminos que conducían al circo de Gavarnie. Cada camino era transitado por peatones y por asnos (medio de transporte común en esa época) al mismo tiempo. A fin de evitar atropellamientos por parte de los asnos, el alcalde decidió mediante resolución que un camino sería de uso ex-

clusivo para los asnos y otro camino para uso de los peatones. Un comerciante que vendía artesanías en el camino que posteriormente fue reservado a los asnos, decidió entablar una demanda en contra del Estado fundándose en el prejuicio que le causó la decisión del alcalde. El Consejo de Estado Francés decidirá que la responsabilidad sin falta del Estado puede ser establecida en razón de la ruptura de igualdad ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, Francia, Decisión Comuna de Gavarnie, 22 de febrero de 1963).

Ídem para un reglamento municipal que ordenó la desviación de camiones por otra carretera fundándose en que la circulación del transporte pesado por una vía urbana estrecha representaba un constante peligro para los habitantes. Como consecuencia de la desviación, un restaurante que brindaba el servicio de cafetería a los transportistas se vio afectado puesto que los camiones ya no pasaban por la calle en la que se situaba el paradero de comida. (Consejo de Estado, Francia, decisión Aldebert, 13 de mayo de 1987).

Basándonos en la decisión francesa, el orden jurisdiccional ecuatoriano podría en algún momento admitir que los propietarios de los locales comerciales situados en la calle el Pintado sean indemnizados por el Municipio puesto que mediante Resolución se decidió la reubicación de trabajadores autónomos (vendedores ambulantes) que durante varios años desarrollaron el comercio en la transitada calle El Pintado del Sur de Quito. La resolución mencionada incluyó la reubicación de los comerciantes en la nueva “Plaza Comercial La Michelena” inaugurada el 20 de agosto del 2016, a fin de proveer a los comerciantes con locales y fijos e impedir que realicen sus actividades en la vía pública.

Sin embargo, el acto normativo emitido por el Municipio implica que la calle el Pintado haya dejado de ser un punto clave de comercio y consecuentemente los propietarios de los locales comerciales ubicados en la antigua zona de comercio tuvieron que cerrar sus negocios puesto que la ciudadanía ya no transita la zona, sino que ha optado por realizar sus compras en la nueva plaza comercial creada por el Municipio. Así,

no se debe descartar la posibilidad de que los propietarios de negocios afectados por la decisión municipal decidan entablar acciones legales para que se declare la responsabilidad del Distrito Metropolitano de Quito por la emisión de una decisión que si bien es absolutamente legal constituye un perjuicio anormal y especial para cierto grupo de personas que merecen ser indemnizadas.

Siguiendo la misma línea, podemos situarnos en materia ambiental para el análisis de los siguientes supuestos fácticos. el Ministerio del Ambiente emite un Acuerdo Ministerial en el que determina que el periodo de veda del atún en mar ecuatoriano abarca dos años consecutivos, es decir, desde 1 de enero de 2017 a 1 de enero de 2019 a fin de dar cumplimiento a una Resolución de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), cuyo fin es preservar la conservación de las poblaciones de atún y otros recursos marinos asociados a esta pesquería a largo plazo. En este caso, nos encontramos ante un acto reglamentario perfectamente legal que paralizará por dos años las actividades realizadas por las pequeñas, medianas y grandes empresas pesqueras. Cabe reflexionar si esta prohibición laboral constituye un perjuicio anormal y especial susceptible de ser indemnizado. Quizás, una respuesta afirmativa generalizada incite al planteamiento de demandas que persigan demandas en contra del Estado a fin de que se declare su responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva fundada en **actos legislativos**: Finalmente, la responsabilidad administrativa puede ser reconocida en base a los daños causados durante la ejecución de leyes o tratados internacionales.

Así, el juez administrativo francés ha aceptado que ante la presencia de una ley susceptible de crear un perjuicio anormal y especial, el Estado debe asumir la obligación de reparar los daños. Este tipo de responsabilidad fue admitido por primera vez en la decisión “sociedad de productos lácteos la Fleurette” de 14 de enero de 1938. Este celebre caso surgió a propósito de la ley de 29 de junio de 1934 relativa a la

producción de productos lácteos. La ley mencionada “prohibió que la fabricación y el comercio de la crema láctea se fabricara con materia distinta a la leche. La única empresa afectada por esta disposición resultó ser la sociedad La Fleurette, que fabricaba un producto denominado “gradine” compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo.” (Alonso, 2011, p. 86)

La aplicación de esta ley conllevó a que la sociedad paralice definitivamente sus actividades e inicie una demanda contra el Estado por las consecuencias perjudiciales que provocó el legislador en su negocio. La resolución de este caso consistirá en que los productos elaborados por la Fleurette no presentaban ningún riesgo y adicionalmente el texto de ley no evidenciaba que el legislador haya querido perjudicar a la compañía con una carga tan grande como la suspensión de su actividad. Por lo tanto, La Fleurette tenía fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio ocasionado.

Posteriormente, se delimitaron las condiciones para la declaración de la responsabilidad fundada en los daños causados por una ley. En primer lugar, será necesario que la ley y sus trabajos preparatorios no excluyan la posibilidad de demandar indemnización por los daños causados. Ese sería el caso de una ley que pretenda la represión de actividades fraudulentas o incluso de una ley que para alcanzar el interés económico, social o general prohíba ciertas formas de publicidad a fin de economizar energía. (Consejo de Estado, Francia, decisión *Société Claude Publicité*, 24 de octubre de 1984)

En segundo lugar, será necesario que el perjuicio sea anormal y especial. Esta condición vuelve de difícil aplicación a este tipo de responsabilidad si tomamos en cuenta que la condición de “especial” es difícil de cumplir cuando el perjuicio ocasionado tiene su origen en una ley que en principio está dirigida a toda la población.

A modo de ilustración, bajo el supuesto de que la Asamblea Nacional llegase a emitir un artículo en el Código Orgánico Ambiental que indique que “será obligación del Ministerio de Ambiente coordinar con cada Gobierno autónomo descentralizado municipal a fin de que se establezcan centros veterinarios públicos en cada uno de los cantones del país”, sería lógico esperar que los profesionales veterinarios propietarios de centros veterinarios particulares establezcan una demanda de responsabilidad estatal en razón de que sus negocios se verían considerablemente afectados por esta norma ambiental. Se debe tener presente que si bien en un principio su perjuicio sería normal y especial, nos encontramos frente a una normativa que pretende garantizar la salud de la fauna urbana, medida de interés general que podría estar plenamente justificada. Justamente, será el orden jurisdiccional quien tendrá la batuta para decidir el derecho a reparación.

2. La responsabilidad causada por daños permanentes provenientes de trabajos públicos

Se trata de daños que resultan de manera indefinida y permanente o por lo menos de manera durable, del funcionamiento de una obra pública o de la ejecución de un trabajo público.

En principio, en caso de daños permanentes por la realización de trabajos públicos, el régimen de la responsabilidad será fundado en la responsabilidad objetiva del Estado siempre y cuando la víctima compruebe que se trata de un daño anormal y especial. Así, en la decisión de 18 de julio de 1928 “Comuna de Corbières”, el juez aceptó una indemnización fundada en los inconvenientes que impidieron el goce pleno de una propiedad puesto que a causa de un trabajo público se había impedido el derecho de acceso al inmueble. Sin embargo, bajo esta premisa, el juez exige la presencia de una verdadera privación o un malestar importante para los propietarios. Siguiendo la misma línea, encontramos la decisión de 2 de junio de 1967, en la cual el juez administrativo aceptará indemnizar los inconvenientes vecinales generados por una obra pública (ruido, olores, humedad) con la condición de que el malestar

sea realmente importante. Estas decisiones nos llevan a afirmar el poder de apreciación que mantiene el juez administrativo para poder decidir que será considerado como “malestar importante”. En concordancia a lo expuesto, el artículo 164 del COGEP menciona que “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”

En Ecuador, haciendo referencia una vez más a la ejecución del proyecto Metro subterráneo de Quito, no debería descartarse la posibilidad de que el uso de maquinaria pesada pueda provocar que las edificaciones antiguas del Centro histórico, construidas con material de adobe, sufran fisuras considerables o incluso daños permanentes que pongan en riesgo su calificativo como “bienes patrimoniales”. Por lo tanto, si bien la alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, a través de la Resolución No. A0016 de 15 de noviembre de 2012, declaró de interés prioritario el “Proyecto Metro de Quito”, no sería ilógico considerar la posibilidad de que los propietarios afectados por la ejecución de una resolución legal sean indemnizados por haber recibido un daño anormal y especial en sus viviendas que no tenían la obligación de soportar.

–Responsabilidad fundada en las guardas

Las guardas, denominadas en Ecuador como tutoría o curaduría, constituyen la novedad de la responsabilidad sin falta por su reciente aparición en las decisiones jurisprudenciales francesas. En un principio, la guarda comprendía una noción a ser tratada exclusivamente por el derecho civil. Así, el Código civil francés en su artículo 1384 dispone que “se es responsable no únicamente del daño que se causa por nuestros propios actos, sino además por aquellos actos causados por personas respecto de las cuales debemos responder, o de cosas respecto de las cuales tenemos la guarda”. Siguiendo la línea del clásico código napoleónico, el artículo 2220 del Código civil ecuatoriano señala que “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.”

Sin embargo, a partir de la decisión *Gie Axa Courtage* de 11 de febrero de 2005, el juez administrativo permite contemplar a las guardas como un fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración. Así, en caso de que un menor de edad que haya sido confiado a un establecimiento público, cause algún daño a un tercero, la responsabilidad administrativa puede ser declarada incluso en ausencia de falta.¹⁸ Adicionalmente, la responsabilidad no desaparece aun en caso de que el daño haya sido producido por fuerza mayor o falta de la víctima. Este tipo de responsabilidad podrá permitir que en un futuro, los daños causados por menores infractores que se encuentren a cargo de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (Dinapen), corran a cargo de esta institución aun en ausencia de falta cometida por alguno de sus agentes o funcionarios.

Los elementos de la responsabilidad objetiva

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de países latinoamericanos como Ecuador, Colombia o Argentina, concuerdan en que para poder establecer la responsabilidad objetiva del Estado se necesita la presencia acumulativa de tres elementos sin los cuales el derecho a indemnización no podría nacer.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual en Argentina, no se toma en cuenta si los daños derivan de un comportamiento ilícito o lícito de la Administración.

Roberto Dromi afirma que “la responsabilidad objetiva abre el camino a una concepción objetiva de la antijuridicidad, poniendo de relieve los

¹⁸ Este tipo de responsabilidad se ve presente en temas como la reinserción social que dejan una gran libertad a sus beneficiarios pero que sin embargo podrían hacer que el administrado corra un riesgo. Esta figura jurídica encaja en un litigio francés protagonizado por un grupo de menores delincuentes que habían escapado de un correccional como producto de las nuevas reglas sobre encarcelación que eran mucho más benévolas que las anteriores. En esta causa, los jueces declararon la responsabilidad objetiva conocida también como responsabilidad sin falta por cuanto el Estado tiene la obligación de garantizar que los jóvenes delincuentes que se encuentran en un centro de rehabilitación se reeduchen y no cometan actos de vandalismo.

elementos daño e injusticia por encima del concepto clásico de culpa. **La antijuridicidad del daño** existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (...) Para los casos de responsabilidad colectiva en la que falta la individualización del agente del daño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación- CSJN admite la responsabilidad extracontractual del Estado, pero siempre tomando en cuenta la **relación causal**, a fin de determinarla.” (CSJN, Argentina, María C. Echegaray e hijos c/Nación argentina, 1941. Tomada de Dromi, 2015, p.358)

Así, la CSJN ha manifestado que:

no puede responsabilizarse a la Dirección Nacional de viabilidad por el accidente provocado por el impacto de una fuerte masa de agua que, como consecuencia de las lluvias caídas, avanzó por el cauce del río e irrumpió en una ruta nacional, arrastrando a un automotor, si no se ha probado la relación causal entre la conducta imputada a ese organismo y la producción del accidente, que aparece originado por los efectos de elementos naturales. (CSJN, Argentina, 30 de agosto de 1988).

Adicionalmente, la falta de servicio también permite configurar la responsabilidad del Estado. Así, *“la responsabilidad extracontractual del Estado es siempre directa y objetiva, fundada en la figura de falta de servicio, que se independiza de la idea de culpa y que no requiere la individualización del autor de daño”*. (CSJN, Argentina, SC Mendoza, 9 de diciembre de 1993). Los preceptos de Dromi nos permiten concluir que la jurisprudencia argentina exige la presencia de tres elementos: que el daño sea antijurídico, que el daño sea cierto y que exista un nexo causal entre el comportamiento lícito de la Administración y dicho daño.

En cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana, nos permitimos señalar que en la decisión de 2013 referente a la demanda por deficiente prestación de servicio público de electricidad entablada en contra de EMELMA-NABI, el orden jurisdiccional reafirmó que “como lo establece el Art. 11, numeral 9 de la Constitución de la República, la responsabilidad objetiva administrativa posee las siguientes características:

- 1.- Determinación del riesgo que conlleva el servicio público.
- 2.- imputabilidad a una persona de derecho público.
- 3.- Perjuicio ANTIJURÍDICO, es decir que para su determinación se deberá analizar los elementos propios del daño y la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

Siguiendo lo misma corriente de la decisión señalada, tenemos la decisión que otorgó una indemnización a favor de los familiares de la hija de la Ministra de Defensa de Ecuador quien murió junto a su madre en el fatídico accidente aéreo mientras volaban en un avión de las Fuerzas Armadas del Ecuador durante un evento oficial. El orden jurisdiccional señaló como características esenciales de la responsabilidad administrativa objetiva, las siguientes:

- 1) El daño antijurídico es la lesión patrimonial o extra patrimonial que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.
- 2) La necesidad de analizar las razones por las que se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión.
- 3) Un daño antijurídico que será declarado si existen dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público.
- 4) La verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportar un daño.
(Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Deifilio Larriva Polo y otras c/ Ministerio de Defensa Nacional, Resolución No. 246-2012, 24 de agosto de 2012)

Finalmente, el régimen colombiano de la responsabilidad objetiva del Estado exige la presencia de tres elementos: el daño antijurídico o lesión, la imputación de la Administración pública y la relación de causalidad. Para una mejor comprensión de estos tres elementos, señalamos la explicación pedagógica del profesor colombiano Hugo Arenas. El autor, en su libro sobre el régimen de la responsabilidad objetiva en Colombia, realiza un análisis detallado sobre el daño antijurídico o lesión, la imputación a la administración pública y la relación de causa-

lidad como elementos acumulativos para que proceda la responsabilidad objetiva del Estado.

Daño antijurídico o lesión

El daño es “*un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psicofísica, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derecho o a intereses suyos*” (Hines-troza, 2007, p. 13). Hay que dejar claro que en el régimen colombiano se exige no únicamente un daño sino un “daño antijurídico”, término que ya ha sido analizado por la Corte Constitucional, misma que afirma “*el daño antijurídico es un concepto constitucional parcialmente indeterminado cuyos alcances pueden ser desarrollados dentro de ciertos límites por el legislador.*” En vista de que la Corte se rehúsa a otorgar una definición, ha sido la doctrina quien ha tenido que definir al daño antijurídico como “*aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar*” (Tamayo, 2011, p. 32-33). El profesor Arenas nos recuerda que no se debe perder de vista que el daño que se debe indemnizar no es cualquiera, sino que debe reunir características especiales que consisten en que el daño sea cierto, personal y antijurídico. Así, daremos una brevísimas explicación de cada uno:

Certeza: la certeza implica que el daño deber haber realmente ocurrido. Verbigracia, la víctima deberá probar la pérdida o deterioro de bienes muebles o inmuebles, el pago de salarios, honorarios y, en general, toda clase de perjuicio asumido.

Daño personal con relación a la víctima: se debe lograr determinar quién puede reclamar los daños sufridos, es decir, encontrar a la verdadera víctima o, en otros términos, al titular del interés. (Ramos, 2004, p.196) Por lo tanto, el actor debe probar su calidad de perjudicado a fin de procurar una indemnización únicamente para aquellos que hayan recibido menoscabo a sus derechos.

Los criterios utilizados en Colombia para proceder a la individualización de un daño son:

el sacrificio excesivo o especial que recae sobre ciertas personas. Este elemento seguiría la teoría francesa en la que para que una indemnización sea procedente se debe previamente haber probado un daño especial que conlleve a un exceso en las cargas públicas para el administrado.

El número de afectados con relación a un sector determinado:

para que un daño sea indemnizable, la Administración debe lesionar los derechos de algunos de los integrantes de un sector puesto que si el daño afecta a la totalidad del sector no habría lugar a indemnización. (De Ahumada, 2004, p. 197) En este punto cabe precisar que los efectos de un reglamento son susceptibles de crear derecho a reparación si el sector afectado está bien identificado. Como vimos en el capítulo referente a la responsabilidad objetiva fundada en actos reglamentarios, un acuerdo ministerial que veda la pesca atunera durante dos años, constituye un perjuicio específico para aquellas personas naturales o jurídicas que desempeñan actividades de pesca de atún. Por lo tanto, serán éstas últimas quienes deberán ejercer acciones legales contra el Estado para poder obtener una indemnización.

Adicionalmente, existe otro aspecto a tomar en cuenta al momento en que se establece el derecho de indemnización a la víctima. Así, en caso de que el afectado fallezca, serán sus familiares quienes reclamen una compensación económica por la pérdida de su ser querido. Precisamente, en casos como el de la muerte de la ministra de defensa Guadalupe Larriva y su hija fueron los abuelos de la menor de edad quienes iniciaron una demanda contra el Estado. Del mismo modo, en la causa referente a una ciudadana que falleció como consecuencia de una cesárea fue su cónyuge quien presentó la demanda a nombre propio y en representación de los hijos de la víctima. Finalmente, en la decisión concerniente a un recién nacido quien por una supuesta mala práctica médica quedó con una incapacidad física y mental permanente, fue su madre quien inició las acciones legales para recibir una indemnización que le permitiese sobrellevar los gastos necesarios para cuidar a una persona con capacidades especiales.

Daño antijurídico: Para Luis Medina Alcoz (2005) “el daño no se conecta con el comportamiento o hecho ilícito del agente dañoso, sino con los efectos perjudiciales que éste puede provocar en la esfera patrimonial de la víctima.” (p.132) Sin embargo, existen casos en que la

antijuridicidad es eliminada cuando el administrado está obligado a soportar los daños impuestos por la Administración y consecuentemente no cabe el derecho a indemnización. El profesor Hugo Arenas cita ciertos supuestos bajo los cuales una persona estaría obligada a soportar un daño. (Arenas, 2013, p. 167 y siguientes)

– **Búsqueda del interés general:** Como ya lo analizamos en la introducción de este ensayo, la búsqueda del interés general constituye el fin de la actuación administrativa. Por lo tanto, Luis Cosculluela (2005) concluye que se considera jurídica la lesión producida incidentalmente como consecuencia de acciones emprendidas por la Administración por razones de interés general. (p. 582) Sin embargo, en la segunda parte de nuestro análisis referente a la responsabilidad objetiva en Ecuador veremos que aun cuando la Administración actúa en aras de alcanzar el interés general, ésta tiene la obligación de no provocar daños a los administrados; caso contrario su responsabilidad podrá ser declarada bajo el argumento de una violación a las garantías establecidas en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución.

– **Obligación derivada de la Constitución:** No deben ser consideradas como antijurídicas las obligaciones constitucionales que determinan el carácter jurídico de las limitaciones patrimoniales que conllevan. Es el caso de los tributos o de las prestaciones personales forzosas, vistos como deberes de colaboración que pueden imponerse a los administrados en casos de catástrofe o calamidad pública. (Gamerro, 2006, p. 468) Así, se puede citar la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad creada con el fin de que los administrados contribuyan económicamente para atender los gastos necesarios para reconstruir las ciudades afectadas por el terremoto ocurrido en Ecuador el 16 de abril de 2016. Esta ley determinó las actividades y bienes que estaban sometidos al cumplimiento de la ley: el aumento del 2% al IVA (Impuesto al Valor Agregado), contribución de un día de salario o más a quienes perciban desde USD 1000 de remuneración mensual, aportes sobre utilidades o sobre el patrimonio iguales o mayores a USD 1 millón. Consecuentemente, los administrados afectados por estas cargas

que podrían ser consideradas anormales y especiales no podrán obtener una indemnización del Estado por cuanto el fin de la ley fue mitigar de cierto modo las secuelas de un fenómeno natural que dejaron devastadas a miles de familias en las provincias de Manabí y Esmeraldas. (Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016, primer suplemento no. 759, 20 de mayo 2016)

– **Carga impuesta por la ley, un acto o un contrato legal:** Jesús Gonzales sostiene la hipótesis de que no se origina responsabilidad estatal si es la ley la que impone al administrado el deber de soportar el daño. También existirá, el deber de soportar el daño cuando emane de un acto o contrato ajustado a la ley. (González, 2006, p. 439) Sin embargo, si se toma en cuenta el punto de vista opuesto, encontramos a la teoría francesa de “la responsabilidad fundada en daños causados por una ley”, misma que fue analizada en la sección anterior y que pone en evidencia que si una ley relativa a la producción de productos lácteos afecta a un determinado grupo de manera especial y anormal y bajo la condición de que dicha ley no prohíba el derecho a indemnización, será loable iniciar las acciones legales pertinentes para que la responsabilidad del Estado sea declarada.

– **Funcionamiento normal de los servicios públicos sin que se genere un riesgo elevado o violación del principio de igualdad ante las cargas públicas:** El profesor Hugo Arenas sostiene que “cuando se está en el caso del funcionamiento NORMAL de los servicios públicos, las personas tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias generales de la actividad administrativa y para que surja la responsabilidad es necesario acudir a algún criterio adicional que haga indemnizable el daño, que lo sitúe por encima de los riesgos normales inherentes a la vida en sociedad, normalmente la ruptura de igualdad ante las cargas públicas. Es decir, solo se generará responsabilidad patrimonial cuando la actuación administrativa genere un riesgo excepcional o se rompa la igualdad frente a las cargas públicas”.

Lo mencionado por el autor mantiene estrecha relación con las dos teorías francesas de la responsabilidad objetiva:

La primera teoría referente al **riesgo excepcional** menciona que existen actividades o cosas que por su naturaleza implican un deber preponderante de cuidado por parte de la Administración. Así, cuando se provee de energía eléctrica al país a través de cableado aéreo carente de protecciones, involuntariamente el Estado está permitiendo que las personas que hagan contacto con los cables sufran una descarga eléctrica que ponga en riesgo su vida. Por lo tanto, la Administración está asumiendo un riesgo por el que más tarde deberá responsabilizarse aun cuando ninguna ley haya sido violada ni ningún procedimiento haya sido omitido puesto que se está poniendo a los administrados en una situación de riesgo excepcional.

La segunda teoría referente al **exceso de las cargas públicas** significa que aún bajo el supuesto de que la Administración emita actos legales o se abstenga de hacer algo fundándose en una norma legal, su responsabilidad puede ser declarada cuando tales actos u omisiones provocan al administrado un daño que por ser especial y anormal genera un derecho a ser indemnizado. Este tema será analizado de manera profundizada en la parte referente a la responsabilidad objetiva en el Régimen ecuatoriano.

– **Situaciones extraordinarias:** “los administrados deben soportar algunas cargas que se presentan en situaciones extraordinarias, que requieren actuaciones especiales por parte de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, cuando se presentan los estados de excepción, o, así no se hayan declarado, cuando concurren circunstancias que lo ameriten.” (Arenas, 2013, p. 169)

– **Actitud inadecuada del perjudicado o propia culpa:** Una de las causas de exoneración de la responsabilidad administrativa es en el supuesto de que una persona voluntariamente se coloque en una situación de riesgo. Esta condición no siempre es exigida en Ecuador. Así, tenemos el célebre caso ecuatoriano de la empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica, la cual fue obligada por vía judicial a indemnizar a la familia de un menor que fue víctima de una descarga

eléctrica aun cuando fue la propia familia la que construyó una vivienda sin respetar las normas municipales que exigían cierta distancia entre los inmuebles y los postes de alta tensión. Adicionalmente, en el mismo caso no se tomó en cuenta que los padres no vigilaron debidamente al menor y su falta de cuidado provocó que en un descuido el niño manipule los cables eléctricos.

— **Aplicación de las causales de justificación del derecho penal:** Luis Media Alcoz (2005) afirma que hay causas de justificación exonerativas en el derecho de la responsabilidad patrimonial. (p. 75-76) Así, los daños causados por estado de necesidad o legítima defensa no dan lugar al derecho de reparación. (Código Integral Penal, Ecuador, art 30)

Una vez analizados algunos supuestos bajo los cuales el administrado se ve imposibilitado a demandar indemnización, resulta pertinente citar la conclusión a la que arriba el tratadista colombiano Libardo Rodríguez (2011), quien afirma que “en síntesis, no todos los daños merecen ser indemnizados, sino tan solo aquellos que son de tal magnitud que causan un perjuicio real al ciudadano y que no existe un título jurídico que lo obligue a soportarlos. Por lo tanto, existen muchos daños causados por la Administración que son completamente normales y que no pueden ser reprochados. Por ejemplo, si una entidad pública cierra por la fuerza un restaurante, por no reunir los requisitos que las normas legales exigen para su funcionamiento, caso en el cual se trata de una operación administrativa completamente regular pese a que causa daños o perjuicios al propietario, pues es evidente que no obtendrá utilidades durante el tiempo de cierre y su imagen comercial se verá deteriorada; sin embargo, es lógico que la Administración no tendrá por qué correr con las consecuencias de esa actuación suya que fue completamente regular.” (p. 529)

La imputación a la administración pública

Una vez que el daño antijurídico ha sido identificado, a fin de determinar la responsabilidad objetiva, resulta indispensable la existencia de un daño susceptible de ser imputable o atribuible a la Administración. García de Enterría (2006) señala que “la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y éste” (p. 390) Ahora bien, en Ecuador, la disposición constitucional sobre la responsabilidad objetiva consagra **dos títulos de imputación** que permiten declarar la responsabilidad objetiva del Estado: 1) por las acciones u omisiones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos; y, 2) por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. Consecuentemente, esta norma trae a nuestra memoria las dos teorías pioneras sobre la responsabilidad objetiva puesto que como hemos venido analizando a lo largo de este ensayo, la jurisprudencia francesa señala dos fundamentos que permiten el nacimiento de la responsabilidad sin falta.

Por un lado, el **exceso de cargas públicas** es uno de los orígenes de la responsabilidad objetiva; por lo tanto, cuando los funcionarios estatales emiten actos legales que causan daños anormales y excepcionales; o, cuando éstos funcionarios cometen omisiones fundadas en una norma jurídica que ocasiona un perjuicio catalogado- nuevamente- como anormal y especial, el orden jurisdiccional se ve en la obligación de aceptar las pretensiones de las víctimas y otorgarles una justa indemnización que compense el mal causado.

Por otro lado, la responsabilidad estatal será declarada si existe un **riesgo excepcional proveniente una actividad o cosa peligrosa**. Esta teoría concuerda con la posibilidad de demandar una indemnización en caso de que la falta o deficiencia en la prestación de un servicio público ecuatoriano ponga en un riesgo excepcional al administrado susceptible de ser reparado. Consecuentemente, en la decisión CONELEC de 2007, la Corte Nacional de Justicia afirmó que “el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente”. (Corte Suprema de justicia, Ecuador,

Florencio Antonio Andrade Medina c/ EMELMANABI y CONELEC, No. 168-07, 11 de abril del 2007)

En este punto, cabe señalar que persiste el debate doctrinario respecto a la siguiente interrogante: Para que surja el derecho de reparación, *¿la conducta de la Administración tiene necesariamente que ser ilícita?*; o, por el contrario, *¿cabe el derecho a reparación inclusive cuando la conducta estatal es lícita?* Para responder a este cuestionamiento, recurrimos al análisis de Hugo Arenas referente a los dos títulos para la imputación de la responsabilidad por la falla o falta de servicios públicos.

El funcionamiento anormal del servicio: Para el profesor colombiano de Derecho Administrativo, Hugo Arenas (2013), “el funcionamiento anormal del servicio público es la principal fuente de responsabilidad en los ordenamientos jurídicos occidentales; por lo tanto, será necesaria la presencia de la culpa. La noción de funcionamiento anormal no está tan solo conformada por los comportamientos ilícitos de la administración, sino que sobre todo comprende el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo, o, si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable, aquel que se sitúa por debajo de los niveles LEGALES o SOCIALMENTE exigibles. Así, el funcionamiento anormal de los servicios públicos se evidencia cuando éstos no funcionan o no lo hacen de manera correcta y a tiempo” (p. 117)

Esta afirmación corresponde cabalmente a las prescripciones del artículo 11 numeral 9 de la Constitución ecuatoriana:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Para una mayor ilustración sobre el funcionamiento anormal del servicio público es necesario recurrir a la primera sentencia de responsabilidad objetiva emitida en Ecuador. El 11 de abril de 2007, la sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia consagrará este tipo de responsabilidad en el litigio incoado por el padre del menor que como producto de una descarga eléctrica perdió la vida, caso que ya fue analizado previamente. Para fundamentar su decisión, la Corte Nacional de Justicia desarrolla una explicación pedagógica sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, misma que tendría su origen en la injusticia o ilicitud de la afectación.

Por una parte, en cuanto a la **“afectación injusta”** se señala que:

es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una **afectación anormal**, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. (Corte Suprema de justicia, Ecuador, No. 168-07, 11 de abril del 2007)

Por otra parte, en lo que se refiere a una **“afectación ilícita”**, la Sala de lo Contencioso administrativo afirmó que

el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. Por lo tanto, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada

en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador.¹⁹

Sobre la base de los argumentos expuestos, la Corte decidió que el menor víctima del accidente quedó en imposibilidad de proveerse por sí mismo los medios para su subsistencia como cualquier otro trabajador, una vez que tenga edad suficiente para ello; consecuentemente, **la afectación es injusta e ilícita** porque se trata de **efectos anormales** en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, y porque no existe norma alguna que obligue a la víctima al sacrificio individual que ha debido soportar con ocasión de la prestación del referido servicio de distribución de electricidad. (Corte Suprema de justicia, Ecuador, No. 168-07, 11 de abril del 2007)

Terminamos afirmando que el Estado se hace acreedor de una sanción por responsabilidad objetiva cuando su actividad emplea medios o utiliza recursos que colocan a los ciudadanos y a sus bienes, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que excede las **cargas que normalmente** deberían soportar como contrapartida de los beneficios que reciben de la actividad pública. Se colige, por lo tanto, que la responsabilidad sin falta es declarada en caso de que la prestación de servicios públicos no cumpla sus caracteres jurídicos; es decir, no sea, continuo, regular, uniforme, general, obligatorio y eficiente.²⁰

19 Por lo tanto, estamos frente al principio de juridicidad, mismo que ha sido definido como “el supraprincipio, que a veces, exige que el acto en cuestión deba estar conforme con la Constitución política del Estado, con la ley, con los actos administrativos tanto reglamentarios como de efectos particulares, etc. (...) El principio de juridicidad administrativa comprende, en primer lugar, a la puesta en ejercicio de las atribuciones del poder público, en segundo término, dicho principio juega un rol esencial en el control jurídico de la actividad administrativa y, en tercer lugar, es una base en la apreciación de la existencia de la responsabilidad extracontractual. (Caldera, 1992, p. 127)

20 “Caracteres jurídicos del servicio público: 1) continuidad: la continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir, que se debe efectuar oportunamente y de manera ininterrumpida, sin paralizaciones ni suspensiones que cercenen los derechos de los usuarios. 2) regularidad: significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a determinadas normas. 3) Uniformidad: Implica igualdad de tanto en la prestación, es decir el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios. 4) Generalidad: el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. Se trata de prestaciones de interés comunitario. 5) obligatoriedad: es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligato-

Funcionamiento normal de un servicio: Una vez que el funcionamiento anormal ha sido revisado, resulta oportuno cuestionarse ¿El Estado ecuatoriano está en la obligación de conceder indemnizaciones a las víctimas de daños producidos durante la ejecución **normal** de un servicio público? La respuesta a esta interrogante será dada por el orden jurisdiccional ecuatoriano a través de sus diferentes decisiones.

Es necesario empezar definiendo el significado del término “normal”. Siguiendo el criterio de David Blanquer, no es lo mismo el funcionamiento normal que el funcionamiento óptimo. El funcionamiento normal es el que encaja en el estándar de eficacia que es exigible a la Administración, no el que existe sino el que es exigible. Es por ello que los parámetros de exigencia en cuanto a eficiencia y eficacia varían dependiendo de lo que cada gobierno persiga como interés general o de lo que los jueces que conforman la sala de lo contencioso administrativo consideren que permite alcanzar el interés general. Así, hacemos alusión al caso Conelec en el que los jueces a cargo pretendieron consagrar un tipo de responsabilidad que, por un lado, exoneraba a la víctima de la obligación de probar la falta de la Administración; y, que por otro lado, denostaba importancia a las faltas cometidas por los padres del menor, mismas que en cierta medida conllevaron la realización del daño. Efectivamente, si revisamos la normativa vigente al momento en que el suceso acaeció (4 de febrero de 2003) se encontraban vigente la Constitución de 1998 y el Reglamento de concesiones, permisos y licencias para la prestación del servicio de energía eléctrica de 3 de abril de 1998. Como se analizó al inicio del presente ensayo, fue la Constitución de 1998 la que consagró la responsabilidad objetiva estatal. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el Reglamento sobre la prestación del servicio de energía eléctrica, vigente en esa época, en ninguna parte obligaba al concesionario (CONELEC) a colocar mangueras de protección al tendido eléctrico de todo el país. Adicionalmente, no se tomó en cuenta que el padre del menor había construido su vivienda

riedad de la prestación, que se corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla. 6) calidad y eficiencia: Es el resultado de la relación entre los recursos utilizados en la prestación de un servicio público y los logros conseguidos con el mismo.” (Dromi, 2015, p. 26 y siguientes).

sin respetar las normas referentes a la obligación de contar con un permiso de construcción, omisión que habría indudablemente contribuido a que el menor tenga fácil acceso a los cables de alta tensión. Esta sentencia muestra, por lo tanto, que la decisión jurisdiccional estaba encaminada a otorgar una indemnización basándose en la figura jurídica de “exceso en las cargas públicas” sin importar las faltas cometidas por los padres de la víctima.

Por el contrario, las sentencias posteriores referentes al tema, mostrarán a un órgano judicial mucho más protector de los fondos públicos que se rehusará a establecer la responsabilidad objetiva del Estado. Verbigracia, resulta pertinente el análisis del caso de mala práctica médica por parte del Hospital Carlos Andrade Marín regentado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que ya fue analizado anteriormente. En esta sentencia, la Corte afirmó que durante el proceso quirúrgico, “se dieron anormalidades en el protocolo de la intervención médica a cargo del médico anesthesiólogo, lo que devino en la sanción administrativa correspondiente por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, a la luz de los planteamientos teóricos que quedan señalados en esta sentencia sobre el tema de la causalidad, no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino. No es posible presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes, que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada. Por tanto, al no existir el nexo causal probado, uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar”. Esta afirmación de la Corte refleja que a pesar de que el servicio público de salud se prestó de manera “anormal” puesto que no se respetó la normativa vigente que indicaba el protocolo a seguir en caso de que se presenten complicaciones durante una cesárea, el juez rechazó el recurso mostrando así su reticencia a declarar la responsabilidad del Estado.

Dentro de la sentencia de mala práctica médica cabe resaltar la opinión vertida por el Juez Álvaro Ojeda, quien para justificar su voto salvado en este caso, acertadamente hace alusión a los argumentos del tratadista español Ramón Parada (2010),²¹ quien afirma que:

En las relaciones entre la Administración y los particulares, la cuestión se presenta ahora en términos más simples, más objetivos, porque lo decisivo aquí es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño básicamente por la carencia o defectuosa prestación de éstos. Consecuentemente con estas ideas, el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio, entendiéndola como **carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer**, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables (...) En otras palabras, la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Dicha concepción se habría así alejado definitivamente de la influencia de los regímenes de responsabilidad, tanto civil como penal, en las que no hay responsabilidad sin culpable, sin dolo o culpa, sin que el autor lo haya querido o pretendido de alguna manera. (...) es suficiente que el daño sea consecuencia del funcionamiento **normal o anormal** de los servicios públicos. La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. (Parada, 2010, p. 563-565. Tomado de decisión de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013)

El juez Ojeda concluye afirmando que “nuestra fórmula legal engloba tanto los supuestos de responsabilidad por falta de servicio (**funcionamiento anormal**) como todos los supuestos de responsabilidad sin falta del Derecho francés (**funcionamiento normal.**) Reiterada jurisprudencia afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad

²¹ Ramón Parada, Derecho Administrativo, parte general, tomo I. Madrid, España, 2010, ed. Marcial Pons.

administrativa los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa".(Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013). Sin embargo, cabe notar que por tratarse de un voto salvado no puede considerarse como línea jurisprudencial a ser tomada obligatoriamente en cuenta.

Siguiendo la misma línea, se erige la sentencia referente a una demanda presentada por los padres y los suegros de la ex ministra de defensa del Ecuador Guadalupe Larriva quien a causa de un accidente aéreo perdió la vida junto a su hija de 17 años el 24 de enero de 2007. El accidente se produjo en dos helicópteros de las fuerzas armadas mientras se realizaba una demostración de ejercicios bélicos. En este caso, a fin de determinar el grado de responsabilidad del Estado, se hizo una apreciación separada sobre las circunstancias en que se encontraba la ministra de defensa y las circunstancias que envolvieron a su hija en el siniestro que le cegó la vida.

Por un lado, la Corte afirmó que:

En cuanto a la Sra. Guadalupe Larriva, ésta se desempeñaba como MINISTRA DE DEFENSA, era invitada oficial al acto castrense, quien voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija, (...) el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra **no constituye un riesgo excepcional**, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. (...) En cuanto a su hija, Claudia Ávila Larriva, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento. Dependía de la autorización de su señora Madre, para abordar el helicóptero de combate, artillado de propiedad de las Fuerzas Armadas. (...) ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un

todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre trasladarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno. Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales. Argüir que el Art. 2230 del Código Civil le pueda ser aplicable a la Srta. Claudia Ávila Larriva es inoficioso, pues ella no se expuso al riesgo de subir a un helicóptero artillado imprudentemente, ni tenía control alguno en tal hecho. (...) las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad puesto que cuando acaeció el fatídico accidente, la Srta. Ávila tenía 17 años de edad. (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Deifilio Larriva Polo y otros c/ Ministerio de Defensa Nacional, Resolución No. 246-2012, 24 de agosto de 2012).

Nuestra apreciación en este caso difiere de la afirmación dada por la Corte Nacional de Justicia. En este litigio, es cierto que la fuerza pública constituye un servicio a la colectividad. Sin embargo, el accidente no se produjo por la falta o la deficiencia en la prestación de un servicio público. El origen de la responsabilidad radica en la autorización otorgada por los funcionarios del Ministerio del Interior para que una menor de edad aborde un avión de guerra para un fin que nada tiene que ver con alcanzar el interés general. Dicha autorización constituye un hecho administrativo²² carente de legalidad. En este caso, estamos frente a una operación física de la administración que produjo un perjuicio al administrado y que por lo tanto daba lugar a reparación. Es decir, la conclusión a la que llega la Corte es correcta pero no concon-

²² ERJAFE, Art. 78.- HECHO ADMINISTRATIVO. - El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.

damos con los fundamentos que ésta utiliza para sustentar su decisión puesto que no se trata de una carga pública injusta por la mala prestación de un servicio sino de un hecho administrativo indudablemente viciado de ilegalidad. Recordemos que el artículo 11 numeral 9 acepta la responsabilidad no únicamente en casos referentes a servicios públicos sino además por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.” Consecuentemente, la figura jurídica aplicable al caso era la responsabilidad por falta en contra de los funcionarios que actuaron culposamente. Ahora bien, bajo el supuesto de que no fuese posible identificar al responsable, cabría la figura de responsabilidad objetiva con el fin de no dejar a los herederos de la víctima sin la indemnización correspondiente.

No debemos olvidar que la responsabilidad objetiva puede ser vista como un salvavidas jurídico en caso de que sea posible determinar el daño, la imputación a la Administración y el nexo entre ambas; pero, sea imposible demostrar la falta del funcionario público.

La relación de causalidad

Ha quedado en claro que la responsabilidad objetiva del Estado necesita la presencia *sine qua non* de un daño antijurídico causado a la víctima, una clara imputación del daño a una persona pública o a una persona que ostente prerrogativas públicas; y, un vínculo de causalidad que permita verificar que el acto u omisión legal de la administración pública influyó de una u otra manera en la producción del daño antijurídico.

El nexo de causalidad ha sido definido como “una explicación causal en la que el objeto no es descubrir la verdad de una cadena causal sino únicamente escoger una explicación pertinente entre muchas racionalizaciones causales posibles. El juez goza de una libertad de elección en la determinación del carácter directo del nexo entre la causa y la consecuencia. Ningún régimen de la responsabilidad administrativa es neutro”. (Pouillaude, 2011, p.550 y sig.)

Ahora bien, a fin de justificar el vínculo existente entre el comportamiento lícito de la Administración y el daño ocasionado a la víctima, se han desarrollado dos teorías a las que el juez, en base a su poder de apreciación, puede recurrir. Se debe elegir entre una visión proteccionista de la víctima que busca una indemnización económica por los perjuicios causados denominada teoría de la equivalencia de condiciones; o, por el contrario, una visión de protección del Estado que no debería responder sino únicamente por los daños causados por una falta verificada de la Administración pública denominada teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la equivalencia de condiciones: Esta teoría fue formulada por el penalista alemán Von Buri (1923) quien afirmó que “la causalidad de causa pertenece a todos los hechos y circunstancias cuyo concurso haya determinado la creación del daño y entre los cuales el derecho retiene únicamente los hechos del hombre que tiene carácter de culpa, para fundar sobre ellas la responsabilidad de su autor” (Citado en Ramos, 2004, p. 109)

La reserva que hacemos respecto a esta definición penal es que la responsabilidad objetiva como parte del Derecho administrativo no exige la presencia de la culpa del funcionario sino que como hemos visto en las secciones anteriores, únicamente se debe identificar de manera clara el comportamiento lícito de la Administración y su incidencia en el perjuicio causado a los administrados.

Partiendo de esta explicación, debe ser considerado como elemento causal, toda conducta lícita de la Administración sin la cual no podría producirse el daño. Por lo tanto, estamos frente a una teoría proteccionista de la víctima ya que el juez no podrá perder de vista a todos los sujetos que originaron el perjuicio, mismos que dependiendo del nivel de participación en la consecución del acto dañoso, serán declarados responsables en la parte que les corresponda. Siguiendo este lineamiento, el tratadista José Bermejo (2001) señala que “la acción puede ser ejercitada por la totalidad contra cualquiera de los sujetos

concurrentes, incluida la Administración pública”. (p. 1320-1321). Consecuentemente, cada uno de los sujetos responsables deberá responder por su cuota de daño causado a la víctima.

Una de las decisiones ecuatorianas fundada en esta teoría, fue la emitida por la Corte Nacional de Justicia respecto al caso “CONELEC / EMELMANABI” referente a la descarga eléctrica que recibió un menor de edad. Para su decisión, la Corte tomó en cuenta tanto las faltas cometidas por el Estado como aquellas cometidas por el administrado.

Por un lado, para determinar la responsabilidad estatal, la Corte señaló que la empresa distribuidora de electricidad no puede afirmar que la culpa es del menor por haber manipulado voluntariamente los cables de alta tensión. Efectivamente, no se le puede exigir a un niño de 8 años una conducta distinta a la que es propia de su edad. Adicionalmente, la empresa eléctrica no puede mantener cables sin aislantes justificándose en razones de costo-beneficio.²³ La falta de protección en los cables de alta tensión provoca afectaciones excesivas a los administrados ya que no provee mayores seguridades y coloca a la ciudadanía en una situación de riesgo.

Por otro lado, para declarar la corresponsabilidad del padre del menor y desechar las pretensiones presentadas por sus propios y personales derechos, se afirmó que “la casa fue construida cuando la red de distribución de la energía eléctrica ya existía y nunca se solicitó una autorización municipal que valide la construcción y que le permitiese al Municipio observar el peligro para que EMELMANABI hiciese las rectificaciones del caso”. Aunque se negó el derecho a reparación para el

23 “En el escrito de interposición del recurso de casación, el CONELEC manifiesta (fs. 286): “...en el Ecuador y en el mundo, casi el ciento por ciento de la distribución eléctrica se hace a través de cables a la intemperie y sin aislantes; en el Ecuador hay cinco mil kilómetros de cables de esta naturaleza. Ni siquiera ustedes que aceptan incondicionalmente un dato informativo de manera peyorativa podrían indicar en qué sectores de esta ciudad o de esa provincia hay tendido eléctrico con aislantes. Ponerlos significaría un costo tan alto, que la electricidad costaría tanto que las poblaciones carecerían de esa fuente energética...” (Corte Suprema de justicia, Ecuador, No. 168-07, 11 de abril del 2007)

padre, se aceptó la posibilidad de reclamar a nombre de su hijo, los perjuicios ocasionados a este último.

Teoría de la causalidad adecuada: Los precursores de esta teoría fueron los tratadistas alemanes, Carl Ludwig Von Bar y J. Von Kries. La causalidad adecuada implica que “una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzcan a un resultado, es decir, cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, esa condición sea adecuada para la producción de determinados resultados”. (Serrano, 2011, p. 28-29) Así, se descarta todo elemento que no incidió preponderantemente en el evento y se considera únicamente como elemento causal aquel que tuvo una parte preponderante en la producción del daño. Consecuentemente, estamos frente a una teoría menos proteccionista para la víctima puesto que si el comportamiento legal de la Administración no resulta ser la causa principal del daño, ésta no tiene la obligación de reparar.²⁴

Así, en el caso de la madre de familia que falleció luego de una cesárea, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador fundando su decisión en la teoría de la causalidad adecuada afirmó que “no es cierto que todos los elementos o antecedentes que concurren a la producción del daño son condición necesaria para un resultado, por lo que no pueden tener valor causal idéntico; solo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y *normalmente* producirlo. (...) a la luz de los planteamientos teóricos que quedan señalados en esta sentencia sobre el tema de la causalidad, no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar

²⁴ “Para establecer el vínculo causal, el análisis de la causalidad adecuada sugiere que se debe determinar si un suceso era razonable y previsiblemente el más idóneo o adecuado para causar un resultado, teniendo en cuenta las máximas de la experiencia -si el asunto no requiere un especial conocimiento técnico-o las reglas de la ciencia particular -si se trata de un asunto técnico-. Si la respuesta es positiva, esto es, si el suceso surge como idóneo para el resultado, a la luz de la experiencia y la razonabilidad, se tiene entonces que ese suceso es causa del resultado; contrario sensu, no habrá vínculo causal.” (Rojas, Mojica, 2014, p. 211)

el hecho dañino. No es posible presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes, que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada.” (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Ecuador, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013).

Siguiendo el mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de Colombia afirmó que “de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquel que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más ‘adecuado’, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo” (Corte Suprema de Justicia, Colombia, Proceso 6878, 26 de septiembre de 2012).

Una de las críticas a esta teoría radica en que:

el resultado puede variar de acuerdo con la posición que el juez adopte, pues al involucrar o prescindir de uno o más hechos, la previsibilidad y la probabilidad pueden llegar a variar drásticamente. De esta forma, el juicio de causalidad dependerá en un alto grado de la capacidad del juzgador de formar un panorama lo más completo posible, quedando en todo caso una porción muy amplia a su arbitrio. Por esta razón se ha dicho que esta última teoría pierde rigor científico cuando percibimos las diferencias abismales que puede haber entre un juez y otro en relación con el criterio de adecuación, ya que lo que para un juez puede ser causa adecuada de un daño, para otro puede no serlo, sin que ninguno de los dos tenga argumentos científicos que justifiquen su punto de vista. (Rojas, Mojica, 2014, p. 212)

Para concluir esta sección, resulta necesario hacer una precisión. Las dos teorías fueron desarrolladas dentro del área penal, rama del Derecho que exige la presencia de una infracción penal definida como una

conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el COIP. (Código Integral Penal-COIP, Ecuador, art 18) Así, mientras el Derecho Penal al igual que el Derecho civil exigen la presencia de la culpa, la responsabilidad objetiva, figura jurídica especial del Derecho Administrativo, no contempla la presencia de la culpa sino únicamente de un título de imputación a la Administración pública. Consecuentemente, tomando en cuenta que el régimen de la responsabilidad objetiva pretende dar una protección especial a los administrados que sufren daños antijurídicos, resulta indispensable que el orden jurisdiccional funde sus decisiones en la teoría de la equivalencia de condiciones por ser más propicia a los fines de reparación. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial de estos últimos años refleja que “el juez administrativo es enemigo de encajar en uno solo de los dos sistemas” (Chiffot, 2011, p. 20) Por lo tanto, la tendencia jurisprudencial vacila entre las dos teorías de la causalidad. De igual manera, el tratadista colombiano Luis Serrano Escobar (2011) afirma que en Colombia “para efectos de constatar la causalidad, el Consejo de Estado ha venido igualmente aplicando una u otra teoría causal según su parecer, en orden a resolver cada caso concreto planteado, pero en las más de las veces, no existe mayor rigor técnico en su utilización” (p. 365) Para el administrado que sufre un daño antijurídico, sería beneficioso que las decisiones dejen de ser ambivalentes a fin de evitar la inseguridad jurídica y propender a la consagración de un verdadero Estado constitucional de Derechos y justicia.

—SEGUNDA PARTE—

El régimen administrativo de la responsabilidad objetiva desde la óptica ecuatoriana

Nacimiento y consagración de la responsabilidad objetiva

La responsabilidad del Estado no existió desde siempre. Al contrario, fue necesaria la consolidación del Derecho Administrativo para que la posibilidad de exigir una indemnización a los órganos públicos fuese posible. En términos generales, Libardo Rodríguez (2011) señala que la responsabilidad estatal evolucionó en tres etapas: desde la irresponsabilidad estatal, pasando por su nacimiento y evolución; y, finalizando en la consagración de una verdadera responsabilidad estatal. (p. 535-562)

La irresponsabilidad estatal: Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Por lo tanto, las actuaciones del Estado eran indiscutibles, mal entendiéndose que la esencia de la soberanía consistiría en imponerse a todos sin compensación alguna. Se consideró entonces que si bien el Estado no sería responsable por los daños que causara su actividad sí lo eran sus agentes que directamente los causaban. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares.

El nacimiento de la responsabilidad estatal: Esta etapa fue inaugurada por el célebre fallo Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, que consagró la responsabilidad del Estado independiente-

mente de que estuviera estatuida en textos legales expresos, e independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión. (Tribunal de Conflictos, Francia, Decisión Blanco, 1873).

El litigio se originó cuando el Sr. Juan Blanco, padre de la menor de 5 años Agnes Blanco, presentó una demanda porque su hija fue investida y gravemente herida por un vagón perteneciente a la fábrica tabacalera de Burdeos perteneciente al Estado. Como consecuencia del accidente, la menor sufrió la amputación de su pierna por lo que el padre decidió demandar ante el juez de lo civil una indemnización de 40.000 francos por daños y perjuicios contra el Estado. Aquí nació la siguiente interrogante, ¿La competencia para conocer las acciones de daños y perjuicios contra el Estado debía recaer sobre el juez administrativo o el juez civil? La respuesta será dada por el Tribunal de conflictos quien afirmó que “considerando que la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, puede provenir de acciones ejecutadas por particulares que prestan servicios públicos, dichas acciones no pueden ser reguladas por los principios establecidos en el Código Civil, puesto que este último rige las relaciones de particular a particular. La responsabilidad del Estado no es general ni absoluta y tiene sus reglas especiales que varían dependiendo las necesidades de servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.” Dicha decisión dio nacimiento a la responsabilidad del Estado poniendo fin a una larga tradición de irresponsabilidad, que aceptaba excepciones únicamente en casos de responsabilidad contractual o de intervención legislativa. La famosa jurisprudencia Blanco abrió la posibilidad de condenar al Estado cuya responsabilidad puede ser declarada si éste no ha ejercido las misiones que el legislador le confió.

El orden jurisdiccional francés ha contribuido al derecho administrativo con un acopio monumental de decisiones sobre la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin falta, como ellos la conocen, de manera paulatina. Como ya fue analizado al inicio de esta investigación, la primera consagración jurisprudencial que dio nacimiento a este tipo de respon-

sabilidad se encuentra en la decisión Cames de 1895 cuya trascendencia radica en el hecho de que por primera vez se consentirá la posibilidad de omitir los elementos de la responsabilidad subjetiva a condición de que exista un riesgo. Los hechos que envolvieron este conmemorable caso se originaron cuando el Sr. Cames quien laboraba en el depósito de armas y material de guerra de la ciudad de Tarbes, fue gravemente herido por un trozo de metal que le provocó la atrofia completa de la mano izquierda y lo imposibilitó para continuar sus actividades laborales de manera permanente. En base a estos acontecimientos, el Sr. Cames decidió entablar una acción en contra del Estado a fin de obtener una indemnización. Entre los argumentos citados por el Consejo de Estado se afirmó que, si bien el demandante no tuvo la culpa del accidente, tampoco la tuvo el empleador. Consecuentemente, fundándose en la célebre decisión Blanco emitida veinte y dos años atrás, el Consejo de Estado proclamará por primera vez la responsabilidad sin falta del Estado a fin de proteger a los trabajadores públicos contra los riesgos resultantes de sus labores diarias. (Consejo de Estado, Francia, Cames, 21 de junio de 1985). Esta decisión dará nacimiento tres años más tarde a la primera ley contra los accidentes de trabajo. Si bien es cierto que esta decisión ha perdido su aplicabilidad a partir del momento en que se establecieron las leyes contra los accidentes laborales, su repercusión en Derecho administrativo resulta incontestable ya que constituye el cimiento para la evolución de otras decisiones que permitieron reafirmar las teorías de la responsabilidad por riesgo y de la responsabilidad por exceso frente a las cargas públicas.

La consagración de la responsabilidad estatal: Jean Rivero afirma (1982) que los principales argumentos que permitieron fundamentar la responsabilidad administrativa fueron:

- 1) La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía.
- 2) La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa

grave exigida inicialmente, se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, incluso, a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva.

- 3) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios evolucionaron en un sentido favorable a los perjudicados.
- 4) Para asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se llegó a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica.

A lo anterior debemos agregar que es tal el avance de esta idea de la creciente responsabilidad del Estado, que se ha llegado a insinuar una posible responsabilidad social, según la cual el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aún en el caso en que apareciendo éste, no tuviere medios para indemnizar el daño causado.” (citado en Corte Nacional de Justicia, Deifilio Larriva Polo y otros c/ Ministerio de Defensa Nacional, Resolución No. 246-2012, 24 de agosto de 2012)

La teoría de la responsabilidad objetiva, nació bajo el fundamento de que la administración no puede ser sancionada bajo las reglas del derecho civil. Tomando en cuenta que el derecho administrativo persigue como fin el interés general no se puede concebir que una de sus figuras jurídicas más importantes como lo es la responsabilidad estatal, se funde en preceptos del derecho civil. Efectivamente, el derecho privado regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas y tiene como fin precautelar el interés particular. Sin embargo, ese no es el caso del derecho administrativo mismo que debe procurar que las actuaciones públicas cumplan con las garantías consagradas en la Constitución.²⁵ En concordancia, a lo mencionado, la Constitución ecuatoriana de 25 de mayo de 1967 abrirá la puerta por primera vez al

²⁵ “Es imprescindible percatarse que la responsabilidad objetiva estatal es una innovación

régimen de la responsabilidad del Estado. “El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.” (Constitución, Ecuador, RO 133, 25 de mayo de 1967, Art. 27) Actualmente, el famoso artículo 11 numeral 9 del cual hemos venido hablando a lo largo de este análisis, manteniendo las bases de la Constitución de 1967 dispone que la reparación por parte del Estado a los administrados es factible siempre y cuando exista la presencia de los dos títulos de imputación estudiados anteriormente: 1) falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos; y, 2) acciones u omisiones de sus funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

El reconocimiento de la responsabilidad objetiva no ha resultado una tarea fácil. A pesar de que sus primeras huellas datan de la Constitución de 1967, ha sido necesario esperar cuarenta años para que por primera vez el orden jurisdiccional se pronuncie sobre este tema. Precisamente,

que supera la original fuente de obligaciones prevista en el Derecho Civil, y que contempla otros títulos de imputación aparte de los clásicos de dolo y culpa, cambiándose la perspectiva conceptual hacia un eje “objetivo” donde lo que prima es el criterio del daño efectivamente sufrido por la víctima (antes que el grado de responsabilidad del autor/subjetivo) usualmente por la deficiente prestación de un servicio público, y si correspondía a la víctima soportarlo; lo cual implica reflexionar respecto a otros títulos de imputación como lo son: el riesgo creado, el incremento del riesgo permitido, la distribución de las cargas públicas, la posición de garante, la solidaridad, la equidad, la detención arbitraria, la inadecuada administración de justicia, etc.” (Ojeda Hidalgo, 2016, p. 1)

En el mismo sentido, “si bien la responsabilidad extracontractual tiene sus génesis en el Derecho civil, en el escenario del derecho administrativo obedece a una lógica distinta. Este derecho público ha debido superar etapas sucesivas, primero de declarar totalmente irresponsable al estado, luego de esperar culpa grave o dolo en los agentes estatales para declarar la responsabilidad, hasta llegar a un régimen directo cobijado por el principio de que, si el estado daña y le es imputable el hecho dañino, nace el deber de reparar los efectos de la antijuridicidad ocasionada. Y esto porque, en general, la actuación del Derecho en la sociedad se encamina a evitar la producción de daños apreciables jurídicamente y, una vez producidos, a resarcir sus perjuicios a los sujetos que, afectados, no están en la obligación de soportarlos, tanto mas si hablamos que el imputado del daño provenga de la esfera pública”. (Corte Nacional de Justicia, Zoila Enriqueta Marín Chacón c/ hospital general “Alberto Alvarado Cobos”, resolución No. 369-2014, 19 de mayo de 2014)

la decisión jurisprudencial CONELEC que consagró el régimen de la responsabilidad sin falta señala: “el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones.” Desde ese día hasta la actualidad se han presentado ante el orden jurisdiccional administrativo ocho acciones que han desarrollado el tema de la responsabilidad objetiva del Estado por diferentes razones:

- **Deficiencia en prestación de servicio público de electricidad:** Corte Suprema de justicia, Sala de lo contencioso administrativo, Florencio Antonio Andrade Medina c/ Empresa Eléctrica Manabí S.A.(EMELMANABI) y Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), No. 168-07, 11 de abril del 2007
- **Muerte de la Ministra de Defensa del Ecuador por accidente aéreo:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, Deifilio Larriva Polo, Teresa González Harris, Fausto Rodrigo Ávila Ávila y Alba Argentina Encalada Zamora c/ Ministerio de Defensa Nacional, No. 139-2010, Resolución No. 246-2012, 24 de agosto de 2012
- **Deficiencia en prestación de servicio público de electricidad:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, Leonardo Javier Morales Briones c/ Corporación Nacional de Electricidad, CNEL, antes EMELMANABÍ, N° 402-2009, 25 de febrero de 2013
- **Daños ambientales producidos por empresa de extracción petrolera:** Corte Nacional de Justicia, Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo, Fernando Sarzosa Játiva, en cali-

dad de procurador común de los campesinos de la Parroquia Pacayacu contra PETROPRODUCCIÓN, proceso No. 112-2009, 08 de mayo de 2013

- **Daños sufridos como consecuencia de la muerte de su cónyuge:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013
- **Daño moral por declaración juramentada de desconocimiento de domicilio:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, Claudio Iván Ordoñez c/ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, No. 83-2011, Resolución No. 433-2013, 17 de junio de 2013
- **Daños causados a un recién nacido al momento del parto en hospital público:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, Zoila Enriqueta Marín Chacón c/ hospital general de las fuerzas armadas de la Ciudad de Cuenca “Alberto Alvarado Cobos”, resolución No. 369-2014, juicio No. 344-2009, 19 de mayo de 2014
- **Muerte de dos ciudadanos por disparo de un agente de la policía:** Corte Nacional de Justicia, sala especializada de lo contencioso administrativo, José Salvador Akintiua Chup c/ Comandante General de la Policía Nacional y Director Nacional de Asesoría jurídica de la Policía Nacional y delegado del Ministro del Interior, Resolución No. 456-2014, juicio No. 439-2010, 5 de junio de 2014

Un aspecto a resaltar es que el juez administrativo a fin de justificar la existencia de la responsabilidad objetiva ha recurrido a la utilización indistinta de los términos “riesgo excepcional” y “exceso frente a las cargas públicas”. Así, en las decisiones sobre deficiencia en la prestación de servicios públicos se mencionan se hace referencia a los dos términos indistintamente como si éstos tuviesen el mismo significado jurídico. No debemos olvidar que desde la concepción francesa, el “*riesgo excepcional*” aparece en las actividades o cosas que por su naturaleza implican un deber *preponderante* de cuidado por parte de la

Administración. Por el contrario, el “exceso de las cargas públicas”, tiene lugar cuando la Administración emite actos legales o se abstiene de hacer algo fundándose en una norma legal, provocando al administrado un daño que por ser especial y anormal genera el derecho a ser indemnizado.

Para ejemplificar la diferencia entre las dos teorías, nos colocaremos bajo la hipótesis de que se presenta una acción legal referente a la deficiencia en la prestación de servicio público de electricidad. En este caso, nos encontramos necesariamente frente a una actividad riesgosa que trae consigo una obligación de cuidado por parte de la Administración. Si durante la prestación del servicio de energía eléctrica ocurre un accidente debido a que una persona sufrió una descarga eléctrica por mantener contacto con los cables de alta tensión, sin lugar a dudas, se puede afirmar que se trata de una actividad riesgosa de carácter excepcional que da lugar a demandar una indemnización fundada en la teoría del riesgo. Ahora bien, ¿qué pasa si, por el contrario, existe un decreto del Ministerio de electricidad y energía renovable indicando que no es necesario que las empresas proveedoras de electricidad coloquen aislantes en los cables de alta tensión? Frente a esta hipótesis, nos encontramos ante a un acto normativo totalmente legal. En un principio, si ocurre el accidente mencionado sobre la descarga eléctrica, la víctima no tendría derecho a reclamar una indemnización por el daño causado puesto que la empresa eléctrica que no colocó aislantes en los cables no cometió ninguna violación legal. Sin embargo, se evidencia la presencia de un daño anormal y especial que el ciudadano no está en la obligación de soportar; por lo tanto, al tratarse de un exceso frente a las cargas públicas proveniente de la emisión de un Decreto ministerial, aparece el derecho a ser compensado en base a la teoría de “exceso de las cargas públicas”.

Se colige por lo tanto que cada una de las teorías debe ser utilizadas dependiendo de las pretensiones del demandante y de los hechos ocurridos. Así las cosas, para que las decisiones jurisprudenciales referentes a la responsabilidad sigan los mismos lineamientos, será necesario

que la casuística se desarrolle progresivamente a paso firme y no de manera excepcional como ha venido ocurriendo hasta estos días.

Procedimiento para ejercer una acción de responsabilidad objetiva

Debemos empezar mencionando que la responsabilidad extracontractual estatal se encuentra plenamente reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un régimen de reparación integral a los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Así, el artículo 9, numeral 11 consagra, sin decirlo explícitamente, este tipo de responsabilidad en materia administrativa. En efecto, como se ha venido justificando a lo largo de este ensayo, para que el derecho a reparación surta efecto no es necesario que la Administración cometa actos ilícitos si no que basta la presencia de un daño antijurídico provocado por el comportamiento legal del Estado siempre y cuando se prueben: 1) alguno de los títulos de imputación, 2) alguna de las teorías alemanas sobre el nexo causal; y, los supuestos jurídicos de alguna de las dos teorías francesas sobre el riesgo excepcional y el exceso frente a las cargas públicas.

Partiendo de la idea bajo la cual la Constitución hizo una consagración directa de la responsabilidad objetiva en materia ambiental e indirecta en materia administrativa, resultaba necesario contar con una norma que determine el proceso a seguir para poder obtener una reparación. En efecto, la ley de la jurisdicción contenciosos administrativa de 1968, al ser una norma promulgada hace aproximadamente cincuenta años, no contemplaba este tipo de acción jurisdiccional, sino que únicamente se limitó a determinar el proceso a seguir para los dos recursos clásicos del Derecho administrativo, estos son, el recurso de plena jurisdicción y el recurso por exceso de poder. Precisamente, la vetustez de esta norma provocará que la misma sea derogada el 22 de mayo de 2015 por el Código Orgánico general de procesos COGEP a fin de responder a la realidad social del Derecho administrativo, rama eminentemente dinámica del Derecho que necesita acoplarse a las nuevas exigencias del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El artículo 326 del COGEP dispone que la acción de responsabilidad objetiva debe ser tramitada en procedimiento contencioso administrativo. Adicionalmente, este Código reafirmó ciertas reglas referentes a la carga de la prueba, la liquidación de la deuda a cargo de la entidad responsable y el derecho de repetición, establecidas previamente por la Constitución de 2008. Desafortunadamente, el COGEP deja una incertidumbre jurídica referente al procedimiento y en especial al plazo por cuanto no se determina de manera explícita el procedimiento y plazo a seguir para las acciones de responsabilidad objetiva. Procedemos a dar una breve explicación sobre las figuras jurídicas señaladas en este párrafo.

Tipo de procedimiento: El COGEP no señala explícitamente el procedimiento que debe seguirse para una acción de responsabilidad objetiva. Sin embargo, el artículo 327 de este cuerpo legal dispone que “todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.” Por lo tanto, colegimos que la demanda de responsabilidad sin falta se debe tramitar siguiendo las reglas del procedimiento ordinario.

Adicionalmente, por tratarse de un proceso contencioso administrativo, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales de este Código, se debe adjuntar la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado. (COGEP, Ecuador, art 308) Por lo tanto, cabe preguntarnos que debe presentar la víctima de un daño calificado que pretende iniciar una acción de responsabilidad objetiva?

- Si se trata de una demanda por deficiencia en la prestación del servicio público, se deberá presentar el documento que permita probar dicha deficiencia. Así, en el caso de una demanda por daños físicos y

psicológicos causados a un recién nacido se deberá adjuntar la certificación médica que declara la incapacidad permanente del paciente; o, en caso de que fallezca, el certificado de defunción otorgado por el Registro civil. No podemos olvidar que tanto la certificación de incapacidad emitida por la institución de salud pública como el certificado de defunción constituyen actos administrativos que por tener tal calidad permiten dar cumplimiento al requisito establecido por el COGEP.

- Si se trata de una demanda por acciones u omisiones legales de la Administración, se debe adjuntar el acto administrativo, acto normativo o contrato administrativo cuya emisión provocó un daño al ciudadano.

La prueba: En cuanto a los medios de prueba aplicables, el COGEP dispone que en las acciones contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos. Sin embargo, los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición del juzgador, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán declaración de parte. (COGEP, Ecuador, art 310) Por lo tanto, la prueba testimonial exceptuando la de un funcionario público, la prueba documental, la prueba pericial y la inspección judicial son medios que nos permitirán corroborar los argumentos planteados en una demanda por responsabilidad sin falta.

Por otro lado, el COGEP afirma que “es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. (...) En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.” (COGEP, Ecuador, art 169)

Al igual que la ley, la jurisprudencia emitida en materia de responsabilidad objetiva se inclina por la teoría de que la carga de la prueba corresponde al actor. Así, en la decisión de la Corte Nacional de Justicia de 9 de mayo de 2013, se postuló la siguiente afirmación:

Queda claro, entonces, que la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen; y, la carga de la prueba, obligadamente está en manos del demandante. No será suficiente la sola mención de la existencia de los hechos para hacer efectiva la aplicación del referido artículo 20 de la Carta Fundamental anterior. (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013)

A pesar de la regla de principio sobre la carga de la prueba, resulta oportuno citar el razonamiento en el voto salvado del Juez Álvaro Ojeda Delgado en la decisión referente a la responsabilidad del Estado por supuesta mala práctica médica. El juez del máximo órgano jurisdiccional deja a la luz la teoría de la carga dinámica²⁶ y afirma que:

Resulta evidente en estos casos de, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión, esto es la institución médica de que se trata; por lo que hay una desigualdad real entre el/la paciente víctima del daño y el hospital donde se realiza la intervención médica, con relación a la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del caso concreto, así como la valoración técnica-científica que se haya realizado conforme la *lex artis*. Resulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de probado diabólica.” (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013, p. 19)

No siempre resulta oportuno el principio bajo el cual es “el actor quien debe probar el daño”. En efecto, existen circunstancias en las que resulta óptimo que sea la parte que detenta la prueba o la parte que está en posibilidades físicas y económicas de probar, quien tenga la obliga-

²⁶ Definición de Cargas dinámicas. La moderna doctrina procesal coloca la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos aptos para hacerlo. (Corte Nacional de Justicia, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013)

ción de acreditar ante el juez que no cometió un daño susceptible de reparación. Solamente así, se garantiza una justicia efectiva.

Liquidación de la deuda a cargo de la entidad responsable: el artículo 314 del COGEP señala que “una vez ejecutoriada la sentencia, el juzgador ordenará que la institución del Estado cumpla lo dispuesto en la misma, pudiendo incluso disponer, cuando corresponda, que la liquidación sea realizada por la misma entidad estatal. Por lo tanto, no se debe olvidar que las indemnizaciones en vía administrativa son posibles sin que sea necesario recurrir a la vía civil.

Finalmente, los servidores públicos que retarden, se rehúsen o se nieguen a cumplir las resoluciones o sentencias estarán incurso en la responsabilidad administrativa, civil o penal a que haya lugar.

Plazo: El plazo previsto por la ley para poder iniciar una acción de responsabilidad objetiva no se encuentra explícitamente definido en el COGEP. El artículo 306 numeral 3, señala que “En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años”. Por el contrario, el numeral 7 del mismo artículo dispone que “Las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término o plazo será el determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión.” Esta disposición nos permite colegir que el numeral 7 no tendría efecto jurídico en materia de responsabilidad objetiva puesto que no existe una norma que fije el plazo para iniciar la acción de responsabilidad. Inclusive el proyecto de Código orgánico administrativo no prevé un plazo para el efecto. Así, el juez administrativo mantiene libre potestad para decidir el plazo necesario que deberá transcurrir antes de declarar la caducidad de la acción. Del otro lado, tenemos al numeral 3 que nos da un plazo de 5 años para poder entablar una acción; por lo tanto, la frase “otras competencias de los tribunales” incluiría la competencia para resolver acciones fundadas en la responsabilidad objetiva. De ser ese el caso, la víctima de un daño calificado producido sin falta, contará con un pe-

riodo de 5 años para poder ejercer cualquier acción legal contra el Estado.

En la práctica, el orden jurisdiccional no ha ahondado en el tema de los plazos. Efectivamente, hasta el momento ninguna de las acciones presentadas ha sido negada por caducidad de la acción aun cuando éstas hayan sido presentadas fuera del plazo de 5 años.

Verbigracia, tenemos el caso de una ciudadana que falleció tras recibir atención médica durante una cesárea en un hospital público. La supuesta mala práctica médica argumentada por el cónyuge de la víctima ocurrió el 8 de julio de 1999, pero el fallecimiento se produjo dos años después, el 17 de diciembre de 2002.²⁷ Por lo tanto, cabe preguntarse, ¿A partir de qué fecha se cuentan los 5 años?, o, en otros términos, ¿cuál es la fecha en que se considera se produjo el daño? ¿El día de la supuesta mala práctica médica o el día del fallecimiento? Las respuestas a estas interrogantes no fueron dadas por la Corte Nacional de Justicia, a pesar de que la parte demandada argumentó que “la denuncia fue presentada después de cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica médica, y a más de un año del fallecimiento de la cónyuge, cuando las supuestas evidencias han desaparecido” (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013). Consecuentemente, los hechos fácticos que envolvieron este caso permiten corroborar que el debate respecto a los plazos en materia de responsabilidad objetiva está lejos de concluir.

²⁷ Hechos que envolvieron el caso: la paciente fue sometida a cesárea el 8 de julio de 1999 obteniéndose el nacimiento de un hijo, pero, por un supuesto exceso de anestesia al final de la intervención la paciente presentó paro respiratorio, saliendo del mismo a las 10h25. Como consecuencia de su grave estado de salud, la paciente ingresó el 8 de julio de 1999 a la Unidad de Cuidados Intensivos, en donde permaneció hasta el 27 de julio de 1999, adquiriendo la paciente una infección pulmonar nosocomial cognitivo y conductual. La paciente salió el 28 de diciembre de 1999 en estado vegetativo y falleció el 17 de diciembre de 2002. El 28 de enero de 2004, su cónyuge presentó una comunicación dirigida al Director General del IESS, solicitándole el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el consiguiente fallecimiento de su cónyuge. Finalmente, aduciendo la ejecución del silencio administrativo el cónyuge procedió a iniciar acciones legales ante el Tribunal contencioso administrativo. (Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Resolución No. 324-2013, 9 de mayo de 2013)



Derecho de repetición: El tercer párrafo del numeral 9, artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Por otra parte, el art 328 del COGEP, señala que:

En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación. La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario.

Claro está que cuando hablamos de responsabilidad objetiva, en la que no existe una falta del Estado, es imposible que se llegue a establecer una falta cometida por el funcionario. Así, no se debe olvidar que cuando el funcionario comete una falta que provoca un daño susceptible de reparación, la acción legal se fundamentará en la responsabilidad por falta o responsabilidad subjetiva del Estado. Por el contrario, si las actuaciones u omisiones del funcionario son ejecutadas respetando el marco constitucional y legal, estamos frente a la responsabilidad sin falta o responsabilidad objetiva, régimen jurídico en el que el juez administrativo persigue como fin único, la indemnización de la víctima y mas no el establecimiento de la falta de un funcionario público.

Lo expuesto fue ratificado por la decisión de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado colombiano de 10 de noviembre de 2005, en la que se afirmó que la responsabilidad objetiva tiene un fundamento diferente del que le imprimió a la responsabilidad personal de los agentes públicos. La responsabilidad objetiva es aquella que procede de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado, mientras que la responsabilidad personal del funcionario público procede únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente son consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente. (Consejo de Estado, Colombia, C.P. Alíer E. Hernández Enriquez, 10 de noviembre de 2005, R-9796)

Siguiendo la misma línea, el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que el “Estado debe responder por actos u omisiones de sus funcionarios EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS”. Por lo tanto, se está delimitando el campo de acción dentro del cual debe realizarse la acción u omisión del funcionario. Andrés Navarro (1988) afirma que “la Administración no responde por los daños causados por las actividades estrictamente privadas de sus funcionarios y agentes, es decir la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, de la realizada fuera del servicio público” (p. 604). En este punto es preciso evocar el artículo constitucional 227 que indica que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad”. Por lo tanto, toda actuación administrativa debe ser considerada un servicio público y consecuentemente toda falta o deficiencia en la prestación de un servicio público debe ser indemnizada.

Concluimos afirmando que, en el terreno de la responsabilidad objetiva, la reparación del daño será asumida en su totalidad por el Estado; éste último no buscará al funcionario culpable de dicho daño puesto que no lo hay. Evidentemente, la responsabilidad objetiva implica la ausencia de una falta; al no existir ésta, se vuelve imposible responsabilizar a un funcionario por el daño causado.

La responsabilidad objetiva bajo el nuevo Código Orgánico Administrativo-COA

A pesar de todos los avances que se han dado en materia de responsabilidad administrativa, acaba de publicarse una ley que pretende dar un giro radical al régimen de responsabilidad objetiva en materia administrativa. Se trata Código Orgánico Administrativo –COA– que fue publicado en el R.O. el 07 de julio de 2017. El objetivo del COA es establecer un nuevo régimen jurídico para la Administración pública y sus administrados. Se trata de un Código dividido en 4 libros con disposiciones referentes a “las personas y las administraciones públicas”, “el procedimiento administrativo”, “los procedimientos especiales” y “la responsabilidad extracontractual del Estado”.²⁸

Centrándonos en el cuarto libro, éste precisa los tres elementos acumulativos que conforman la responsabilidad objetiva estatal y los supuestos que se deben cumplir a fin de ejercer una acción legal. Para una mejor ilustración, se procede a explicar, mediante el siguiente cuadro, las principales disposiciones que traerá consigo el Código orgánico administrativo en lo referente a la responsabilidad sin falta.

²⁸ Debemos tener presente que una vez que el proyecto de Código administrativo sea publicado en el registro oficial, su disposición final indica que entrara en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de dicha publicación en el RO.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO (LIBRO IV)

TÍTULOS DE IMPUTACIÓN (ART 332 Y SIGUIENTES)	DAÑO CALIFICADO (ART 334)	NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO CALIFICADO Y EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN (ART 335)
1) FALTA O DEFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Falta en la prestación de servicio público: se da cuando, organizado e implementado, la Administración deja de proveerlo a la persona afectada, definitiva o temporalmente, sin causa que lo justifique. - Deficiencia en la prestación pública: aparece cuando se lo provee, por razones distintas a la falta, contraviniendo los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. 2) ACTOS U OMISIONES, LÍCITOS O NO, DE SUS SERVIDORES PÚBLICOS - Actividad anormalmente peligrosa: es aquella que, incluso con una ejecución prudente y ajustada a las normas jurídicas y técnicas aplicables, lleva de modo inherente un riesgo de causar daño a las personas, los bienes o al ambiente, distinto a aquellos riesgos ordinarios de cualquier actividad. El Estado asume objetivamente los efectos dañosos de dicha actividad, sin que sea relevante la licitud de la conducta de los servidores públicos a su cargo. En las restantes actividades del Estado, cuando la conducta del servidor público es lícita, se responde por el daño calificado únicamente cuando dicha conducta es culpable, como en el caso del desvío de poder. <i>Nota: también rige para los actos de sujetos de Derecho privado con prerrogativas públicas</i>	Es aquel que la persona no tiene el deber de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. No generan responsabilidad => hechos imposibles de prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que el ordenamiento jurídico pueda establecer para estos casos. Los daños patrimoniales deben ser reales y ciertos, actuales o futuros, individualizables y evaluables económicamente. Art 370.- Disposición ambigua: La responsabilidad por daño ambiental es siempre objetiva. En todos los demás casos, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura de conformidad con los criterios específicos previstos en este libro.	El nexo ha de ser adecuado o idóneo a juicio del órgano competente para resolver. Demostrada la ocurrencia del daño y su vinculación con el título de imputación, se presume el nexo causal. Esta presunción ha de ser desvanecida únicamente con la prueba de un eximente de responsabilidad. Demostrado el impacto ambiental negativo y su vinculación general con la actividad de la Administración, se presume la causalidad. Carga de la prueba: La Administración debe probar los eximentes de responsabilidad, <i>particularmente, en los casos de responsabilidad objetiva derivada de daños al ambiente, actividades anormalmente peligrosas y acciones u omisiones ilícitas.</i> Regla general: El actor debe probar. Excepciones: 1) daños ambientales=> actor: debe demostrar el impacto ambiental negativo agente del daño: la justificación de que dicho impacto no es de aquellos significativos. 2) daños que resulten de la falta o deficiencia en la prestación del servicio público y de las actividades anormalmente peligrosas=> se presume legalmente que la causa del daño calificado es la realización de la actividad. 3) acciones u omisiones lícitas, en actividades que no son anormalmente peligrosas=> le corresponde la prueba de la diligencia exigible a la Administración.

Análisis de las disposiciones referentes a la responsabilidad objetiva

Una vez que se ha dado una breve explicación de las disposiciones que entran en vigor con el COA, es necesario hacer ciertas precisiones sobre cada uno de los elementos de la responsabilidad objetiva tal y como son concebidos por esta ley. Así:

Títulos de imputación: En cuanto a los títulos de imputación, el Código Administrativo en concordancia con la Constitución mantiene la posibilidad de demandar la responsabilidad objetiva cuando haya **deficiencia** en la prestación de servicio público mas no cuando haya **falta** en la prestación de dicho servicio. Efectivamente, se señala que la “falta en la prestación de servicio público” tiene lugar cuando no existe una justificación para paralizar el servicio; por lo tanto, al no existir justificativo que exima de culpa al órgano encargado de proveer el servicio público, estamos frente a una falta evidente cometida por la administración, misma que debe ser juzgada bajo el terreno de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por falta.

En lo que se refiere a los actos u omisiones de los servidores públicos, se afirma que para que la responsabilidad objetiva surta efecto es necesario que se trate de una actividad **anormalmente peligrosa** sin que sea relevante la licitud de la conducta de los servidores públicos a su cargo. En otras palabras, incluso cuando la Administración no ha cometido ninguna falta es posible demandar una reparación siempre y cuando estemos hablando de una actividad anormalmente peligrosa como el proveimiento de energía eléctrica sin contar con aislantes en los cables de alta tensión. Por el contrario, ante la ausencia de una actividad que pueda ser considerada como anormalmente peligrosa, se debe recurrir a la responsabilidad por falta, misma que exige la presencia de la culpa del funcionario público.

El COA haciendo eco al art 9 numeral 11 dispone que la responsabilidad estatal rige incluso para los sujetos de Derecho privado con prerrogati-

vas públicas. Con respecto a esta posibilidad, citamos la decisión de la Corte nacional de Justicia sobre la responsabilidad objetiva declarada en contra de dos entes jurídicos de manera solidaria. Por un lado, se condenó a la Empresa Eléctrica Manabí S.A., persona jurídica privada, por ser la empresa concesionaria que proveía la energía eléctrica y al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, por ser la entidad pública contratante que debía controlar y regular que la concesionaria EMELMANABI preste un servicio público de calidad. Por lo tanto, se concluye que una persona privada investida de prerrogativas públicas (competencias que en principio le corresponden al Estado pero que por cuestiones de oportunidad han sido delegadas o concesionadas a un particular), actúa en nombre del Estado y por lo tanto es este último quien debe indemnizar a la víctima, sin perjuicio de ejercer posteriormente el “derecho de reparación” contra la persona privada responsable.

Daño calificado: en lo que concierne a este segundo elemento de la responsabilidad objetiva, éste no implica mayor dificultad. El proyecto de ley afirma que si un administrado es víctima de un daño no tiene el deber de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, da lugar a que se declare la responsabilidad sin falta. Consecuentemente, la definición dada concuerda perfectamente con las teorías francesas de responsabilidad objetiva. Así, cuando se ocasione al administrado un daño anormal y especial o cuando se lo coloque en una situación de riesgo excepcional aparece la figura jurídica de la responsabilidad objetiva estatal.

El nexo causal entre el daño calificado y el título de imputación: Una de las novedades que presenta el Código orgánico administrativo radica precisamente en la determinación del nexo causal puesto que se afirma que el órgano jurisdiccional guarda un poder de apreciación importante para determinar los mecanismos idóneos que permitan determinar el vínculo causal entre el daño calificado y el título de imputación que se alegue. En otros términos, el juez podrá recurrir, sin restricción alguna, a la teoría causal que más se ajuste a sus convicciones jurídicas, filosóficas y políticas. El hecho de que se pueda

optar sin restricción o reparo alguno por la teoría de la equivalencia de condiciones o por la teoría de la causalidad adecuada podría provocar un alto grado de inseguridad jurídica. Así, dos casuísticas similares pueden ser resueltas de manera totalmente diferente dependiendo del juez designado para conocer cada una de ellas.

En el COA se mantiene la regla de principio que establece que quien alega debe probar. Sin embargo, se establecen ciertas excepciones. La primera respecto a los daños ambientales en la que se indica que, por una parte, el actor debe demostrar el impacto ambiental negativo; y, por otra parte, la persona o empresa causante del daño debe justificar que el daño no es significativo. Por lo tanto, estamos frente a un tipo de carga de prueba compartida. Esta disposición podría ser considerada contraria a la Constitución si tomamos en cuenta que el artículo 397 de la carta magna dispone que “la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.” En otras palabras, el Código administrativo disminuiría el nivel de protección ambiental porque mientras la Constitución permite la reparación de cualquier daño potencial o real, el Código orgánico administrativo exige que el daño sea significativo. Así, ante la existencia de un daño “leve” o “no grave” no se podría demandar el derecho a reparación.

Adicionalmente, se impone a la víctima la obligación de probar los daños ambientales, disposición que va en retroceso de lo que pretendió la carta magna de 2008, esto es la justicia ambiental. Debemos tener presente que al momento en que la Constitución revirtió la carga de la prueba en materia ambiental, se ambicionó la idea de desligar a las personas afectadas de la obligación de pagar informes periciales costosos que certifiquen la magnitud del daño. Precisamente, para asegurar que personas o comunidades de escasos recursos puedan reclamar una indemnización por los daños ambientales causados se consagró la inversión de la prueba del artículo 397 de la Constitución. Así, una vez que la disposición citada entre en vigor, no sería raro esperar una acción de inconstitucionalidad en contra del proyecto en estudio.

Por otro lado, el reciente COA afirma que ante los títulos de imputación “deficiencia en la prestación del servicio público” y “actividades anormalmente peligrosas” existe la presunción de daño y por lo tanto se exime a la víctima de su obligación de probar el mismo.

En lo que se refiere al estudio de la carga de la prueba, se abre la posibilidad de que para cualquier acción u omisión lícita ejecutada por la Administración que no sea catalogada como “anormalmente peligrosa”, le corresponde al Estado demostrar que actuó con “diligencia”. Cabe notar que este término al no estar definido en el Código, deja abierta la puerta para que el juez administrativo realice una libre interpretación de su significado y sus consecuencias jurídicas.

Para finalizar esta sección, no podemos dejar de mencionar un artículo de este nuevo Código que genera una suerte de ambigüedad jurídica al momento de interpretar la responsabilidad objetiva. Sin lugar a dudas, el Código orgánico administrativo acepta la posibilidad de declarar la responsabilidad sin falta cuando se trata de una deficiente prestación del servicio público o ante la presencia de una actividad anormalmente peligrosa. Sin embargo, su artículo 370 podría provocar una contradicción jurídica al momento en que afirma que “la responsabilidad por daño ambiental es siempre objetiva. En todos los demás casos, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura de conformidad con los criterios específicos previstos en este libro.” Esta disposición implica un cierre definitivo a la posibilidad de demandar la responsabilidad objetiva en cualquier caso que no tenga relación con materia ambiental. De ser así, existe una contradicción jurídica que deberá ser corregida puesto que como hemos visto la responsabilidad objetiva aparece al momento en que se cumplen con los criterios específicos de este libro (título de imputación, daño calificado y nexo causal entre los dos primeros). Así, resulta equivocado afirmar que la responsabilidad objetiva ambiental omite la obligación de probar los tres criterios mencionados; al contrario, tanto la responsabilidad objetiva ambiental como la responsabilidad administrativa en general encuentran su justificación en la existencia acumulativa de los tres elementos. Por lo

tanto, concluimos que un Estado Constitucional de Derechos no puede pretender otorgar una protección que se limite únicamente en temas ambientales; al contrario, la protección debe ser integral e incluir la reparación de cualquier daño calificado de manera integral.

Conclusiones

- El régimen de la responsabilidad sin falta del Derecho administrativo difiere del régimen de la responsabilidad subjetiva planteado por el Derecho civil. Consecuentemente, garantizar una indemnización a pesar de que la falta estatal no haya podido ser probada constituye la estrecha línea de quiebre con el régimen clásico de la responsabilidad por falta.
- Las víctimas de daños causados por actividades excepcionalmente riesgosas o por actuaciones u omisiones administrativas no pueden seguir convencidas de que el perjuicio que se les ocasiona es producto de un accidente involuntario por parte de la Administración que no genera derecho a reparación. Los ciudadanos que habitan en un Estado constitucional de Derechos y justicia como lo es Ecuador están facultados por la Constitución, la ley y la jurisprudencia para emprender acciones legales en contra de todo acto u omisión legal de la Administración que les ocasione un exceso frente a las cargas públicas o que los coloque en un riesgo excepcional.
- Existen casos en que es inasequible determinar el funcionario público responsable del daño calificado. Ante la imposibilidad de probar la falta del funcionario, es necesario dotar al administrado afectado con un régimen jurídico que le permita reclamar una reparación integral. Precisamente, el régimen de la responsabilidad objetiva constituye una vía que permite garantizar el principio constitucional que reza que “todo aquel que recibe un daño por parte del Estado tiene el derecho a ser reparado de manera integral bajo el terreno de la responsabilidad objetiva”.

- La responsabilidad objetiva no nace con la sola presencia de un daño causado por la Administración. Sería contraproducente para una economía como la de Ecuador pretender la reparación integral de todo daño proveniente de una actuación legal de la Administración. Sin embargo, ante la existencia acumulativa de los tres elementos de la responsabilidad sin falta, el juez administrativo está en la obligación de declarar la responsabilidad estatal y otorgar al administrado una justa compensación por el perjuicio causado.

Bibliografía

Obras

- Alonso M. y Leiva E. (2011) *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá-Colombia: Editorial Estud. Socio-Juríd.
- Arenas Mendoza H. (2013) *El régimen de la responsabilidad objetiva*. Bogotá-Colombia: Editorial Legis
- Bermejo Vera J (2001) *Derecho Administrativo*. Parte especial, quinta edición, Madrid: Editorial Civitas
- Caldera Delgado H. (1992) *Juridicidad, legitimidad y principios generales del Derecho*. Revista de Derecho Publico "No. 51/52, Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile
- Cerri, A (1973). *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione* [La imparcialidad y la orientación política en la administración pública]. Padua-Italia: Editorial Cedam
- Chiffot N. (2011) *La causalité dans le droit de la responsabilité administrative. Passé d'une notion en quête d'avenir* (La causalidad en el derecho de la responsabilidad administrativa. El pasado de un concepto en busca de futuro), Paris-Francia: Editorial Revista Dalloz
- Coscolluela Montaner L (2005) *Manual de Derecho administrativo I*, decimo-sexta edición, Navarra-España: Editorial Civitas
- De Ahumada Ramos, F (2004) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. segunda edición, Navarra-España: Editorial Thomson-Aranza
- De Bellescize, R. (2014) *Droit administratif général* [Derecho administrativo general]. 2da edición. Francia: Editorial lextenso
- Dromi, R. (2015) *Derecho Administrativo-Tomo 2*. Buenos Aires-Madrid-México: Editorial Hispania libros

- Escola, H. (1997) *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma
- Gamero Casado E. y Fernández Ramos S (2006), *Manual básico de Derecho administrativo*. tercera edición, Madrid-España: Editorial Tecnos
- García de Enterría E. (2006), *Curso de derecho administrativo- Tomo II*. Pamplona-España: Editorial Civitas
- Henao, J. (2007) *El daño. análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad externado de Colombia
- Le Tourneau, P, Bloch, C, Giudicelli, A.,Guettier C., Julien J., Krajieski D., Poumarede, M. (2014) *Droit de la responsabilité et des contrats*, [Derecho de la responsabilidad y de los contratos], 10ma edición, Paris-Francia : Editorial Broché
- Medina Alcoz L (2005) *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Madrid-España: Editorial Civitas
- González Pérez J (2006) *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Pamplona-España: Editorial Civitas
- Ochoa Rodríguez G. (2012) *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación*. Quito-Ecuador: Editorial Universidad Andina Simón Bolívar
- Parada, R (2010) *Derecho Administrativo, parte general, tomo I*. Madrid - España: Editorial Marcial Pons
- Pouillaude, H (2011) *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative* (el nexo de causalidad en el derecho de la responsabilidad administrativa). Paris-Francia: Editorial Université Panthéon- Assas
- Ramos Acevedo J (2004) *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública*. Bogotá-Colombia: editorial Leyer
- Rivero J (2002) *Páginas de derecho administrativo: libro homenaje*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis



- Rodríguez L (2011) *Derecho Administrativo*. 17 edición, Bogotá-Colombia: editorial Temis
- Rojas, Quiñones S., Mojica, Restrepo J (2014) *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*. Bogotá-Colombia: Editorial Vniversitas
- Serrano Escobar L (2011) *Imputación y Causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá-Colombia: Editorial Doctrina y ley
- Tamayo Jaramillo J, (2011) *Tratado de la responsabilidad civil*. Bogotá-Colombia: Editorial Legis
- Valbuena Hernández, G (2008). *La Defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia
- Equipo de Investigación del INREDH y CEPAM (2000). *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*. Quito-Ecuador: Editoras Gardenia Chávez (INREDH) Miriam Garcés (CEPAM)

Artículos

- Angulo, B. (2016) *La estación cuestionada*. Quito-Ecuador: Editorial Revista vistazo
- Hennette-Vauchez, S.(2017) *Responsabilité sans faute* [Responsabilidad sin falta], Paris-Francia: Editorial Dalloz
- Levy, J., Zieve D., Ogilvie I. (2016) *Arteriografía*. (DrTango, Inc) Estados Unidos: Biblioteca nacional de medicina de los EEUU: Editorial team
- Mogrovejo Jaramillo, D. (2009) *La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008*. Revista de Derecho No. 12, Quito Ecuador: Editorial UASB
- Navarro Munuera A. (1988) *La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los danos ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público*. Barcelona-España, revista de Derecho administrativo No. 60

Ojeda Hidalgo A (2016) *La responsabilidad objetiva del Estado en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia*. Boletín Institucional No. 25: Editorial Corte Nacional de Justicia

Reporte público del Consejo de Estado francés (1999). *L'intérêt général* [El interés general]. Paris-Francia : La Documentation française

Marco normativo

Constitución de la República del Ecuador (2008), Decreto Legislativo o Registro Oficial 449

Constitución de la República del Ecuador (1998), Decreto Legislativo o Registro Oficial 1 (Derogada)

Constitución de la República del Ecuador (1967), Decreto Legislativo o Registro Oficial 133 (Derogada)

Código orgánico general de procesos, COGEP (2015), Ley o Registro Oficial Suplemento 506

Código orgánico integral penal, COIP (2014), Ley o , Registro Oficial Suplemento 180

Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva, ERJAFE, (2002), Decreto Ejecutivo 2428 Registro Oficial 536

Plan nacional para el buen vivir 2013-2017, TOMO I (2013), Resolución 2 Registro Oficial Suplemento 78

Ley orgánica del servicio público de energía eléctrica (2015), Ley o, RO Suplemento 418

Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 (2016), primer suplemento no. 759

ley de la jurisdicción contencioso administrativa (1968), Ley 35 Registro Oficial 338 (derogada)

Jurisprudencia

Ecuador

CNJ, 5 de junio de 2014, José Salvador Akintiua Chup c/ Comandante General de la Policía Nacional y Director Nacional de Asesoría jurídica de la Policía Nacional y delegado del Ministro del Interior, Resolución No. 456-2014, juicio No. 439-2010

CNJ, 19 de mayo de 2014, Zoila Enriqueta Marín Chacón c/ hospital general de las fuerzas armadas de la Ciudad de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos", resolución No. 369-2014, juicio No. 344-2009

- CNJ, 17 de junio de 2013, Claudio Iván Ordoñez c/ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, No. 83-2011, Resolución No. 433-2013
- CNJ, 9 de mayo de 2013, Iván Morales Parra c/ Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Resolución No. 324-2013
- CNJ, 08 de mayo de 2013, Fernando Sarzosa Játiva, en calidad de procurador común de los campesinos de la Parroquia Pacayacu contra PETROPRODUCCION, proceso No. 112-2009
- CNJ, 25 de febrero de 2013, Leonardo Javier Morales Briones c/ Corporación Nacional de Electricidad, CNEL, antes EMELMANABÍ, N° 402-2009
- CNJ, 24 de agosto de 2012, Deifilio Larriva Polo, Teresa González Harris, Fausto Rodrigo Ávila Ávila y Alba Argentina Encalada Zamora c/ Ministerio de Defensa Nacional, No. 139-2010, Resolución No. 246-2012
- CSJ, 11 de abril del 2007, Florencio Antonio Andrade Medina c/ Empresa Eléctrica Manabí S.A.(EMELMANABI) y Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), No. 168-07

Francia

- Consejo de Estado, 24 de octubre de 2008, Monsieur et Madame CHOTTIN, n° 297994, AJDA
- Consejo de Estado, 13 de mayo de 1987, Aldebert
- Consejo de Estado, 24 de octubre de 1984, Société Claude Publicité
- Consejo de Estado, 24 de junio de 1949, Consorts Lecomte
- Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1923, Couitéas, Rec. Lebon
- Consejo de Estado, 28 de marzo de 1919, Regnault-Desrozières, Rec. Lebon
- Consejo de Estado, 21 de junio de 1895, Cames, GAJA
- Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, Blanco, GAJA, n°1

Argentina

- CSJN, 13 de junio de 1978, Panizo Manuel c/ Provincia de Buenos Aires y otro, JA, 1979-III-610
- CSJN, 20 de marzo de 2003, Mochi Ermanno y otra c/ provincia de Buenos Aires
- CSJN, 7 de septiembre de 1960, María C. Echegaray e hijos c/ Nación argentina, 1941fallos, 190 :312.
- CSJN, 7 de septiembre de 1960, Manuela Aurora Eugenia Mercedes Añon de Muhlmann y otra c/ Nación argentina, fallos, 247:607
- CSJN, 30 de agosto de 1988, García Ricardo M. Y otra c/ Provincia de Buenos Aires, T-76-XXI. CSJN
- SC Mendoza, sala 2da, 9 de diciembre de 1993, F. y actor civil c/ López Tejada Miguel V, JA

Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Proceso 6878, Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, 10 de noviembre de 2005, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez, Rad. 19.376 (R-9796)

Páginas WEB:

PUENTE D. (2012) *Ocho años de prisión para policía que disparó a Édison Cossios*. Recuperado de página web de Diario El Comercio <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/ocho-anos-de-prision-policia.html>.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Geovanni Rivadeneira¹

Introducción

Se ha reconocido a nivel mundial, que muchas personas con discapacidad en ejercicio del derecho a la autonomía e independencia, ejerce una representación directa en diversos escenarios del actuar social; sin embargo, ciertos vínculos de dependencia con respecto a la familia u otros sujetos de confianza es absoluto, por lo que se requiere o requerirá que el derecho se “flexibilice” y se recurra a la equidad, igualdad, fraternidad, voluntad como postulados de naturaleza axiológica que oriente a las autoridades en la adopción de decisiones, encaminadas hacia el bienestar de la familia sustentada en los instrumentos internacionales y nacionales que rigen la discapacidad y se apliquen normas que no perjudiquen la verdadera intención o voluntad de la persona, sin quebrar el derecho en beneficio de terceros interesados que llamen a aplicar normas agotadas e inclusive inaplicables en los actuales mo-

¹ Catedrático de Legislación Laboral en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

mentos como lo son algunas de los Códigos Civiles, que resultan ser demasiado “cruels” como algunas de las formas de representación y, por el contrario se apliquen disposiciones en armonía con los preceptos plasmados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que no solamente son paradigmas terminológicos, sino conlleva la ruptura de actitudes y siendo esta, precisamente la más difíciles de vencer.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.² Como se destacó en el mensaje leído por el vicesecretario general, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan: *“Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”*.³ Es un instrumento amplio e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y, aborda principalmente las prácticas y tratos discriminatorios que afectan a las personas con discapacidad.

La aprobación de esta convención ha permitido la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, quienes históricamente han sido víctimas por abusos y violación de sus derechos, no siendo incluso consideradas como personas sujetas de esos derechos que cualquiera otra persona tiene.

² Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006

³ Amparo Sanjosé Gil. “El Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2007). España.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Se han plasmado normas de no discriminación en diferentes instrumentos, los mismo que establecen la creación de órganos de vigilancia para su cumplimiento, podemos citar por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; todas estas de orden general y en particular, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, a las que se suman las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.⁴

Estas normas, no solamente fueron diseñadas para contribuir a los procesos de sensibilización y las buenas prácticas frente a los derechos humanos de las personas con discapacidad y de estimular esos cambios positivos que se requieren, sino que se encuentren formas determinantes de sostenerlos al subrayar que la responsabilidad recae en los Estados y la obligación de preparar, presentar y garantizar que los ajustes razonables que se propongan, sean apropiados y necesarios y justifique actuar para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Los derechos humanos de las personas con discapacidad, su protección, su atención se visualiza cuando los Estados con sus instituciones y siendo Partes de los instrumentos internacionales, se preocupan en esos derechos humanos de la personas con discapacidad, a ellos se suman las entidades privadas como las organizaciones no gubernamentales (ONG), encargadas de promocionar y proteger esos derechos, con actividades, inicialmente de sensibilización y más tarde en contextos para construir los mecanismos para la exigibilidad y el cumplimiento de los derechos.

4 Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993, Organización de las Naciones Unidas

Esta acciones para la exigibilidad y promoción de los derechos, tiene que hacerse en absoluta coordinación con las entidades gubernamentales, con ellas se deben establecer los medios para los ajustes estratégicos desde las disposiciones internacionales, así como los debates y cambios internos, en especial para la construcción de las políticas de Estado y la participación del ámbito legislativo.

Todas las expresiones de violencia, de intolerancia, de discriminación, en contra de las personas con discapacidad, han ido acumulándose, radicándose más en la injusticia, es decir en los aspectos de orden judicial que no se expresaban en su favor, sino hacia terceras personas que invisibilizaban a la persona con discapacidad sin importar las consecuencias, tanto desde el Estado como de la sociedad o de la familia, sigue tratándose a la discapacidad como un fenómeno que busca respuestas en un modelo todavía médico y de compasión. Se trata de un asunto de suma importancia, de importantes consecuencias tanto en el diseño de las políticas públicas, como en la adopción de leyes, es un “cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad como fruto de la consolidación del llamado ‘modelo social de la discapacidad’ que se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social. El nuevo modelo se construye sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros.”⁵

Palacios. A. destaca que “el modelo social ha sido la consecuencia de una larga lucha, plantada por las propias personas con discapacidad, que tuvo sus frutos en diversos ámbitos. Uno de dichos ámbitos es el del derecho internacional de los derechos humanos, con sus consecuentes implicaciones en los derechos de las legislaciones internas de

⁵ Bariffi. Francisco José. “La Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la Luz de la Convención de la ONU”. Contribución a la obra: *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Editorial Aranzadi, 2009

los Estados Parte. El último paso en dicho sentido, ha sido la reciente aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.⁶

Este modelo tiene como respuesta a la falta de atención de la sociedad que no tiene presente o no considera a las personas con discapacidad, es decir no les toma en cuenta, por ello es el apareamiento de este modelo, que apunta a la autonomía de la persona, en la toma de sus propias decisiones, libre de barreras y en igualdad de oportunidades.

Los temas a tratar de las discapacidades, especialmente las organizaciones no gubernamentales, las tomaron como una verdadera cuestión de derechos humanos, se iniciaron por interés de los padres o representantes de las personas con discapacidad, para más tarde constituirse en verdaderos procesos organizados, estructurándose y estableciéndose como ONG de derechos humanos de las personas con discapacidad para su protección, promoción y cuidado, apoyados y amparados desde los instrumentos internacionales.

Estos instrumentos internacionales que explica de manera más específica cómo canalizar el ejercicio de sus derechos, sus mecanismos de cumplimiento, se han convertido en una herramienta de consulta para los directamente interesados, es decir las personas con discapacidad, sus padres o representantes, la sociedad civil, las instituciones de derechos humanos y por obvias razones los Estados Parte, directamente responsables de su cumplimiento. En materia de derechos humanos tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos⁷ y cumplir los derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales, que hayan sido suscritos y ratificados por ellos. Están obligados a avanzar de manera expedita hacia la implementación de estas obligaciones, donde para ello, ni siquiera la falta de recursos justificará la ausencia

⁶ Palacios. A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización*. Colección CERMI. Ediciones Cinca. Madrid, 2008. p. 27

⁷ Directrices de Maastricht, que define el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, pero son igualmente pertinentes para los derechos civiles y políticos.

de acción, pues es el garante que no puede interferir en el disfrute de los derechos humanos, no puede fomentar que otros interfieran, por el contrario buscará la satisfacción de esos derechos individual y colectivamente, tomando en cuenta su condición, cualquiera sea ésta, así como sus deseos y necesidades; y, proteger a través de la prevención a fin de que los derechos no sean violados o restringidos por acción de terceros, donde asegurará además la satisfacción de los niveles esenciales de cada uno de los derechos, aún en períodos de limitaciones graves de recursos o excepciones planteadas en determinadas condiciones o circunstancias que le asegure a la persona un ámbito de espacio social que le permita desenvolver con cierta amplitud sus potencialidades y decidir acerca de su existencia, con una normativa que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia.⁸

Este marco normativo internacional de derechos humanos, incluye los tratados, las observaciones generales y las recomendaciones adoptadas por los órganos que vigilan su aplicación, contienen disposiciones descritas como principios transversales como la no discriminación y la igualdad, la participación, el acceso a reparación, el acceso a la información, la rendición de cuentas, etc.

Estos principios se aplican a todas las personas en relación con todos los derechos humanos y libertades y prohíbe la discriminación como las que describe, por ejemplo la Constitución de la República del Ecuador:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento,

⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "*Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*". Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, Julio de 1983, redactados por el Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni. p. 27.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

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.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desecharse la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en

ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Pero, para entender algo más estas situaciones bajo las cuales las personas con discapacidad han estado sometidos, revisemos un poco sobre los modelos con los que se han tratado a las discapacidades históricamente y que nos dará las respuestas a las que queremos arribar y que permitirá el sostenimiento de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y de su obrar con independencia.

Modelo médico y al modelo social

Nos vamos a referir al modelo médico y al modelo social. El médico, considera a la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales y lo que busca es la mejoría en la salud. Centra el problema en el individuo, en sus deficiencias y dificultades; por ello se procura su rehabilitación, sea esta física, psíquica o sensorial, mediante la intervención profesional de diferentes especialidades que mantiene el control del proceso de rehabilitación; a pesar de que se cree está superado, este modelo se sigue utilizando con influencia que

tiene el profesional que se encuentra atendiendo, quien controla el proceso de rehabilitación, relegando a la persona con discapacidad a un rol de paciente o usuario. La filosofía que inspira el modelo médico/rehabilitador considera que las causas que originan la discapacidad derivan de las limitaciones individuales “deficiencias” de determinadas personas, a quienes se las describe a partir de un déficit orgánico o funcional. El centro del problema se sitúa en la persona, con sus deficiencias y dificultades, a quien es imprescindible rehabilitar -psíquica, física, mental o sensorialmente-. En concordancia con la definición del “problema”, las respuestas se centran exclusivamente en las “limitaciones” que tiene la persona, que es caracterizada como un ser humano desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón (sus desviaciones) se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social.⁹

El modelo social de la discapacidad, considera el tema fundamentalmente como un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social. Por lo tanto, el manejo del problema requiere la actuación social y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidades en todas las áreas de la vida social.¹⁰ Este modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de la sociedad, que debería ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades.

⁹ Defensoría General de la Nación (Argentina). Colección Documento de Trabajo n°. 6. *Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*. Eurosocia Programa para la Cohesión Social en América Latina. Argentina, octubre 2014, p. 16.

¹⁰ Organización Mundial de la Salud. *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*, Santander, septiembre 2001, p. 22.

A dichos fines el modelo social se respalda por una serie de medidas, entre las que se destacan la igualdad y no discriminación, la accesibilidad y el diseño universal, los ajustes razonables, los sistemas de apoyos y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores que sustentan a los derechos humanos: la dignidad; la libertad entendida como autonomía -en el sentido de desarrollo del sujeto moral- que exige que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten.¹¹

Se refleja que este modelo traslada la discapacidad a la sociedad, señalando que las *“características del individuo son relevantes en la medida en que evidencian la capacidad o incapacidad del medio social para dar respuesta a las necesidades derivadas de los déficits”*.¹²

Ecuador y el modelo social

En el Ecuador, se ha dado relevancia al modelo social o también denominado de Inclusión y Derechos Humanos, descrito ahora con el nombre de modelo Bio-Psico-Social, se trata de permitir a las personas adopte sus propias decisiones en el proceso de rehabilitación y se procura como meta prioritaria la supresión de las barreras actitudinales y sociales hacia las personas con discapacidad así como de las barreras físicas, urbanísticas, arquitectónicas, barreras de la comunicación y la información; es decir, de acuerdo a este modelo el “problema de la discapacidad”, no radica en la persona sino que enfatiza en la necesidad de construir entornos, servicios sociales que sean accesibles para todas

¹¹ Defensoría General de la Nación (Argentina). Colección Documento de Trabajo No. 6. *“Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial”*. Eurosocial Programa para la Cohesión Social en América Latina. Argentina., octubre 2014, p. 17.

¹² Paula Aguirre, Christian Alexander. *“Los Lenguajes Alternativos como el derecho a la Libertad de Expresión de las Personas con Discapacidad Sensorial”* Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2011, p. 15.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

las personas, incluidas las personas con discapacidad y eso es una responsabilidad compartida con todos los actores de la sociedad.

El énfasis de este modelo o paradigma es el garantizar la accesibilidad de todas las personas, entendida como el principio de que todas las personas con discapacidad física, psicosocial o mental, intelectual o sensoriales, tienen derecho a desarrollar una vida tan normal como las personas sin discapacidad, accediendo a los mismos lugares, ámbitos y servicios, ya sean educativos, de empleo, de ocio, de justicia o de otro tipo.

Se centra en la dignidad y respeto de la persona, resalta la relación entre persona y entorno como el enfoque principal y determinante en la existencia de la discapacidad, ya que la falta de adaptaciones y adecuaciones necesarias que faciliten y permitan el pleno desenvolvimiento de las personas, son aquellas que verdaderamente limitan su participación en la sociedad, provocando de esta manera la discapacidad, todo ello plasmado en la concepción de la persona establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Constitución de la República, que expresa que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, pudiendo ejercer sus derechos en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, quienes garantizarán su cumplimiento.

Este modelo sustentado en los derechos humanos, o paradigma de Derechos Humanos, exige que la persona sea el eje, desde donde se han de tomar decisiones que le afecten; su igualdad inherente y la satisfacción de las necesidades relacionadas con la justicia y su utilización para la resolución de conflictos. Gira en torno a la dignidad intrínseca del ser humano y después, sólo en caso necesario, en las características médicas de la persona, postula que la discapacidad no es sólo la consecuencia de una deficiencia en la persona, sino proviene de un conjunto de condiciones, actividades y relaciones interpersonales y que se manifiesta en el lema de la reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad “Nada de Nosotros sin Nosotros” que resulta

que los derechos bajo ningún concepto pueden ser restringidos o menoscabados en razón de su condición como así lo hicimos notar en a partir de la norma constitucional ecuatoriana citada en el Art. 11.

Que se trate entonces como derechos humanos la realidad de las personas con discapacidad, no debe ser solamente desde la conceptualización, sino la confirmación de la necesidad de diseñar e implementar políticas públicas, como la adopción de normas a través de necesarias reformas que den respuestas sociales y jurídicas a este cambio de paradigma para abordar la discapacidad a fin de consolidar este modelo, potenciando así el respeto por la dignidad humana, la igualdad y opciones claras de oportunidades en la sociedad, este modelo se basa en principios de vida independiente y no discriminación.

Este paradigma de los Derechos Humanos, permite identificar que:

Las dificultades de las personas con discapacidad se desprenden del fracaso de la sociedad y del entorno creado por el ser humano.

La igualdad no se refiere solo a la formal, es necesario verificarla en la realidad y garantizando el goce de una igualdad basada en la diferencia, lo que implica un trato diferente a lo diferente e igual a lo que es igual.

La discapacidad es un hecho universal que forma parte de toda la humanidad en distinta medida.

Se debe visibilizar los derechos de las personas con discapacidad dentro del sistema de protección universal de Derechos Humanos.

La discapacidad es una característica de las personas, más no un rasgo de distinción o una categoría de ser humano; es por ello que se elimina el lenguaje ideológico como minusvalía o la expresión discapacitados para referirse a ellos, y se los empieza a nombrar como "personas con discapacidad", así se refleja a la discapacidad como un atributo accesorio a la esencia de la humanidad.

Las personas con discapacidad son reconocidas como sujetos de derechos, los cuales tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de la población, solo que el ejercicio de los mismos es diferente.¹³

Ante todo, la justicia generará confianza y respetará la condición de la persona con discapacidad como ser humano en igualdad de los dere-

¹³ *Ibíd.*, pp. 21-22

chos y dignidad que los demás y que, las circunstancias que le rodean a la persona con discapacidad deberá ser respetada y comprendida para adoptarse medidas específicas a fin de precautelar esa igualdad. Dispone la norma constitucional que nadie puede ser discriminado por razones, entre otras, por discapacidad y se garantiza también la adopción de medidas afirmativas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Estas medidas afirmativas, Flores Aguirre, expresa que para comprender esta premisa plasmada en la Constitución, “es necesario que partamos de una premisa: en ocasiones, el “tratarnos a todos por igual” puede provocar desigualdad. [...] implica que quien juzga haga abstracción de las diferencias que existen en el caso que analiza y el “provocar desigualdad” implica que pueden provocarse efectos negativos tales como la negación de iguales oportunidades, la marginación y la exclusión. [...] en palabras de Luigi Ferrajoli, implica que en los casos de igualdad formal “los hombres deben ser considerados como iguales” mientras que en los casos de igualdad real “los hombres deben ser hechos tan iguales como sea posible”. Así, en el primer caso, existen diferencias que merecen respeto y garantía; en el segundo, existen desigualdades que merecen remoción y compensación. Es precisamente en este segundo caso el de las “ocasiones” en que “tratarnos a todos por igual” provoca desigualdades.

Ahora, es importante destacar que tanto la igualdad formal como la igualdad real son útiles para proteger derechos. Según Ferrajoli, los derechos que la igualdad formal protege “son los derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de los demás” y los derechos que la igualdad real protege “son los derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia”. Es precisamente para la garantía de estos últimos derechos –lo que nuestra Constitución consagra de manera amplia y generosa– que es útil la adopción de las medidas de acción afirmativa.”¹⁴

14 Flores Aguirre Xavier, *Derecho, política, periodismo*. <https://xaflag.blogspot.com/2009/05/acciones-afirmativas.html>

Destaca este autor que, “la adopción de medidas de acción afirmativa halla fundamento en la teoría de la justicia de John Rawls”. El primer principio de justicia aplicable es aquel que sostiene que *“cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de los otros”*. El segundo principio a aplicar es el “principio de diferencia”, que prescribe que *“las desigualdades sociales y económicas deben ser arregladas de forma tal que ambas estén: a) para el mayor beneficio de los menos favorecidos, y b) asociadas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades”*. De lo que se concluye que una desigualdad de oportunidades sólo es aceptable siempre que amplíe *“la oportunidad de aquellos con menores oportunidades”*. Precisamente, para lo que sirven las acciones afirmativas.

Ahora, como política de Estado, las acciones afirmativas se han plasmado, para el caso de las discapacidades, desde los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Agenda Nacional de Discapacidades 2013–2017, en el Eje 10 (Legislación y Justicia), la Política de promover en las personas con discapacidad el acceso efectivo a la justicia, sin discriminación y en igualdad de condiciones que las demás personas y como lineamiento propone *“Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia, con las acciones afirmativas pertinentes”*.

En el Ecuador se ha hablado permanentemente que se maneja un modelo de desarrollo excluyente, pues entre ellos, son las personas con discapacidad los que han sido dejados de lado de siempre, a pesar de los avances que han sido sujetos, sigue siendo una situación de constante preocupación.

Deberá superarse ese enfoque de que a las personas con discapacidad hay que atenderles con programas asistencialistas que derivan del concepto de vulnerabilidad, sino que su atención debe basarse en la obligación que tiene el Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos, no como dádivas, beneficencia, filantropía o caridad, sino

como derecho propio que les ha sido negado o pospuesto, por atender otras “urgencias” que en su mayoría de veces son coyunturales o de oferta política.

De lograr una sociedad incluyente, es una visión de todos, superar las dificultades derivadas de aquellas condiciones que incrementan la desigualdad y por el contrario asegurar la igualdad de oportunidades cualquiera que sea el origen de la persona, es el objetivo a lograrse; regir estas acciones para concretar con acuerdos mutuos, fusionando las instituciones sociales, será posible a través de políticas públicas encaminadas, diseñadas, específicas y oportunas.

Pobreza e inclusión social

Es imperiosa la inclusión social, con ello se permitirá la reducción de la pobreza y la exclusión, determinándose a través de la evaluación de resultados de la aplicación de las políticas públicas, los progresos y la eficacia de la intervención; nótese que no se habla de cohesión social o de integración social ni de capital social. “Berger-Schmitt (2000), hace una exposición clara de la relación de esos conceptos con el de exclusión social. La cohesión social, definida por el Banco Interamericano de Desarrollo (2006) como ‘el conjunto de factores que promueven un equilibrio básico entre las personas en una sociedad, que se refleja en su grado de integración en términos económicos, sociales, políticos y culturales’, es evidente un objetivo deseable, pero puede derivarse o no de la erradicación de la pobreza y la exclusión social. Las sociedades feudales podían estar equilibradas, pero eran sin duda excluyentes. Las medidas para promover la inclusión social pueden incrementar o no la capacidad de las personas para vivir juntas en armonía. La inclusión social no equivale, pues, a la integración social.”¹⁵

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Análisis y Medición de la Inclusión Social en un Contexto Global*, New York, 2009, p. 6

La pobreza se vincula directamente a la inclusión social, pues las personas, las familias y los grupos de personas cuyos ingresos son tan limitados que los excluyen de la forma de vida mínima aceptable; no sólo el Estado deberá atender a aquellas con discapacidad y sus familias, en términos asistenciales como lo ha hecho, sino que requiere que se aborde bajo un enfoque multidimensional, más amplio en el que se haga hincapié en la participación, especialmente en el mercado laboral, con las prestaciones de la seguridad social, además de otros aspectos que excluyen a las personas y a los grupos y a sus familias de tomar parte en los intercambios sociales, de las prácticas y de los derechos que constituyen la integración social.

Es necesario tomar en cuenta también a la salud, la educación, el acceso asequible a otros servicios públicos como la justicia, la vivienda, la información, las comunicaciones, la movilidad, la participación política, la recreación, la cultura, etc., ello conducirá a la inclusión y toma de decisiones por parte de las mismas personas en esos diferentes ámbitos.

Este tipo de intervención multidimensional ha sido ya tomado en cuenta y ha influido en las actividades encaminadas a promover el desarrollo; de hecho, en el Primer Informe sobre Desarrollo Humano (1990), se exponía:

El objeto del desarrollo es ampliar las oportunidades de los individuos. Una de ellas es el acceso a los ingresos, no como un fin en sí mismo sino como un medio de adquirir bienestar humano. Pero también existen otras opciones, incluyendo una vida prolongada, conocimientos, libertad política, seguridad personal, participación comunitaria y derechos humanos garantizados. Las personas no deben reducirse a una sola dimensión como criaturas económicas.¹⁶

En conclusión el análisis de la exclusión social, deberá ser de carácter multidimensional y de amplio alcance, con los que se deberán estable-

16 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1995). *Primer Informe sobre Desarrollo Humano y Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, 1990, p. 13.

cer las políticas públicas con el afán de superar estos asuntos que delimitan la participación de las personas, en nuestro caso aquellas con discapacidad.

Además tratar integralmente los asuntos que les atañen a las personas con discapacidad, que incluyen aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales con el afán de lograr lo que, como principio establece el buen vivir, donde las personas y las comunidades haga goce del ejercicio de sus derechos, con responsabilidades y mantengan una armonía con la naturaleza.

Habíamos referido que uno de los enfoques u objetivos del desarrollo social para las personas con discapacidad que viven en condición de pobreza y son excluidas de los beneficios del desarrollo, es garantizar la atención, la integración y participación social y laboral, dejando definitivamente el enfoque asistencialista, la desigualdad y la exclusión, tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquellas que definen los medios para minimizar una y otra.

“La desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada. En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión...”; la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera”¹⁷

Foucault como el gran teorizador de la exclusión, expresa que es todo un fenómeno cultural y social, un fenómeno de civilización. Se trata de un proceso histórico mediante el cual una cultura, por medio de un dis-

¹⁷ De Sousa Santos, B. *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo-constitucionalismo y Sociedad. Igualdad y no Discriminación. El reto de la diversidad. Quito, 2010, p. 4.

curso de verdad, crea una prohibición y la rechaza. La misma cultura establece un límite más allá del cual sólo hay transgresión, un lugar que atrae hacia otro lugar [...] todos los grupos sociales que la prohibición social alcanza, sean éstos la locura, el crimen, la delincuencia o la orientación sexual [...] La descalificación como loco o como criminal consolida la exclusión, y es la peligrosidad personal la que justifica la exclusión. La exclusión de la normalidad se traduce en reglas jurídicas que marcan ellas mismas la exclusión.

La discapacidad, siempre requerirá de la comprensión de la sociedad, de sus formas de expresar su cultura y consecuentemente luchar en contra de los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de su dignidad como seres humanos, no son sujetos de burla, de análisis, de referencia o de investigación, son personas que tanto o más requieren de protección de sus derechos, como titulares plenos de ellos; promoviendo su visibilización de sus reales capacidades, que aún se las considera como complejas, jurídicamente, que no es así, ellos y ellas, me refiero a las personas con discapacidad, no son distintos, son diversos; que con ello, hay la necesidad de comprender aquellas competencias que les permite su condición, que no es, así mismo, enfermedad.

Estereotipos que no solamente están relacionados con su condición, sino por su edad y también por su género. Se suele referir a las personas con discapacidad sicosocial o mental o, psicológica, que son incompetentes, jurídicamente hablando, pues solo por tener aquella condición, de las que acabamos de mencionar, refieren que no tiene edad para actuar, que su edad es mental, que tiene la edad de un niño o niña, pero no se analiza su situación, de su entorno y se dirige la decisión a la voluntad o tendencia que está eligiendo la persona o que es beneficiosa para ella. Aquel que va a resolver, deberá responder esa voluntad de hacer algo, no que se lo den haciendo, que no le den respondiendo, sino que se haga o cumpla lo que quiere el sujeto de derecho, a través del apoyo de voluntad y de confianza; que se reconozca siempre la capacidad de ejercicio y goce de derechos, que usualmente saben

estar “representados”; entonces los estereotipos en estos casos, se manifiestan para negar o pretender negar los derechos, la negación de su actuar, la negación de su potencialidad en las diferentes manifestaciones en el marco del modelo social.

Los estereotipos con los que se enmarca a las personas con discapacidad, que diríamos las formas de discriminación, son producto de prácticas institucionales e individuales, donde cuyos actores que tienen la capacidad de decidir, irradian su dizque competencia para detener el ejercicio de los derechos en los ámbitos judicial, legislativo y en general en los ámbitos que la sociedad demandan su acción, está supuestamente cobijada su competencia o capacidad en normas que a las personas las cataloga todavía como enfermas, insanas, dementes, etc.

Ello es por ejemplo el Código Civil, institución que por demasiados años sigue siendo discriminatoria en lo relacionado a las tutelas y curadurías, que en esta norma no presume la capacidad de las personas como regla, sino por excepción y bajo ciertos propuestos que la misma lo determina.

Estas prácticas entonces son personales e institucionales, donde algo particular que interesa a la personas con discapacidad, es actuado por un tercero que éste a su vez, lo solicita a otro que representa el poder judicial para determinar la incapacidad, y éste se sirve de otro más, que establece si existe o no enfermedad o condición médica o insania para otorgar poder al interesado en representar a la persona con discapacidad, sin que ésta siquiera haya sido consultada o enterada o perfeccionada la voluntad del sujeto de derechos que se discute o solicita ejercer, siempre por otro y consecuentemente a nombre de otro.

La exclusión social, acompañada de una carga económica, ha logrado disminuir la atención a las personas con discapacidad; por ejemplo, un alto porcentaje de personas con discapacidad no sufrirían deficiencias o discapacidades si hubieran sido atendidos al comienzo de su enfermedad o trauma, que bien se hubiera superado con el acceso equitativo

a los servicios de salud, educativos, ocupacionales y recreativos, así como en el ejercicio de sus derechos, para que puedan optar por una vida digna y de buena calidad, además de la participación plena en la sociedad y contribuir al desarrollo socioeconómico de su comunidad. Ahora, la integración o inclusión social, acompañada de acciones de promoción de salud y prevención de la discapacidad, además de otros factores como las oportunidades laborales, lograría que las personas con discapacidad tengan una mejor calidad de vida, con ello la equidad, bajo acciones de responsabilidad social, plasmadas en agendas sociales, como respuesta de políticas públicas que tienen que responder a las necesidades de la población, en especial aquellas que permitan eliminar las desigualdades sociales posibilitando el acceso a los servicios.

Inclusión social y discapacidad

De eso es precisamente los que queremos hablar, del acceso a los servicios, en relación a la justicia y su acceso, ante lo cual, las personas con discapacidad, se amparan en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, titulado “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, en relación a las formas de representación que tienen nuestras legislaciones civiles en la región respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las de más en todos los aspectos de la vida.

En esa medida, esta capacidad jurídica y capacidad de obrar, las analizamos desde conceptos que pertenecen a la dogmática jurídica moderna; en este mismo sentido lo hace Antonio Cabezas Moyano,¹⁸ menciona que la capacidad de obrar de las personas tiene sentido es por su intencionalidad práctica, se trata de una figura jurídica de protección y apoyo y, como tal, debería únicamente ser considerada como

¹⁸ Antonio Cabezas Moyano. Abogado de la Fundación Jiennense de Tutela. *Guía Práctica sobre la Incapacidad Judicial y Otras Actuaciones en Beneficio de las Personas con Discapacidad. La Modificación de la Capacidad de Obrar*. Fundación Jiennense de Tutela. NIF: G-23464126. Jaén. España. p. 25

un instrumento útil para la igualdad y la no discriminación, fuera de este fin cualquiera otra pretensión puede llegar a desnaturalizar esta institución jurídica y otorgarle unas virtudes que puede no tener porque tampoco le sean exigibles; la capacidad de obrar es un buen instrumento pero como tal hay que conocerlo, saber cuándo usarlo, por qué usarlo y para qué y cuándo se lo necesita.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encuadra perfectamente, *“reconocerá que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*¹⁹ y que debe no ser leído y analizado aisladamente sino en relación con otros de la misma norma internacional, tales como el Art. 5, Igualdad y no discriminación, que al igual que nuestra Constitución, citada que fuera su Art. 11.2., se reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna y garantiza además, que todas las personas con discapacidad tengan protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo; con el artículo 16, protección contra la explotación, la violencia y el abuso, en el que se impone la adopción por parte de los Estados, de medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género; con el artículo 17, sobre el respeto a la integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás; con el 19, sobre su derecho a vivir en forma independiente, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de su derecho a vivir en comunidad y su plena inclusión y participación.

Con ello entonces, podemos deducir que en la lectura y aplicación del Art. 12, como parte de la Opinión Legal sobre este artículo, elaborado por el Grupo de Expertos de distintos países, en junio, (ONU 2008):

¹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006. Art. 12.2

La noción de capacidad jurídica incluye dos componentes: la capacidad de ser titular de un derecho y la capacidad de obrar y ejercer el derecho, que abarca la capacidad de acudir a los tribunales en caso de afectación de esos derechos. Ambos elementos son esenciales al concepto de capacidad jurídica. De ello se deriva que el reconocimiento de la capacidad jurídica de cualquier grupo o individuo impone el reconocimiento de ambos elementos.

Determinan además, sobre el peligro de que los Estados Partes de la Convención, adopten normas de reconocimiento en relación a este artículo, pero que en la práctica se mantenga la misma situación y se impida el ejercicio efectivo de la capacidad legal.

El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención, es decir garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica²⁰ y lo confirma el Presidente del Comité el día de la discusión general sobre este artículo, celebrada en Ginebra el 21 de octubre de 2009, *“que era una desafortunada circunstancia histórica el que las personas con discapacidad hubieran tenido poco recurso legal en todo el mundo. Los derechos fundamentales habían sido subyugados en el pasado, y en algunos lugares lo siguen siendo hoy en día, para las personas con discapacidad. Las formas de discriminación a que se enfrentan abarcan casi todas las esferas de influencia en sus vidas, que van desde la comunicación y la arquitectura, hasta el transporte y las normas y políticas que ahogaron su potencial inherente. Ellos también habían sido testigos de los efectos de la desigualdad ante la ley, y habían reconocido su carácter inaceptable”*²¹ [...] que este artículo da *“una indicación clara de la dirección en la que tenían que ir; garantizó el derecho al igual reconocimiento como persona de todos ante la ley, aseguró que todos los individuos deben ser reconocidos como personas ante el tribunal, y en todas las formas de*

20 Francisco José Bariffi. “Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina

21 José Javier Soto. “Capacidad Jurídica y Discapacidad a la Luz de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad.” Academia Europea de Derecho.

interacción con la Corte. Para aquellas personas con ciertas formas de discapacidad que no pudieron ejercer su capacidad por sí solos, la Convención exige que los Estados proporcionen siempre las medidas adecuadas a las personas para apoyarlos en la realización de su capacidad de actuar.”

Ha continuado el debate, en el sentido que la Convención unifica la capacidad jurídica y capacidad de obrar, “afectando” los mecanismos de incapacitación que limitan la capacidad que deben tener las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, abriendo las posibilidades de sustituir a las figuras tuitivas de sustitución, especialmente la tutela.

La capacidad jurídica y capacidad de obrar, son compatibles con la Convención, sin unificarse; la primera, la capacidad legal que refiere al segundo párrafo del Art. 12 de la Convención es la capacidad legal y el siguiente párrafo, alude al ejercicio de su capacidad jurídica. Es necesario poner en contexto que el concepto de capacidad jurídica es más abarcativo que el de personalidad jurídica; el primero afirma a la persona como titular del derecho y obligaciones, el segundo determina el ejercicio, es decir puede y debe ejercerlos.

Los ejercerá conforme lo establece el numeral 3 de este artículo, que: *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”*, utilizarán por tanto las personas con discapacidad distintos tipos de apoyo que se adecúen a sus necesidades y ejercerán independientemente su capacidad jurídica o legal, dejando de lado esos modelos de sustitución que significan un representante o un intermediario, configuración que la tenemos a partir de las normas civiles que declaran “incapaces”, aparentemente de tomar sus decisiones.

En todo caso, lo que persigue este artículo 12 de la citada norma internacional, es el respeto y reconocimiento de la personalidad jurídica,

de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar o de actuar, reconociendo a la persona la aptitud que tiene toda persona física, para ser titular o portador de derechos y obligaciones, independientemente de cualquier condición, otorgando entonces esa capacidad de ejercitar sus derechos por medio de su capacidad jurídica, desconocer factores podrían modificar la capacidad de actuar, que es susceptible de limitarse en razón de diferentes causas, que por ningún concepto se impida tomar sus propias decisiones porque no son “normales” y que otros “normales” si lo hagan, asimilándose a una muerte civil, como se la ha considerado, por ejemplo, a la interdicción, unánimemente rechazada, que limitan a seguir siendo sujetos de derechos, a quien inclusive “se le da sintiendo” por medio de la sustitución, eliminando la posibilidad de autodeterminarse con el apoyo necesario, como hemos hablado, por sus familiares o personas del círculo de confianza. (Palacios, cuando afirma que “... *el contenido de la capacidad jurídica en la Convención incluye tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.*” Así pues, compartimos los argumentos utilizados por la comunidad internacional para dilucidar el conflicto jurídico planteado en relación al espíritu del artículo 12.) Es necesario proscribir aquel modelo y pensamiento en que las personas con discapacidad son producto de una maldición, un castigo divino, minusválidas, inválidas, impedidos, etc., hasta considerados de mala suerte. También ir más allá de ese modelo médico o rehabilitador en el cual la persona con discapacidad era definida como enferma, necesitada de atención médica especializada por considerar que tiene un *problema*. Eran vistas como objetos de estudio científico, o desde un punto de vista paternalista y asistencialista, lo cual invisibilizaba sus derechos, requiriendo en todo momento la intervención de un tercero que actúe en su nombre.

No debe seguir considerándose que discapacidad es sinónimo de enfermo o desvalido y que las figuras tuitivas, son imprescindibles o inevitables y que el Estado debe seguir protegiendo a esas personas; no podemos negar esa necesidad y ese derecho que tenemos todas las personas a que el Estado nos garantice el ejercicio de nuestros derechos y más cuando se trata de aquellos derechos patrimoniales, que no es sólo

ello, como suele entenderse en la legislación relativa a las personas con discapacidad, sino en incontables actos más que pretenden ser sustituidos, como aquellos temas que no requieren la intervención o contraposición de otros interesados directos o no, que se trata de una actividad judicial no contenciosa, sino en otros temas del interés y beneficio de la persona con discapacidad y sus situaciones de vida.

Bien lo refiere Martínez de Aguirre que la “capacidad legal (estática y dinámica) están presentes en el Art. 12, se refiere a la capacidad jurídica el segundo párrafo del precepto y a la capacidad de obrar al párrafo siguiente, cuando alude al ejercicio de su capacidad jurídica. También consideran compatible con la Convención la modificación de la capacidad de obrar y las figuras legales de protección. Entienden que la Convención abarca de forma general la discapacidad en todas sus vertientes (física, mental, intelectual y sensorial) y que hay que interpretar sus diferentes artículos de forma adecuada a cada una. Así, en aquellos casos en que la persona tiene afectada su capacidad de querer y querer, necesaria para el ejercicio sin peligro de su capacidad jurídica, se hace preciso, en beneficio de la persona, modificar su capacidad de obrar y proporcionarle un modo adecuado de acceso al tráfico jurídico, siempre de modo proporcionado a su capacidad natural”

Ha de entenderse que todas las acciones en las que se encuentre inmersa una persona con discapacidad, para su actuar en acceso al ejercicio de la capacidad jurídica, las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de esas personas, conforme lo ha presentado la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, con la siguiente propuesta:

por una modificación profunda y ambiciosa del Código Civil y de la ley procesal en este aspecto, para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la situación de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y, desde el realismo, establezca un sistema de provisión de apoyos,

obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento. En definitiva un nuevo enfoque, sustancial y procesal, que se adecue al nuevo paradigma en la visión de la discapacidad, que sustituya o jubile por obsoletos e impropios modelos sanitarios, rehabilitadores o paternalistas, y acomode nuestro derecho al modelo social que la Convención establece.²²

Discapacidad y derechos

Bajo este principio que lo compartimos, también es importantes la aplicación y ejercicio de los ajustes razonables que la misma Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo conceptúa: *"[s]e entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"*, cumpliéndose la adopción de medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y más cuando la misma Constitución ecuatoriana dispone que se garantizará sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,²³ en concordancia con la misma Carta que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, donde nadie podrá ser discriminado por razones de [...] discapacidad.²⁴

Recordemos que, respecto de la interdicción, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, CIADDIS, adoptada en 1999

²² María Victoria Mayor del Hoyo. Profesora Titular del Derecho Civil. Universidad de Zaragoza. "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad". *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año LXVIII. Núm. 2173. Diciembre de 2014. Pág. 8

²³ Constitución de la República del Ecuador. 2008. Art. 3.1.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. 2008. Art. 11.2.

estableció en su artículo I.2, inciso b) que *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”*, lo que ocasionó que ocho años después la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), introdujera un cambio radical en la interpretación del alcance del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica al establecer que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y se reconoce su capacidad jurídica de ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), como instancia encargada del seguimiento de la implementación de la Convención (CIADDIS), reconoció la inmediata necesidad de armonizar el artículo I.2 inciso b) de dicha Convención con el nuevo paradigma establecido por la CDPCD y, a tal efecto, decidió durante su Tercera Reunión en 2010 constituir un grupo de trabajo para analizar este tema con mayor profundidad y presentar sus conclusiones durante la próxima reunión del Comité, este grupo de trabajo se reunió en Washington en octubre 2010 que integrado por Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Panamá y Perú, concordantemente concluyen que, en efecto, el instituto de la interdicción y su correspondiente régimen de curatela no resultan apropiados para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y eliminar las barreras de acceso a la justicia. Tras analizar diversos precedentes judiciales de juzgados locales, se evidencia que el instituto de la interdicción o curatela del modelo de representación, suele ser aplicado con demasiada amplitud; que en la mayoría de los casos el alcance de la restricción fijada en la sentencia es indeterminado; que el procedimiento judicial es extenso, oneroso y no ofrece en todos los casos garantía a una tutela judicial efectiva; que predomina la ausencia de mecanismos de control de curatelas ya impuestas, entre otras cuestiones. Pero más allá de los problemas proce-

dimentales de esta institución, hay un argumento de mayor peso que reclama la necesidad de que este régimen sea sustituido por otro modelo de reconocimiento de derechos, y es el cambio de paradigma conforme al cual, el relevamiento de la voluntad de la persona con discapacidad ante su curador, debe ser sustituida por el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí mismo con apoyos y salvaguardas si fuera necesario y que dichos apoyos sólo se ha de materializar cuando sea efectivamente necesario y requerido por la propia persona con discapacidad. Ello es así, porque el simple hecho ser una persona con discapacidad no implica la imposibilidad de gestionar adecuadamente sus derechos y obligaciones, ni tampoco la incapacidad de realizar por sí mismo actos con plena trascendencia jurídica.

Así entonces, como forma de subsanar la contraposición existente entre ambas convenciones, y reconociendo la necesidad de armonizar la CIADDIS en este aspecto dada a su importancia para la región, el grupo de trabajo del CEDDIS acordó la realización de una Observación General que fungiese como criterio de interpretación del artículo I.2 b) de la CIADDIS, de modo de adecuarla al nuevo paradigma que surgiera tras la entrada en vigor de la CDPCD, dejando por sentado que el texto *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción (...) ésta no constituirá discriminación”* debe descartarse en futuras interpretaciones sobre el alcance del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica.²⁵

La observación indica lo siguiente con respecto al ejercicio de la capacidad jurídica:

3. Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el Artículo 12 de la Convención de Naciones

²⁵ Rosales Pablo Oscar. Delegado Titular de Argentina ante el CEDDIS. *Diagnóstico Regional Sobre el Ejercicio de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. Tercera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS)*. 21 y 22 de noviembre de 2013. San José, Costa Rica

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo.

Lo que implica tomar acciones en la siguiente dirección:

1. Capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones.
2. Tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos.
3. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos.
4. Informar a este Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vayan logrando en este proceso.

Para este efecto, el CEDDIS, acoge esta Observación y se constituye el primer diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, producto de un cuestionario con preguntas sobre el acceso a la justicia de las persona con discapacidad, donde se centra: el marco jurídico existente; capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales; aplicabilidad y efectividad del régimen de curatela para el ejercicio de la capacidad jurídica de las

personas interdictas, y el impacto en los países de la región tras el cambio de paradigma surgido en virtud del Art. 12 de la CDPCD.

Se menciona en este informe o diagnóstico, que en la mayoría de los Estados miembros, primero no existe una distinción o definición acorde de los conceptos de discapacidad mental y discapacidad intelectual y que no es claro el concepto de discapacidad psicosocial; segundo, que el modelo médico rehabilitador se mantiene en la actividad pública; tercero, que predominan las barreras de accesibilidad para las personas con discapacidad en sedes judiciales; cuarto, que la mayor parte de las páginas web estatales no son accesibles; quinto, que no hay evidencia de que los procedimientos judiciales en los que intervienen las personas con discapacidad, como justiciables, testigos o jurados, tengan adecuaciones específicas en todos los casos; sexto, en ninguno de los Estados que contestaron el Cuestionario la legislación nacional contempla mecanismos de sistemas o de apoyo a favor de las personas con discapacidad; y séptimo, que no existen para las personas con discapacidad en situación de encierro, medidas especiales tendientes a facilitar su autonomía.

Aplicar este paradigma del modelo de Derechos Humanos, que supere estos elementos enunciados por la Observación, se configura la necesidad de impulsar en favor de las personas con discapacidad las acciones afirmativas de las que hemos hablado, justificando así, con los ajustes razonables que propone la misma Convención Internacional, iremos en “el camino correcto para garantizar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad particularmente en oportunidad de modificar las legislaciones vigentes actualmente dentro del modelo de representación”.²⁶

Esto nos ratifica la necesidad de abordar la discapacidad desde un modelo social y de derechos humanos, que de ninguna manera suprima la voluntad de la persona con discapacidad ni el ejercicio por sí mismo de sus derechos; lo que significa que se deberá dejar de lado absoluta-

26 *Ibidem.* p. 12

mente la aplicación del modelo médico - rehabilitador, que se manifiesta cuando el juez escucha dictámenes de facultativos sobre la existencia y naturaleza de la demencia y peor cuando en el mismo Código Civil examina a través de un interrogatorio “a descubrir el estado de su razón”, adjudicándose este profesional del derecho conocimientos de médico, psicólogo o psiquiatra; deberá bastar la calificación de la persona calificada con discapacidad mental o psicosocial y de allí optar porque se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias “asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”²⁷

En el análisis que hace Ribotta²⁸ (2010) sobre las Reglas de Brasilia, hace extensiva su preocupación, por ejemplo, que las leyes y códigos no deberían ser, por más tiempo, sólo declaraciones formales de derechos y garantías, vacías de contenido y que los sistemas judiciales tendrían que asumir el reto de garantizar realmente la tutela de los derechos que las leyes reconocen a sus ciudadanos; que las personas en condición de vulnerabilidad, esa tutela de los derechos y garantías debe extremarse por cuanto se encuentran en una situación que hace mucho más difícil su ejercicio y que las coloca, invariablemente, en una situación que vulnera aún más la condición que ya padecen.

²⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 12.4

²⁸ Silvina Ribotta. Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Centro de Estudios de Iberoamérica. Revista Electrónica Iberoamericana. Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, Pobreza y Acceso a la Justicia.

Conclusiones

Notemos entonces que se da especial importancia a las personas cuando son parte o actúan dentro de un acto judicial, que deberá ser en igualdad de condiciones, otorgándosele información necesaria a fin de que, en nuestro caso, las personas con discapacidad o quien haga las veces de sujeto de confianza, participen de *“manera adecuada a las circunstancias propias de su condición, tanto en lo relativo a la información sobre la comparecencia, a la asistencia y a las condiciones generales de la misma, tanto en la consideración de los lugares, de los tiempos, formas, de la seguridad, de la accesibilidad para las personas con discapacidad”*.²⁹

Describe Ribotta S., que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la OC 18/03 que sobre el acceso a la justicia, en relación al debido proceso que deben adoptarse medidas de compensación procesal ante sujetos vulnerables, “debe ser garantizado a toda persona sin discriminaciones, ya que para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.” Y reafirma: *“La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.”*, con ello se confirma la necesidad de cambiar las limitaciones en el acceso a la justicia que estén acompañadas de políticas públicas que conduzcan a mejorar inclusive las actitudes y conductas de los administradores de justicia que intervienen de una u otra forma en la aplicación de los derechos y velar porque se garantice sin ningún tipo de discriminación el pleno goce de sus derechos.

29 Ibidem (Ribotta Silvina) Pág. 26.

Bibliografía

- Amparo Sanjosé Gil. "El Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2007). España.
- Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993, Organización de las Naciones Unidas.
- Bariffi. Francisco José. "La Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la Luz de la Convención de la ONU". Contribución a la obra: *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Editorial Aranzadi, 2009.
- Palacios. A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización*. Colección CERMI. Ediciones Cinca. Madrid, 2008.
- Directrices de Maastricht, que define el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, pero son igualmente pertinentes para los derechos civiles y políticos.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "*Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*". Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, Julio de 1983, redactados por el Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni.
- Defensoría General de la Nación (Argentina). Colección Documento de Trabajo no. 6. "Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial". Eurosocial Programa para la Cohesión Social en América Latina. Argentina. Octubre 2014.
- Organización Mundial de la Salud. "Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.". Santander, septiembre 2001.
- Paula Aguirre, Christian Alexander. *Los Lenguajes Alternativos como el derecho a la Libertad de Expresión de las Personas con Discapacidad Sensorial*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2011.

Flores Aguirre Xavier, Derecho, política, periodismo. <https://xaflag.blogspot.com/2009/05/acciones-afirmativas.html>

Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Análisis y Medición de la Inclusión Social en un Contexto Global*, New York, 2009.

Primer Informe sobre Desarrollo Humano y Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, 1990.

De Sousa Santos, B. *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Igualdad y no Discriminación. El reto de la diversidad. Quito, 2010.

ANTONIO CABEZAS MOYANO. *Guía Práctica sobre la Incapacidad Judicial y Otras Actuaciones en Beneficio de las Personas con Discapacidad. La Modificación de la Capacidad de Obrar*. Fundación Jiennense de Tutela. NIF: G-23464126. Jaén. España.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006. Art. 12.2.

Francisco José Bariffi. "Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la luz de la Convención de la ONU". Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina.

José Javier Soto. "Capacidad Jurídica y Discapacidad a la Luz de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad". Academia Europea de Derecho.

María Victoria Mayor del Hoyo. "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad". Boletín del Ministerio de Justicia. Año LXVIII. Núm. 2173. Diciembre de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. 2008.

Rosales Pablo Oscar. *Diagnóstico Regional Sobre el Ejercicio de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. Tercera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS)*. 21 y 22 de noviembre de 2013. San José, Costa Rica.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Silvina Ribotta. "Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, Pobreza y Acceso a la Justicia". Centro de Estudios de Iberoamérica. *Revista Electrónica Iberoamericana*.

JOSÉ MEJÍA LEQUERICA Y SUS IDEAS DE IGUALDAD JURÍDICA Y POLÍTICA DE HISPANOAMÉRICA Y ESPAÑA, ANTE LAS CORTES DE CÁDIZ (1810-1813)

Javier Gomezjurado Zevallos¹

Introducción

Hablar de José Mejía Lequerica es hablar de una de las principales figuras de nuestra historia, no sólo por su polifacética formación, sino fundamentalmente por su madurez intelectual demostrada en los momentos previos a la independencia quiteña, a través de sus intervenciones como diputado de las Cortes de Cádiz, a donde llegó luego de un periplo por Lima y Madrid, en búsqueda de nuevos horizontes. Es allí donde exhibirá una gran oratoria y una firme posición política, visualizada en sus discursos, los cuales reflejan el ideario liberal hispanoamericano de la época.

El presente trabajo no pretende narrar los hechos biográficos de José Mejía Lequerica, sino que conlleva el objetivo de estudiar el tema de la *igualdad jurídica y política* entre hispanoamericanos y peninsulares como parte de su discurso político en las Cortes de Cádiz desde 1810 a 1813, partiendo de su condición individual, su trayectoria personal y sus estudios en Quito, hasta su llegada a la Península.

¹ Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador de Expresión Oral y Redacción Jurídica.

Sobre la base del análisis de la situación del movimiento ilustrado en Quito y la inserción de Mejía Lequerica en el mismo, así como el estudio de su condición personal de 'ilegitimidad', nos planteamos: ¿Cuáles fueron sus principales ideas alrededor del tema de la igualdad jurídica y política de Hispanoamérica y España, durante su estancia en las Cortes gaditanas? Para responder a esta pregunta, se ha desarrollado la presente investigación, la cual se fundamenta en la lectura y análisis de una variada bibliografía sobre nuestro personaje en Quito y los hechos acontecidos en Cádiz y relacionados a él, entre 1810 y 1813.

En una primera parte se revisará el entorno del Quito de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX donde Mejía nació, se educó y desarrolló su vida pública y privada, describiendo brevemente la situación social de la región quiteña. Asimismo se examinará la condición de 'ilegitimidad' de Mejía Lequerica frente a la sociedad; su devenir académico, en donde aquella calidad de 'ilegítimo' influirá en la no obtención de sus justas aspiraciones —lo que en corto plazo provocará la salida de Mejía desde Quito hacia Europa—; y por último, el alejamiento de Mejía Lequerica de su tierra hasta radicarse en España, en donde será testigo de los acontecimientos de la Península cuando fue invadida por parte de los franceses, en época de Napoleón.

En una segunda parte se estudiará el mecanismo de su designación como diputado suplente en las Cortes gaditanas; el objetivo de su convocatoria en el contexto de la crisis imperial; los temas propuestos por Mejía en las Cortes; y su actividad parlamentaria en torno a lo que se denomina la 'cuestión americana', que está relacionada con el tema de igualdad, equidad y equilibrio en temas jurídicos y políticos de los americanos, respecto a los peninsulares. Finalmente, se concluirá este artículo con unas breves conclusiones acerca de lo estudiado.

QUITO, LA ILUSTRACIÓN Y JOSÉ MEJÍA LEQUERICA

Quito en el siglo XVIII

Quito, se encuentra enclavada entre el cerro Itchimbia, en el flanco oriental; el monte Panecillo (Yavirac); la loma de San Juan, y en el occidente las laderas del volcán que dominaba la ciudad, y los montes que cierran los flancos naturales. Fue el centro de comercio zonal y regional durante la época prehispánica, y esa actividad fue retomada por las autoridades peninsulares para mantener el control sobre las poblaciones nativas.

Durante el siglo XVIII, Quito experimentó una serie de acontecimientos, otorgándole a ese período un carácter convulsionado. Por un lado, están los ajustes jurisdiccionales, como los ocurridos en 1717-1722, cuando se suprimió la Audiencia y pasó a la jurisdicción de la Nueva Granada. Entre 1722 y 1739 volvió a ser parte del Virreinato del Perú, y en 1740 regresó nuevamente a depender del Virreinato de Nueva Granada.² Por otro lado, conviene señalar la llegada a Quito de la *Misión Geodésica* en 1736, integrada por los franceses Carlos María de La Condamine, Pierre Bouguer, Luis Godin, entre otros, a los cuales se sumaron dos españoles 'inteligentes en matemáticas y astronomía' que, por su cuenta, informaron a la corona española todos los resultados de la expedición.³ Posteriormente este siglo XVIII quiteño será espectador de la *Revolución de los Estancos*, en 1765, para dos años más tarde contemplar cómo se efectivizaba la orden de expulsar a los jesuitas de los dominios del Rey en América. Todo ello en medio de varias catástrofes naturales, como el terremoto de Quito y su comarca en 1755, y el de Latacunga en 1757, la erupción del Cotopaxi de 1768 y del Tungurahua en 1773; cerrando aquella centuria con la tragedia del terremoto de Riobamba de febrero de 1797,⁴ cuyos temblores de ondulación

² Federico González Suárez, *Historia General de la República del Ecuador*, Vol. 2, Quito, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1970, pp. 929-930.

³ Antonio Lafuente y Antonio Mazuecos, *Los Caballeros del Punto Fijo. Ciencia, política y aventura en la expedición geodésica hispanofrancesa al virreinato del Perú en el siglo XVIII*, Quito, Edic. Abya Yala, 1992, p. 86.

sacudieron la cordillera, desde la ciudad de Popayán hasta más allá de Loja.⁵

Los españoles y criollos ricos eran terratenientes con extensas propiedades localizadas dentro de las cinco leguas, pero también en los asientos de Latacunga y Otavalo y la villa de Ibarra, y en poblados más lejanos hacia Popayán y Guayaquil. Los mestizos, que ocuparían en el siglo XVIII los sectores urbanos de Quito, ejercieron oficios como escultores, pintores, alfareros, sombrereros, tintoreros, bordadores o mayordomos. Los indígenas se encontraban en áreas rurales y urbanas, liderados y representados por caciques y mayordomos de indios, muy vinculados a la vida en la ciudad, donde generalmente se desempeñaban como artesanos y peones; y trabajadores de obras públicas: aguadores, sirvientes domésticos, cargadores y vendedores.⁶

Los poderosos grupos familiares integrantes de la élite quiteña situaron a sus miembros en el ámbito político, por lo que ingresaron en la instancia administrativa de poder local, el Cabildo. En muchos casos, algunos de los oficios capitulares fueron desempeñados casi exclusivamente por los miembros de una sola familia, ejemplo de ello fueron los marquesados de Solanda y Villaorellana, las familias Ascásubi, Chiriboga, Donoso, Matheu, Fernández Salvador, el marquesado de Miraflores, etc;⁷ evidenciándose una clara discriminación de los criollos para ocupar oficios edilicios, quienes compraron los cargos del cabildo desde inicios del siglo diecisiete para manejar y controlar políticamente este espacio de poder.

4 Jorge Núñez Sánchez, *El cataclismo de 1797*, Colección Todo es Historia N° 1, Quito, PPL Impresores, 1997, p. 7.

5 González Suárez, op. cit., pp. 1286-1287.

6 Sylvia Benítez y Gaby Costa, "La familia, la Ciudad y la vida cotidiana en el periodo colonial", en Enrique Ayala Mora (Edit.), *Nueva Historia del Ecuador*, Volumen 5, Quito, Corporación Editora Nacional, 1ª reimpresión, 1991, p. 194.

7 Christian Büschges, "Linaje, patrimonio y prestigio. La nobleza titulada de la ciudad de Quito en el siglo XVIII", en *Anuario de Estudios Americanos*, Vol. 56, N° 1, Sevilla, 1999, pp. 123-145.

Cuando se proclamaron las reformas de los Borbones en el siglo XVIII, que también preveían regular la venta de cargos públicos, esta práctica ya se había extendido, favoreciendo este hecho un fuerte autonomismo criollo que, hacia finales del siglo, consolidó su poder en el Cabildo, una institución con amplios poderes jurisdiccionales y con una serie de labores administrativas relacionadas con el manejo de la ciudad, y algunas funciones legislativas como la emisión de reglamentos sobre administración de justicia, abastecimiento de la ciudad, disciplina de ferias y mercados, y reglamentación de los lugares públicos y en general del orden público y la moralidad.⁸

En síntesis, la venta de algunos oficios en el Cabildo implicó el involucramiento de nuevos sectores sociales en el manejo de la administración local, sobre todo de aquellos individuos de clase media, pero con recursos económicos suficientes para acceder a los cargos capitulares. Ello generó eventuales conflictos entre peninsulares y criollos, con mayor o menor importancia, que reflejó una constante exclusión padecida por quienes se sentían americanos con respecto a la administración colonial, que se verían reflejadas en las posteriores reivindicaciones americanas.⁹

El Movimiento Ilustrado en Quito en la segunda mitad del siglo XVIII

Luego de la depresión económica de Quito –que se había iniciado a finales del siglo XVII–, así como a raíz de varios acontecimientos del último tercio del siglo XVIII, como por ejemplo la ‘revolución de los barrios’ de 1765 y los levantamientos indígenas de la década del setecientos setenta, surgió cierta forma de toma de conciencia por parte de los criollos quiteños,¹⁰ quienes progresivamente se orientarán hacia las

⁸ Federica Morelli, “Orígenes y valores del municipalismo iberoamericano”, En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Vol. 9, N° 18, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007, pp. 116-129.

⁹ Pilar Ponce Leiva, *Certezas ante la incertidumbre. Élite y cabildo de Quito en el siglo XVII*, Quito, Abya Yala, 1998, pp. 184-185.

¹⁰ Se evidencia el apareamiento de conciencia criolla desde la rebelión de los encomen-

lecturas ilustradas de origen europeo; siendo una de las figuras claves en ese ambiente intelectual el quiteño Eugenio Espejo.¹¹

Pero ese movimiento ilustrado se hizo sentir en la Audiencia de Quito en el siglo XVIII, con un sensible retraso en comparación con el de Europa. Sus discursos y estrategias intelectuales se fundamentan en la naciente cartografía americana, en la apertura hacia la literatura ilustrada y en la aceptación de la filosofía europea por parte de las Órdenes religiosas.¹² Y en ese marco, Espejo, fue la figura renovadora de ideas, al cual le seguirán otros como Mejía Lequerica. Estos intelectuales quiteños mostraron un creciente interés tanto por las nuevas lecturas europeas, cuanto por la participación en la producción de textos propios, que fueron ganando espacio en la segunda mitad del siglo XVIII;¹³ aunque dicho movimiento ilustrado no sólo se visibiliza en los textos ilustrados importados desde Europa, sino también en los debates teóricos en espacios públicos creados para el efecto y en el papel desempeñado por las universidades en esa época.

En 1797 emerge la primera obra de Espejo: *El Nuevo Luciano de Quito*, en la que se sientan la bases del pensamiento ilustrado quiteño y la propuesta de un programa integral de cultura ilustrada, en contra de la retórica;¹⁴ obra a la que le seguirán otras de él mismo, en las cuales se formula un programa integral de renovación “en el cual latían inspiraciones, ideas y propósitos de cambio integral”, que en la práctica se visualizó en la forma de modificar las formas políticas, sociales y económicas en el territorio de Quito. El sucesivo discurso de Espejo en

deros a fines del siglo XVI y principios del XVII (Cfr. Javier Ortiz de la Tabla Ducasse, *Los Encomenderos de Quito: 1534-1660*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1993).

¹¹ Ekkehart Keeding, “El inicio del pensamiento de la Independencia en el Ecuador”, en Plutarco Naranjo y Rodrigo Fierro, editores, *Eugenio Espejo: Su época y su pensamiento*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2008, pp. 103-107.

¹² Ekkehart Keeding, *Surge la nación. La ilustración en la Audiencia de Quito (1725-1812)*, Quito, Edic. Banco Central del Ecuador, 2005, pp. 643-649.

¹³ *Ibidem*, pp. 645-649.

¹⁴ Carlos Paladines Escudero, *El movimiento ilustrado y la independencia de Quito*, Quito, Ediciones Fonsal, 2009, pp. 46-50.

Bogotá constituirá la propuesta de conformación de una Sociedad Patriótica, en 1789, cuyos propósitos —a través de su periódico *Primicias de la Cultura de Quito*, en particular—, “no sólo suponía introducir cambios a nivel del sistema universitario o educativo, en nombre de la razón y el progreso, sino además extender su acción en influjo a [otras] instituciones”.¹⁵ Y en esa renovación se involucrará Mejía Lequerica, cuando desarrolle sus estudios universitarios, como se verá más adelante.

No obstante, varias de estas figuras no pretendían que las colonias, a las cuales pertenecían, se separaran de España “y no mostraban particular vehemencia en dismantelar la estructura de los derechos corporativos y los estamentos sociales que caracterizaban a la América española”.¹⁶ En un principio, los patriotas hispanoamericanos lucharon para que sus territorios no fuesen tratados como colonias, sin embargo, los acontecimientos sociales generados por las guerras de independencia, así como los acontecimientos de Cádiz y los intentos peninsulares de retornar al Antiguo Régimen, luego del regreso de Fernando VII, hicieron que Hispanoamérica tome un rumbo distinto.¹⁷

La condición de ‘ilegitimidad’ de José Mejía Lequerica

Quito, durante la Colonia, fue considerada por los viajeros como una ‘ciudad alegre’, en particular por los acontecimientos en torno a su sociedad y su vida disipada en el siglo dieciocho; y así fue vista por Jorge Juan y Antonio de Ulloa cuando, acompañando a la Misión Geodésica Francesa, “...descubrieron [en Quito] la existencia de una recoleta ciudad andina que por las noches se transformaba en una especie de Sodoma o Gomorra [...] El vicio más generalizado en la sociedad quiteña era el concubinaje, al punto que se había convertido en hábito social

¹⁵ *Ibidem*, pp. 65-67.

¹⁶ Jorge Cañizares-Esguerra, “La Ilustración hispanoamericana: una caracterización”, en Jaime Rodríguez (coord.), *Revolución, independencia y las nuevas naciones de América*, Madrid, Fundación Mapfre Tavera, 2005, p. 87.

¹⁷ *Ibidem*, p. 97.

que era practicado por las gentes de todos los estamentos, razas y condiciones". Asimismo, "una parte considerable de la población femenina de aquella época era poco interesadas por el matrimonio, aunque muy proclives a establecer relaciones de amor libre, siempre que el potencial amante les garantizase una relación estable y duradera".¹⁸ En ese marco nació José Mejía Lequerica, quien fue bautizado en la iglesia de la parroquia de San Marcos el 24 de mayo de 1775, siendo hijo natural del abogado Dr. José Mejía del Valle y de doña Joaquina Lequerica.

Esa condición de ilegitimidad le generó una serie de dificultades, aún a pesar de que dicha circunstancia era común en la época;¹⁹ puesto que los hijos sacrílegos, espurios y naturales, en gran número en la época colonial, configuraron casi una cuarta parte de la población de América.²⁰ Esas dificultades de Mejía tendrán relación con la obtención de sus grados y títulos universitarios, y con algunos atropellos y rivalidades que Mejía experimentará, lo cual terminó por alejarlo de su tierra y de su familia.

El 6 de noviembre de 1797, los hermanos María y José Mejía Lequerica solicitaron a la Audiencia que se les declare como hijos naturales del Dr. Mejía del Valle y de la señora Lequerica, con el objeto de heredar las dos partes de herencia que las Leyes del Reino les concedían. Uno de los testigos fue Mariano Mejía del Valle, tío de José Mejía, quien llegó a declarar que desconocía si su hermano había estado casado con doña Joaquina.²¹ En este sentido, conviene señalar que la pareja no tuvo impedimento legal para contraer matrimonio, aunque es posible que la pareja se hubiera casado en secreto y ocultarlo, con el objeto de no pagar la multa que le correspondía al Dr. Mejía del Valle por ser

18 Jorge Núñez Sánchez, *Historias del País de Quito*, Quito, Edit. Esqueletra, 1ª Edic., 1999, pp. 76-77.

19 María Antonieta Vásquez Hahn, María Antonieta, "El tiempo quiteño de José Mejía Lequerica", en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008, p. 66.

20 Fernando Hidalgo Nistri, compilador, *Compendio de la Rebelión de la América. Cartas de Pedro Pérez Muñoz*, Quito, Edic. Abya Yala, 1998, p. 80.

21 Archivo Nacional del Ecuador / Quito (ANE/Q), Serie Hijos Expósitos y Naturales, Caja 4, Exp. 4.

doctor en Teología, cuyo monto hubiese ascendido a dos mil pesos. Asimismo, otra razón importante para esconder la condición de casados era el hecho de evitar el pago adicional de seis mil seiscientos pesos, para que la señora Lequerica pudiese continuar con la tutela de sus otros dos hijos, habidos en su primer matrimonio²² con su difunto pariente don Antonio Zerrajería y Berrutieta, quien había muerto en 1772.²³

El Dr. Mejía del Valle no prestó mayor atención por sus hijos naturales, al punto que los dejó con su madre para irse a la Costa, donde fue nombrado Teniente de Gobernador y Auditor de Guerra del Gobierno de Guayaquil en 1780, cargo que lo ocupó por poco más de diez años.²⁴ Al haber quedado en Quito la señora Lequerica, sola y con sus hijos, y en el afán de proteger a sus hijos legítimos de primer matrimonio, dejó el cuidado de sus hijos naturales en manos de Rosa Moreto, tía abuela de los chicos, y luego con la familia del Dr. Mejía del Valle. Años después volvió el padre de Mejía a Quito y murió en Pomasqui en octubre de 1797, sin haber hecho testamento, razón por la que sus hijos naturales reclamaron parte de la herencia que su padre había dejado. A pesar de haber logrado en diciembre de 1797 que las autoridades de la Audiencia reconozcan a los hijos naturales del Dr. Mejía del Valle, aquellos no lograron obtener nada de la herencia y los pocos bienes pasaron a poder de sus tíos paternos.²⁵ De lo antes mencionado, se observa que María y José Mejía Lequerica tenían un gran interés de ser reconocidos como hijos del Dr. Mejía del Valle no sólo para acceder a sus bienes, sino porque tal reconocimiento implicaba una necesidad de sentirse parte del grupo criollo, con clara ascendencia peninsular.

²² Vásquez, op. cit., p. 68

²³ Fernando Jurado, "El linaje de José Mejía Lequerica y su verdadera casa natal", en *Museo Histórico*, N° 57, Quito, Órgano del Archivo Municipal de Quito, 1980, p. 286.

²⁴ Abel Romeo Castillo, *Los gobernadores de Guayaquil del siglo XVIII*, Guayaquil, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, 1978, p. 267.

²⁵ Javier Gomezjurado Zevallos, "Los hijos expósitos y naturales en la Real Audiencia de Quito", en *Construyendo Nuestra Identidad*, Quito, Casa de la Cultura de Esmeraldas, 2010, p. 170.

Mejía Lequerica como representante del movimiento ilustrado quiteño

Esa condición de 'ilegitimidad' de Mejía Lequerica —de la cual él tenía clara conciencia— le impulsará a desarrollar una serie de estudios, en el afán de buscar prestigio personal y de alcanzar un nivel que de cierta manera compense el rechazo de la sociedad de aquella época. A los 13 años inició sus estudios de Gramática Latina con los dominicos, que duraron hasta 1791, y también cursos de Latinidad con Fray Ignacio González. Se presentó al grado de Bachiller el 16 de febrero de 1792, cuando tenía 17 años, y en virtud de su pobreza y méritos se le exoneró del derecho de pagar 40 pesos. Asimismo, desde 1791 a 1794, cursó Filosofía en el Colegio de San Fernando, con Fray Mariano Egas, aprobando el grado de Maestro en Artes el 19 de diciembre de 1794. Por esa misma época obtuvo una beca para estudiar teología en el seminario San Luis;²⁶ y obtuvo, en 1796, la cátedra de Gramática y Latinidad mediante oposición, superando al talentoso latacungueño don Vicente León,²⁷ cargo en el que se mantuvo hasta 1800.

Cuando Mejía conoció a Eugenio Espejo comenzó a frecuentar la excepcional Biblioteca Pública a cargo del Precursor desde 1792, la cual contenía un gran fondo bibliográfico de los ilustrados franceses. Allí habrá de dirigir su formación, facilitándole libros, formando su carácter y aconsejándolo dentro de los nuevos cánones de la ilustración.²⁸ En medio de sus frecuentes visitas a Espejo, tanto en la biblioteca como en la casa de éste, Mejía conoció a doña Manuela de Santacruz y Espejo —hermana del Dr. Eugenio—, quien contaba con 44 años; es decir veintidós años más que Mejía. Ello no fue obstáculo para enamorarse²⁹ y

²⁶ Manuel Chust, "Un líder autonomista americano en las Cortes de Cádiz: José Mejía Lequerica", en Jorge Núñez (coordinador), *Mejía, Portavoz de América (1775-1813)*, Quito, Ecic. Fonsal, 2008, p. 165.

²⁷ Rodolfo Pérez Pimentel, *Diccionario Biográfico del Ecuador*, Tomo 9, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1995, p. 182.

²⁸ *Ibidem*, Tomo 4, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1987, p. 205.

²⁹ Eso lo demuestran las "expresiones amorosas" contenidas en sus cartas, que fueran enviadas a doña Manuela al menos hasta agosto de 1806, fecha en que partió desde Guayaquil rumbo a Lima (Cfr. Benjamín Pereira Gamba, "Ecuadorianos ilustres. El Dr.

contraer matrimonio en El Sagrario de Quito el 29 de junio de 1798. No faltaron los rumores de un matrimonio por conveniencia, y que uno de los objetivos de Mejía habría sido poseer la biblioteca particular de Eugenio Espejo, heredada por doña Manuela. Pocos días antes del matrimonio, es decir el 9 de junio, Mejía rindió su prueba en Teología, es decir su primer Doctorado, el cual no le fue concedido —en primera instancia— por su nuevo estado; aunque luego de las consultas del caso a la Universidad de San Marcos de Lima, le fue otorgada la Licenciatura en Teología, pero cuatro años después.³⁰ Al poco tiempo de haberse casado y mientras se desempeñaba como profesor de Gramática y Latín, Mejía decidió estudiar Derecho Civil y Eclesiástico en la Universidad Real.³¹ Esta Universidad de Quito,

[a] partir de 1795 [...] tomó parte en la discusión de la vigencia del derecho divino y de la soberanía del pueblo. Entre 1795 y 1814 la Universidad rechazó la escuela subjetivista-ilustrada y sostenía que el poder de los soberanos provenía directamente de Dios. Por tanto, el soberano tenía el poder de promulgar y cambiar las costumbres y las leyes relativas al Estado; el pueblo, en cambio, no ejercía ninguna influencia en la introducción y aprobación de las leyes, ni de las leyes civiles. El poder político del Estado, según la Universidad, no tenía su fundamento en el Contrato celebrado tiempo atrás entre el soberano y el pueblo [...] Durante las clases se apoyaba al Absolutismo y a la tradición de Estado e Iglesia [...] **pero al salir de la Universidad, los intelectuales más modernos se comportaban justamente de modo contrario al referido.**³²

Y será en esa casona de estudios, en su biblioteca y en sus corredores, donde los intelectuales quiteños, incluido Mejía, discutirán acerca del derecho político post-absolutista, que en su teoría tiene influencia del proceso revolucionario francés del siglo XVIII.³³ Esos años de 1798 y

José Mejía, en *El Iris*, entrega 6ª, Quito, Imp. del Pueblo, 5 de octubre de 1861, p. 96). Tiempo después, mientras estuvo en España, conoció a la joven andaluza Gertrudis de Salanova y Benito, con quien sostuvo un cálido romance, sin mencionarle que era casado en Quito (Pérez Pimentel, op. cit. (1987), p. 209).

³⁰ Jurado, op. cit., p. 266.

³¹ Institución que desde 1788 funcionó en el mismo edificio donde estuvo la vieja universidad jesuítica, es decir en el patio aledaño a la iglesia de La Compañía.

³² Keeding, op. cit. (2005), pp. 627-628 y 631 (El resaltado es nuestro).

³³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, "Sobre la génesis del Derecho Administrativo español

1799 fueron determinantes en la educación política y jurista de Mejía; así lo dirá años más tarde, cuando recalcó la influencia que tuvieron sobre la formación de su personalidad sus estudios y lecturas.³⁴

En noviembre de 1800 Mejía Lequerica hizo oposición a la cátedra de Filosofía, mostrando, según el asistente real Francisco Xavier de Salazar, "...suficiencia, ingenio, estudio y conocimientos [...]" superiores al otro candidato a la cátedra, don Nicolás Carrión Velasco. El presidente de la Audiencia le otorgó la cátedra por cuatro años, según los estatutos de la Universidad,³⁵ aunque fue separado del cargo por el mismo Carondelet en 1802, imponiéndose a la final la voluntad de no reconocer el mérito de Mejía Lequerica, precisamente por su condición de 'ilegitimidad'.

Hacia 1799 Mejía Lequerica se inició en la botánica —uno de los temas preferidos de los ilustrados— cuando empezó a colaborar con el farmacéutico español Anastasio Guzmán y Abreu, con el objeto de recoger, describir y dibujar plantas en los alrededores de Quito.³⁶ Cuatro años más tarde inició una relación epistolar con el sacerdote y científico español José Celestino Mutis que residía en Bogotá, a quien dirá en una carta de 1803: "...creció mi admiración por la persona de Vm. con el frecuente trato del único filósofo que he conocido en mi patria, el desgraciado doctor Espejo...".³⁷

En 1804 envió a Mutis algunos dibujos y descripciones de plantas, hechas por su propia mano; y recibirá la oferta de aquél para colaborar en la 'Expedición Botánica de Bogotá', que no se concretará. Asimismo,

en el siglo XIX (1812-1845)", En *Revista de Derecho*, Vol. XX - N° 1, Valdivia-Chile, 2007, pp. 361-362.

34 Carta del Dr. Mejía a su esposa, abril de 1809 (Pablo Herrera, *Antología de prosistas ecuatorianos*, Quito, 1923, p. 46).

35 Vásquez, op. cit., pp. 87.

36 Keeding, op. cit. (2005), pp. 430-431.

37 Celiano Monge, *Relieves*, Quito, Edit. Ecuatoriana, 1935, p. 80, citado por Germánico Salgado, "El perfil humano del ecuatoriano José Mejía Lequerica", en Varios, *Mejía en Cádiz. Estudios introductorios*, Quito, Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas, 1993, pp. 52-58.

se relacionó con el sabio neogranadino Francisco José de Caldas, al que invitó en 1803 a dictar una conferencia en la Universidad.³⁸ Se inició una amistad entre ambos que a poco se deterioró cuando aparecieron pugnas y celos, lo que se visibiliza en una carta del ilustrado payanés a Mutis de 1804.³⁹ En ella se muestra una rivalidad oculta hacia Mejía, en la cual Caldas pretende, además, descalificarlo por hallarse casado con una mujer mayor a él. Mejía no conoció de esta carta, pues de haberlo sabido, no hubiese colaborado generosamente con Mutis.

Mejía estuvo con Anastasio Guzmán hasta 1805, fecha en que este naturalista dio testimonio del extraordinario conocimiento de Mejía en el campo botánico y medicinal. En efecto, hacia 1802 Mejía había decidido dedicarse a la medicina, y en mayo de 1804 solicitó a Carondelet el apoyo para perfeccionar sus estudios fuera de Quito; sea en Lima, México o Europa. Tanto el Cabildo quiteño como la Audiencia apoyaron la idea de que fuese a estudiar a Lima, asignándole quinientos pesos anuales, a los cuales renunció Mejía por ser insuficientes para mantenerse en Lima y mantener a su familia en Quito.⁴⁰ Sin embargo, y obsesionado con la idea de la medicina, comenzó a realizar estudios y prácticas en Quito, de los cuales nos informa el Protomédico de la ciudad, doctor Bernardo Delgado, catedrático de Prima de Medicina de la Real Universidad de Santo Tomás de Aquino:⁴¹

38 Keeding, op. cit. (2005), p. 432.

39 Una parte de la carta dice: "...He observado que Mejía ha tomado muy de veras los consejos que Ud. le dio en su última; desde ese día no piensa, no habla, no respira, sino botánica, hace frecuentes salidas a los alrededores, se oculta de mí, pues teme con fundamento que yo posea las yerbas de estas cercanías. Yo le hablé positivamente, diciéndole que tenía, sino todo, lo más; que no duplicase, que corriese más lejos, que todas las plantas que remite las tenía en mi herbario y que mi honor no me permite callar en este punto [...] Yo veo con dolor que él echa mano de una mies que desfloré a más de un año. Por otra parte, sus émulos, pues a ninguno que tenga mérito le faltan, han dispuesto de tal modo las cosas, que lo han privado de la cátedra que poseía, lo han arruinado y reducido a la miseria [...] Se me olvidaba advertir a Ud. que Mejía es casado con una vieja, en quien no tiene hijos..." (Neptalí Zúñiga, *Mejía, Mirabeau del Nuevo Mundo*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1947, pp. 192 y ss.).

40 Vásquez, op. cit., pp. 92-94.

41 Esta universidad devino de la Orden Real de 4 de abril de 1786, que fusionaba la antigua universidad jesuita de San Gregorio Magno con la dominica de Santo Tomás.

Habiendo asistido este individuo [Mejía] con el mayor honor y dedicación a las horas destinadas para el curso, como también haber propuesto en sabatinas y cuestiones públicas de los demás oyentes las dificultades en dichos actos, y para mayor abundamiento de su profesión ha concurrido diariamente a las enfermerías del hospital de esta ciudad a la práctica y curaciones de los enfermos.⁴²

Con todos los conocimientos adquiridos, Mejía solicitó en marzo de 1805 que se le confiera su título de médico. Luego de haber sido examinado en cuestiones de botánica, química, farmacia, anatomía y medicina, fue aprobado con una de las mejores notas. El 26 de abril de 1805 prestó juramento como médico, y con la asignación de quinientos pesos se convirtió en ‘médico de la ciudad’,⁴³ cargo que lo desempeñó poco tiempo, pues en 1806 partió de la Audiencia de Quito para siempre, luego de no haber sido admitido a las oposiciones de la cátedra de medicina en octubre de 1805, y al habersele imposibilitado su admisión al examen de Derecho –de acuerdo al viejo estatuto universitario—⁴⁴ debido a su nacimiento ilegítimo. Negado el grado, el imputado replicó:

El espíritu del estatuto no es otro, como se colige de sus mismas palabras, que impedir que los laureles académicos se envilezcan en la cabeza de los indignos; y mi modestia no llega hasta hacerme la injuria de creer que aún por la sangre (para no decir nada de la Literatura), desmerezco el mayor de los grados de la más célebre Universidad; pues sé muy bien que son cosas muy diferentes la legitimidad y la nobleza, y que hay mucha distancia de un hijo natural de buenos padres, a los bastardos, sacrílegos, etc., y aún a los mismos partos legítimos de la gente ruin. Y qué doloroso no me sería tener que resolver el osario de los Doctores y quedar obscurecido con el polvo que levantara de muchos vivos algo más que Doctores.⁴⁵

Esta réplica pone en evidencia la insatisfacción que Mejía Lequerica sentía frente a la política y a las prácticas de ella por parte de las auto-

42 Marcela Costales P., *José Mejía Lequerica: El tribuno del Pueblo*, Quito, Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, s.f. [2009], p. 19.

43 Vásquez, op. cit., pp. 94-97.

44 Cuyo artículo 149 establecía que “no se confieran estos (grados) mayores de Teología y Leyes sino a sujetos de legitimidad y nacimiento, limpio de mala raza, mecanismo o nota de infamia” (Zúñiga, op. cit., p. 166).

45 Jurado, op. cit., p. 268.

ridades coloniales –incluida las universitarias, que para este caso se trata de los sacerdotes dominicos, que regentaban la Universidad Santo Tomás–; mostrando además cuáles eran los valores y principios que prevalecían en aquella época. Sin embargo, la decisión adoptada por la Universidad le fue confirmada por el tribunal un mes más tarde. Mejía tildó al gobierno y la patria de Quito como “*patria ingrata*”, de la que, decepcionado, se retiró para dirigirse primero a Guayaquil, y luego a Lima y a Europa.⁴⁶

El alejamiento de su tierra y su arribo a la Península

Durante sus años en Quito, Mejía Lequerica había cultivado una gran amistad con Juan José Matheu y Arias Dávila,⁴⁷ a quien conoció en Quito. Este noble, que había reconocido una serie de virtudes y conocimientos en Mejía, lo invitó a que lo acompañe a España, en el afán de vivir nuevas experiencias en el ‘viejo mundo’. Sin embargo, por todo lo que le ocurrió en Quito en aquellos años –como se ha descrito– creemos que Mejía salió de la Audiencia al haber padecido un “desarraigo definitivo, causado por el despecho de haber sido maltratado en Quito por su condición de natural”,⁴⁸ así como por los obstáculos de quienes lo envidiaban en la universidad quiteña y por la actitud ignominiosa de Caldas; lo que contrasta con lo afirmado por algunos historiadores, de ir a especializarse en medicina.⁴⁹

⁴⁶ Keeding, op. cit. (2005), pp. 434-435.

⁴⁷ Nacido en Quito en 1783 e hijo de Manuel Matheu y Aranda, marqués de Casasola, y de doña María Josefa Herrera y Berrio, marquesa de Maenza. Llegó a Madrid en 1808, y como coronel de los Reales Ejércitos participó en la guerra de resistencia contra los invasores franceses. Huyó de las tropas francesas, pasó a Sevilla y finalmente a Cádiz, donde la Regencia lo nombró diputado suplente por Quito. Fue XII Conde Puñonrostro y Grande de España, y casó en 1820 en Cádiz con Felipa de Carondelet y Castaños, hija del barón de Carondelet, que fue presidente de la Audiencia de Quito (Armando Martínez Garnica y Daniel Gutiérrez Ardila, editores, *Quién es quién en 1810. Guía de Forasteros del Virreinato de Santa Fe*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 314).

⁴⁸ Jorge Núñez, “Las ideas políticas y sociales de José Mejía Lequerica”, en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008, pp. 33 y 48.

⁴⁹ Al respecto Cfr. Vásquez, op. cit., p. 97.

De la manera cómo calificó a su ‘patria’, se concluye que Mejía deseaba un nuevo ambiente, donde valoraran sus capacidades y conocimientos; sin ser permanentemente juzgado por su condición de ilegitimidad. En ello se observa un primer afán de buscar igualdad –al menos social y étnicamente–, lo que de seguro influirá en su accionar político durante su trayectoria como parlamentario en Cádiz, al proponer ‘igualdad jurídica y política’ entre americanos y españoles.

Pero antes de ello, Mejía salió con Matheu rumbo a Guayaquil en enero de 1806; y, en febrero del mismo año, escribió desde ese puerto, tanto a su esposa cuanto a su amigo Agustín Bustamante González,⁵⁰ donde refirió su interés por partir de allí lo más pronto posible. En agosto se embarcó rumbo a Lima, ciudad donde alternó la cátedra con algunos maestros de la Universidad de San Marcos; y, en 1807, viajó a España, huyendo a la final de una sociedad “atiborrada de títulos nobiliarios y llena de prejuicios, que le habían privado de sus medios de trabajo simplemente por su condición de hijo ilegítimo”.⁵¹

Mejía llegó a Madrid, donde Matheu le consiguió un empleo en el Hospital General.⁵² En 1808, fue testigo del “colapso de la monarquía española, resultado de la invasión francesa a la Península, y de la abdicación de sus gobernantes, [que] puso en marcha una serie de acontecimientos que dieron inicio a una gran transformación en el mundo hispánico”.⁵³ En efecto, esa crisis imperial estuvo relacionada con las pretensiones de Napoleón por colocar en el trono español a su hermano José Bonaparte luego de la crisis del Antiguo Régimen (con el protagonismo de Carlos IV y Fernando VII), así como por los profundos cambios políticos y sociales surgidos del sentimiento de nación de los españoles y los diversos ideales fruto de la Ilustración, que con-

⁵⁰ Pereira, op. cit., p. 97.

⁵¹ María José Collantes de Terán de la Hera, “El diputado José Mejía Lequerica y la inquisición española”, en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008, p. 182.

⁵² Pérez Pimentel, op. cit. (1987), p. 208.

⁵³ Jaime E. Rodríguez, *La Revolución política durante la época de la independencia*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 39-40.

fluirán para que en un período de seis años se produzcan una serie de enfrentamientos bélicos con los franceses, que terminaron por afectar a la población civil, deponer y encarcelar al monarca, y generar una crisis económica sin antecedentes en España.

Pocos meses después, Mejía y Matheu fueron testigos de los hechos violentos del 2 de mayo de 1808, conocido como 'El levantamiento de Madrid', donde una muchedumbre civil española libró un combate urbano contra las tropas francesas que al mando del general Joaquín Murat habían ocupado la ciudad, revuelta que fue reprimida a sangre y fuego, y en cuya defensa de la ciudad y en las barricadas intervino Mejía Lequerica.⁵⁴ Las razones de su participación se aprecian en una carta que más tarde remitió a su esposa, en la cual enaltece a los peninsulares, aunque de ciertos estamentos sociales:

En grandes riesgos hemos estado todos los habitantes de Madrid, y yo mismo corrí mucho peligro el día dos de mayo... día tristemente memorable, por el valor y lealtad de los españoles y por la sangrienta barbaridad de los franceses, nuestros tiranos... ¡Qué diferentes son los chapetones [españoles] y los franceses, de lo que allá [en Quito] nos figuramos! ¡Qué falsos, qué pérfidos, qué orgullosos, qué crueles, qué demonios éstos!... Al contrario, los españoles, ¡qué sinceros, qué leales, qué humanos, qué benéficos, qué religiosos y qué valientes! **Hablo principalmente del pueblo bajo y del estado medio; porque en las primeras clases hay muchos egoístas, ignorantes, altaneros y mal ciudadanos.**⁵⁵

La carta evidencia la visión que Mejía Lequerica acerca de los peninsulares de los estratos sociales medios y bajo, quienes defendían su sentimiento de pertenencia a la nación española frente a la invasión napoleónica; en contraposición con la actitud de las élites, que mantendrán una posición de defensa de sus intereses sociales y económicos, puesto que apoyaban el absolutismo monárquico y la prolongación del Antiguo Régimen.

⁵⁴ Chust, op. cit. (2008), pp. 165-166.

⁵⁵ Zúñiga, op. cit., p. 240 (El resaltado es nuestro).

MEJÍA Y LAS CORTES DE CÁDIZ

La situación en la Península en 1808 y 1809

Luego de los sucesos de mayo de 1808, época en la cual se agudizó la crisis monárquica, comenzaron a configurarse en España juntas regionales con el objeto de gobernar las distintas provincias, actuando cada una de ellas de manera independiente y con intereses diversos. Estas “juntas invocaron el principio legal hispánico, según el cual, en ausencia del rey, la soberanía recae en el pueblo”; lo que a poco fue seguido en América, cuando se conformaron juntas americanas.⁵⁶ Aunque las estructuras y las prácticas políticas cambiaron en la Península, aún quedó mucho del Antiguo Régimen, puesto que los patrones y las prácticas tradicionales frecuentemente se mezclaron con las nuevas instituciones y prácticas liberales, a lo largo del proceso.⁵⁷

Para José Portillo Valdés, la crisis de la monarquía española ocasionada por la invasión de Napoleón y la consecuente acefalía política significó para muchos la oportunidad de transformar un *imperio* en *nación*. “Asumo [manifiesta Portillo] que la concreción de formas diversas de identidad de nación en el mundo hispano fue, por tanto, un fenómeno estrechamente dependiente de la relación entre liberalismo y autonomía, marcando de manera rotunda la evolución del tránsito de la monarquía hispánica a los Estados y las repúblicas...”.⁵⁸ En tal sentido, Portillo detecta que la revolución es protagonizada por un nuevo sujeto político: *la nación española*, y en cuya primera fase de construcción, buena parte de los peninsulares pretendían excluir a América; hecho que a la larga impidió configurar una federación hispana que respete los territorios y soberanías americanas.⁵⁹

⁵⁶ Juntas que consideraban que en ellas recaía la soberanía perteneciente al pueblo y que, para garantizarla plenamente en América, se planteó como medida extrema la independencia.

⁵⁷ Rodríguez, op. cit., pp. 40-41.

⁵⁸ José Portillo Valdés, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispánica*, Madrid, Fundación Carolina – Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, Marcial Pons, 2006, p. 24.

⁵⁹ Rodrigo Moreno Gutiérrez, “Reseña de la obra de José Portillo Valdés”, en *Estudios*

Frente a la desintegración de la monarquía, se constituyó en la Península, en septiembre de 1808, la Junta Suprema Central Gubernativa del Reino, como un gobierno de defensa nacional; que no sólo reconoció los derechos de las provincias españolas, sino también las pretensiones americanas, que sostenían que no eran colonias sino reinos, y que “constituían partes iguales e integrales de la monarquía española y que tenían derecho a la representación en el gobierno nacional”.⁶⁰ Y ese sería el fundamento para que Mejía argumentara, poco tiempo después, la igualdad jurídica y política entre Hispanoamérica y la Península.

Esta Junta Central –que habría de constituirse primero en Aranjuez, luego de varias discrepancias- estuvo conformada por los diputados de las diversas Juntas Supremas de las capitales de los antiguos reinos; mientras que las provincias americanas terminaron por convertirse en un elemento subsidiario, aunque fuera públicamente reconocido como ‘elemento esencial’, razón por la cual “optaron por la autotutela como respuesta a la incapacidad metropolitana de garantizar la existencia de la *patria*”.⁶¹ La propuesta de la Junta fue una convocatoria de Cortes y el nombramiento de un Regente, lo que en un inicio no prosperó. Ante la llegada de Napoleón y la capitulación de Madrid a finales de 1808, la Junta se trasladó a Extremadura, luego a Sevilla y finalmente a la Isla de León; mientras que por otro lado Mejía Lequerica, ‘disfrazado de carbonero’, salió desde Madrid rumbo a Sevilla, viaje en el cual le acompañó su inseparable amigo, el conde Puñonrostro.⁶²

En 1809 se presentó la propuesta de elaboración constitucional y la convocatoria a las Cortes, la que terminó por concretarse en 1810. La piedra de tope será la desigualdad en la representación, “aspecto que daría pie al ‘juntismo’⁶³ americano con vocación autonomista, aunque

de Historia Moderna y Contemporánea de México, Volumen 33, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Históricas, 2007, pp. 155-166.

⁶⁰ Rodríguez, op. cit., pp. 43-44.

⁶¹ Moreno, op. cit., p. 159.

⁶² Chust, op. cit. (2008), pp. 165-166.

⁶³ Las Juntas quiteñas, que recurrieron a los términos de ‘soberanía del pueblo’ y de ‘na-



no necesariamente independentista”,⁶⁴ generándose un “discurso y una práctica efectiva de la autonomía dentro aún de una asumida pertenencia al espacio monárquico español”.⁶⁵

El problema de la desigual representación se intensificó, debido a que la presencia de los americanos en las Cortes era entendida como una concesión, más no como un derecho, lo que permitía destacar que América mantenía una relación de dependencia y que el dominio peninsular continuaba. Así, “Cádiz comenzó con un acto de despotismo y con la negación de la igualdad en nombre de la nación española”.⁶⁶

Mientras todo ello ocurría, Mejía Lequerica se desempeñaba como Oficial de la Secretaría de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia, aunque en septiembre del mismo año se lo encontrará ya como diputado en las Cortes gaditanas.

La trayectoria de José Mejía hacia las Cortes de Cádiz

Los diputados que formarían parte de las Cortes, instaladas en la isla de León y luego en Cádiz, fueron elegidos de formas bastante heterogéneas.⁶⁷ Por un lado, en la Península, unos fueron nombrados por las Juntas provinciales y otros por las ciudades con voto en las Cortes; mientras, por otro lado, en América, fueron los cabildos quienes eligieron a los representantes de su circunscripción. Sin embargo, durante el verano de 1810, al evidenciarse que numerosos diputados no llegarían para la inauguración de las sesiones de Cortes, y que algunas

ción’, no estuvieron ligadas a algunos programas políticos o sociales modernos revolucionarios. Los términos de ‘nación’ y ‘representación nacional’ que aparecen en algunos documentos oficiales de las dos Juntas, estaban todavía comprometidos con el concepto español de nación de la temprana Edad Moderna (Christian Büschges, *Familia, Honor y Poder. La nobleza de la ciudad de Quito en la época colonial tardía (165-1822)*, Quito, Fonsal, 2007, pp. 260-261).

64 Moreno, op. cit., p. 160.

65 Portillo, op. cit., p. 94.

66 Moreno, op. cit., p. 161.

67 Marie Laure Rieu-Millán, “Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz: Elecciones y representatividad”, en *Revista Quinto Centenario*, N° 14-15, Madrid, Departamento de Historia de América, Universidad Complutense, 1988, p. 53.

provincias peninsulares ocupadas por los franceses no habían podido realizar sus elecciones, se creyó oportuno que “los residentes en Cádiz, originarios de las provincias que no estarían normalmente representadas, podrían elegir entre sí a un número determinado de suplentes para representar a dichas provincias, en ausencia de los electos. Pocos días antes de iniciarse las sesiones, los 177 electores americanos (14 de ellos eran europeos avecindados en América) eligieron a 29 suplentes ultramarinos”,⁶⁸ y Mejía Lequerica fue uno de ellos.

En estricto sentido jurídico, que más tarde sería consignado por la Constitución española de 1812, estos representantes no eran procuradores del Antiguo Régimen,⁶⁹ ni tampoco ‘diputados’ representantes de una Nación entera; sino que eran delegados de los cabildos o de las autoridades eclesiásticas, de quienes recibían instrucciones específicas. Muchos de esos ‘suplentes’ que fueron designados bajo la fórmula antes descrita, fueron impugnados por grupos de ciudadanos residentes en América, negándoles cualquier representatividad. Sin embargo, el Consejo de Regencia de España e Indias⁷⁰ —autores de este sistema de designación de suplentes— insistió en la concurrencia de aquellos, en el afán de borrar el desprestigio al que se había sumido la Junta Suprema Central por no haberlas convocado, luego de la derrota de Ocaña.⁷¹

El problema para la Regencia fue determinar el número de representantes americanos, más aún después de los acontecimientos produci-

68 Ibidem, p. 56.

69 En el Antiguo Régimen, los ‘procuradores’ eran los representantes de las diversas ciudades y villas a las Cortes de Castilla, que con la Constitución de 1812 adoptan la categoría de diputados.

70 Conformado ese momento por el Obispo de Orense Pedro de Quevedo —quien actuaba como presidente—, el consejero y Ministro de Estado Francisco de Saavedra, el capitán General de los reales ejércitos Javier de Castaños, el Teniente General y Ministro de Marina Antonio de Escaño y el diputado por el Virreinato de la Nueva España Miguel de Lardizábal, en reemplazo de Esteban Fernández de León (Juan Andreo García, *La Intendencia en Venezuela. Don Esteban Fernández de León, Intendente de Caracas*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990, p. 76).

71 Pere Molás Ribalta, *Del Absolutismo a la Constitución. La adaptación de la clase política española al cambio de régimen*, Madrid, Sílex Ediciones, 2008, p. 144.

dos en América con la creación de Juntas de Gobierno entre 1809 y 1810;⁷² aunque estaban claro que el número de suplentes —tanto de las provincias peninsulares ocupadas por los franceses, como de América— debía ser muy inferior al número de titulares de esos mismos territorios, de lo contrario, las Cortes habrían iniciado sus sesiones con una mayoría considerable de suplentes no elegidos por las provincias.⁷³

El lunes 24 de septiembre de 1810 se instalaron las Cortes en la Isla de León; para pasar posteriormente a Cádiz, al templo de San Felipe, donde Mejía asistió como Diputado Suplente por el Virreinato de Nueva Granada.⁷⁴ Desde un principio descollaría con su brillante oratoria e inteligencia, al punto que el filósofo y pedagogo estadounidense Charles Le Brun, autor de una demoledora crítica a los principales personajes políticos que actuaron en Cádiz, y que conoció a Mejía, diría de él:

Conocía bien los tiempos y los hombres; y los liberales lo querían, como liberal, pero lo temían como americano, que sabía muy bien, cómo se iba y venía a América por las discusiones [...] Argüelles y su partido lo temían más que a todos los diputados juntos. De la discusión más nacional y española por su materia, hacía él una discusión americana [...] En sus discursos, en medio de su natural afectación y frialdad de lenguaje, no se veía nunca bien a dónde iba a parar, hasta que las réplicas que se le hacían, aprovechaba por sorpresa la ocasión de dar un tornillazo. Sabía callar y hablar; y aunque hablaba de todo, parecía, que no le era extraña ninguna materia. Si se trataba de disciplina eclesiástica y sus leyes, parecía un canonista; si de leyes políticas y civiles, un perfecto jurisconsulto; si de medicina y epidemias, un profesor de esta ciencia [...].⁷⁵

⁷² Como las de Chuquisaca, La Paz y Quito en 1809; y la de Caracas, Cartagena, Buenos Aires, Cali y Santa Fe en 1810.

⁷³ Rieu-Millán, op. cit. (1988), pp. 56-57.

⁷⁴ A pesar de que Mejía ya había sido designado diputado suplente y había comenzado a actuar, el Cabildo de Quito se reunió el 20 de octubre de 1810 para elegir su diputado a las Cortes extraordinarias. Los individuos que recibieron un mayor número de votos fueron el Conde de Puñonrostro, José Larrea y Jijón, y el magistrado de la Audiencia José Salvador; mientras Mejía no fue propuesto por ningún regidor, en razón de su condición de ilegitimidad, ya descrita (Cfr. Marie Laure Rieu-Millán, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Biblioteca de Historia de América, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, pp. 56-57).

La obra de Le Brum, en su gran mayoría redactada con gran ironía y sarcasmo, revela el accionar de varios diputados en Cádiz –muchos de ellos con discursos y expresiones imprudentes e irreflexivas en las Cortes–; en contraste con la elevada faceta que muestra de Mejía Lequerica como parlamentario, lo que permite colegir que las exposiciones de Mejía contenían suficientes argumentos, además de un considerable conocimiento adquirido en particular en la universidad quiteña. Y en efecto, todos los múltiples aprendizajes desarrollados en Quito curiosamente le fueron de mucha utilidad en Cádiz; y sólo bajo la actividad de parlamentario “parecen cobrar sentido sus estudios de Teología, realizados cuando ya era un hombre casado y aparentemente sin finalidad ni utilidad concreta, pero que luego, ya en el escenario histórico de las Cortes de Cádiz, serían la fuente nutricia de sus formidables discursos contra la Inquisición”,⁷⁶ así como en temas sobre las relaciones entre Estado e Iglesia, la Reforma eclesiástica y sobre el tema de los conventos.

El debate en torno a la igualdad política de Hispanoamérica y España

La participación de Mejía Lequerica en las Cortes gaditanas incluyó diversos temas, aunque en términos globales giraron en torno a la “libertad de imprenta, la nulidad de los convenios hechos por los reyes en cautiverio, el restablecimiento del crédito nacional, la abolición de la Inquisición, la extinción del tributo indígena y del repartimiento, la deposición de autoridades coloniales desafectas al régimen constitucional o la lucha por la igualdad de derechos y de representación de ambos hemisferios”.⁷⁷ Revisemos algunos de ellos:

⁷⁵ Charles Le Brum, *Retratos políticos de la revolución de España*, Filadelfia, s/e, 1826, pp. 79-80.

⁷⁶ Núñez, op. cit. (2008), p. 48.

⁷⁷ Manuel Chust, “José Mejía Lequerica”, en María Elena Porras y Pedro Calvo-Sotelo, coords., *Ecuador - España: Historia y perspectiva*, Quito, Embajada de España, 2001, pp. 104-105.

–*El tema de los tratamientos honoríficos*

Al día siguiente de instaladas las Cortes y luego de los juramentos de rigor de fidelidad y obediencia al rey, José Mejía planteó discutir un borrador de decreto, mediante el cual se proponía a la Cámara los tratamientos honoríficos y protocolarios que habrían de tener las mismas Cortes, el Poder Ejecutivo y los Tribunales Supremos:

Leído el proyecto, y discutido en sus tres puntos, fue aprobado uno por uno, quedando resuelto que las Cortes tuviesen el tratamiento de Majestad; el Poder Ejecutivo, durante la ausencia de Fernando VII, el de Alteza, y el mismo los Tribunales Supremos de la Nación.⁷⁸

En concordancia con lo expuesto por Chust, es la primera vez en la historia de la monarquía española que el tratamiento de ‘Majestad’ no era exclusivo del Rey, sino también de las Cortes, las cuales ahora representarán la soberanía nacional,⁷⁹ al menos hasta que Fernando VII –que se hallaba preso en Francia- sea restituido nuevamente en su trono. En esa acción, así como en la de otorgar al Consejo de Regencia el tratamiento de ‘Alteza’, se observa que la intencionalidad de Mejía era subordinar el poder legislativo al poder ejecutivo, legislativo que terminó por consolidarse y legitimarse.

–*La igualdad de representación*

Ese mismo 25 de septiembre, por la noche, algunos diputados americanos manifestaron “*que era necesario hablar [...] a la América de su igualdad de derechos con los españoles europeos, de la extensión de su representación nacional como parte integrante de la Monarquía...*”⁸⁰ solicitando además ‘olvidarse de los actos disidentes’ que se habían producido en Ultramar en los meses pasados.⁸¹ Mejía pidió que se dis-

⁷⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo 1, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1870, p. 5.

⁷⁹ Chust, op. cit. (2008), p. 168.

⁸⁰ *Diario de Sesiones...*, op. cit., p. 7.

⁸¹ Se referían a los actos de autonomía y configuración de juntas que se habían desarrollado en algunas ciudades americanas.

cutiese ese punto, aunque ello no fue resuelto en esa ocasión, debiendo nuestro diputado volver a insistir sobre el tema el 1 de octubre, en el sentido de que las Américas “*sean tenidas por parte integrante de España...*”.⁸²

Las propuestas de igualdad de derechos se sucedieron en los siguientes días, al punto que las aspiraciones de los americanos fueron consideradas como ‘intempestivas’ por parte de algunos diputados peninsulares.⁸³ Mejía sería el portavoz de la ‘cuestión americana’, quien conjuntamente con otros parlamentarios como el limeño Vicente Morales Duárez, el puertorriqueño Ramón Power y otros, promoverán por varios días el concepto de que

[...] los dominios españoles en ambos hemisferios forman una sola y misma monarquía, una misma y sola nación, y una sola familia, y por lo mismo los naturales que sean originarios de dichos dominios europeos o ultramarinos son iguales en derechos a los de esta Península.⁸⁴

Concepto de igualdad que habría de ser consignado en el Decreto V, del 15 de octubre de 1810, el cual fue suscrito por el presidente de las Cortes Ramón Lázaro de Dou, y que no pasó de ser simplemente un pomposo y hueco ofrecimiento hecho por los peninsulares a los americanos, pues en la práctica se mantendrá la desigual e incompleta representación (de diputados), sin visos de solucionarse prontamente,⁸⁵ pues el mismo decreto estipuló que

[quedaba] a cargo de las Cortes tratar con oportunidad y con un particular interés de todo cuanto pueda contribuir a la felicidad de los de ultramar, como también sobre el número y forma que deba tener para lo sucesivo la representación nacional en ambos hemisferios.⁸⁶

⁸² Diario de Sesiones..., op. cit., p. 18.

⁸³ Chust, op. cit. (2008), p. 168.

⁸⁴ *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, Tomo I, Madrid, Imprenta Nacional, 1813, (reedición facsimilar, Madrid, 1987), p. 9.

⁸⁵ Eduardo Martiré, “La política americana del Nuevo Régimen (1808-1810)”, en Feliciano Barrios (coord.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas*, Vol. II, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 1161-1162.

⁸⁶ *Colección de los Decretos...*, op. cit., p. 10.

Situación que habrá de tratarse cuando se elaboró la Constitución de 1812.

—*La igualdad jurídica*

Mejía Lequerica había reflexionado acerca de la necesidad de plantear la igualdad jurídica entre los americanos y peninsulares. Ello se advierte en lo tratado en algunas de las sesiones secretas⁸⁷ que se desarrollaron durante los primeros días de octubre de 1810. Así, el 3 de octubre, se debatió “...sobre declarar los dominios de Ultramar parte integrante de la Nación española con igualdad de derechos...”,⁸⁸ discutiéndose nuevamente el tema la noche del 10 de octubre, donde se recalcó que

[...] los dominios de Ultramar hacen parte integrante de la Monarquía, y son iguales en derechos a la Madre Patria; se insistió con este motivo que convenía también dar la extensión justa a la representación en Cortes por la América, pues estaba muy imperfecta [...] Muchos diputados europeos [...] hablaron [en] contra [de] que se admitiesen en la Representación nacional las diferentes castas y gentes de color que existen en América, procurando probar los gravísimos inconvenientes que de ello resultarían contra los intereses de España, y de los mismos dominios de Ultramar.⁸⁹

El tema de las castas, que pone en evidencia una clara discriminación étnica, es advertido por Cañizares-Esguerra, cuando la Ilustración his-

⁸⁷ Son una serie de reuniones realizadas por los diputados de Cádiz, generalmente en las tardes o en las noches a puerta cerrada, cuyo contenido y discusión no fue de carácter público. Este tipo de reuniones fue utilizado con exceso, y fue criticado por algunos parlamentarios, entre ellos Agustín de Argüelles, en la Sesión reservada de 6 de noviembre de 1810 (Joaquín Lorenzo Villanueva, *Mi viaje a las Cortes*, Madrid, Imprenta Nacional, 1860, p. 36).

⁸⁸ *Actas de las sesiones secretas de las Cortes Generales Extraordinarias de la nación española que se instalaron en la Isla de León el día 24 de setiembre de 1810 y cerraron sus sesiones en Cádiz el 14 de igual mes de 1813; De las celebradas por la Diputación permanente de Cortes instalada en la propia ciudad el día 9 de dicho mes; Y de las secretas de las Cortes ordinarias que se instalaron en la misma ciudad el 25 del propio mes y trasladadas a Madrid fueron disueltas en su segunda legislatura el 10 de mayo de 1814*, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1874, p. 8.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 15.

panoamericana había creado un discurso del mestizaje selectivo, puesto que “los mestizos, las castas, el producto de la mezcla racial entre amerindios, españoles pobres y negros, eran vistos por los autores ilustrados con desdén [...] El mestizaje vulgar era visto como una amenaza para la existencia de [los] cuerpos de gobierno jerárquicos que los ilustrados habían idealizado”;⁹⁰ y las Cortes era uno de esos cuerpos de gobierno. La intencionalidad explícita de evitar la participación de sujetos de ‘color’ o de otras ‘razas’ –según la apreciación étnica de la época-, inclusive si ellos tuviesen una mediana o sólida preparación o aun cuando representaran a considerables conglomerados sociales, permitía asegurar la exclusiva concurrencia de criollos descendientes de españoles y de nobles a las Cortes; consolidando de este manera el proyecto político de los criollos americanos, que habían sido excluidos del poder en la Colonia.

–La igualdad política

Esta visión fue distinta a la percibida por Mejía Lequerica, quien bajo la égida de las ideas liberales defendió el concepto de igualdad jurídica de las personas, a la que consideraba como el signo inequívoco de toda justicia. Ello se torna más evidente cuando Mejía comenzó a insistir con reiterados alegatos, la defensa de América y de sus ciudadanos, alrededor del tema de la ‘igualdad política’; relacionada por un lado con la equidad en la representación parlamentaria de los americanos, y por el otro el estatus que América había mantenido frente a España durante casi tres siglos. En la sesión del 18 de enero de 1811, Mejía expresó:

Sin desmentir los nobles sentimientos y verdaderos principios, ¿se podrá decir que hombres iguales no tengan iguales derechos? [...] Que sea este el momento en que deba igualarse la América con la Europa, esta es la cuestión. Yo bien veo que hay aquí representantes de América, pero ¿cuántos Señor? [...].⁹¹

⁹⁰ Cañizares-Esguerra, op. cit., p. 91.

⁹¹ Diario de Sesiones..., op. cit., p. 396.

Luego de algún murmullo de un diputado cuyo nombre no ha sido consignado por la historia, Mejía continuó:

¿Qué males traerá a España el que tenga la América más representantes? ¿A quién se perjudica con esto? Vendrán muchos americanos a España; bueno, excelente. Ojalá se trasplantasen recíprocamente. Sí, Señor, eso dicta la buena política. Mas: si son muchos, harán preponderar las deliberaciones del Congreso en su favor, y acaso dirán de nulidad de lo obrado. Pero, Señor, ¿son tan niños los americanos que no puedan rebatir y aún retrucar este argumento?, diciendo ¿pues cómo podremos cuarenta prevalecer contra doscientos? Y si los españoles en su propia casa recelan de los americanos, ¿cuánto no debemos recelar de ellos los forasteros? [...] La desconfianza, Señor, nos pierde: ¡ah! esa desconfianza que nos hace tan maliciosos, multiplica el número de nuestros enemigos, y destruye el de los amigos. Ya se les dio representación, dice otros, ¿pero qué representación? De la necesidad se hizo virtud; eso prueba la ilustración de España [...] ¿Qué tienen, repito y no me cansaré de decirlo, que esperar los americanos? Si ahora que apelan a la justicia de V.M. y cuándo esta exige que sean declarados con igual derecho que los europeos no logran se verifique, ¿cómo confiarán de V.M.? Dígase, pues, sí o no. Si se decide que sí, tendrán la representación justa; si no, nosotros no podemos estar aquí [...] Ya que somos hermanos para los sacrificios, seámoslo para todo; sean iguales en representación los americanos, y esto se declare hoy mismo.⁹²

Mejía insistía que el número de representantes americanos sea mayor, sin que ello pueda perjudicar a la Península; sin embargo, los peninsulares no lo veían así, pues un número mayor afectaría sus intereses, más aún en medio de la crisis imperial que se vivía.

En cuanto a la condición de América, Mejía expuso:

Señor, los males extraordinarios exigen extraordinarios sacrificios. Fije V.M. la vista en aquellas provincias más grandes de toda la península: ellas han dicho solamente que en tratándolas conforme a los principios de justicia, se tranquilizarán; es decir, rigiendo la unión igual, se acabó toda revolución [...] **Pero considerar a las Américas como colonias** que no existen para sí, sino sólo para la Metrópoli, como lo vocea

92 Ibidem, pp. 396-397.

un periódico, y esto después que se han prestado a tantos y tales sacrificios y entre las luces del siglo XIX, ¡ah! esto prueba el arraigo de la ignorancia y del despotismo [...] Señor, donde no hay libertad no hay hombres, y la **América es considerada esclava en el día** [...].⁹³

Esa visión de ‘colonialismo’ no era la misma que tuvieron muchos colonos españoles en América, quienes en realidad “habían disfrutado por largo tiempo de un grado sin paralelo de autonomía y gobierno propio, y [quienes] veían sus sociedades como reinos, como gobiernos autónomos que formaban parte de una monarquía compuesta que era la Monarquía Hispánica, y no como colonias”;⁹⁴ sin embargo la realidad era distinta, no sólo por la carga impositiva que tuvo la población americana, sino por el injusto trato político, social, económico, cultural y religioso que se dio a América y a los americanos por más de tres siglos. Frente a ese panorama, los diputados americanos, bajo el liderazgo de Mejía, reclamaban para sus tierras la condición de ‘provincias ultramarinas de España’ con iguales derechos que los habidos en la Península; para lo cual anhelaban “renegociar con los diputados peninsulares un nuevo estatus para los países americanos, que liberara a éstos del despotismo chapetón y de los abusos del colonialismo tradicional”.⁹⁵

Cabe anotar aquí, que el tema de la igualdad política fue debatido incluso entre los mismos peninsulares, que intentaban definir adecuadamente qué mismo era la ‘igualdad política’, un tema que apareció a raíz de un sinnúmero de críticas en contra de la nobleza y el clero español. Los segundos fueron acusados de ‘ignorantes’ y los primeros de ‘inútiles’—cuando el Estado se había adueñado de las antiguas funciones, incluso las militares—, resultando de esa manera injustificable la permanencia de privilegios de ambos estamentos, a principios del siglo XIX.⁹⁶ Ello motivó acalorados debates orientados a buscar extinguir

93 Ibidem (Los resaltados son nuestros).

94 Cañizares-Esguerra, op. cit., p. 90.

95 Núñez, op. cit. (2008), p. 53.

96 Al respecto Cfr. Manuel Pérez Ledesma, “Las Cortes de Cádiz y la sociedad española”, en Revista *AYER*, N° 1, Bilbao, Publicación de la Asociación de Historia Contemporánea, 1991, pp. 167-206.

esos privilegios, pues varios de los diputados eran curas, nobles o militares, cuyos discursos evidenciaron una postura favorable al despotismo monárquico –del cual resultaban ser un instrumento– en lugar de mostrar una actitud en defensa de la libertad y de la igualdad, que en esencia

[...] no consiste en que todos tengamos iguales goces y distinciones, sino en que todos podamos aspirar a ellos. No consiste en que todos ocupen un mismo lugar y clase en la república, sino en que el que hoy es inferior, pueda mañana ser superior; que el que no es noble pueda llegar a serlo por iguales medios, y siéndolo, disfrutar iguales privilegios.⁹⁷

El 6 de agosto de 1811, es decir semanas más tarde de este debate, las Cortes decretaron la abolición de varios privilegios privativos de los nobles,⁹⁸ así como aprobaron –días después– una propuesta reformadora relacionada con el libre ingreso de todos los hijos de españoles a los colegios militares, sin la necesidad de presentar pruebas de nobleza.⁹⁹

–La cuestión americana

Las ideas de igualdad de Mejía Lequerica representaban el sentir de algunos pensadores y políticos, quienes

[...] en el contexto ambivalente y de incierto porvenir que se abrió con los comienzos de la crisis del antiguo régimen defendieron primero la igualdad de los derechos de los súbditos hispanoamericanos del rey frente a los de sus súbditos peninsulares, para luego convertirse en los primeros voceros –aislados y de escaso impacto político– de una posible renegociación del pacto de dominación colonial –cuyas alternativas iban desde una mayor participación en las decisiones imperiales hasta la independencia plena.¹⁰⁰

97 Pérez Ledesma, op. cit., p. 180.

98 Colección de los Decretos..., op. cit., p. 182.

99 Ibidem, p. 188.

100 Jorge Myers, “El letrado patriota: los hombres de letras hispanoamericanos en la encrucijada del colapso del imperio español en América”, en Carlos Altamirano, director, *Historia de los intelectuales en América Latina*, Madrid, Katz Editores, 2008, p. 122.

Sin embargo, el grupo que planteaba esa ‘renegociación’ era esencialmente “la capa social alta de la ciudad, liderada por algunas de las más distinguidas familias nobles, [quienes] tomaron en sus manos la prosecución de sus intereses políticos y económicos”, y cuya ‘Revolución’ del 10 de agosto de 1809 devino en un “primer y frustrado intento de formación de un Estado independiente de España”.¹⁰¹ “Las capas inferiores de la población no fueron incluidas en el movimiento ‘independentista’ por parte de los nobles quiteños”, lo que se evidencia en la elección de diputados a las dos Juntas de Gobierno, que por regla general estuvo compuesta de miembros selectos de la capa social alta o de su clientela;¹⁰² observándose además, desde años atrás, posiciones contrapuestas respecto al futuro de Quito, pues por un lado se consideró la posibilidad de una monarquía constitucional –planteadas por Juan Pío Montúfar Larrea, segundo marqués de Selva Alegre-, en contraposición con la esbozada desde tiempos de Eugenio Espejo, que según el historiador Napatlí Zúñiga favorecía una forma de gobierno republicano.¹⁰³

Muchas de aquellas ideas de Mejía sobre ‘igualdad jurídica y política’ entre americanos y peninsulares, surgieron de las lecturas a diversos autores en la biblioteca de Espejo y en el trato y relación con él en diversos ámbitos, en sus charlas de clase y discusiones de pasillo en la universidad, y en la reflexión de sus propias ideas;¹⁰⁴ aunque también tuvieron su origen en todos los padecimientos y sinsabores que Mejía vivió, en particular vinculados con su origen y condición de ‘hijo ilegítimo’ en una sociedad conventual y de excesiva religiosidad –heredera

101 Büschges, op. cit. (2007), p. 247.

102 Ibidem, p. 261.

103 Neptalí Zúñiga, *Montúfar. Primer presidente de América revolucionaria*, Quito, Taller Gráficos Nacionales, 1945, pp. 229-235.

104 Una de esas ideas debió relacionarse, con certeza, con los principios de igualdad propuestos por el Obispo José Pérez Calama respecto a las tertulias político-literarias que se desarrollaban en Quito entre 1791 y 1792, aclarando que se trataba de una asociación conformada por individuos iguales, y cuyas actitudes tendrían que desarrollarse con una mayor libertad y naturalidad (Cfr. Renán Silva, “La crítica ilustrada de la realidad”, en Margarita Garrido, editora, *Historia de América Andina*, Vol. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Libresa, 2001, pp. 390-391).

de un viejo barroco social y cultural-; sociedad asimismo corrompida e hipócrita. Ella albergó, entre otras, a unas pocas gazmoñas autoridades universitarias que en su momento le negaron a Mejía sus grados y titulaciones a los cuales tenía derecho.

Buena parte de esa condición personal influiría en sus debates parlamentarios que, haciéndole recordar la serie de injusticias vividas, configuraron en Mejía Lequerica un hábil y firme discurso –aunque con un delicado manejo- a favor del tratamiento de igualdad. La cuestión americana, manifestada en una serie de proposiciones hechas el 16 de diciembre de 1810, constituyó en sí una declaración de *autonomismo*, pues en ellas se reclamó a más de una representación proporcional equitativa de los americanos en las Cortes gaditanas, la igualdad de derechos para ejercer cualquier cargo político, eclesiástico o militar; una distribución a mitades de los cargos en los territorios ultramarinos entre peninsulares y americanos; y la creación de comités consultivos encargados de la elección de cargos públicos entre los residentes de la localidad, fundamentalmente.¹⁰⁵

Varios de esos temas, si bien fueron vistos con asombro e incredulidad –e incluso osadía- por parte de los diputados peninsulares, por otro lado también causaron adhesiones de algunos de ellos, en especial de aquellos liberales que no comulgaban con los parlamentarios absolutistas.¹⁰⁶ Las pretensiones de aquel ‘autonomismo’ terminaron provocando una mayor preocupación entre los diputados peninsulares, cuando se amenazó el abandono de la Cámara por parte de los representantes americanos,¹⁰⁷ si la propuesta presentada no era aceptada.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Chust, op. cit. (2008), p. 169.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Mejía amenazó varias veces con retirarse; por ejemplo, el 29 de noviembre de 1810, el 20 de diciembre del mismo año (cuando las Cortes se habían negado a extender a América el reglamento de las juntas provinciales, negándose así reconocer las juntas americanas), e incluso el mismo 18 de enero de 1811 –fecha de la votación de las proposiciones- cuando dijo: “...*nosotros no podemos estar aquí...*” (ver cita 104, *ut supra*). Luego de esa fecha, Mejía no volvió a amenazar con dimitir, pues existían varios diputados americanos que no apoyaban la táctica del ultimátum de Mejía, como el limeño Vicente Morales Duárez (Cfr. Rieu-Millán, op. cit. (1990), pp. 383-384). Morales Duárez fue elegido presidente de la Cortes el 24 de marzo de 1812, días des-

Es más, aquella propuesta original del 16 de diciembre iba a ser modificada a pedido del diputado gallego Domingo García Quintana, quien manifestó:

Señor, estoy conforme por mi parte en cuanto contiene esa proposición; es decir, no hallo qué quitarla, antes sí agregarla unas adiciones, que son estas: 'Primera. Se separarán las clases de habitantes en el censo de población que se haga, a saber: indios, criollos, mestizos y europeos, y cada una de las cuatro será representada por el número de Diputados que la quepa: es decir, que el indio ha de ser precisamente representado por indio, el criollo por criollo, el mestizo por mestizo y el europeo por europeo. Segunda. Los pardos y morenos libres nacidos en América y Asia, como igualmente las demás castas, tendrán padrón aparte, [...] los esclavos tendrán un apoderado en el Congreso, que en sus negocios privativos hable por ellos en derecho a la soberanía, y este poder lo tendrá uno de los representantes europeos [...] Los esclavos se juntarán para elegir el que haya de ser de los representantes europeos nombrados.¹⁰⁹

Sin embargo, los diputados americanos no apoyaron demasiado esta idea; no parecía preocuparles esta otra 'ficción del derecho',¹¹⁰ según la cual los indios estarían representados por miembros de una clase cuyos intereses eran distintos, por no decir opuestos, a los suyos.¹¹¹ En virtud de que América tenía problemas distintos a los de España, la representatividad del indio era ilusoria, ya sea por la visión de muchos diputados peninsulares sobre la escasa aptitud del indio para ser ciudadano o de su limitada capacidad de participación, o por el temor de los hispánicos de que los americanos lleguen a tener una representación excesiva; en detrimento de los intereses ibéricos. Por otro lado, y contrariamente a que los grupos afro-descendientes¹¹² estaban exclu-

pués de jurada la Constitución 'doceañista', pero durante la ceremonia de posesión —días después— falleció presuntamente envenenado.

108 Chust, op. cit. (2008), p. 170.

109 Diario de Sesiones..., op. cit., p. 327.

110 Es un procedimiento jurídico que permite tomar por cierto algo que aún no existe y se desconoce; pero que fundamentalmente, se convierte en una realidad jurídica.

111 Rieu-Millán, op. cit. (1988), p. 60.

112 Respecto a los esclavos negros, fueron infructuosas las propuestas de los diputados peninsulares Agustín de Argüelles e Isidoro de Antillón y del diputado mexicano José Guri di Alcocer, por suprimir el 'infame tráfico' de negros y otorgar la libertad al menos a los hijos quienes vivían sometidos a la esclavitud. Por su parte, Mejía, con-

dos de su participación en las Cortes, surgieron voces que pretendían la inclusión de las 'castas pardas libres' en calidad de ciudadanos, lo que a la final no fue escuchado.¹¹³

La oposición de los diputados peninsulares no se hizo esperar, con el temor de que se puedan adoptar decisiones precipitadas. La propuesta inicial estaba planteada, y Mejía pedía que sea votada inmediatamente. "Los debates fueron tan violentos que hubo que evacuar al público; la sesión secreta que siguió fue igualmente apasionada, pero la oposición al dictamen de la comisión no vino sólo de los españoles".¹¹⁴ El diputado limeño Vicente Morales Duárez también se opuso e hizo tambalear las convicciones de algunos suplentes, lo que muestra que entre los americanos existía una línea 'aparentemente moderada' pero de claro tinte monárquico, frente a los que ellos llamaban como 'grupos separatistas' de España. El 18 de enero de 1811, a la final se votaron las proposiciones de diciembre del año anterior: 56 diputados la apoyaron y 64 la rechazaron, lo que permite colegir que algunos diputados peninsulares apoyaron la propuesta americana.¹¹⁵

El tema de la 'cuestión americana' y los alegatos de Mejía a favor de la igualdad, que se habían tratado durante el mes de enero de 1811, aparecieron nuevamente cuando el 1 de febrero de ese año Mejía Lequerica, a nombre de los parlamentarios americanos, insistió:

¿...Qué es lo que pedimos aquí? Señor, solo se trata de la representación que debemos tener en estas Cortes y en las futuras. Y bien ¿qué es lo que

sideraba que la desaparición de la esclavitud era un "negocio que requería mucha meditación, pulso y tino, porque el libertar de una vez una inmensa multitud de esclavos, a más de arruinar a sus dueños, podría traer desgraciadas consecuencias al Estado" (Cfr. Pérez Ledesma, op. cit., p. 184).

113 Rieu-Millán, op. cit. (1988), p. 61.

114 Rieu-Millán, op. cit. (1990), p. 148.

115 El diputado asturiano Agustín de Argüelles, en su obra *Examen histórico de la reforma constitucional de España* (Londres, 1835), reprocha al grupo americano al haber formado un 'partido', que generalmente se unía sólidamente cuando se trataba de conseguir alguna ventaja para América; llegando Argüelles a estar convencido que desde Cádiz se armaba discretamente la independencia de Ultramar. Ese 'partido' no siempre funcionó, como hemos visto en este caso.

se pide? [...] Piden que se declare que en las Cortes futuras tengan las Américas la misma representación que la España [...] La Junta Central y el Consejo de Regencia pasado, han citado a la América, reconocido su derecho y no han precipitado la instalación de las Cortes sino porque veían la necesidad de instalarlas. Pero, habiendo pasado la urgencia del momento, diga V.M.: 'Americanos, vosotros que siempre habéis sido hermanos de los peninsulares, y que habéis tenido tan poca representación, ahora con mejor acuerdo y que las cosas presentan mayor comodidad, se os declara igual la representación: es decir, que así como en la Península ha elegido el pueblo sus Diputados que fuesen el contrapeso del despotismo, así podéis vosotros hacerlo' [...] Y los americanos ¿qué dirán, Señor, a V.M...? [...] 'Henos aquí...'.¹¹⁶

El tema de la igualdad, visto por la Cámara como un proyecto autonomista (y Mejía también lo pretendió así), se diluía en medio de los debates de otros temas, en los cuales Mejía también intervino. Sin embargo, el poco interés mostrado por los diputados peninsulares, confirmaba que el decreto del 15 de octubre de 1810 era simple 'letra muerta', y aquellos no estaban dispuestos a ponerlo en práctica, por el temor que representaba correr el riesgo de que el número de diputados americanos igualase —e incluso superase— al de los ibéricos, poniendo en peligro sus intereses; aunque por otro lado también les alarmaba que los ultramarinos —luego de los acontecimientos junteros de 1809 y 1810— podrían terminar por desvincularse e incluso independizarse políticamente de España.

La cuestión americana, a la luz de lo expuesto en las sesiones de las Cortes, se fundamenta en el reconocimiento de un principio cardinal: la igualdad de las provincias ultramarinas y las peninsulares; lo que en ocasiones muestra razonamientos contradictorios entre los mismos representantes americanos en sus debates, pues unos exigían que sean tratados como la España peninsular, mientras otros aspiraban ser tratados de manera diferente. Sin embargo, todos planteaban un estatuto no colonial ni discriminatorio en ningún sentido, aunque tomando en cuenta las diferencias específicas.

¹¹⁶ Diario de Sesiones..., op. cit., pp. 480-481.

Sin pretender establecer un sistema más sutilmente ‘colonialista’, los diputados peninsulares rechazaban profundamente la independencia de las provincias americanas, lo que habría supuesto una amputación considerable del territorio nacional, debiendo mantenerse la ‘integración de la Nación’, entendiéndola como tal al conjunto de la Monarquía, que no era solamente la España peninsular.¹¹⁷ Sin embargo, para Mejía, la ‘cuestión americana’ seguía teniendo validez, al punto que el 26 de abril de 1812 –cuatro meses antes de iniciarse las discusiones sobre el texto de la Constitución-, Mejía Lequerica le insistió a la Cámara:

Suplico a V.M. tenga presente cuanto se ha hablado a causa de la distribución que se hizo con motivo de los Diputados de América para la Junta Central [...] Ruego también a V.M. que se haga cargo de la necesidad de igualar a los americanos con los europeos. Yo quiero que se conozca que soy americano, si se quiere, exaltado, porque siendo español es necesario serlo, y digo que me contento de que no haya más ley para la América que la que V.M. imponga a la Península, sea buena o mala. Ahora tratamos de derechos; pero lo mismo diré cuando se trate de las obligaciones [...] Yo votaré para la América lo mismo que para la España europea.¹¹⁸

Nuevos temas y nuevos intereses y proyectos habrán de sucederse en las diversas –y en ocasiones acaloradas- discusiones y debates de las Cortes gaditanas. No obstante, el tema de la igualdad jurídica y política entre americanos y peninsulares, si bien se hallaba latente, debió esperar ser discutido como parte de la Constitución española,¹¹⁹ cuyo articulado específico se debatió poco después, entre agosto y septiembre de 1811. Dicha Constitución fue aprobada en marzo de 1812, aunque sólo estuvo en vigencia dos años –y de facto-, pues apenas restaurada la monarquía de Fernando VII, éste la abolió. Empero, y en torno al tema y a los fundamentos de la igualdad jurídica y política, en el Ayun-

¹¹⁷ Rieu-Millán, op. cit. (1990), p. 265.

¹¹⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Tomo 4, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1870, pp. 3122-3123.

¹¹⁹ Esta constitución concedió el derecho de sufragio a todos los hombres blancos, mestizos o indígenas, sin importar si tenían o no propiedades (Cfr. Cañizares-Esguerra, op. cit., p. 97).

tamiento de la Real Villa de la Isla de León, así como en el Real Teatro de las Cortes en la vieja ciudad de San Fernando y en el Templo de San Felipe en Cádiz, siempre retumbarán las palabras de Mejía –el Portavoz de América– pronunciadas el 18 de febrero de 1811:

“Delante de la ley todos somos iguales”.^{120, 121}

Conclusiones

La situación quiteña en torno a la Ilustración nos presenta un escenario dual. Por un lado, una postura de pensar en un gobierno republicano, en concordancia con las ideas de Espejo, que para inicios del siglo XIX no prosperó; y por otro, una corriente monárquica constitucional, defendida por aquellos que apoyaron la causa de 1809, con la consecuente constitución de una Junta –leal a Fernando VII– con la intencionalidad de instaurar un efectivo proyecto autonomista, en el afán de generar un gobierno propio para el territorio de Quito.

Ello es determinante en la configuración del discurso político de Mejía Lequerica, un criollo que debió soportar la discriminación por parte de los chapetones, lo que se evidencia en las trabas para obtener un justo reconocimiento a sus estudios académicos con el otorgamiento de sus títulos universitarios –bajo el argumento de tener una condición de hijo ilegítimo–, así como en una serie de actos injustos e innobles contra él. Aquellos hechos serán concluyentes para que Mejía decida abandonar su tierra en busca del reconocimiento al que aspiraba, llegando a encontrarse –acaso sin imaginarlo– en una situación política coyuntural en España, que provocará ser designado –entre otros– como diputado suplente ante las Cortes de Cádiz, en medio de una crisis de la monarquía española.

¹²⁰ Diario de Sesiones... (Tomo 1), op. cit., p. 562.

¹²¹ En 1813 Mejía contrajo fiebre amarilla, lo que le llevó a la tumba la noche del 27 de octubre. Su cadáver fue sepultado en el Cementerio de la Iglesia de San José Extramuros. Exhumado en 1814 fue llevado a la fosa general del Cementerio Municipal donde se mezclaron y perdieron sus restos (Pérez Pimentel, op. cit. (1987), p. 210).

Allí, sus conocimientos y capacidades adquiridos en la universidad quiteña serán un soporte fundamental para desarrollar –con gran oratoria- su labor de parlamentario; la cual fue aprovechada para debatir, junto a otros representantes ultramarinos y en contra de muchos diputados españoles, la ‘cuestión americana’, que consiste –entre otros temas- en otorgar un estatus de igualdad jurídica y política entre ciudadanos americanos y peninsulares.

Esa igualdad –defendida por Mejía Lequerica y otros diputados americanos– conlleva por una parte el principio de proporcionalidad respecto a los representantes a las Cortes –tanto en ese momento como en el futuro–, y el precepto de igualdad jurídica y política entre americanos e ibéricos; y por otra parte, la consecuencia de que los territorios americanos sean tenidos como provincias ultramarinas y no como colonias –lo que evidencia el propósito de continuar manteniendo ese estatus, aunque vislumbrando la voluntad de gobernarse autonómicamente–. Es decir, el tratamiento e impulso de toda la ‘cuestión americana’, relacionada efectivamente con el tema de equidad y equilibrio en temas jurídicos y políticos de los americanos, respecto a los peninsulares, y la legitimidad de sus demandas.

El no alcanzar plenamente esa analogía de derechos –a pesar de consignárselo mediante decreto- hará de Mejía un constante y enérgico acometedor parlamentario, cuyos argumentos elocuentes mostrados en su discurso, configurarán por un lado a un ‘patriota ilustrado’, y por otro a un *Portavoz* que defenderá permanentemente la causa americana.

Fuentes y Bibliografía

Fuentes Primarias

Archivo Nacional del Ecuador (ANE/Q).

Serie Hijos Expósitos y Naturales.

Fuentes Secundarias

Actas de las sesiones secretas de las Cortes Generales Extraordinarias de la nación española que se instalaron en la Isla de León el día 24 de setiembre de 1810 y cerraron sus sesiones en Cádiz el 14 de igual mes de 1813; De las celebradas por la Diputación permanente de Cortes instalada en la propia ciudad el día 9 de dicho mes; Y de las secretas de las Cortes ordinarias que se instalaron en la misma ciudad el 25 del propio mes y trasladadas a Madrid fueron disueltas en su segunda legislatura el 10 de mayo de 1814, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1874.

Andreo García, Juan, *La Intendencia en Venezuela. Don Esteban Fernández de León, Intendente de Caracas*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990.

Benítez, Sylvia y Gaby Costa. "La familia, la Ciudad y la vida cotidiana en el período colonial". En Enrique AYALA MORA (Edit.). *Nueva Historia del Ecuador*. Volumen 5. Corporación Editora Nacional. Primera reimpresión. Quito, 1991.

Büschges, Christian, "Linaje, patrimonio y prestigio. La nobleza titulada de la ciudad de Quito en el siglo XVIII", En *Anuario de Estudios Americanos*. Vol. 56, Nº 1, Sevilla, 1999.

_____, *Familia, Honor y Poder. La nobleza de la ciudad de Quito en la época colonial tardía (165-1822)*, Quito, Fonsal, 2007.

Cañizares-Esguerra, Jorge, "La Ilustración hispanoamericana: una caracterización", en Jaime Rodríguez (coord.), *Revolución, independencia y las nuevas naciones de América*, Madrid, Fundación Mapfre Tavera, 2005.

Castillo, Abel Romeo, *Los gobernadores de Guayaquil del siglo XVIII*, Guayaquil, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, 1978.

Chust, Manuel, "José Mejía Lequerica", en María Elena Porras y Pedro Calvo-Sotelo, coords., *Ecuador - España: Historia y perspectiva*, Quito, Embajada de España, 2001.

———, "Un líder autonomista americano en las Cortes de Cádiz: José Mejía Lequerica", en Jorge Núñez (coordinador), *Mejía, Portavoz de América (1775-1813)*, Quito, Edic. FONSA, 2008.

Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Tomo I, Madrid, Imprenta Nacional, 1813, (reedición facsimilar, Madrid, 1987).

Collantes de Terán de la Hera, María José, "El diputado José Mejía Lequerica y la inquisición española", en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008.

Costales P., Marcela, *José Mejía Lequerica: El tribuno del Pueblo*, Quito, Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, s.f. [2009].

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, Tomo 1 y 4, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1870.

Martínez Garnica, Armando y Daniel Gutiérrez Ardila, editores, *Quién es quién en 1810. Guía de Forasteros del Virreinato de Santa Fe*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Gomezjurado Zevallos, Javier, "Los hijos expósitos y naturales en la Real Audiencia de Quito", (Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Historia - 2008), en *Construyendo Nuestra Identidad*, Quito, Casa de la Cultura Núcleo de Esmeraldas, 2010.

González Suárez, Federico, *Historia General de la República del Ecuador*, Vol. 2, Quito, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1970.

Herrera, Pablo, *Antología de prosistas ecuatorianos*, Quito, 1923, en Keeding, Ekkehart, *Surge la nación. La ilustración en la Audiencia de Quito (1725-1812)*, Quito, Edic. Banco Central del Ecuador, 2005.

Hidalgo Nistri, Fernando, compilador, *Compendio de la Rebelión de la América. Cartas de Pedro Pérez Muñoz*, Quito, Edic. Abya Yala, 1998.

JOSÉ MEJÍA LEQUERICA Y SUS IDEAS
DE IGUALDAD JURÍDICA Y POLÍTICA

Jurado, Fernando, "El linaje de José Mejía Lequerica y su verdadera casa natal", en *Museo Histórico*, N° 57, Quito, Órgano del Archivo Municipal de Quito, 1980.

Keeding, Ekkehart, *Surge la nación. La ilustración en la Audiencia de Quito (1725-1812)*, Quito, Edic. Banco Central del Ecuador, 2005.

_____, "El inicio del pensamiento de la Independencia en el Ecuador", en Plutarco Naranjo y Rodrigo Fierro, editores, *Eugenio Espejo: Su época y su pensamiento*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2008.

Lafuente, Antonio y Antonio Mazuecos, *Los Caballeros del Punto Fijo. Ciencia, política y aventura en la expedición geodésica hispanofrancesa al virreinato del Perú en el siglo XVIII*, Quito, Edic. Abya Yala, 1992.

Le Brum, Charles, *Retratos políticos de la revolución de España*, Filadelfia, s/e, 1826.

Martínez Garnica, Armando y Daniel Gutiérrez Ardila, editores, *Quién es quién en 1810. Guía de Forasteros del Virreinato de Santa Fe*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Martiré, Eduardo, "La política americana del Nuevo Régimen (1808-1810)", en Feliciano Barrios (coord.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas*, Vol. II, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Molás Ribalta, Pere, *Del Absolutismo a la Constitución. La adaptación de la clase política española al cambio de régimen*, Madrid, Silex Ediciones, 2008.

Monge, Celiano, *Relieves*, Quito, Edit. Ecuatoriana, 1935, en Germánico Salgado, "El perfil humano del ecuatoriano José Mejía Lequerica", en Varios, *Mejía en Cádiz. Estudios introductorios*, Quito, Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas, 1993.

Morelli, Federica, "Orígenes y valores del municipalismo iberoamericano", En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Vol. 9, N° 18, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

Moreno Gutiérrez, Rodrigo, "Reseña de la obra de José Portillo Valdés", en *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, Volumen 33, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Históricas, 2007.

Myers, Jorge, "El letrado patriota: los hombres de letras hispanoamericanos en la encrucijada del colapso del imperio español en América", en Carlos Altamirano, director, *Historia de los intelectuales en América Latina*, Madrid, Katz Editores, 2008.

Núñez Sánchez, Jorge, *El cataclismo de 1797*, Colección Todo es Historia N° 1, Quito, PPL Impresores, 1997.

_____, *Historias del País de Quito*, Quito, Edit. Eskeletra, 1ª Edic., 1999.

_____, "Las ideas políticas y sociales de José Mejía Lequerica", en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008.

Paladines Escudero, Carlos, *El movimiento ilustrado y la independencia de Quito*, Quito, Ediciones Fonsal, 2009.

Pereira Gamba, Benjamín, "Ecuatorianos ilustres. El Dr. José Mejía, en *El Iris*, entrega 6ª, Quito, Imp. del Pueblo, 5 de octubre de 1861.

Pérez Ledesma, Manuel, "Las Cortes de Cádiz y la sociedad española", en *Revista AYER*, N° 1, Bilbao, Publicación de la Asociación de Historia Contemporánea, 1991.

Pérez Pimentel, Rodolfo, *Diccionario Biográfico del Ecuador*, Tomo 4, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1987.

_____, *Diccionario Biográfico del Ecuador*, Tomo 9, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1995.

Ponce Leiva, Pilar, *Certezas ante la incertidumbre. Élite y cabildo de Quito en el siglo XVII*, Quito, Edic. Abya Yala, 1998.

Portillo Valdés, José, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispánica*, Madrid, Fundación Carolina – Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, Marcial Pons, 2006.

Rieu-Millán, Marie Laure, "Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz: Elecciones y representatividad", en *Revista Quinto Centenario*, N° 14-15,

JOSÉ MEJÍA LEQUERICA Y SUS IDEAS
DE IGUALDAD JURÍDICA Y POLÍTICA

Madrid, Departamento de Historia de América, Universidad Complutense, 1988.

_____, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Biblioteca de Historia de América, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990.

Rodríguez, Jaime E., *La Revolución política durante la época de la independencia*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso “Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)”, En *Revista de Derecho*, Vol. XX - N° 1, Valdivia-Chile, 2007.

Silva, Renán, “La crítica ilustrada de la realidad”, en Margarita Garrido, editora, *Historia de América Andina*, Vol. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Libresa, 2001.

Vásquez Hahn, María Antonieta, “El tiempo quiteño de José Mejía Lequerica”, en Jorge Núñez, et. al., *Mejía, portavoz de América*, Quito, Edic. Fonsal, 2008.

Villanueva, Joaquín Lorenzo, *Mi viaje a las Cortes*, Madrid, Imprenta Nacional, 1860.

Zúñiga, Neptalí, *Mejía, Mirabeau del Nuevo Mundo*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1947.

_____, *Montúfar. Primer presidente de América revolucionaria*, Quito, Taller Gráficos Nacionales, 1945.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN ELECTORAL EN EL ECUADOR

Santiago Machuca Lozano¹

Resumen

El presente trabajo hace una breve descripción de la forma como se realiza el control de constitucionalidad sobre las decisiones de la jurisdicción especializada en materia electoral en el Ecuador, a través de la acción pública de inconstitucionalidad y a través de la aplicación de garantías jurisdiccionales como la acción extraordinaria de protección y acción de protección. Se parte de una explicación teórico conceptual de la importancia de los derechos políticos, lo que significa el control de constitucionalidad, su importancia, los tipos más comunes y sus diferencias con el control de legalidad, para posteriormente centrarnos en el análisis sobre la viabilidad o efectividad de someter las decisiones de la jurisdicción contenciosa electoral, tanto al control de constitucionalidad como a la aplicación de ciertas garantías jurisdiccionales.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Introducción

Los derechos políticos son prerrogativas que tiene una persona que le permiten ejercer ciertas libertades para hacer posible su participación política en la vida institucional del Estado,² en este sentido, los derechos políticos no se agotan en el simple derecho al voto y a ser elegido, ya que estos derechos permiten otras facultades en el sistema democrático como por ejemplo la participación directa o indirecta de los individuos y colectivos en la formación de la voluntad estatal.

Es decir, los derechos políticos son aquellos atributos que hacen efectiva la participación de las personas dentro del Estado,³ y no solo son reconocidos para los ciudadanos nacionales, porque bajo ciertas condiciones específicas se los reconoce también a extranjeros, tal como lo señala el último inciso del artículo 61 de la Constitución de la República del Ecuador.

Los derechos políticos están reconocidos en amplios catálogos de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en donde se reconocen derechos como la libertad de asociación y reunión con fines políticos, el derecho al sufragio activo y pasivo, la participación y el acceso a cargos públicos.⁴ En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos dichos derechos se encuentran reconocidos a través de la Carta de la Organización de Estados Americanos -OEA-y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Carta de la OEA señala la importancia de la democracia representativa como la base para el ejercicio de los derechos políticos, y a través del ejercicio de estos garantizar otros tipo de derechos humanos, ya

2 Moreno, Jorge, *Estructura del Derecho Electoral Ecuatoriano*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010, p. 53.

3 Picado, Sonia, "Derechos Políticos como Derechos Humanos", en: Nohlen, Dieter (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 48

4 *Ibíd.*, pp. 53-54

que los gobiernos elegidos por votación popular son los que garantizan el cumplimiento de los derechos humano.⁵ En cambio, la Convención Americana de Derechos Humanos ha incluido en el reconocimiento de estos derechos una serie de derechos como el derecho al voto secreto, el derecho a elecciones auténticas y periódicas, el derecho a participar en el gobierno, el derecho al sufragio universal, y el derecho al desarrollo de éstos en igualdad de condiciones.⁶

La Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los derechos: 1) A la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o por sus representantes libremente elegidos; 2) a votar y a ser votado en sufragio universal, directo y secreto; y 3) a acceder a las funciones públicas de su país. El artículo 23 de la misma no solo reconoce una serie de derechos si no que establece la obligación de los Estados de garantizar todas las medidas necesarias para que una persona que sea titular de esos derechos pueda ejercerlos en una oportunidad real.⁷

Esta obligación que tiene el Estado, se traduce en la obligatoriedad de organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio de los derechos políticos, es decir, el establecimiento de aspectos organizativos e institucionales que permitan implementar el acceso y ejercicio a dichos derechos, ya que estos derechos no tiene eficacia por si solos, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin una estructura normativa, institucional, económica y humana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema ha manifestado lo siguiente:

5 Silva Adaya, Juan Carlos, "Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa", en: Nohlen, Dieter (comp.), *Tratado de Derecho Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 53-54.

6 *Ibid.*, p. 54.

7 Corte IDH, "Castañeda Gutman vs México", sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 184, 144.

... Desde el momento en que el artículo 23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención). (...) Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado...⁸

Ahora bien, independientemente de las características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, directo, secreto y libre), ni el derecho internacional ni la Convención establece una modalidad o un sistema electoral específico. La Convención se limita a establecer estándares mínimos para que los Estados libremente regulen el ejercicio de los derechos políticos, siempre y cuando en dicha regulación se respete los requisitos de legalidad, finalidad legítima, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad con los principios de la democracia representativa.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –COIDH– ha sido la encargada de realizar una amplia interpretación del contenido, alcances, importancia y restricciones de los derechos políticos. Sin embargo, en materia de derechos políticos, no existe mayor cantidad de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, básicamente la jurisprudencia en este tema se desarrolla a través de tres casos: YATAMA

⁸ *Ibíd.*, 156-157.

vs. Nicaragua de 23 de junio de 2005, Castañeda Gutman vs. México de 6 de agosto de 2008 y el reciente caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011. La mencionada jurisprudencia desarrolla la importancia de los derechos políticos en el contexto democrático de los Estados, el contenido y los alcances de estos derechos, los mecanismos y las formas de regulación, las excepciones para la restricción de los derechos políticos y la necesidad de dotarles a los mismos de garantías.⁹

Con respecto a la participación política, la Corte Interamericana señala que la misma puede incluir amplias y diversas formas y actividades que pueden desarrollarse de manera individual o de manera colectiva, así la participación política se centra en la elección del gobierno de un Estado o de las autoridades que dirigirán los asuntos públicos, la participación en la formación de la voluntad estatal a través de mecanismos de democracia directa (participación directa) y la participación en las funciones públicas bien sea por haber sido elegido por votación popular o haber sido designado.¹⁰

–La importancia de los derechos políticos

La importancia de los derechos políticos se debe a dos razones fundamentales: La primera es la relación de estos derechos con otros derechos como la libertad y la igualdad, ya que por ejemplo el derecho al sufragio activo y pasivo, supone que los ciudadanos puedan expresar libremente su voluntad en escoger al candidato de su elección o postularse como candidatos u ocupar cargos públicos en condiciones de igualdad sin ningún tipo de discriminación. De igual manera se relacionan con otros derechos como la libertad de expresión, de reunión y de asociación.¹¹

⁹ Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales”, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29275.pdf>.

¹⁰ Corte IDH, “Yatama vs Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 127, 196.

¹¹ *Ibíd.*, 197-200

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.¹²

La segunda razón, es que el ejercicio y desarrollo de los derechos políticos permite el fortalecimiento del institucionalidad del Estado y el pluralismo político permitiendo a su vez el fortalecimiento del sistema democrático, siendo este un parámetro relevante para los Estados que forman parte del sistema interamericano, toda vez que en nuestra región es constante la inestabilidad de las estructura institucionales y el debilitamiento del sistema de partidos y de la democracia representativa.¹³

La Corte Interamericana es del criterio que las personas, partidos políticos, las organizaciones o grupos que participan en la vida del Estado, y específicamente en los procesos electorales en una sociedad democrática, deben tener propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. La Corte también considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas a los partidos es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación.¹⁴

Aspectos a tomarse en cuenta para la regulación del ejercicio de los derechos políticos

En lo que se refiere a la regulación de los derechos políticos, si bien en el ordenamiento interno de los Estados no se puede establecer limita-

¹² Corte IDH, "Castañeda Gutman vs México", sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 184, 143.

¹³ Corte IDH, "Yatama vs Nicaragua", sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 127, 192.

¹⁴ *Ibid.*, 216-217.

ciones excesivas para el ejercicio de los derechos políticos, de manera que la reglamentación y las decisiones que adopte el Estado se conviertan en impedimentos para que las personas participen en la conducción del Estado, es necesario manifestar que, la Corte Interamericana es del criterio que estos derechos no son absolutos y por lo tanto la previsión y aplicación de requisitos para su ejercicio no constituyen per se una regulación indebida, siempre y cuando en esta regulación se cumplan con los requisitos de legalidad, finalidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática y necesidad de la medida restrictiva,¹⁵ y la misma sea compatible con el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas. Sobre las restricciones de los derechos por parte de los ordenamientos internos de los Estados, la Corte ha manifestado lo siguiente:

Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos. Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a in fine de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella...¹⁶

El primer requisito para la restricción del ejercicio de los derechos políticos es la legalidad, la cual exige que el Estado defina de manera precisa, mediante ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral. Sobre este requisito la Corte señaló lo siguiente:

¹⁵ *Ibíd.*, 204-206.

¹⁶ Corte IDH, "Castañeda Gutman vs México", sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 184, 174.

El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material...¹⁷

El segundo requisito para la restricción se refiere a la finalidad de la misma que será el sustento para justificar la restricción. El propio numeral 2 del artículo 23 señala que el ejercicio de los derechos políticos pueden ser limitados en razón de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o condena declarada por un juez competente en proceso penal. En cuanto a la finalidad de la medida restrictiva este artículo no establece ciertas limitaciones como causas legítimas o finalidades permitidas para regular este derecho, únicamente establece ciertos aspectos antes descritos, sin embargo las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del numeral 1 del artículo 23 de la Convención.¹⁸ La Corte sobre estas limitaciones que establece este artículo ha señalado:

[El] artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado...¹⁹

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., 180.

¹⁹ Ibid., 155.

El tercer requisito es la necesidad. La necesidad se refiere a que la medida restrictiva debe ser necesaria en una sociedad democrática de acuerdo al contexto social y política en el cual se la desea establecer. El requisito de necesidad debe a su vez tres sub requisitos: 1. Satisfacer una necesidad social imperiosa o interés público imperativo; 2. Inexistencia de otro medio idóneo que restrinjan en menor grado el derecho protegido; y 3. Perseguir un objetivo legítimo.²⁰

El primer sub requisito se refiere a la necesidad imperiosa, es decir, la restricción debe ser sumamente necesaria y debe responder a exigencias sociales y políticas que se presente en el medio social en el cual se desea establecer la restricción a los derechos políticos.

Como ejemplo de necesidades imperiosas que se han presentado en los distintos sistemas políticos, encontramos la necesidad de crear un sistema de partidos fuerte, la necesidad de organizar de mejor manera el proceso electoral en un país con una alta densidad poblacional en la que todos tendrían el mismo derecho a participar; la necesidad de fortalecer un sistema de financiamiento electoral público que permita asegurar el desarrollo de elecciones auténticas, libres y en igualdad de condiciones permitiendo el ejercicio de la fiscalización de los fondos utilizados en las campañas, etc.²¹

El segundo sub requisito se refiere, a la inexistencia de otro mecanismo idóneo que sea menos restrictivo, es decir, se debe encontrar siempre el mecanismo que restrinja en menor medida el derecho. Por lo tanto, se debe analizar una serie de alternativas para regular el derecho que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria a la Convención y precisar su mayor o menor grado de lesividad.²²

Para finalizar, tercer sub requisito se refiere a si la medida se ajusta al logro del objetivo legítimo perseguido, en atención a lo anteriormente

²⁰ *Ibíd.*, 185-186.

²¹ *Ibíd.*, 187.

²² *Ibíd.*, 194.

mencionado, y si por el contrario no provocó efectos adversos a los que se buscaban con la medida restrictiva.²³

La protección de los derechos políticos en base al desarrollo de una garantía jurisdiccional desde el año 2008 en el Ecuador

En el diseño institucional reconocido por la Constitución del 2008, se concibió la idea de una Función Electoral dividida en dos organismos: Uno, el Consejo Nacional Electoral –en adelante CNE– que sería el encargado de organizar, dirigir y desarrollar los procesos electorales (desde la convocatoria a elecciones hasta la proclamación de los resultados) así como de otros aspectos relacionados con la inscripción y control de las organizaciones políticas y del gasto electoral; y el otro, el Tribunal Contencioso Electoral –en adelante TCE–, el cual se encargaría de conocer los recursos como reclamos, impugnaciones y apelaciones de los sujetos políticos que se realicen en contra de las decisiones del CNE, así como de los asuntos litigiosos dentro de las organizaciones políticas y de conocer y juzgar las infracciones a las leyes electorales.

Es decir, por un lado, un órgano que administre, y por otro lado, un órgano que controle y ejerza jurisdicción sobre los actos que emanan del órgano administrativo (CNE), pero única y específicamente en temas y asuntos relacionados a materia electoral, es decir, todo lo relativo al sufragio activo y pasivo, control de organizaciones políticas, control de gasto electoral, infracciones electorales y asuntos litigiosos internos dentro de las organizaciones políticas.

Aquí cabe una diferenciación, un asunto netamente administrativo como por ejemplo, un tema relacionado con la inconformidad de un servidor público del CNE sobre un sumario administrativo o sobre la emisión de la resolución que otorga un nombramiento definitivo no son asuntos de competencia del TCE, sino de la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir de la jurisdicción ordinaria, ya que el TCE se constituye en una jurisdicción especializada en materia electoral, es

²³ *Ibíd.*, 203.

decir, especializada en el conocimiento de actos administrativos pero exclusivamente en materia electoral.

Desde el nacimiento del TCE se cuestionó la necesidad de crear un organismo cuyo trabajo se justifique solo en determinados períodos de tiempo, ya que únicamente tendría una fuerte carga de trabajo en épocas y períodos electorales (comprendido entre el llamado de elecciones y la proclamación de los resultados), mientras que el resto de tiempo su accionar sería mínimo y hasta nulo. Los que afirmaban esta idea defendían el hecho de que este rol bien lo podría seguir cumpliendo el órgano administrativo –CNE– como ya había venido sucediendo desde 1945 hasta el 2008, o bien, que esta actividad podría encargársela a un órgano de la Función Judicial como la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.²⁴

Sin embargo, en el diseño institucional se impuso la lógica de la relación indisoluble entre derecho y garantía, que en este caso se traducía en la necesidad de dotarles a los derechos políticos de una garantía jurisdiccional, que a su vez suponía la necesidad de crear un organismo especializado no administrativo con el carácter de jurisdiccional para la tutela y protección de los derechos políticos. Es decir, garantizar la tutela de los derechos políticos a través de las decisiones emitidas por jueces especializados, tomadas dentro y en virtud de un proceso en el que se desarrollen todas las garantías del debido proceso.

La lógica de la relación indisoluble entre derecho y garantía es producto de la corriente del garantismo que proviene de las escuelas del constitucionalismo contemporáneo, específicamente del neo constitucionalismo, que pregona que la existencia del derecho no se supedita a la existencia de un instrumento o herramienta para la protección del derecho, llamado garantía.²⁵ Esta idea se contrapone, a los postulados

²⁴ Noguera Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en: Ávila Santamaría; Ramiro (eds.), *Desafíos Constitucionales La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 133-158.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías La ley del más débil*, México, Editorial Trotta, 2001, p. 41

de las escuelas del positivismo decimonónico, que defendían el hecho de que un derecho existe plenamente en la medida de que existe un instrumento para pedir su exigibilidad.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia ha reafirmado esta teoría en materia de derechos políticos, puesto que ha realizado una amplia interpretación del alcance, contenido y restricciones de los derechos políticos, señalando que estos derechos son fundamentales para la democracia y el pluralismo político. En este sentido, a estos derechos se los debe dotar de las más efectivas garantías jurisdiccionales para su cabal acceso, desarrollo y protección y cuyo ejercicio debe sujetarse a las normas y principios del debido proceso.

Ahora bien, otro de los avances que se consiguen con la expedición de la Constitución del 2008, es el hecho de que las decisiones de los jueces y tribunales, tomadas dentro de la tramitación de procesos jurisdiccionales en la justicia ordinaria como en la justicia constitucional, se sometan al control de constitucionalidad para garantizar que estas decisiones se encuentren conformes al texto de la Constitución y respeten los derechos de las partes procesales.

Antes de la Constitución del 2008, las decisiones del máximo órgano de administración de justicia ordinaria denominado Corte Suprema de Justicia no podían ser revisadas por la justicia constitucional. Ahora, con la creación de la acción extraordinaria de protección, las decisiones jurisdiccionales de la actual Corte Nacional de Justicia bien pueden ser impugnadas cuando se alegue la violación de un derecho constitucional como los relativos al debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. En esa misma lógica, las decisiones de un nuevo órgano jurisdiccional especializado (en este caso en materia electoral) no podrían quedarse al margen de dicho control de constitucionalidad.

Control de constitucionalidad y control de legalidad

—Control de constitucionalidad: Importancia, concepto y tipos más comunes

La Constitución formal y material garantiza su eficacia de la mano del principio de supremacía constitucional y el de fuerza normativa de la norma constitucional. Por Constitución formal, entenderemos al conjunto de las disposiciones normativas contenidas en el texto constitucional y que mandan, prohíben, permiten o regulan los órganos e instituciones que conforman la estructura del Estado. En cambio, por Constitución material, entenderemos los derechos, principios y valores que están reconocidos en la Constitución de la República.

En tanto que, el principio de supremacía constitucional consiste en que las disposiciones formales y materiales contenidas en la norma constitucional adquieren el rango de jerarquía suprema en todo el ordenamiento jurídico, es decir, la norma constitucional jerárquicamente viene a ser superior y prevalece por sobre todas las otras normas que integran el ordenamiento jurídico como las leyes y los actos normativos.

Al referimos a actos normativos nos referimos a las normas expedidas por órganos de la administración pública (es decir órganos en ejercicio de la función administrativa en un sentido funcional) en virtud de la capacidad normativa que solo la ley les puede otorgar a dichos órganos. Lamentablemente, los distintos y variados nombres que se les ha dado a dichas normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano (decretos, resoluciones, normas técnicas, acuerdos, normas para viabilizar el ejercicio de las competencias, ordenanzas, etc.), incluso por parte del legislador, ha sido de manera arbitraria ya que estas normas cumplen una misma función reglamentaria (reglamentos).²⁶

²⁶ Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, en: *Foro. Revista de Derecho*, No 13, Quito, 2010, pp. 29 41.

Por el principio de supremacía constitucional estas normas de jerarquía infra constitucional (leyes y actos normativos) están supeditas a guardar coherencia y armonía con las disposiciones materiales y formales de la Constitución, por lo que serán nulas y sin ningún valor cuando estas contravengan las mismas.

Finalmente, el principio de fuerza normativa de la norma constitucional significa que las disposiciones contenidas en la norma constitucional son susceptible de ser aplicadas directamente y de forma autónoma, sin que su exigibilidad pueda estar condicionada a un desarrollo normativo secundario y en caso de ser inobservadas e inaplicadas puede su cumplimiento ser exigido de forma coercitiva a través de las distintas modalidades de control constitucional.²⁷

Ahora bien, el control de constitucionalidad se traduce en un conjunto de mecanismos jurídicos que hacen viable y efectivo el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la norma constitucional, en el sentido, que permite garantizar que las normas infra constitucionales guarden armonía y coherencia con las disposiciones contenidas en la norma constitucional, y por lo tanto que la aplicación de la norma constitucional sea de obligatorio cumplimiento. Para Carlos Bernal Pulido el control de constitucionalidad es:

*una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales. Es un mecanismo contra mayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno...*²⁸

Aceptar la necesidad de un control de constitucionalidad trae consigo el reconocimiento de que existen órganos en el ordenamiento jurídico encargados de hacer posible este control (Corte Constitucional) y de

²⁷ Guerrero del Pozo, Juan Francisco, "Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", disponible en: http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf, 9 de octubre de 2015.

²⁸ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 29.

que el constitucionalismo está vinculado íntimamente con la democracia, la protección de los derechos de las personas, pueblos y colectivos y el funcionamiento de los mecanismos de la democracia representativa.²⁹

En la doctrina del derecho constitucional encontramos distintos tipos o formas de realizar el control de constitucionalidad, sin embargo se hacen mención a las cuatro más importantes y que guardan relación con el objetivo de este trabajo. Los tipos de control de constitucionalidad más comunes³⁰ están divididos en dos categorías: 1) Por el órgano que realiza el control; y 2) por si el control es lo principal en un proceso judicial o si está supeditado dentro la resolución de una causa.

En la primera categoría están el control concentrado, el control difuso y el control mixto. El control concentrado es el control de constitucionalidad que lo realiza únicamente un solo órgano dotado de competencia para hacerlo, es el caso de los órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional como los tribunales o cortes constitucionales, aunque en algunos ordenamientos jurídicos este tipo de control lo realizan órganos dentro la jurisdicción ordinaria como la sala de lo constitucional de una corte suprema o alguna magistratura especializada dentro órgano judicial común.

En este tipo de control existe un solo intérprete de la Constitución, que es el que decide si una norma legal o un acto normativo es inconstitucional y por lo tanto tendría que ser expulsado del ordenamiento jurídico.³¹ En nuestro país el control concentrado está en manos de la Corte Constitucional.

El control difuso consiste en que dicho control no solo está encomendado a un órgano competente, sino que se lo encomienda a todos los jueces y juezas que integran el sistema judicial y a los órganos que tie-

²⁹ Ibid. p. 33.

³⁰ Véase, Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

³¹ Ibid. pp. 859-861.

nen potestad jurisdiccional reconocida por la Constitución. La Constitución de 1998 daba la facultad a jueces o tribunales para declarar la inaplicabilidad de una norma por considerarla inconstitucional en el caso concreto.³² Este tipo de control estuvo vigente hasta el 2008, año en el que se aprobó la nueva Constitución.

Finalmente, el control mixto se da cuando en un mismo ordenamiento jurídico se aplica tanto el control concentrado como el control difuso. Los efectos del control concentrado son *erga omnes*, es decir, se aplican en términos abstractos y generales para todas y todos, en cambio, los efectos del control difuso son *inter partes*, es decir, para las partes procesales que intervienen en la tramitación de la causa. Como se manifestó anteriormente, la Constitución del 2008 eliminó la posibilidad de un control difuso por parte de los jueces, ya que ordenó que en el caso de duda sobre la constitucionalidad en la aplicación de una norma, los jueces deberán remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional sin permitir la inaplicación de la norma en cuestión.³³

En la segunda categoría, en cambio, están el control abstracto y el control concreto. El control abstracto es el que se realiza observando una norma legal o un acto normativo (reglamento, ordenanza, decreto) sin considerar sus efectos en un caso particular o concreto, sino que se considera en su abstracción y generalidad para determinar si está conforme con la Constitución.

El control de constitucionalidad abstracto es una garantía que permite que todos los actos de los poderes públicos guarden concordancia con las disposiciones constitucionales formales y materiales. Es decir no solo busca determinar si fueron dictados por la autoridad competente encargada de hacerlo y de acuerdo al procedimiento establecido, sino también disponer que no se restrinjan el acceso, goce, ejercicio y desarrollo de los derechos de las personas y colectivos.³⁴ De esta manera,

³² *Ibíd.* pp. 858-859.

³³ Artículo 428 de la Constitución de la República, disponible en: www.corteconstitucional.gob.ec

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 31 y 32

al garantizar la supremacía de la Constitución, se garantiza también la supremacía de los derechos de las personas, pueblos y colectivos por sobre toda norma o acto de poder.

El desarrollo del control de constitucionalidad abstracto implica reconocer que el trabajo del legislador (y de las autoridades al frente de los órganos que ejercen función administrativa con capacidad normativa) no siempre es el correcto y puede ser perfectible al ajustar el contenido de la ley y de los actos normativos a la pluralidad de valores e intereses reconocidos en la Constitución.³⁵ El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.

La forma más habitual de realizar el control abstracto es a través de la acción pública de inconstitucionalidad reconocida en el artículo de la 436 numeral 2 de la Constitución de la República y cuyo trámite está regulado en los artículos 74 al 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. También se realiza control abstracto a través de los dictámenes de constitucionalidad en los proyectos de enmienda y reforma constitucional, decretos de estados de excepción, convocatorias a consultas populares y de los estatutos de autonomía.

En cambio, el control concreto se da de manera incidental dentro de un proceso, pues en lo principal en la causa se decide sobre las pretensiones del actor y las excepciones del demandado a través de una sentencia.³⁶ En el control concreto de constitucionalidad se valoran los efectos de una norma legal o un acto normativo sobre un caso particular específico.

³⁵ Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 211-213.

³⁶ Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 862.

El control concreto bien puede darse en la forma de control difuso en cualquier causa al decidir la inaplicabilidad de un precepto que tiene incidencia en el proceso por ser contrario a la Constitución. Aunque también puede darse en el caso de modalidad de control concentrado, cuando los jueces si bien no pueden inaplicar los preceptos que estiman inconstitucionales, elevan en consulta al órgano con competencia para dirimir sobre la constitucionalidad. En el primer caso la inaplicabilidad no invalida la norma jurídica, pero se torna ineficaz en el caso concreto; en el segundo caso, la decisión del órgano constitucional producto del caso elevado en consulta tiene efectos erga omnes bien sea al declarar la inconstitucionalidad de la norma o del acto normativo o al ordenar su aplicación.³⁷

Otras formas de control concreto se dan a través de las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución de la República y reguladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (Habeas Corpus, Habeas Data, Acción de Protección, Acción de Medidas Cautelares, Acción Extraordinaria de Protección, Acción de Acceso a Información Pública, Acción de Incumplimiento de Norma, Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales), en la medida que permiten la tutela y reparación de los derechos de las personas, pueblos o colectivos en un caso concreto determinado³⁸ y de esta manera garantizan el cumplimiento y la protección de la Constitución material. Para el caso materia de este análisis, nos referiremos a dos de ellas, la acción de protección y la acción extraordinaria de protección.

La acción de protección se puede interponer cuando exista omisión o vulneración de derechos por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. También se puede interponer contra: 1. Políticas públicas cuando supongan privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; 2. Contra particulares si la violación del derecho provoca daños graves, si presta servicios públicos impropios, si actúa

³⁷ Ibid., p. 862-863.

³⁸ Corzo Sosa, Edgar, "El control de constitucionalidad en materia electoral", en Jesús Orozco (comps.), *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 955.

por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.³⁹

Los jueces ordinarios de primera instancia del lugar donde se cometió la vulneración del derecho son competentes para conocer estas acciones, cuyas decisiones son apelables ante la respectiva Corte Provincial de Justicia.⁴⁰

La acción extraordinaria de protección, por su parte, tiene como finalidad la tutela de los derechos que hayan sido vulnerados en sentencias, resoluciones o autos definitivos jurisdiccionales, específicamente los derechos relativos al debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.⁴¹ Esta acción se presenta ante la misma judicatura que dictó la decisión que pone fin al proceso, quien ordena remitir la sentencia a la Corte Constitucional.⁴²

La acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a acciones y omisiones de los jueces. La acción extraordinaria de protección no es una nueva instancia en donde las partes procesales pueden acudir y hacer valer sus pretensiones ante la inconformidad de resoluciones o fallos de instancias inferiores o sobre la inconformidad; por el contrario, tiene como único fin la consecución de un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la sujeción a la Constitución.⁴³

39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, R.O.S del 22/10/2009, Art. 39-40.

40 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, R.O.S del 22/10/2009, Art. 7-8.

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, R.O.S del 22/10/2009, Art. 58.

42 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, R.O.S del 22/10/2009, Art. 62.

43 Bustamante Romoleroux, Francisco José, "La acción extraordinaria de protección", en Benavides Ordoñez, Jorge, y (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 149.

–Control de constitucionalidad y control de legalidad.

Como preámbulo en el desarrollo de este subtema es necesario hacer tres consideraciones previas: La primera, que la concepción clásica del principio de legalidad se refiere al hecho de que la ley, cualesquiera que fuera su contenido, tiene que ser respetada por los demás órganos del poder público y por las personas, estando los jueces obligados a aplicarla *prima facie*;⁴⁴ la segunda, que la interpretación de la ley difiere de la interpretación de la Constitución, no solo por una razón de grado al tener la Constitución disposiciones generales, sino también por una razón de cualidad, ya que las inconcreciones de la Constitución a diferencia de las inconcreciones de la ley, no pueden ser solucionadas o descifradas acudiendo a otra norma superior para resolverlas;⁴⁵ y, la tercera, que la eficacia de la norma legal tiene que ver con su aplicación real y efectiva por parte de los destinatarios y de los órganos encargados de hacerla cumplir y de sancionar las infracciones a la misma.⁴⁶

Justamente el control de legalidad permite asegurar el respeto a la ley sujetando la actividad del Estado al ordenamiento jurídico existente, garantizando que los órganos e instituciones del Estado funcionen adecuadamente y hagan lo que les corresponde dentro del marco de sus competencias.⁴⁷ En este sentido, les corresponde a los jueces ordinarios en las distintas materias el control de legalidad como mecanismo para asegurar el respeto al principio de legalidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado, a través de su jurisprudencia, que la naturaleza de las garantías jurisdiccionales se limita a la tutela y protección de los derechos de las personas,

44 Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 841.

45 Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, disponible en: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/aragon_reyes.pdf, 10 de octubre de 2015.

46 Gardais Ordarza, Gabriela. “El control de la legalidad y la eficiencia y la eficacia como principios jurídicos fiscalizables”, disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/511>.

47 *ibíd.*

pueblos y colectivos y del debido proceso, por lo tanto, los conflictos que se generen por errónea o mala interpretación de las normas infra constitucionales no pueden ser objeto del análisis por parte de la justicia constitucional, a través de garantías constitucionales y obviamente a través del control abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, los conflictos derivados de los asuntos de mera legalidad exceden los ámbitos de lo constitucional y tienen las vías judiciales idóneas para ser resueltas.⁴⁸

No obstante, si bien el ámbito de legalidad no puede ser tratado en el ámbito de la constitucionalidad, el ámbito de la constitucionalidad en materia de protección de derechos bien puede ser tratado y asumido desde el control de legalidad que realizan los jueces ordinarios, en la medida de que al garantizar el respeto al principio de legalidad, indirectamente se están garantizando los derechos contenidos y desarrollados en la ley que no es otra cosa que una garantía normativa.

De igual manera, el nuevo ordenamiento constitucional les otorga a todos los jueces y tribunales la categoría de garantes de los derechos de las personas, pueblos y colectivos, ya que se encuentran en mejores condiciones de concretar tales derechos y en la obligatoriedad de interpretar el ordenamiento de conformidad con la Constitución integrada por valores, principios y derechos.

El control de legalidad y constitucionalidad en el Ecuador sobre las decisiones de la jurisdicción electoral.

—Control de legalidad en la jurisdicción electoral

En materia electoral el control de legalidad de los actos que emanan del órgano administrativo en materia electoral (Consejo Nacional Elec-

⁴⁸ Andrade Quevedo, Karla, "La acción de protección de protección desde la jurisprudencia constitucional", en Benavides Ordoñez, Jorge y (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pp. 126-128.

toral) le corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional especializado en materia electoral denominado Tribunal Contencioso Electoral, que si bien no pertenece a la función judicial tiene todas las características de un órgano con potestad jurisdiccional y ante el cual se pueden plantear una serie de recursos contencioso electorales.⁴⁹

Como manifestamos anteriormente, al realizar el control de legalidad de los actos que emanan del órgano administrativo en materia electoral indirectamente se tutelarían los derechos políticos, es decir, la competencia del juez contencioso electoral se enmarcaría en la tutela y protección de los derechos políticos a través del conocimiento de los recursos contencioso electorales reconocidos en el Código de la Democracia. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que el control de constitucionalidad no puede estar limitado a los procesos judiciales diseñados para la jurisdicción ordinaria, sino a través de la existencia de recursos adicionales rápidos y sencillos que garanticen y reparen el derecho sin estar supeditados a un control de legalidad.

—Control de constitucionalidad en la jurisdicción electoral

Ahora bien, en primer lugar, hay que referirnos al control abstracto de constitucionalidad, específicamente a través de una acción pública de inconstitucionalidad. La acción pública de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona natural o jurídica, de manera individual o colectiva. En materia electoral no existe mayor variación o dificultad de lo que sucede en otras materias comunes, es decir, procede la acción pública de inconstitucionalidad en contra de normas legales que regulen aspectos electorales y en contra de actos normativos emanados de los dos órganos de la Función Electoral -CNE y TCE- tanto en materia electoral como en materia administrativa.

La única observación respecto a este tipo de control, es lo señalado en el segundo inciso del artículo 117 de la Constitución de la República,

⁴⁹ Véase, Machuca Lozano, Santiago Esteban, *La relación entre justicia constitucional y justicia electoral en el Ecuador*, Quito, PPL-impresores, 2015.

que se refiere al caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición que afecte el desarrollo del proceso electoral. Este artículo señala lo siguiente:

Se prohíbe realizar reformas legales en materia electoral durante el año anterior a la celebración de elecciones. En caso de que la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición afecte el normal desarrollo del proceso electoral, el Consejo Nacional Electoral propondrá a la Función Legislativa un proyecto de ley para que esta lo considere en un plazo no mayor de treinta días; de no tratarlo, entrará en vigencia por el ministerio de la ley.

Respecto del contenido del texto de este artículo es necesario hacer algunas consideraciones:

Esta norma contiene una serie de imprecisiones, en este sentido, no se entiende a qué se refiere el legislador constituyente con la expresión *“declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición”*, es decir no se sabe si es la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición legal o de una disposición contenida en algún acto normativo, sin embargo, ante esta situación se le da la posibilidad al CNE de que enmiende lo ocurrido presentando un proyecto de ley. De igual manera, no se precisa quién califica o cómo se determina que la declaratoria de inconstitucionalidad *“afecte el normal desarrollo del proceso electoral”*.

La disposición constitucional del segundo inciso del artículo 117 crea un tercer procedimiento legislativo con un plazo para su tramitación distinto al establecido en el procedimiento legislativo ordinario y en el procedimiento legislativo en materia de proyectos de ley de urgencia económica, sin embargo, este tercer procedimiento legislativo creado por mandato de la norma constitucional no está regulado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

No se determina en qué período de tiempo se aplicará el segundo inciso del artículo 117 de la Constitución, es decir, no se especifica si esto se

aplicará en el período de tiempo comprendido en un año antes a la fecha de las elecciones, o si será aplicado cuando esta situación se presente en el período o época electoral. El período electoral, época electoral o proceso electoral es el lapso de tiempo que está comprendido entre el llamado a la elecciones que realiza el CNE hasta la proclamación de resultados oficiales que realiza el mismo organismo después de que se han evacuado todos los recursos contencioso electorales por parte del TCE.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al control concreto de constitucionalidad, es necesario hacer mención a la posibilidad y viabilidad práctica de interponer acciones extraordinarias de protección y acciones de protección en materia electoral. En lo que respecta a la acción extraordinaria de protección, hay que señalar que la presentación de estas sobre las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral es improcedente. El artículo 62 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala lo siguiente:

La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dicto la decisión definitiva; este ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión en término de 10 días verificará lo siguiente: (...) 7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales...

Frente a esta disposición legal hay que analizar dos elementos: El primero se refiere a la improcedencia de la acción extraordinaria de protección sobre las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral, emitidas como producto de la tramitación de recursos contencioso electorales o del conocimiento y juzgamiento de infracciones electorales, durante los procesos electorales o mientras dure el período o la época electoral. En este período de tiempo las acciones extraordinarias de protección sobre estas resoluciones no serían admitidas a trámite por mandato expreso de la ley.

El segundo elemento en cambio se refiere a la consecuencia de presentar una acción extraordinaria de protección en época electoral. El solo planteamiento de esta acción podría acarrear sanciones al accionante en virtud de lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que señala que cuando la acción extraordinaria de protección fuese interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos respectivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione al abogado patrocinador, de acuerdo a lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial.

En lo que se refiere a la interposición de una acción de protección en materia electoral, la situación no es distinta. En el caso de que se plante una acción de protección en contra de las resoluciones del contencioso electoral, esta igualmente sería improcedente, ya que al tener las resoluciones del TCE el carácter de resoluciones judiciales, no cabría esta posibilidad en virtud de lo que dispone artículo 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala: *“La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de autoridad pública no judicial que viole o haya violados los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio...”*

Sobre los actos administrativos en materia electoral expedidos por el CNE tampoco se podría interponer una acción de protección ya que se tienen que agotar todas las vías judiciales, y en este caso particular el numeral 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala que no procede dicha acción cuando los actos del CNE puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En este tema ya existe un antecedente que es recogido por la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral,⁵⁰ ya que dentro de la causa Nro. 80-2009-TCE el juez del TCE procedió a sancionar a un juez ordinario que conoció una acción de protección sobre un acto administrativo de un órgano desconcentrado del CNE. El juez contencioso

50 Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, causa No. 361-2009-TCE.

electoral declaró al TCE como máximo órgano de administración de justicia en materia electoral en época de elecciones.

Según dicha sentencia el Tribunal es competente para conocer todo lo relacionado con la garantía de los derechos políticos y de participación democrática, asumiendo la competencia privativa de conocer sobre la legalidad y constitucionalidad en asuntos sobre materia electoral. Además el juez del TCE declaró incompetente a los jueces ordinarios de conocer acciones de protección contra los actos de la función electoral, ya que los consideraría como una intromisión en el proceso de elecciones sancionado por la Ley Orgánica de Elecciones (vigente en ese momento) con destitución del cargo y pérdida de los derechos políticos.⁵¹

⁵¹ Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, causa No. 80-2009-TCE

Bibliografía

- Andrade Quevedo, Karla, “La acción de protección de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en Benavides Ordoñez, Jorge y (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, disponible en: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/aragon_reyes.pdf, 10 de octubre de 2015.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, en: *Foro. Revista de Derecho*, No 13, Quito, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bustamante Romoleroux, Francisco José, “La acción extraordinaria de protección”, en Benavides Ordoñez, Jorge, y (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Constitución de la República del Ecuador, disponible en: www.corteconstitucional.gob.ec
- Corte IDH, “Castañeda Gutman vs México”, sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 184.
- Corte IDH, “Yatama vs Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, Serie C, No. 127.
- Corzo Sosa, Edgar, “El control de constitucionalidad en materia electoral”, en Jesús Orozco (comps.), *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

- Dalla Vía, Alberto Ricardo, "Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales", disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tas-blas/r29275.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías La ley del más débil*, México, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Gardais Ordarza, Gabriela. "El control de la legalidad y la eficiencia y la eficacia como principios jurídicos fiscalizables", disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/511>.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco, "Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", disponible en: http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf, 9 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, R.O.S del 22/10/2009.
- Machuca Lozano, Santiago Esteban, *La relación entre justicia constitucional y justicia electoral en el Ecuador*, Quito, PPL-impresores, 2015.
- Moreno, Jorge, *Estructura del Derecho Electoral Ecuatoriano*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- Noguera Fernández, Albert, "Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social", en: Ávila Santamaría; Ramiro (eds.), *Desafíos Constitucionales La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones
- Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Picado, Sonia, “Derechos Políticos como Derechos Humanos”, en: Nohlen, Dieter (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Silva Adaya, Juan Carlos, “Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa”, en: Nohlen, Dieter (comp.), *Tratado de Derecho Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, causa No. 361-2009-TCE.

Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, causa No. 80-2009-TCE

LOS DERECHOS GENERACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008: CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

Caetano Cisneros¹

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar los Derechos Humanos de la Tercera Generación y su incidencia positiva en la Constitución Política del Ecuador, del 2008, partiendo de la comprensión objetiva y la realidad jurídica que ha permitido su aplicación en la norma suprema del Estado.

En aras de comprender mejor los derechos de la tercera generación voy a mostrar una selección de textos de varios tratadistas donde se hace alusión a los derechos de la primera y segunda generación, su evolución desde el contexto internacional de la declaración de los derechos humanos en 1948 y porque existe esa división de generaciones cuando la universalidad de los derechos es un hecho que nace en la historia misma del hombre desde sus primeros pasos sobre la tierra.

¹ Catedrático de Sociología del Derecho y Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Los valores que emanan de la constitución del 2008 revisten de grandeza a la libertad, igualdad, justicia, solidaridad, equidad y progreso de nuestra nación, y posibilitan el direccionamiento de la sociedad.

Probablemente después de la revisión que haré todavía quede mucho por investigar en los aspectos jurídicos sociales ya que la negligencia del hombre ha hecho que las violaciones constantes a los postulados de pensadores que materializaron sus pensamientos en 1789 sigan reincidiendo en la conducta humana. El espíritu de la norma sigue vigente en la correcta aplicación de los derechos de tercera generación en consideración a nuestra primera Constitución que ha cumplido 147 años de vigencia y que está inspirada en todos los héroes reconocidos históricamente o a todos y todas los hombres y mujeres que diariamente hacen patria.

Breve análisis histórico de los Derechos Humanos

Desde el contexto histórico sociológico jurídico del desarrollo y evolución de los pueblos, la interpretación y la aplicación de los derechos humanos ha sido siempre el resultado de la dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo.

En la inscripción encontrada en el cilindro de Ciro descubierta por Hormiz Rassam en el año 1789 y que actualmente lo podemos encontrar en el Museo Británico está la evidencia más antigua de la primera declaración de los derechos humanos.

La intervención humanitaria que realizó el Rey de Persia en Babilonia al conocer sobre los problemas políticos-religiosos que vivía el pueblo Mesopotámico y la liberación de todos los esclavos, brindándoles las facilidades para que retornen a su patria como es el caso de la diáspora de 50.000 judíos, en evidente contradicción a las normas establecidas por los pueblos conquistadores de sometimiento, opresión, explotación o erradicación de los pueblos conquistados, así como de sus territorios,

denotan el alcance y magnitud de la naturaleza de los derechos humanos en las personas por el solo hecho de existir y la obligación de los Estados de reconocer sus derechos en función de su legitimidad dentro de las diversas expresiones de sociedades jurídicamente estructuradas. Ahora bien, *Ciudadano* entendió que jurídicamente el positivismo era darles a las personas la categoría de seres humanos reivindicando sus derechos.

Desde el enfoque jurídico social las posiciones naturalistas y positivistas de los filósofos y juristas han sido objeto de infinitas modificaciones y su correcta aplicación ha estado supeditada a muchos casos significativos, esto se ha dado a medida que el hombre en su incansable lucha por la igualdad ha reivindicado sus derechos que se han ido plasmando poco a poco en cada una de las generaciones de derechos humanos que hoy en día conocemos.

Grandes juristas han dado definiciones muy acertadas y fáciles de comprender pero nos basaremos a la definición proporcionada por la Organización de Naciones Unidas la cual los define como:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos Humanos universales se encuentran garantizados a través de los tratados, convenios, los principios generales del Derecho. El Derecho Internacional da el carácter de obligatorio el fiel cumplimiento y defensa de los Derechos Humanos a los gobiernos a fin de promover la libertad de los ciudadanos.

Los Derechos Humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. La denominada *Tres Generaciones* es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del

orden jurídico normativo de cada país. Su división sigue las nociones centrales de las tres frases que fueron la divisa de la revolución francesa, Libertad, igualdad, fraternidad. La división de los derechos humanos en tres generaciones, fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. El término fue utilizado desde, al menos, noviembre de 1977. Las teorías de Vasak tenían sus raíces sobre todo en la legislación europea, ya que reflejaban principalmente los valores europeos.²

La primera generación incluye los derechos civiles y políticos. Estos derechos fueron los primeros en ser reconocidos legalmente a finales del siglo XVIII, en la Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa, los mismos que buscaban proteger la libertad que tanto les había costado conseguir, puesto que para ello miles de hombres tuvieron que teñir con sangre la historia.

Al seguir transitando por los momentos históricos que han marcado la vida jurídica política de los seres humanos, nos trasladamos hacia finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, donde se reconoce los derechos de segunda generación, los mismos que recogen los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos fueron poco a poco fomentándose en las legislaciones de todos los países del mundo con el fin de conseguir una igualdad real entre las personas ofreciendo a todos las mismas oportunidades para que puedan desarrollar una vida digna. Su función consiste en promover la acción del Estado para garantizar el acceso de todos a unas condiciones de vida adecuadas. Algunos derechos de segunda generación son: el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, etc. Con ello aparece de manera conjunta el concepto de protección social, por lo tanto el Estado prioriza la tutela de ciertos derechos fundamentales con el fin de dar una un mayor ámbito de aplicación en hechos o actos que afectan la seguridad económica y el bienestar de los individuos y sus familias.

² Vasak Karel, *"Las dimensiones internacionales de los derechos humanos"*, Francia 199, pag. 77.

Con ello al parecer se entendía que todas las necesidades estaban cubiertas por los derechos humanos que hasta esa fecha se habían desarrollado y establecido, pero nadie puede predecir de manera cierta el futuro y el mundo. En un abrir y cerrar de ojos el fenómeno de la globalización empezó a cambiar de una manera muy acelerada las dinámicas sociales de las grandes urbes. El progreso acelerado de la tecnología facilitaron la vida de la población pero con ello también vinieron nuevos retos para la humanidad. En un contexto histórico podemos hablar de la aparición de la Globalización, la cual es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como *“Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos”*.³ Pero esta nueva idea, según Rüdiger Safranski, destaca que la globalización se desata a partir de la explosión de la bomba atómica en Hiroshima en 1945 y nace una comunidad global unida ante el terror del holocausto nazi. Entre otros datos históricos también se asocia el inicio de la globalización con la invención del chip (12 de septiembre de 1958), la llegada del hombre a la Luna que coincide con la primera transmisión mundial vía satélite (20 de julio de 1969), o la creación de Internet (1 de septiembre de 1969). Pero en general se ubica el comienzo de la globalización con el fin de la Guerra Fría, cuando desaparece la Unión Soviética y el bloque de países comunistas que encabezaba, cuyo experimento fallido de colectivismo representaba el ocaso de los proyectos de sociedades cerradas y economías protegidas. Si bien la autodisolución de la Unión Soviética se produjo el 25 de diciembre de 1991, se ha generalizado simbolizarla con la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989.

Con cada uno de los avances del ser humano, también se han generado dificultades, el cambio es una frase que escuchamos a diario y nos imaginamos un horizonte muy colorido en el cual las desigualdades se han superado y caminamos hacia un estado de bienestar. Existen muchos

3 Real Academia de la Lengua Española, GLOBALIZACIÓN, <http://dle.rae.es/?id=JFCXgoZ>, (consultado 25 de Abril del 2017).

obstáculos que opacan este futuro tan brillante y frente a esto aparecen los Derechos Humanos de Tercera Generación los cuales se han ido incorporando a la legislación de los diversos países del mundo a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Pretenden fomentar la solidaridad entre los pueblos y las personas de todo el mundo. Su función es la de promover unas relaciones pacíficas y constructivas que nos permitan afrontar los nuevos retos a los que se enfrenta la Humanidad. Entre los derechos de tercera generación podemos destacar los siguientes: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente limpio que todos podamos disfrutar. En este trabajo nos vamos a centrar en especial en esta generación de derechos.

Los Derechos Humanos de tercera generación, aparecen para complementar los derechos que ya se habían establecido, con esto nos referimos a los de primera generación, los cuales como ya se ha manifestado buscan limitar el poder del Estado para que no intervenga de una manera absolutista y respete las libertades de los ciudadanos, básicamente se concentran en derechos de defensa de las libertades y derechos fundamentales de los seres humanos. La segunda *“se traducen en derechos de participación (Teilhaberechte), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos”*.⁴

Antonio Enrique Pérez Luño es un destacado jurista y filósofo del Derecho español. Su doctrina es un iusnaturalismo crítico y dinámico. En su obra las Clases de Derechos Humanos nos explica claramente el significado y como nacen los derechos de tercera generación para lo que textualmente cito sus palabras.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática. En base

4 Enrique Pérez Luño, “Las Generaciones de derechos humanos”, España 1991, pag.2005

*a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementaria de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (liberties’ pollution), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos.*⁵

Como podemos comprender claramente, el principio de igualdad fue la guía para la implantación de los derechos de primera generación, los derechos de segunda generación se fundamentaron de manera evidente en la igualdad, y finalmente los derechos de tercera generación en la solidaridad, puesto que buscan resaltar de una manera positiva la imagen del ser humano el cual se ha convertido como punto fundamental de la sociedad y de los intereses del Estado. El doctor Pérez Luño resalta visiblemente esta concepción diciendo que *“sólo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática”*.⁶

Al analizar los principios en los cuales se han fundamentado los derechos humanos, rápidamente surge la comparación con la Revolución Francesa y el año de 1879 donde el pueblo reclamaba libertad, igualdad, pero para conseguirlo tuvieron que luchar como un pueblo unido

⁵ Enrique Pérez Luño, “Las Generaciones de derechos humanos”, España 1991, pag.2006

⁶ Enrique Pérez Luño, “Las Generaciones de derechos humanos”, España 1991, pag.2007-2014

eliminado las clases sociales y el abuso del poder, es allí cuando nace la Fraternidad que hoy en día es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como *“Amistad o afecto entre hermanos o entre quienes se tratan como tales”*.⁷

Para que un estado o nación pueda salir adelante siempre es de vital importancia la implementación de estos tres principios que han sido brevemente conceptualizados. Un mundo en el cual la paz mundial suena como un sueño utópico lo podemos realizar siempre y cuando se llegue a respetar a todas las personas tanto en su integridad física, psicológica y jurídica, todos los días escuchamos en los periódicos, en los noticieros y ahora en las redes sociales frases que nos alientan para llegar al éxito, pero muchas veces sin importarnos los demás, es verdad que no se puede realizar un cambio a nivel macro por más que se lo intente, pero si podemos realizarlo cambiando nuestra manera de actuar y pensar, tomando en cuenta que nuestros derechos terminan donde los derechos de los demás inician.

Para ello el mundo después de grandes momentos que han marcado de una manera muy triste y desoladora la historia como lo es el Holocausto, el bombardeo nuclear en Nagasaki e Hiroshima, entre otros acontecimientos que se dieron antes y durante los años de 1939 y 1945 busca un normamiento jurídico que detenga este tipo de hechos.

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. El documento que más tarde pasaría a ser la Declaración Universal de Derechos Humanos que fue ratificada por la resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

⁷ Real Academia de la Lengua Española. “*FRATERNIDAD*”, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fraternidad>, (consultado 25 de Abril del 2017)

La Declaración de los Derechos Humanos, en su preámbulo expresa claramente los aspectos que han llevado a su creación así como también, lo que buscan lograr para que las mujeres y hombres alcancen su pleno desarrollo sin ningún tipo de violación a sus derechos y lo establece de la siguiente manera:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.⁸

Los derechos establecidos en esta declaratoria deberán ser constitucionalizados en cada nación para que el estado sea quien tutele y de garantías de protección a los Derechos Humanos, el Ecuador no es ajeno a ello y en 1979 el presidente Jaime Roldós Aguilera en sus discursos hacia mucho énfasis por la protección de ellos, y hoy en día tenemos una de las constituciones más garantistas a nivel de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos de Tercera Generación en el Ecuador

El Ecuador con 187 años de vida republicana se ha enfrentado a grandes cambios constitucionales, los cuales han llevado a la implementación de 20 cartas magnas, en 1830 se dicta la primera constitución luego de su separación de la Gran Colombia. Se establece las bases del

⁸ Organización de las Naciones Unidas, "*Declaración de los Derechos Humanos*", pag 1.

Estado considerándolo Unitario, Presidencial, Centralizado y con una división de poderes tripartita (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Las constituciones ecuatorianas se pueden dividir en dos grandes grupos la primera que abarca el constitucionalismo clásico que va desde el año de 1830 hasta 1906 donde encontramos 12 constituciones, que se fundamentan en los ideales de la independencia de Norteamérica y de la Revolución Francesa, cuyo ordenamiento jurídico busca fundamentarse en los principios de legalidad y de constitucionalismo.

En este lapso se registran 3 cartas políticas del Floreanismo (1830, 1835 y 1843) esta última conocida como La Carta de la Esclavitud; en el período Marcista 3, las de 1845, 1851 y 1852; en el Garciano, 2 Constituciones, de 1861 y 1869 (Carta Negra); en el período Posgarciano la de 1878; período Progresista, la de 1884; período liberal con 2 Cartas Políticas, en 1897 y 1906, en el que termina el constitucionalismo clásico con la formación del Estado de corte liberal.

La segunda etapa se denomina el constitucionalismo social, comprende desde 1929 hasta el 2008. En este periodo se reconocen los derechos de segunda generación considerados como económicos, sociales y culturales. El Estado subsidia ciertas necesidades de la población en general. En la Constitución de 1929 se establece que el sufragio sea propiamente universal al incorporar a la mujer a los derechos políticos. La Constitución de 1978-79 elimina el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano. Para analizar la historia del Ecuador en un contexto jurídico, debemos fijarnos en dos grandes acontecimientos dentro de la modernización del estado.

El primero se debe al bum petrolero que se da en los años setenta y la coyuntura de auge de los precios además de otras materias primas, esto es importante resaltar puesto que la vida constitucional del Ecuador está marcada por objetivos políticos antes que jurídicos o sociales, las constituciones se dictan para favorecer al régimen político que ingresa al gobierno.

El Ecuador para llegar hasta nuestros días ha tenido que pasar por varios momentos históricos que marcan de manera radical la vida político

jurídica social del país, entre los más importantes podemos resaltar. La separación de la gran Colombia en el año de 1830, se dicta la Primera Constitución realizada en la ciudad de Riobamba, la presidencia de Gabriel García Moreno, la revolución liberal, etapas de dictaduras militares, la presidencia de Jaime Roldós Aguilera el país vuelve al camino democrático en el presente trabajo de investigación revisaremos los últimos 10 años de vida constitucional.

El retorno a la democracia en 1979 cambio la perspectiva en las aspiraciones de un pueblo que no se ajustaba a los modelos de gobernabilidad tipo militar. Sin duda contar con gobiernos democráticos es por hoy la forma de gobernabilidad más apropiada en comparación con regímenes autoritarios. En el Ecuador podría afirmar que la democracia es todavía un reto por alcanzarse pues no se limita a los aspectos formales de elección periódica de sus gobernantes, sino a una efectiva democratización de la sociedad, marcada por profundas inequidades y lógicas de subordinación.

Los derechos humanos son precisamente un parámetro clave para mirar el alcance del desarrollo democrático de una sociedad. Además no se trata de mirar solamente los derechos civiles y políticos, sino la integralidad e indivisibilidad del conjunto de derechos humanos. Así también es mirarlos no solo en lo que respecta al marco normativo sino en los alcances logrados para su goce efectivo, que generalmente son resultados de las demandas de la sociedad, a ello se le suma hoy en día los derechos de tercera generación, que en el país debe constituirse en una realidad puesto que en nuestra heredad cultural tenemos las minas, los trabajos comunitarios, el cuidado del medio ambiente, el amor por la Pacha Mama o madre tierra. Todos estos principios debemos darles un mayor realce y ponerlos en la práctica diaria, para seguir siendo esa nación con deseos de triunfar a pesar de los múltiples obstáculos, ese Ecuador unido como solo un puño, ese Ecuador que vista la camiseta tricolor todos los días y no solo cuando tenemos un espectáculo deportivo, ese Ecuador heroico y trabajador.

En 2006 el Ecuador vivía una época de mucha desestabilidad política y descontento en las políticas públicas. Las necesidades sociales no eran cubiertas por la pésima distribución del presupuesto por parte de los encargados de administrarlos, es por ello que aparece un nuevo movimiento político con ideales innovadores y que buscaban dar la solución a toda esta problemática como lo es la llamada Revolución Ciudadana, que logra conseguir el triunfo por medio de decisión popular expresada en las urnas en el año 2007.

Al iniciar su periodo de gobierno, propuso el cambio de la constitución para ser un país garantista de los derechos humanos, es por ello que el 28 de Septiembre del 2008 el país vuelve a las urnas esta vez para aprobar o rechazar la nueva carta magna que sustituye de manera categórica a la de 1998. El resultado del referéndum fue la aprobación de la Constitución de 2008 con un apoyo de más del 63% de los votantes, la cual fue publicada por el poder ejecutivo en el Registro Oficial y puesta en vigencia el 20 de octubre de ese año.

La nueva constitución que inicia a marcar la convivencia en el Ecuador viene marcada con nuevas ideas, que llaman mucho la atención y ponen los ojos del mundo en el Ecuador, pues en el preámbulo del máximo cuerpo legal aparece ya de una manera muy clara el respeto a los nuevos derechos que se han implementado como lo son los derechos de tercera generación.

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la pacha mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectivida-

des; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.⁹

Los Derechos de Tercera Generación también conocidos como Derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. El contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Los Derechos de los Pueblos se encuentran en proceso de definición y están consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales.

Según Antonio Enrique Pérez Luño, los derechos de tercera generación son los siguientes:

- Derecho a la autodeterminación
- Derecho a la independencia económica y política
- Derecho a la identidad nacional y cultural
- Derecho a la paz
- Derecho a la coexistencia pacífica
- Derecho a el entendimiento y confianza
- La cooperación internacional y regional
- La justicia internacional
- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos
- El medio ambiente
- El patrimonio común de la humanidad
- El desarrollo que permita una vida digna

Como primer punto encontramos el Derecho a la Autodeterminación, el cual es definido por la Real Academia de la Lengua Española como *“el derecho que tiene un pueblo de escoger la forma de gobierno que considere conveniente”*,¹⁰ para ampliar este concepto recurrimos a la

⁹ Asamblea Nacional del Ecuador, *“Constitución de la República del Ecuador”*, Quito 2008, pag. 21

doctrina en Derechos Humanos la cual, define como el derecho que tienen todos los pueblos para determinar o elegir libremente su condición política, entendiéndose como la facultad de los pueblos para definir quien los gobierna y por ende decida su modelo económico y social, esta acepción del derecho de autodeterminación coincide con el principio de democracia y el principio de no intervención, puesto que solo el pueblo es el soberano de un estado y tiene la competencia de elegir su modelo político.

El Derecho a la Autodeterminación en la Constitución Ecuatoriana del 2008, lo encontramos establecido en el Título IV (Participación y Organización), Capítulo Primero (Participación en democracia), en el Artículo 96.

Art. 96.- Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos. Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas.¹¹

Los derechos de tercera generación abracan un punto de suma importancia para las decisiones económicas y políticas de un país puesto que reconocen las libertades de estos dos puntos tan importantes y controversiales a la vez, recurriendo a la interpretación literal de los términos, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua la expresión libertad se define como la *“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”*¹²

10 Real Academia de la Lengua Española, “Autodeterminación”, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=autodeterminaci%C3%B3n>, (consultado 30 de Abril del 2017)

11 Asamblea Nacional del Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito 2008, pag. 69

12 Real Academia de la Lengua Española, “Libertad”, <http://dle.rae.es/srv/fetch/fetch?id=NF5eAr5C>, (consultado 30 de Abril del 2017)

Con este preámbulo podemos comprender de mejor manera que el derecho a la libertad económica y política, se refiere al derecho que tienen los individuos y las naciones de ser autónomos y soberanos en sus decisiones políticas y económicas sin depender de ninguna otra persona ni potencia. La libertad política debe darse en el marco de la lucha por la democracia, en todos sus sentidos, debe ser permanente y constante, es incompatible con cualquier sistema dictatorial o totalitario. Dentro del aspecto económico podemos decir que el Estado debe proporcionar las facilidades para un desarrollo sostenible y sustentable de los ciudadanos. En el marco constitucional esto lo encontramos referido en el artículo 319 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el cual establece claramente lo siguiente:

Art. 319.- Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.¹³

Además de ello en el artículo 66 numeral 15 del mismo cuerpo legal. *“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”*.¹⁴

De acuerdo al Positivismo Jurídico, es necesario una norma para la aplicación de la constitución en nuestro sistema jurídico, la ley que da apoyo a la constitución en cuanto al artículo anteriormente mencionado es la Ley de Economía Popular y solidaria en su artículo sexto el

¹³ Asamblea Nacional del Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito 2008, pag.150

¹⁴ Asamblea Nacional del Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito 2008, pag.50

cual expresa claramente que el Estado debe respetar formas de organización de la economía popular y solidaria.

Art. 6.- El Estado respeta la pluralidad de formas de organización de la economía popular y solidaria y garantiza su autonomía, independencia, libre desarrollo y ejercicio de cualquier actividad económica lícita, en el marco de la normativa que las regula.¹⁵

La identidad nacional y cultural ha tomado gran importancia en la actualidad ya que permite reconocer y respetar a los pueblos y nacionalidades que por años han sido segregadas de la vida constitucional, además de ello en el país se ha puesto como un punto muy elevado para lograr conseguir el buen vivir, para una mejor comprensión recurrimos a la definición literal de las palabras. Según la real academia de la Lengua Española Identidad se define como el “*Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás*”.¹⁶ Dentro de la constitución Ecuatorial se reconoce la identidad de todos los pueblos pero va mucho más allá puesto que dentro del régimen de desarrollo establecido en el artículo 276, numeral 7 procura promover las manifestaciones culturales.

7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.¹⁷

Tomamos en cuenta este numeral puesto que la principal manera de manifestar la identidad nacional y cultural de un pueblo, se da través del idioma, las tradiciones y costumbres, la historia común, los valores generales, las aspiraciones como pueblo, la composición étnica de los habitantes, la cultura específica que ellos han generado, etc. Y como es de conocimiento general nuestro país es muy rico en cuanto a cultura y tradición. Por ello es de vital importancia participar en las actividades

¹⁵ SENPLADES, “*Ley de Economía Popular y Solidaria*”, Quito 2012, pag.4

¹⁶ Real Academia de la Lengua Española, “*Identidad*”, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=identidad>, (consultado 30 de Abril del 2017)

¹⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, “*Constitución de la República del Ecuador*”, Quito 2008, pag.135

culturales ya que nutre de mejor manera nuestra identidad nacional y cultural, y esto se encuentra establecido en las responsabilidades que debemos realizar los ciudadanos en el artículo 66 de la constitución de la República del Ecuador en su numeral 7 el cual establece textualmente “*El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad*”.¹⁸

Coexistencia Pacífica es un término de política internacional mencionado por el dirigente soviético Nikita Jrushchov para hacer referencia a las relaciones que habrían de mantener en el futuro la Unión Soviética y Estados Unidos, con esto se puede definir, que es la relación que existe entre países sin importar la ideología para la resolución pacífica de conflictos La coexistencia pacífica constituye una necesidad objetiva del desarrollo de la sociedad humana actual y responde a los intereses vitales de los pueblos de todo el mundo. Lo fundamental en la coexistencia pacífica de los estados con diverso régimen social es la renuncia a la guerra como medio de resolver los litigios internacionales y su solución por vía pacífica. Dentro de la legislación ecuatoriana encontramos establecido en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en el artículo 416, numeral segundo.

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

2. Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos.¹⁹

Las relaciones del estado Ecuatoriano debe responder a los intereses del pueblo, la igualdad de derechos entre los estados, la comprensión mutua y la confianza entre unos y otros; el tomar en consideración los intereses de ambas partes, la no injerencia en los asuntos internos, el

¹⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, “*Constitución de la República del Ecuador*”, Quito 2008, pag.50

¹⁹ Asamblea Nacional del Ecuador, “*Constitución de la República del Ecuador*”, Quito 2008, pag.185

estricto respeto de la soberanía y la integridad territorial de todos los estados; el desarrollo de la colaboración económica y cultural basada en la plena igualdad y la ventaja mutua.

La cooperación internacional y regional la Organización de las Naciones Unidas los define visiblemente como:

La cooperación internacional configura un amplio campo de movilización de recursos asociativos, técnicos y financieros basados en compromisos de apoyo mutuo donde concurren donantes, gobiernos, la sociedad civil y el sector privado.

Cooperar supone un marco de entendimiento sobre objetivos y compromisos entre actores; y la disponibilidad de mecanismos y procedimientos para el acceso a los recursos, los que generalmente consisten en proyectos de financiamiento, procesos de apoyo técnico y articulación de redes de conocimiento, incidencia y fomento de valores y buenas prácticas.

Con esta amplia definición dentro de la constitución al ser un país garantista y con el modelo ideológico que se maneja se busca una integración regional tal como la expresaba el libertador Simón Bolívar, esto lo establece nuestra Carta Magna en el Título VII, Relaciones Internacionales, capítulo primero, en su artículo 416, específicamente en su numeral 11, que expresa *“Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica”*.

La integración con los países de América Latina y el caribe deben darse dentro de objetivo estratégico y debe impulsar los aspectos que señala el artículo 423, en su numeral primero.

Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.²⁰

20 Asamblea Nacional del Ecuador, *“Constitución de la República del Ecuador”*, Quito 2008, p. 188

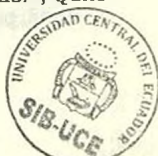
Los problemas alimenticios, demográficos, educativos han sido grandes retos que se han planteado a los gobiernos desde muchos años atrás puesto que muchas veces la producción no cubre la demanda nacional y esto se agudiza con elevadas tasas de natalidad lo que produce un excedente de población, como consecuencia de ello el Estado no puede subsidiar todas las necesidades, como lo es la educación estos elementos se fusionan y generan grandes cadenas de pobreza que van frenando el desarrollo de la población, frente a ello el gobierno Ecuatoriano ha planteado con su idea socialista dentro de la constitución capítulos especializados para tratar cada uno de los temas.

Dentro de esto podemos señalar como primer punto la alimentación, lo cual se entiende como la ingestión de alimento por parte de los organismos para proveerse de sus necesidades alimenticias, fundamentalmente para conseguir energía y desarrollarse, en el artículo 281 de nuestra constitución nos establece una soberanía alimentar que busca instituir los mecanismos adecuados para alcanzar la autosuficiencia de alimentos sanos.

Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente.²¹

La soberanía alimentaria y la nutrición están ligados de una manera directa, cuando los alimentos disminuyen, la higiene, la inocuidad y la nutrición a menudo se desatienden; la población adopta dietas menos nutritivas y consume más alimentos insalubres, en que los peligros químicos, microbiológicos, zoonóticos y otros plantean riesgos para la salud. Como segundo punto, dentro de estos problemas que se buscan superar son las dificultades demográficas, lo cual se define como el *estudio estadístico de la población humana según estado y distribución en un momento determinado.*, este tema es de vital importancia ya que en base a ello se puede designar los niveles de desarrollo que se pueden

21 Asamblea Nacional del Ecuador, "Constitución de la República del Ecuador", Quito 2008, p. 137



obtener y las dificultades en base a la natalidad y mortalidad lo cual va encaminado directamente a la autodeterminación de los pueblos.

El Estado Ecuatoriano ha buscado la manera de enfrentar los problemas demográficos y por ello ha establecido en el artículo 391 de la Constitución que es responsabilidad del Estado dictar políticas demográficas que contribuyan al desarrollo territorial del Ecuador.

Art. 391.- El Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población, en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas y a la diversidad.²²

Para un mayor entendimiento de ello podemos tomar como ejemplo a la nación de China, la cual por sus altos índices de población genera leyes para frenar el crecimiento de la misma, hasta hace dos años atrás estaba en vigencia la ley del hijo único, dentro de la cual el estado solo tutelaba al primogénito esto se dio para frenar la alta natalidad que el país vivía, pero a partir del 2013 la población económicamente activa decayó y por ello el país asiático derogo esta ley permitiendo a la población más de un hijo como máximo dos.

“La Educación es el arma más poderosa que puedes tener para cambiar el mundo”, con esta frase se nos hace muy fácil adentrarnos en el campo de la educación ya que es la única forma para ir hacia la autodeterminación y mantener un nivel de desarrollo dentro de la sociedad, en nuestro país la educación ha sido un tema demasiado controversial ya que la historia nos muestra que los procesos educativos se han ido cambiando en favor de los gobiernos que ingresan al poder, muchos han ofrecido kits educativos, libros gratis, mochilas, uniformes, entre otros pero solo para mantener a la población convencida que su idea de gobierno es la mejor, no se han centrado en el pensum de estudio hoy en día a pesar de que se le ha dado un mayor realce

²² Asamblea Nacional del Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito 2008, pag. 176

a la meritocracia y por ende a la educación no se alcanza un nivel competitivo con los demás países que tienen un gran desarrollo educacional.

En la constitución ecuatoriana de 2008, se establece en el artículo 343 el cual establece que el estado es el encargado de velar por el derecho de la educación para alcanzar el desarrollo de la población.

Art. 343.- El sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende, y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyendo, eficaz y eficiente.

El sistema nacional de educación integrará una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.²³

Lo más importante y que se debe resaltar es el tema de la interculturalidad, puesto que por medio de ello se puede alcanzar mejores niveles de integración nacional y respeto a todos los grupos que conforman nuestro país, esto es de vital importancia para alcanzar el tan anhelado desarrollo, nuestra nación si llegaríamos a unirnos todos dejando de lado la ideología política, religiosa y quitando las barreras económicas seríamos fácilmente una de las potencias emergentes, aunque tiene un tono de utopía, es algo que se puede realizar en el Ecuador y solo la educación generara una población más consiente y unida.

El último tema pero a la vez el más importante es el medio ambiente, primero debemos empezar con una gran reflexión a pesar de que se lleguen a reivindicar todos los derechos y firmar cientos de tratados para tutelar los mismo, todo esto no será posible si no se emiten políticas y sanciones para el cuidado del medio ambiente puesto que el

23 Asamblea Nacional del Ecuador, "Constitución de la República del Ecuador", Quito 2008, pag.160

medio ambiente se define como el “*conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades*”.²⁴

El problema del cambio climático es un factor que afecta de manera directa al medio ambiente, y esto inicia a mediados del siglo XVIII con la Revolución Industrial que inicia en el Reino Unido y años más tarde se extiende a gran parte de Europa Occidental y Norteamérica cuando el hombre con su potencial destructivo amenaza al medio ambiente, con la finalidad de aumentar y mejorar su producción pero en esos años el sistema capital estaba en su mayor apogeo, los modelos sostenibles y sustentables eran casi nulos o desconocidos.

Dos siglos más tarde, el mundo inicia a tener un grado de conciencia frente al cambio climático y busca generar sistemas normativos para frenar la contaminación que garanticen el uso de recursos naturales de una manera sostenible y sobre todo que la producción no afecte tanto al medio ambiente. Pero todo ello ha sido un tanto inútil pues el cambio climático avanza con fuerza y todos los días es alarmante como en los noticieros, periódicos observamos noticias sobre el calentamiento global. Según el cuarto informe de Evaluación Global, realizado por el grupo “*Intergovernmental Panel on Climate Change*”, órgano constituido en las Naciones Unidas nos dice que el calentamiento de la tierra ya es un fenómeno evidente y lo podemos presenciar en el aumento del nivel de los mares como consecuencia del derretimiento de los casquetes polares, el dato que más nos llamó la atención y es muy alarmante es que en este siglo aumentara la temperatura del planeta entre 1,6 y 4 grados.

Con estos antecedentes y varias cumbres internacionales para abordar el tema el estado Ecuatoriano ha sido uno de los principales países que ha incluido en su constitución el tema referente al medio ambiente, pero es **mucho** más interesante que lo asocia con el patrimonio natural,

²⁴ Real Academia de la Lengua Española, “*Medio Ambiente*”, <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=vytQmvG7mD6IxlSgEy>, (consultado 04 de Mayo del 2017)

que se entiende como el territorio de los pueblos ancestrales que han protegido celosos el tesoro natural que han heredado de sus generaciones pasadas.

En la constitución del Ecuador encontramos expresado claramente en el artículo 404 como el estado busca tutelar los derechos del medio ambiente formulando lo siguiente.

Art. 404.- El patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley.²⁵

Debemos aprender a cuidar el medio ambiente ya que es nuestro único hogar, el sistema político que se implemente no debe variar nuestra forma de convivencia con la madre naturaleza ya sean capitalistas o socialistas el medio ambiente debe tener siempre un lugar de privilegio en la tutela de derechos. Si hoy en día no cuidamos nuestro planeta el día de mañana nuestras futuras generaciones vivirán momentos muy lamentables ya que el agua, el aire estarán totalmente contaminados y serán instrumentos inútiles para la vida. Cada ciudadano en el mundo va encaminado para buscar el éxito y muchas veces no importa lo que se deba hacer para conseguirlo, pero esto no debe ser así, debemos aprender a respetar y cuidar el medio ambiente y respetar la constitución como instrumento de convivencia. *“Si siendo buena persona llegas al éxito, el éxito es ser buena persona”*.

²⁵ Asamblea Nacional del Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Quito 2008, pag.180

Conclusiones

De todo lo anteriormente anotado se puede determinar que el los derechos humanos por ser inherentes al hombre. En razón de su existencia es poseedor de estos derechos y que puede materializarlos en el momento en que los considere oportunos sin tomar en cuenta que las instituciones positivistas son las encargadas su correcta aplicación como entidades estatales.

La inobservancia y el incumplimiento de los derechos de la tercera generación que se forma por los conocidos derechos de solidaridad o derechos de los pueblos nacen de una urgente colaboración entre los pueblos del mundo. Dentro de estos derechos se encuentran la cooperación internacional y regional que constituyen un aporte fundamental en la eficacia y eficiencia de la justicia materializada a través de la Corte Internacional Penal y sus alcances en cuanto a la jurisdicción y la competencia sobre los crímenes contra la humanidad. Entender el alcance humanitario de la norma que está sobre los efectos jurídicos es generar conciencia de manera individual y global de los hombres para los hombres y mientras que estos existan la justicia podrá ser manipulada por intereses particulares o generales pero jamás desaparecerá y es ahí donde la norma suprema de nuestro estado impera de manera objetiva para reivindicar estos derechos de carácter subjetivo.

El estado ecuatoriano consiente de la urgente necesidad de una reestructuración de la justicia y del pensamiento jurídico social de sus administradores, la atención inmediata a los problemas de grupos vulnerables que por muchos años fueron desatendidos y que podían convertirse en identidades culturales agresivas a la sociedad, entendió que los derechos de la tercera generación en la Constitución del 2008 coadyuvan y restituyen la legitimidad en el accionar de las y los ecuatorianos en su diario convivir respetando las distintas formas de ser y actuar de todos y de todas sin distinciones de ninguna clase, quizás las políticas públicas todavía no estén correctamente direccionadas para obtener resultados efectivos en la conciencia de las personas, sin em-

bargo a través de este trabajo de investigación deo la posibilidad de entender que lo humano de cada ser está en la concepción racional de estos derechos que por su naturaleza deben ser objetivados no solo desde el conocimiento de la norma , sino de la concienciación de las mismas ya que nuestra constitución nos da la posibilidad de sentirlas y entenderlas para poder aplicarlas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, E. T. (6 de septiembre de 2007). Evolución constitucional ecuatoriana. *La Hora*, pág. 15.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador 2008. (2008). Constitución de la República del Ecuador. 2008. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional del Ecuador 2008. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- CUSTODE, D. L. (2017). *Democracia, Derechos Humanos e Instituciones en Ecuador*. QUITO: PDDHE.
- MANDELA, N. (1982). *Sudafrica*.
- OMS. (11 de MAYO de 2017). OMS. Obtenido de OMS: http://www.who.int/foodsafety/areas_work/nutrition/es/

ONU. (05 de Abril de 2017). Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de Naciones Unidas Alto Comisionado: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Organizacion de las Naciones Unidas. (10 de mayo de 2017). Civilis Derechos Humanos. Obtenido de Civilis Derechos Humanos: <http://www.civilisac.org/nociones/derecho-a-la-cooperacion-internacional>

Organizacion de las Naciones Unidas. (30 de abril de 20017). Naciones Unidas. Obtenido de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Pérez Luño, A. E. (1991). *Las Generaciones de derechos humanos*. España: Universidad de Sevilla.

Pérez Luño, A. E. (s.f.). *La Generaciones de derechos humanos*. España: Universidad de Sevilla.

RAE. (11 de MAYO de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=demograf%C3%ADa>

RAE. (27 de Abril de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fraternidad>

RAE. (4 de mayo de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=yytQmvG7mD6IxlSgEy>

Real Academia de la Lengua. (30 de 05 de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/srv/fetch/fetch?id=NEeAr5C>

Real Academia de la Lengua Española. (25 de ABRIL de 2017). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=JFCXgoZ>

Real Academia de la Lengua Española. (30 de ABRIL de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=autodeterminaci%C3%B3n>

Real Academia de la Lengua Española. (30 de 05 de 2017). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=identidad>

Safranski, R. (2003). *Wieviel Globalisierung verträgt der Mensch*. Alemania.

Vasak, K. (1999). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Francia: Servial.

**REPARACIÓN INTEGRAL
Y CORTES DIALÓGICAS.
POR UN SISTEMA MULTINIVEL DE
POLÍTICAS REPARATORIAS
FORMULADAS POR LOS JUECES
LOCALES E INTERAMERICANOS,
LA COMUNIDAD Y LOS PODERES
PÚBLICOS PARA PROTEGER DERECHOS**

Paúl Córdova Vinuesa¹

Resumen

El sistema interamericano de protección de derechos humanos ha contribuido en la tutela de los derechos y su desarrollo normativo ha sido acogido por los Estados parte. No obstante, la población de la región no recibe las dimensiones completas de la reparación integral al momento de ser atendida en sus derechos vulnerados y las medidas de reparación expresan niveles insuficientes de ejecución y seguimiento.

Las dinámicas cambiantes de las sociedades reclaman mayores demandas en las políticas de reparación para asegurar mayor coherencia entre las condiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Acaso, una alternativa

¹ Catedrático de la Universidad Central de Ecuador en Instituto de Posgrados en la Escuela de Derecho.

puede ser la adopción de un modelo de activismo jurisdiccional dialógico que aporte con mecanismos cooperativos y deliberativos entre los jueces, la comunidad y las ramas del poder público para intercambiar soluciones concertadas a los problemas estructurales en torno a la reparación de derechos.

El trabajo que se presenta en adelante es un esfuerzo descriptivo por discutir cuáles serían los componentes de una hoja de ruta hacia la implementación de un esquema de justicia dialógica para la reparación integral de derechos en condiciones que tutelen, al mismo tiempo, a las diversidades y pluralismos que caracterizan a las sociedades del hemisferio. La tesis central consiste en afirmar que los derechos, sus formas de ejercicio y protección, necesitan de una deliberación colectiva y extendida entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad para que sus alcances no dependan de monólogos proferidos por minorías selectas como los jueces, ni de los vaticinios de las autoridades políticas de turno que representarían a las grandes mayorías. Así, los desafíos deberán centrarse en los aportes de cada una de estas instancias mencionadas para un intercambio dialógico constitucional que garantice la ejecución de políticas de reparación integral.

Introducción

Los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos para la formulación de políticas de reparación. El trabajo propone un marco institucional para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales; y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un activismo dialógico en los ámbitos jurisdiccional y litigante hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad y la reparación de los derechos humanos. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para los Estados constitucionales de la región.

Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para tutelar y restaurar derechos. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas para superar los procesos monológicos y que contribuyan a redefinir su rol. Este trabajo apunta a señalar que los diseños constitucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos institucionales para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y garantías involucren a las distintas ramas del poder, a los jueces locales e interamericanos y a la ciudadanía para la toma de decisiones en las políticas y medidas de reparación.

La interacción dialógica de los jueces locales e interamericanos con la ciudadanía para la reparación integral

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías.

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos iusfundamentales y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía.

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutivas sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces² que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

Activismos dialógicos jurisdiccionales y litigantes para conectar las decisiones judiciales a las políticas de reparación

El estudio del fenómeno de la litigación vinculada con los derechos supone atender factores protagónicos como las fuerzas que lo impulsan, el impacto que ejerce sobre las políticas de reparación y protección de derechos y la asignación de recursos, todo lo cual supone que los procesos jurisdiccionales en las distintas materias requieren enfoques multidisciplinarios y comparativos que combinen el conocimiento del Derecho y los procesos jurídicos con las políticas públicas del ámbito en estudio y los sistemas que las integran.³

La orientación propuesta por Siri Gloppen es relevante para atender la realidad de los procesos contenciosos en materia de salud en la región como un ejemplo.

² Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero no pueden ser sus voces las únicas protagonistas en la decisión judicial.

³ Siri Gloppen, "La lucha por los derechos de la salud. Marco de análisis" en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.) *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2013, 31.

La discusión sobre los litigios en derechos y sus impactos suscita un debate de fondo acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que según varios estudios contemporáneos “desplazó su eje de las sentencias –con la victoria en los tribunales de justicia como criterio de éxito- a considerar, además, su implementación, incluidas las relaciones entre litigación y movilización social en general”.⁴

La vinculación entre políticas públicas y litigios judiciales se activa para enfrentar distintos obstáculos históricos para la justiciabilidad de derechos sociales como el uso de garantías jurisdiccionales en defensa de aquellos derechos. Christian Courtis señala un primer obstáculo de tipo ideológico por cuanto se ha concebido estos como programáticos y dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. Al respecto, afirma que el Derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contribuido con respuestas para enfrentar esos prejuicios como la previsión de parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que destacan aquellos de carácter judicial o equivalente en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor “-que habitualmente, es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social”.⁵

Otro obstáculo señalado por Courtis se refiere a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar los derechos sociales. Para este autor, la vía jurisdiccional permitiría atender los reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades

4 Siri Gloppen y Mindy Jane Roseman, “Introducción. ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?” en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.) *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, 20.

5 Christian Courtis, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en Miguel Carbonell (edit.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007), 206-7.

tienen. Este obstáculo remite a pensar que la satisfacción de derechos sociales requiere remedios y medidas de alcance colectivo y propone algunas medidas:

El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de los titulares y el alcance de los derechos sociales en términos universales permiten identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.⁶

Los litigios estructurales sobre derechos deben ser pensados a partir de sus implicaciones en las políticas públicas porque son cuestiones de interés público y de justicia social. En cuanto a la primera, porque las complicaciones que se desprenden como resultado de una prestación deficiente o excluyente en servicios relacionados con derechos puede incrementar los riesgos del derecho a la vida y su falta de protección; y, en cuanto a la segunda, porque los sectores más vulnerables de la sociedad son quienes sufren las consecuencias negativas de las decisiones judiciales restrictivas de derechos o las políticas públicas con escasa cobertura de destinatarios, todo lo cual puede desembocar en la vigencia de ciclos vitales inseguros y con altos índices conflictuales en las garantías a las personas.

Por lo expuesto, es imperativo que los temas relativos a los derechos, en cuanto a su tutela y reparación, se construyan como problemas que conciernen a las ramas del poder público y a la ciudadanía en la definición de la agenda pública para lograr mayores niveles de presión hacia los actores políticos e institucionales que intervienen en los ám-

6 *Ibíd.*, 209.

bitos judiciales y en los ámbitos tecnocráticos. De igual manera, es indispensable que las preocupaciones relativas a los derechos involucren a la mayor cantidad de actores sociales para su reivindicación porque la diversificación de actores con voz en el debate y de legitimidad para impulsar instrumentos de acción judicial pueden ser estrategias clave en las iniciativas públicas de defensa por los derechos.

¿Por qué es necesaria la intervención de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de iniciativas deliberativas por profundizar los derechos en el Poder Judicial y en las políticas públicas? La conclusión que sugiere Charles R. Epp en su estudio al respecto es la siguiente:

La lección básica de este estudio es que los derechos no son un don: se ganan a través de la acción colectiva concertada que surge tanto de una sociedad civil decidida como de la subvención pública. Las revoluciones de derechos se originaron en la presión ejercida desde abajo por la sociedad civil y no desde arriba, por el liderazgo de un grupo. Pero, como hemos argumentado a lo largo de este libro, sólo cierta clase de presión desde abajo, particularmente el sostén organizado para litigar por los derechos, tiene probabilidades de incentivar la atención judicial sostenida a las libertades y a los derechos civiles; por otro lado, el respaldo de las elites judiciales no es en modo alguno irrelevante. En última instancia, la revolución de los derechos siempre se ha desarrollado y ha alcanzado su máxima cima y fuerza mediante una interacción entre jueces inclinados a apoyarla y la estructura de sostén necesaria para litigar a lo largo de todo el proceso judicial.⁷

Decisiones judiciales y políticas reparatorias desde un constitucionalismo dialógico

¿Qué ocurre cuando el resultado final de un litigio es favorable a las pretensiones de un grupo social sobre el acceso a un derecho, pero la comunidad encuentra que las entidades públicas encargadas de ase-

⁷ Charles R. Epp, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013), 293.

gurar las políticas o las decisiones para la protección o reparación de ese derecho no cumplen sus responsabilidades?

La respuesta que puede ofrecer el constitucionalismo contemporáneo es una alternativa de diálogo judicial que vincule las decisiones de los jueces con las formulaciones de políticas de los operadores administrativos. La construcción de mecanismos dialógicos en el diseño procesal puede permitir mayores condiciones de transparencia e información sobre los presupuestos públicos y los cambios que estos pueden acoger de acuerdo a las disposiciones que se emitan en los litigios. Asimismo, las carteras que implementan programas y proyectos en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la Legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público.

Las respuestas para atender las demandas sobre derechos debe involucrar a la institucionalidad hacia la búsqueda de prácticas dialógicas y no pueden ser pensadas únicamente desde los operadores administrativos de la cartera sectorial de Estado, sino que los conflictos en torno a derechos insatisfechos deben involucrar a diferentes roles de responsabilidad por parte de las ramas del poder público. Así, el Poder Judicial puede adoptar medidas cautelares constitucionales para proteger el derecho de esas personas, disponiendo a la agencia estatal encargada la programación de acciones de contingencia para atender la afectación de esas personas, lo cual significa hacer cumplir expresos mandatos constitucionales a favor de este derecho.

Asimismo, el poder legislativo debe fiscalizar y ejercer el control político a la agencia estatal correspondiente y precisar mayores controles a la ejecución del presupuesto del sector mediante el seguimiento respectivo, así como en las cautelas necesarias para revisar la normativa legal que puede profundizar el acceso a estos derechos.

La correlación de intervenciones expresan una corresponsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas de

liberativas más amplias que activen responsabilidades concurrentes para la protección de los derechos sociales. La justicia dialógica o conversacional es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de prácticas y respuestas deliberativas de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos hacia su defensa y reparación integral. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los problemas de los derechos merecen remedios –entendidos como acciones de política pública– diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades.

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuvan a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren i) la conformación de salas de seguimiento especializadas a las decisiones jurisdiccionales o ii) el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias, otros autores sugieren iii) la realización de audiencias públicas o iv) la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas de los operadores de justicia. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos



grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC).⁸

La propuesta del constitucionalismo dialógico tiene por objetivo re-conceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de las respuestas sobre aquéllos y sus necesidades tendrán efectos y afectaciones colectivas. El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

[...] los tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. [...] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva.⁹

El desarrollo de derechos requiere de una capacidad para movilizar el Derecho constitucional a su favor según Charles R. Epp. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrá-

⁸ *Ibíd.*, 240.

⁹ *Ibíd.*, 241.

tico y esto se debe a que la interpretación judicial puede sólo impulsar los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso, mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones los derechos se convierten en “barreras de pergamino”. El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son “simplemente limosnas que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes”. De acuerdo a lo que sugiere Charles R. Epp:

Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrá de interpretarlas, sino también en formar la estructura de sostén que defienda y desarrolle esos derechos en la práctica.¹⁰

Por otra parte, todos los jueces deben observar y ejecutar el control de convencionalidad de tipo difuso para dar forma a su margen nacional de apreciación mediante una adecuada tutela de los derechos humanos a nivel nacional, teniendo presente, según la Constitución de cada Estado, el *ius commune* interamericano, esto es, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados suscritos por el Estado. La Constitución y la normativa interna no son los únicos referentes para la tutela de los derechos constitucionales porque también los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son referentes jurídicos, siempre que se avale un mayor ámbito de favorabilidad en su tutela respecto a la normativa nacional.

¹⁰ Charles R. Epp., *La revolución de los derechos*, 302-3.

Asimismo, los administradores de las políticas públicas también intervienen en repertorios monológicos cuando actúan en nombre de las mayorías que no son escuchadas, pero que se las usa para legitimar las políticas que no necesariamente contienen debates democráticos robustos para su formulación y ejecución, así como cuando ejecutan las políticas relativas a derechos sin mediaciones dialógicas con la rama judicial y la ciudadanía.

¿Por qué el diálogo judicial intercomunitario e interjurisdiccional puede profundizar la protección a los derechos y su reparación?

La realización del diálogo judicial tiene distintas variables y utilidades. Por una parte, puede ser formulado como un mecanismo previo y alternativo a la pena; por otra, puede ser el empleo de mecanismos de judicialización cooperativa para combinar los procedimientos tradicionales con la perspectiva de buscar deliberativamente soluciones y respuestas con los sectores involucrados en los procesos.

La intervención de un tribunal puede suponer un abordaje que articule más participación y transparencia con flexibilidad en la adopción de decisiones provisionales donde las partes tienen mayor injerencia y colaboran en un proceso educativo y de reconstrucción.

El diálogo judicial implica impulsar mayores instancias de articulación para la inducción y estimulación entre diversos mecanismos de *accountability* horizontal y vertical con la generación de oportunidades para la movilización y deliberación en los procesos jurisdiccionales, donde la comunidad o los sujetos de derechos son actores centrales en el análisis y la decisión judicial que se encuentra pendiente.

La proposición central de este ensayo académico es que el pueblo tiene los derechos constitucionales para ejercer un poder interpretativo o una posición divergente frente a las interpretaciones judiciales. En con-

secuencia, es el soberano quien puede aportar en la definición del derecho existente y sus formas de tutela y reparación porque el sistema normativo debe permitir la intervención popular porque quien tiene que definir los alcances, límites y formas de resolver los derechos es la ciudadanía; ella es el intérprete mayor de la Norma Fundamental, no necesariamente el único, pero sí el definitivo. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el Derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder interpretativo para discutir y ser escuchada sobre las condiciones en que necesita hacer uso de un derecho y cómo debe ser reintegrado cuando aquél es afectado.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el enunciado de que los aportes que ofrece la justicia deliberativa para la participación del pueblo en la toma de decisiones para el uso y ejercicio de un derecho son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer un intercambio conversacional con relación a las tensiones que puedan desprenderse sobre otros elementos como las dimensiones verticales y horizontales de un derecho.

Otra variación del diálogo judicial puede ser entendida a partir del activismo dialógico y el impacto de los derechos sociales con las siguientes consideraciones:

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El principal es la participación activa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten, como parte de programa de acción, impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. [...] En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conoci-

miento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC.¹¹

El Estado constitucional precisamente constituye un intento por recomponer la gran factura entre democracia y constitucionalismo. La implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción constitucional permitirían la interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje interpretativo iusfundamental caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. El pensamiento de Habermas es propicio para adaptarlo en este análisis y proponer que la base de validez de un proceso jurisdiccional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación social para la interpretación de la Norma Suprema. Cuando este autor explica la estructura racional de la *lingüistización de lo sagrado* en la evolución del Derecho y la búsqueda de un *habla gramatical*, sugiere enunciados que los utilizo para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en los tipos de jurisdicción a continuación:

*La aplicación comunicativamente mediada de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los propios participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea.*¹²

¹¹ César Rodríguez Garavito, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, 237.

¹² Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista* (Madrid: Trotta, 2010), 562.

Considero que la ejecución de los procesos jurisdiccionales mediante procesos de conversación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos –lo cual debe abordarse sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman.¹³ Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles para ejercer cualquier derecho se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones de la justicia ordinaria o constitucional.

Los derechos son creaciones sociales y su significado depende de la conversación extendida entre jueces, comunidad y autoridades para su interpretación iusfundamental.

Los puentes conversacionales entre las autoridades, la ciudadanía y los jueces locales e interamericanos para promover la reparación integral de derechos. Conclusiones

El activismo jurisdiccional dialógico para el desarrollo de los derechos requeriría de los siguientes aspectos para su concreción: i) la conformación y sostenimiento de organizaciones sociales para la defensa de

¹³ Al utilizar la explicación de Yebrail Haddad Linero, se infiere que “a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en como la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública”; en *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006), 32.

los derechos; ii) la visibilidad permanente de sus agendas en los medios de comunicación; iii) las intervenciones públicas de profesionales y usuarios de los derechos en conflicto como voces legitimadas para discutir sobre el tema en un intercambio con los operadores de justicia y los administradores de las políticas públicas; iv) la promoción de debates en la opinión pública sobre los temas propuestos en las agendas; v) el impulso de la judicialización de los temas presentes en la agenda; vi) la deliberación pública antes de la emisión de los fallos en las instancias judiciales con las organizaciones sociales en situaciones relacionadas con estos derechos en cuestión; vii) los compromisos de las agencias estatales para adoptar reformas institucionales; viii) los proyectos de reformas e iniciativas legales impulsados por las autoridades correspondientes; y, ix) las acciones de seguimiento a las decisiones en litigios judiciales.

Los conflictos que se suscitan para el desarrollo de los derechos y las formas de protección requieren de puentes dialógicos sostenidos en el tiempo y con robustos debates democráticos. La adopción de medios conversacionales para el intercambio de razones que permitan la participación social en las políticas públicas, las decisiones judiciales y el intercambio con las voces de la comunidad son estrategias de protección multinivel que coadyuvan a enfrentar las tensiones existentes.

Así, los prolegómenos requieren respuestas institucionales, legislativas y jurisprudenciales que expresen un constitucionalismo conversacional, donde los sujetos de derechos puedan ser los protagonistas en las decisiones judiciales y las políticas públicas.

Para decir lo mismo de un modo más claro: las autoridades y los jueces deben provocar una deliberación permanente con la sociedad para alcanzar definiciones colectivas sobre la protección y reparación de derechos y que éstas surjan de oportunidades conversacionales inclusivas que permitan a la comunidad ser el último intérprete de la Constitución.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En Roberto Gargarella. Coordinador. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Bergallo, Paola. “La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”. En Roberto Gargarella. Coordinador. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos, primera reimpresión, 2010.
- Córdova Vinuesa, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- _____. *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- _____. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.
- _____. “Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales”, *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.
- _____. “La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas”, en Pablo Eduardo Slavin, Támara Rogers y Claudina Orunesu, compiladores. *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- _____. “La crisis del control de constitucionalidad”, Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.

- _____. “Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios”, Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El diseño institucional del Estado democrático” en homenaje a Fernando Hinestroza y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 17 de septiembre de 2015.
- _____. “Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular”, Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata: 20 de noviembre de 2015.
- _____. “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”, *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, 21-30, noviembre de 2015.
- _____. “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”, en Luis Fernando Torres (ed.), *Debate constitucional*, Quito: Cevallos, 2016.
- Courtis, Christian. “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en Miguel Carbonell. Editor. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- Epp Charles R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013.
- Ferreyra, Raúl Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2013.
- Furfaro, Lautaro. “El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En Marisa Aizenberg. Directora. *Estudios acerca del derecho a la salud*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / La Ley, 2014.
- Gloppen, Siri. “La lucha por los derechos de la salud. Marco de análisis”. En Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen. Coordinadores. *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2013.

Gloppen Siri y Mindy Jane Roseman. "Introducción. ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?" En Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen. Coordinadores. *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Madrid: Paidós, 1999.

Pérez Miguel A. Aparicio y Barcelò i Serramalera Mercè. Coordinadores. *Manual de Derecho Constitucional* Barcelona: Atelier, 2012.

Piovesan, Flávia. "Protección de los derechos sociales en el ámbito internacional". En Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico. Directores. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires, 2012.

Porras Nadales Antonio. "Los principios rectores de la política social y económica". En Miguel Agudo Zambrano, Fernando Álvarez-Orsorio Mícheo y otros. *Manual de derecho constitucional* Madrid: Tecnos, 2010.

Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2015.

Storini, Claudia. "Epílogo: La interpretación dialógica". En Córdova Vinuesa, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Consulta: 20 de junio de 2017.

Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Consulta: 20 de junio de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf. Consultado: 20 de junio de 2017.

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 188, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. Consultado: 12 de mayo de 2017.

Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de junio de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Consultado: 18 de mayo de 2017.

_____. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Disponible en portal web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Consulta: 12 de mayo de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Consultado: 20 de mayo de 2017.

¿TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Mauricio Enrique Pacheco¹

Resumen

Uno de los graves problemas que han tenido que dilucidar las legislaciones penales y constitucionales de prácticamente todo el mundo es batallar con los obstáculos que se presentan cuando se trata de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos procesales y materiales que en un principio ofrecían serias resistencias de parte de quienes se oponían a la revisión del paradigma de la responsabilidad de los entes morales y de legislaciones que planteaban una aceptación al desarrollo dogmático de finales del siglo veinte que proponían la creación de un estatuto penal sustantivo y procesal para el procesamiento de la aplicación del poder punitivo sobre las corporaciones que en la actualidad tienen un poder ilimitado en las decisiones de los mismos Estados e incluso de los propios bloques de integración económica. La red de riesgos tejida por el desarrollo tecnológico y financiero en manos de las personas jurídicas ofrece un escenario de urgencias legislativas para el ejercicio de una mejor administración de los peligros para los derechos de los ciudadanos. El problema que se

¹ Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

plantea en el plano procesal se refiere principalmente a si las personas jurídicas tienen o no tienen derechos fundamentales y cuáles son los límites del disfrute en caso de ser reconocidos.

Caso Ecuatoriano

La idea uisnaturalista que hemos seguido nos informa de derechos inherentes al ser humano que van más allá de los que se encuentren positivizados en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales sin embargo creemos que los derechos fundamentales tienen una clara connotación histórica en la que la idea absoluta de la dignidad humana aflora circunstancias necesarias para su protección y desarrollo en un determinado momento de la historia de la civilización humana. Sabemos los derechos que tenemos en la actualidad, no sabemos los que tendremos mañana y los derechos que tenemos hoy se encuentran recogidos en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y en las constituciones de los diferentes países, que no son sino el producto del contexto histórico que vivimos apenas entrado el siglo XXI. En este sentido los derechos fundamentales vendrían a ser todos aquellos existentes en la normativa internacional y constitucional que son de aplicación directa y tienen jerarquía constitucional.

En el caso ecuatoriano no existe referencia directa a la frase “derechos fundamentales” sino a derechos constitucionales y que no son sino todos aquellos que tienen estatus constitucional y que son aquellos que se encuentran dispersos en las diferentes secciones de la Constitución de la Republica. La primera idea que nos viene es que aparentemente la alusión a “derechos fundamentales” no se refiere a un conjunto de principios exclusivos y excluyentes que tienen una carga normativa superior al resto de derechos enunciados en la tabla constitucional, con características especiales y objetos de garantías constitucionales privilegiadas. Sin embargo, el legislador constitucional ecuatoriano al no equiparar objetivamente “derechos fundamentales” con derechos constitucionales nos remite a la afirmación de que ambos términos son

¿ TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS?

equivalentes porque sería imposible concebir la idea de que los derechos constitucionales no incluyan a los derechos fundamentales.

Efectivamente esta percepción tiene asidero en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 466 de 13 de noviembre de 2008 que utiliza la frase “derechos fundamentales” para referirse a los derechos constitucionales. Concretamente en el Art. 33 literal h y literal g; Art. 44 numeral 3; La Sección II referida a Acción de Protección de los Derechos fundamentales; Art. 47 literal a; Art. 48 primer inciso; En la acción extraordinaria de protección, Art. 52 literal b; Art. 55 literales c), d), e). Algunas de las características de los derechos fundamentales o derechos constitucionales las identifica como todos aquellos derechos reconocidos en la Constitución de la Republica que son objeto de protección a través de las garantías constitucionales y de la ley; son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como reza el Art. 11 numeral 6to, de la CRE, y de aplicación directa, aspectos que nos lleva a la conclusión de que cumplen con las exigencias doctrinales para que puedan considerarse como derechos fundamentales.

Derechos fundamentales de las personas jurídicas

Viene a responder el interrogante del por qué se deben otorgar o negar a las personas jurídicas derechos fundamentales que solo se reconocían a los individuos. Es en la legislación estadounidense el lugar en donde primero se reconoce un estatus para las personas jurídicas de plena capacidad jurídica y de titulación de derechos fundamentales con el mismo tratamiento del que gozan las personas naturales. Es el Tribunal Supremo Federal en 1886 que dicta una sentencia en el reconocido caso Santa Clara County vs. Southern Pacific Railroad Co² en el que determinó que las personas jurídicas tenían derecho, al igual que los individuos, a ser acreedores de la protección de la Decimocuarta Enmien-

da de la Constitución de los Estados Unidos por la que se acepta a las personas jurídicas como sujetos de derechos y consideradas como tales para todos los efectos jurídicos y con el reconocimiento de derechos fundamentales. No es preciso por el momento ahondar sobre la historia de este proceso sin embargo considero necesario mencionarlo para ubicar un antecedente de este tema.

Previamente es preciso establecer una definición de derechos fundamentales que la utilizaremos. No podemos dejar de recurrir a la definición formal de Luigi Ferrajoli: "...Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo a una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas..."³ En otras palabras los derechos fundamentales son un conjunto de derechos reconocidos o no por la constitución o las leyes pero que se reconocen a favor de las personas atendiendo el carácter universal de su reconocimiento y de su titularidad, como son la libertad de pensamiento, la individual, la libertad de asociación y la libertad política, por ejemplo. Ferrajoli delimita el contenido de lo que denomina derechos fundamentales compuesto de los derechos humanos (cuyos titulares son todos los seres humanos); los derechos públicos (titulares solo los ciudadanos de un país); los derechos civiles (titulares todas las personas con capacidad de obrar) y los derechos políticos. En este sentido, y siendo apolítico la definición ferrajoliana, los derechos fundamentales serán todos aquellos que son atribuidos en función de las tres identidades: personas, ciudadanos y capacidad de obrar, las

² Villegas García María. Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. Tesis doctoral. Universidad complutense de Madrid. Madrid, 2015, pag. 27. Ver en el sitio de internet <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

³ Ferrajoli Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 37.

que definen los parámetros de inclusión, exclusión, igualdad o desigualdad.⁴

La Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º del 21 de agosto del 2009, pág. 47 aclara el ámbito de aplicación del derecho a la interposición de la acción extraordinaria de protección cuando no solo se trate de “derechos fundamentales” sino de “derechos constitucionales”, que para su entender, estos últimos comprenden un universo más amplio de protección.⁵ Aspecto por demás pretencioso cuando el ámbito de protectivo o referencial de los derechos fundamentales comprende todos aquellos derechos incluidos en las clásicas definiciones de derechos humanos, es decir, derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales, colectivos, difusos y de la naturaleza.

Centrados en nuestro ordenamiento jurídico, analizaremos brevemente las diferentes posiciones doctrinarias y de política criminal que han dado una respuesta a esta pretensión.

Derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público

Desde los fundamentos de la vertiente originaria del derecho penal liberal las personas jurídicas de derecho público no pueden ser titulares de derechos fundamentales por el estatus teleológico de su conformación. En general, la excepcionalidad en el reconocimiento de los entes morales como titulares de derechos fundamentales debe justificarse desde un punto de referencia indirecto por el cual las personas jurídicas constituyen mecanismos instrumentalizados por el orden jurídico a través de los cuales las personas físicas actúan para la realización de sus propios y particulares proyectos de vida dada la naturaleza gregaria de vida que poseen los seres humanos. Las personas jurídicas de

4 Ferrajoli Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Pág. 41.

5 Carrión Cueva Luis. Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tomo II. Ediciones Cueva Carrion. Quito. 2011. Pág. 216.

carácter público, en cambio, se crean dentro del marco de las finalidades de servicio público que el Estado organiza para garantizar precisamente las actividades realizadoras de los proyectos vitales particulares y para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas naturales, no como sujetos de derechos sino como garantes de los mismos. No tienen finalidades de autorrealización porque son controladas por el Estado como entidades de servicio a los individuos y no de realizaciones personales a diferencia de las primeras. Eduardo Aldunate Lizana sentencia que "...las personas jurídicas de derecho privado son proyecciones del actuar de los individuos, bajo formas complejas puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico pero, y en todo caso, para el desarrollo de sus propios fines..."⁶

En este sentido, las personas jurídicas de derecho público al ser entidades creadas e instrumentalizadas para garantizar el respeto a la dignidad de las personas físicas y naturales, que son las únicas con pretensiones de realización de objetivos de vida particulares en condiciones de libertad y autonomía sin más límites que el derecho de terceros, como reza el Art. 66 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, no podrían ser titulares de los derechos fundamentales. La naturaleza teleológica de su formación condiciona su funcionalidad como parte de un sistema garantista personal e individual, aunque excepcionalmente este principio se encuentra trastocado en el ámbito del ejercicio de la acción de protección extraordinaria. En la práctica la Corte Constitucional ha admitido el derecho del Estado, y por ende de las personas jurídicas de derecho público que lo conforman, para ser legitimarios activos del recurso de protección invocando la condición de supuesta víctima de la violación de derechos fundamentales.

Las relaciones jurídicas entre personas y el Estado implican la existencia de un conjunto de deberes y obligaciones correlativas entre las

6 Eduardo Aldunate Lizana Eduardo . La titularidad de los derechos fundamentales. En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, número 1. Universidad de Talca. Santiago de Chile.2003. pp. 187 a 201

partes, si aceptamos el paradigma contractualista de la existencia del Estado como garante de los derechos de sus asociados. Esta relación genera un marco previsional que puede activarse, en beneficio del individuo, ante el peligro de que el Estado se extralimite en las potestades punitivas o controladoras. Es decir, el Estado es el obligado de generar un escenario de respeto y abstención frente al ámbito vital individual, y una tarea positiva de promoción para garantizar los derechos fundamentales de sus integrantes. El individuo tiene garantizada la potestad de exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado que no son otras que el respeto a los derechos fundamentales como expresión de la dignidad humana.

Teleológicamente los derechos fundamentales son el principal objeto de protección del Estado frente a las extralimitaciones del mismo Estado y de terceros, con capacidad de activar estructuras normativas que respondan a la necesidad de defensa mediante la utilización de la vía judicial. No debemos perder de vista que esta relación entre individuo y ente estatal genera una situación de desigualdad y de subordinación de la persona física frente al Estado como macro organización social.

En este sentido y frente al interrogante de si las personas jurídicas de derecho público pueden ser legitimarios de los derechos fundamentales, el catedrático Díaz Lema José Manuel afirma que "...En principio, la contestación a este interrogante parece que deba ser negativa. Difícilmente puede el Estado ser titular de derechos fundamentales, porque la misma persona vendría a ser sujeto activo y pasivo de la relación jurídica. ¿Qué sentido tendría que el Estado se protegiera de sí mismo?...".⁷ Claro que el mismo autor recogiendo el criterio de varios juristas alemanes reconoce la existencia de derechos fundamentales a las entidades públicas en el plano estrictamente procesal y patrimonial y diferencia entre la titularidad de los derechos fundamentales y la legitimación para apelar o recurrir una decisión como dos atributos de naturaleza diferente.

⁷ Díaz Lema José. ¿Tiene derechos fundamentales la persona jurídica pública? Artículo publicado en la red internet,

Los derechos fundamentales de las asociaciones de hecho o personas no jurídicas

La Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 11 consagra el reconocimiento de la titularidad iusfundamental a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, como titulares en el goce de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; es de tal amplitud la dimensión protectora, como pocas constituciones en el mundo, que concede el estatus de ente sujeto de derechos a la naturaleza. El ejercicio, la promoción y la exigibilidad de los derechos pueden hacerse en forma individual o colectiva en un marco en el que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación alguna.

En este escenario regulatorio cabe bien preguntarse si dentro del término “colectivos” de la redacción constitucional se incluye a las personas jurídicas y a las personas o grupos que no tienen personalidad jurídica (asociaciones de hecho), incluso cabría interrogarse, zanjado el punto anterior, sobre si las personas jurídicas de carácter público igualmente tienen derecho a ser titulares de los derechos fundamentales. Todo titular de estos derechos sería, por si decirlo, titular del derecho a la tutela judicial efectiva que presupone la existencia de un sujeto activo o pasivo como parte procesal, incluidas las personas jurídicas.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, mediante a sentencia N. 027-09-SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009, realiza un ejercicio de interpretación del Artículo 437⁸

8 Dice textualmente: “...Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución...”

de la Constitución de la Republica y aplica la interpretación sistemática en el punto relacionado con la legitimación activa con motivo de la interposición por parte del Municipio de Quito de una acción extraordinaria de protección y determina que no solo las personas jurídicas privadas tienen derechos fundamentales sino incluso las personas jurídicas de derecho público, atendiendo el mandato del Art. 437 que referencia la posibilidad de que los ciudadanos en forma individual o colectiva activen el régimen jurídico.

El fallo reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a las asociaciones de hecho, sin personalidad jurídica, bajo el argumento de la prohibición de la discriminación a grupo o persona que lo solicite, atendiendo el requerimiento superior de un sistema armónico estrechamente relacionado con sus normas y principios que prohíben la restricción de derechos y la desatención de las condiciones de igualdad que cobijan a los usuarios del sistema de garantías jurisdiccionales porque "...el acceso a la justicia está garantizado para todos quienes tengan interés en que la administración de justicia resuelva controversias en que pudieran estar incurso; así, las personas individualmente consideradas o mediante grupos, colectivos, comunidades, también las personas jurídicas y las entidades estatales, es decir, cualquier parte de un proceso que considere vulnerados sus derechos..."⁹

La Corte evidentemente se queda corta en cuanto a la profundidad de su argumentación y parece no diferenciar que el orden jurídico interno se estructura bajo el reconocimiento de un estatuto diferente que, en la práctica, las personas jurídicas tienen más allá de cualquier consideración de carácter discriminatorio. Pensemos en el derecho de los entes jurídicos para ejercer las actividades económicas; o en los requerimientos que impiden el acceso al sistema financiero y a las operaciones bursátiles y bancarias a las corporaciones sin personalidad jurídica. Igual sucede con la estructura normativa de tratamiento al ré-

⁹ Sentencia de la corte Constitucional N. 027-09-SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009, realiza la interpretación del Artículo 437 de la Constitución de la República.

gimen de la propiedad y otras en las que las personas jurídicas han consolidado un tratamiento preferencial.

Es fácil convencerse de que las personas no jurídicas y las personas jurídicas tienen reconocimiento constitucional iusfundamental diferente y excepcional evidenciado por la abundante cantidad de disposiciones legales que restringen esos derechos en función de respeto a la seguridad jurídica, financiera y ciudadana, mas no como un problema que deba tratarse desde el principio de la no discriminación.

Los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho privado

Es muy notorio el hecho de que el legislador constitucional ecuatoriano no redactó ninguna norma o disposición positiva que extienda la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado. Esta ausencia normativa no se traduce en la ausencia de disposiciones que si son referenciales a las personas jurídicas en el diseño estructural del Estado ecuatoriano y en el reconocimiento de derechos fundamentales, así como a interpretaciones teleológicas emitidas por el máximo organismo de control constitucional.

Por ejemplo, el Art. 16 numeral 3 de la CRE reconoce el derecho a las personas privadas a crear medios de comunicación social, acceder al espectro radioeléctrico; a acceder libremente a la información generada en entidades públicas según el Art. 18 numeral 2 CRE; el derecho a la organización de la producción (Art. 319 CRE); El derecho a la propiedad del Art. 321 CRE; como prestadores del servicio público de salud (Art.362 CRE); como prestador de servicios del sistema nacional de Ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales(Art.385 CRE) y del sistema nacional descentralizado de gestión de riesgo; a la prestación como delegado del Estado la participación de las empresas privadas en los sectores estratégicos y en la prestación de servicios públicos(Art. 316 CRE); garantizará el derecho y la libertad de organi-

zación de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores, lo que incluye personas jurídicas privadas y sindicatos jurídicamente constituidos (Art.326 numeral 7 CRE); el derecho a formar partidos políticos y a recibir el financiamiento estatal (Arts. 109 y 110 CRE); Construir y mantener organizaciones que los representen como reconocimiento al derecho de asociación de gremios y colectividades (Art.57 CRE).

Como anotamos anteriormente la sentencia de la Corte Constitucional N. 027-09- SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009 cierra el marco de discusión sobre si las personas jurídicas de derecho privado tienen derechos fundamentales al reconocer que estas personas gozan de todos los derechos de los que gozan las personas físicas. Esta interpretación decide definitivamente el dilema sobre la capacidad de las personas jurídicas de ser titulares de derechos fundamentales pronunciándose a favor de esta pretensión. Ya no se trata de una simple resolución de legitimación de una norma procesal sino de un expreso reconocimiento de la titularidad del ente corporativo privado.

El magistrado español Javier Hernández García,¹⁰ en relación con este tema, destacaba el hecho de que las personas jurídicas no son sino expresión de la dimensión social del hombre y una expresión de su capacidad de asociación para conseguir fines colectivos que individualmente no podría conseguirlos, sea por sus limitadas posibilidades al actuar solo, sea porque quiere hacerlo en conjunto con otros seres humanos. En efecto, unirse en un partido político y obtener reconocimiento traduce un intento de realización de fines que individualmente no podría hacerlo, y si esta empresa goza de legitimidad entonces esa

10 Hernández García Javier. Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. *Diario La Ley*, N. 7427, Sección Doctrina, 18 jun. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

esfera colectiva es merecedora de protección social y jurídica, constituyéndose de laguna manera las personas jurídicas en instrumentos que proyectan hacia afuera el ejercicio de los derechos constitucionales que los protegen, independientemente de las personas que la componen. Esta proyección hacia afuera implica un nivel de interrelación de la persona jurídica con el mundo exterior que posibilita el desarrollo económico, cultural social, político y hasta deportivo de una región del mundo en función no solo del respeto al proyecto de vida de sus integrantes sino de su propio proyecto colectivo de asociación que merece la protección constitucional como un organismo independiente, sin que estos significa una total independencia de las personas físicas que la manejan.

¿Podría pensarse que, dada esta estructura argumentativa, los derechos fundamentales de las personas jurídicas no dependen o no son una extensión de los derechos fundamentales de las personas físicas que la componen? Dicho de otro modo ¿los derechos fundamentales de las personas jurídicas son una extensión de los derechos fundamentales de sus componentes humanos?. Definitivamente la respuesta es afirmativa. No cabe pensar un reconocimiento de derechos fundamentales a los entes jurídicos privados cuyos integrantes no sean humanos. La dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo establece el Art. 66 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, son derechos exclusivamente de la persona humana y con posibilidades de proyectarse hacia conglomerados colectivos instrumentalizados para su consecución.

A manera de comentario, esta estructura argumentativa no descarta un fenómeno de cambio de paradigma que viene ocurriendo desde el Siglo XX y se trata de lo que algunos autores denominan la ciudadanía empresarial (Corporate Citizenship) fiel al derecho. En este modelo constructivista interno la empresa organiza y construye una cultura corporativa respetuosa del orden jurídico, y por otro lado, tomando en cuenta el notable papel de las corporaciones en las decisiones políticas de la sociedad, ésta le reconoce el mismo estatus de ciudadano que le

reconoce a la persona natural, de tal forma que la condición de sujeto activo del delito se equiparan para efectos de establecer la responsabilidad penal, aspecto en el que los modelos autopoiéticos se encuentran trabajando.¹¹

¿Cuáles son los derechos fundamentales de las personas jurídicas?

La ligera y nada profunda interpretación que realiza la Corte Constitucional ecuatoriana choca contra el desarrollo de la dogmática jurídica desde la cual la idea de los derechos fundamentales se ha desarrollado desde un esquema estrictamente humano, desde el concepto de la dignidad del hombre como atributo reservado a las personas físicas y que tienen vinculación con las relaciones que se suscitan entre el individuo y el Estado.

La Corte Constitucional en la referida sentencia N. 027-09- SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009 desparrama en el ordenamiento jurídico el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a las personas jurídicas de derecho público y privado como a las personas o asociaciones de hecho, generándose complicaciones que deberán ser solucionadas mediante un desarrollo jurisprudencial posterior de la misma Corte, dada la obligatoriedad de su aplicación generada por la fuerza vinculante y obligatoria de sus fallos (Art. 436, numeral 6to de la constitución ecuatoriana y el Art. 2 numeral 3ero. de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional).

Un primer problema que enfrenta la legislación ecuatoriana, frente a este panorama, es dilucidar de qué derechos fundamentales son titulares las personas jurídicas porque si bien es cierto que la Corte Cons-

¹¹ Gómez-Jara Diez Carlos. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En: *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. pp. 159 a 223 Varios autores. Ediciones ARA. Perú.

titucional con su fallo extiende la tabla de derechos fundamentales a los entes jurídicos de derecho privado no es menos cierto que no existe un desarrollo normativo escrito que describa los derechos fundamentales que gozan los entes corporativos con personalidad jurídica, que tenga en cuenta la natural diferencia entre persona física y persona jurídica. Imposible pensar que puedan aplicarse a las corporaciones, por ejemplo el ejercicio de varios derechos políticos. La situación se complica cuando analizamos si los derechos que se reconocen a las personas jurídicas son derechos propios de ellas como corporación o si son simples proyecciones de los derechos de las personas físicas que integran la misma. En este punto Hernández¹² nuevamente nos recuerda que es preferible que en primer lugar haya una identificación entre el derecho fundamental de la persona física y el interés legítimo que justifique la creación de una persona jurídica, además de que tenga la capacidad de ejercerlo.

Sin embargo, la Corte constitucional se ha pronunciado por el reconocimiento sin límites de los derechos fundamentales a los entes corporativos, entendidas éstos como entidades con personalidad propia y autónoma de sus integrantes. El rasero del principio de no discriminación entre personas naturales y corporaciones utilizado por la Corte Constitucional constituye un ejercicio de auto confirmación que los derechos fundamentales dejan de considerarse exclusivos de las personas físicas solo por el hecho de ser humanos, criterio que evidentemente desatiende razones históricas de corte individualista de reconocimiento exclusivo de los derechos humanos. Es decir, se ubica mucho más allá de la clásica determinación de la persona jurídica como una simple estructura artificial. La persona jurídica se constituye en un ente en permanente relación con las personas físicas que la conforman, como expresión asociativa de origen individual hacia prosecución de finalidades que en forma individual no podrían verificarse. En este sentido los derechos fundamentales de estos entes colectivos son los mismos de los que gozan las personas naturales excepto de aquellos que por su

¹² Hernández García Javier. Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. Ob. Cit., p. 7.

propia naturaleza normativa no podría ejercitarlos. Igual pronunciamiento tiene la corte Constitucional del Ecuador en el fallo publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.372 del 27 de enero del 2011, págs. 44 y 45.¹³

Derechos de los que no puede ser titular la persona jurídica atendiendo su propia naturaleza

Si bien podría reconocerse que en muchas legislaciones del mundo las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales sin embargo este reconocimiento tiene sus límites sea en función de las finalidades o en la naturaleza misma de la persona jurídica como sujeto beneficiario. En nuestro ordenamiento jurídico, como habíamos analizado, el reconocimiento sin restricciones de derechos a la persona jurídica no tiene más límite que la capacidad de poder ejercer la titularidad dado el carácter normativo de su personalidad. Es decir, la atribución de derechos deber ser resuelta en relación a cada derecho, de manera particular y no a través de una especie de regla general aplicable a todos los derechos fundamentales porque unos podrán ser ejercidos y otros no, sin perjuicio del principio de igualdad de goce de aquellos establecido en el Art. 11 de la CRE.

Los derechos de imposible aplicación por parte de las personas jurídicas son por ejemplo: el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica, moral y sexual, a la salud, seguridad social, los delitos sexuales, derecho a recibir atención medida por enfermedades catastróficas. Derecho a migrar, derecho al asilo y al refugio, desplazamiento arbitrario, derecho a la protección por embarazo, vario de los derechos de participación derecho al voto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a decidir cuantos hijos tener, derecho al libre tránsito

13 Carrión Cueva Luis. Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ob. Cit. Pág. 244. En esta sentencia en forma confusa e inexplicable habla de “derechos constitucionales fundamentales”, a diferencia del fallo publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.9 del 21 de 21 de agosto del 2009, pág.47 que menciona a los “derechos constitucionales” como una categoría más extensiva que “derechos fundamentales”.

por el país, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a no ser privadas de la libertad sino en virtud de orden de juez competente, derecho al matrimonio, paternidad y maternidad responsable, y otras más, derecho a comparecer en calidad testigo y pedir protección en el programa de víctimas y testigos, y otros más.

Los derechos que si son reconocidos a la persona jurídica porque está en capacidad de exigirlos y ejercitarlos son todos los derechos previstos en el Art. 75 CRE se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva; los derechos del Art. 76 CRE referentes a derecho al debido proceso; el derecho a la seguridad jurídica del Art. 82 CRE. Es preciso anotar que las obligaciones del Art. 83 CRE, a las que deben sujetarse las personas físicas, podrían, algunas de ellas, ser cumplidas por las personas jurídicas, como por ejemplo, Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente, Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento; Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible; Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir; Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción; Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios; Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales; Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley; Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética; Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos; Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual; Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley. Aparte, debería por igual garantizarse el goce del derecho a la inviolabilidad del domicilio físico de la empresa.

¿ TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS ?

En conclusión, de la revisión de la escasa jurisprudencia constitucional y de la doctrina podemos realizar las siguientes precisiones que resumen los puntos problemáticos sobre la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en el ordenamiento normativo ecuatoriano.

1. Realizando un repaso al contenido de la Constitución de la República del Ecuador, no existe ningún tipo de obstáculo emanado de la misma constitución o de algún cuerpo legal que impida textualmente el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a la persona jurídica privada.
2. Creemos que si los fines que persiguen las personas jurídicas son legítimos y autorizados por el Estado es lógico suponer que los derechos que protegen esos fines deben ser reconocidos y garantizados puesto que, al ser derechos propios de las personas jurídicas que pertenecen no solo al ámbito individual y subjetivo, adquieren connotaciones de carácter social. Los derechos que protejan esos fines societales deben estar amparados por la Constitución porque igual de amparados están las asociaciones de individuos que persiguen fines legítimos.
3. En consecuencia, los derechos fundamentales de las personas jurídicas vienen a ser producto de carácter colectivo con características diferentes a los derechos individuales de las personas físicas que se asociaron. Aspecto que exige el desarrollo de un sistema de garantías que puedan ser ejercidas exclusivamente por las mismas personas jurídicas como titulares.
4. El reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas no tiene la misma extensión que el de las personas físicas porque, como dijimos antes, están limitados por la naturaleza de su constitución y por los fines para los que fue constituida. Por ello incluso algunos fallos del tribunal constitucional español acepta el hecho de que debe existir un tratamiento desigual en el ejercicio de la titularidad de los derechos entre personas físicas y personas jurídicas, debido a la dubitación en los jueces porque "... la jurisprudencia constitucional parece no haber encontrado aún una po-

sición definitiva entre las posibles fundamentaciones teóricas: la de quienes consideran que las personas jurídicas son manifestación y medio del ejercicio de los derechos fundamentales por los individuos y, por ello, sólo su protección jurídico-fundamental asegura también esos mismos derechos, y la de aquellos otros para quienes las personas morales son entes instrumentales, creados por el derecho y, en consecuencia, a su disposición, de manera que sólo desvirtuando la noción de derecho fundamental puede admitirse su capacidad para ser titular de esos derechos..."¹⁴

En esta línea el estatuto procesal vigente en el Ecuador se ha estructurado dentro de esta excepcionalidad en relación no solo para las personas no jurídicas sino para los mismos entes corporativos porque la ley, por el principio de reserva legal, ha diseñado un sistema humanizado o antropomorfo para el juzgamiento de las infracciones penales creando graves dificultades a la hora de procesar a una persona jurídica dada la ausencia de un sistema de legitimación activa procesal para los entes corporativos.

Los derechos fundamentales de las personas jurídicas según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

De acuerdo la CIDH, el objeto y el fin de la Convención Americana de los Derechos Humanos es la protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, siendo la persona física el objeto exclusivo de su protección. Ensayo una interpretación literal, teleológica y sistemática para llegar a la conclusión de que las "*...las personas jurídicas están excluidas de la protección otorgada por la Convención Americana...*". Sin embargo utilizando el método de interpretación establecido en el artículo 31 de la convención de Viena la CDHI analiza si la protección de los derechos de las personas jurídicas en otros sistemas de protección universal es una práctica común y bajo qué condiciones se desarrolla con el fin de verificar la evolución que ha tenido esta institu-

¹⁴ Gómez Montoro Angel. Ob. Cit. Pag.18

¿TIENEN DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS?

ción y si se utilizan los mismos o parecidos criterios que el sistema interamericano. En efecto, después de un extendido análisis la CIDH concluye que a excepción del sistema Europeo en el resto del mundo “... *las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano...*”¹⁵

Además acota que si bien es cierto que muchos países latinoamericanos reconocen derechos fundamentales a las personas jurídicas en su ordenamiento interno tampoco es cierto que éstos tengan una cierta generalidad y uniformidad sino que por el contrario los ordenamientos jurídicos internos de los países tienen sistemas restringidos a un determinado número de derechos fundamentales y a una determinada calidad de personas jurídicas. Es decir, no existe un reconocimiento imparcial, enfocado a todos los derechos que incluya reconocimiento uniformado sobre los derechos procesales. Esto impide que la CIDH reconozca derechos fundamentales a los entes corporativos porque no ha sido una práctica generalizada en los países miembros. No obstante, se reconoce el derecho de que las personas físicas Sin perjuicio de lo anterior la CIDH reconocen la necesidad de proteger el legítimo derecho de ejercicio de los derechos fundamentales de la persona física a través de su participación en una persona jurídica.

Es importante señalar la versión de la CIDH en relación con el sistema europeo de protección a las personas jurídicas. La CIDH en el análisis de la opinión consultiva menciona que “...Este Tribunal denota que el Convenio Europeo no contiene una definición del término “persona” a diferencia de la Convención Americana. El Convenio Europeo se limita en todos sus artículos al uso de la expresión “toda persona”, sin espe-

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. Oc-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador. Ver en internet http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf última consulta el 6/11/2017 a las 11h05.

cificar si se trata de la persona humana o persona jurídica. Asimismo, el Preámbulo del Convenio hace énfasis solamente en el valor de los derechos humanos como un medio para asegurar la justicia y la paz en Europa.⁷¹ En efecto, los únicos artículos en los cuales se hace alusión directamente a la persona jurídica son el 34 del Convenio Europeo y el 1 del Protocolo Adicional No. 1. ... En este sentido, en el artículo 34 del Convenio se indica quiénes podrán someter una demanda ante el Tribunal Europeo, a saber: i) cualquier persona física; ii) toda organización no gubernamental, y iii) todo grupo de particulares. La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha dado cabida para que, dentro del concepto de organización no gubernamental, varias clases de personas jurídicas sometan una demanda ante el mismo. En particular, el Tribunal Europeo ha conocido casos relacionados con: i) personas jurídicas privadas, de cualquier naturaleza, con⁷² (civiles y comerciales) o sin fin de lucro⁷³ (asociaciones y fundaciones), o ii) personas jurídicas públicas, siempre y cuando no ejerciten poderes gubernamentales, no hayan sido creadas para propósitos de administración pública y sean independiente del Estado. . La interpretación del artículo 34 del Convenio ha conllevado que el Tribunal Europeo no solo haya conocido casos de personas jurídicas relacionados con el derecho a la propiedad, lo cual expresamente lo permite el artículo 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo, sino que también ha analizado casos relacionados con derechos tales como a la libertad de expresión⁷⁵ (artículo 10 del Convenio Europeo), a la no discriminación⁷⁶(artículo 14 del Convenio), a un proceso equitativo⁷⁷(artículo 6 del Convenio), de libertad de reunión y asociación⁷⁸(artículo 11 del convenio), a libertad de pensamiento, conciencia y de religión⁷⁹ (artículo 9 del Convenio) o a la vida privada y familiar⁸⁰ (artículo 8 del Convenio)...”¹⁶

El Convenio europeo de derechos humanos contiene en el artículo 34 expresiones como “persona física” o “grupo de particulares”, “organización no gubernamental” como legitimados activos frente a una de-

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-22/1 6de 26 de febrero Ob.cit. Ver en internet http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf última consulta el 6/11/2017 a las 11h05

manda de protección de los derechos fundamentales sin especificar de si se trata de personas jurídicas aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus fallos tienen una larga tradición de reconocimiento de la personas jurídicas como titulares de algunos o de ciertos derechos fundamentales, no de todos como bien lo asegura la opinión consultiva de la CIDH.

Conclusiones

Lo grave del legislador ecuatoriano, no sabemos si por ingenuidad o por desconocimiento, es no llenar un vacío que sin mucho esfuerzo debía ser imaginado por los hacedores de la ley al no contemplar el aspecto procesal en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ausencia de la normativa adjetiva debe entenderse obedece a la confianza que se pensó debía ponerse en el trabajo del juez de garantías penales para llenarlo con motivo de la resolución de cada caso particular que se ponga en conocimiento suyo, o en el desarrollo jurisprudencial de una Corte Constitucional que no repara en esta ausencia normativa.

Sin embargo, parece que el legislador consideró que las normas procesales que el COIP desarrolla para el enjuiciamiento de las personas físicas eran suficientes para ser aplicadas, con las diferencias del caso, al procesamiento penal de las personas jurídicas. Similar a la estructura de otras legislaciones¹⁷ la ecuatoriana no contempla un estatuto especial para estos casos y se entiende una pretendida utilización del sistema procesal individual aplicándolo de manera diferenciada para garantizar la efectividad en cada caso particular. No olvidemos que la sentencia N. 027-09- SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009 de la Corte Constitucional al reconocer la titularidad trasladó la tabla de derechos y garantías constitucionales a las perso-

¹⁷ Ese es el caso de las legislaciones de Italia y Francia, explica Hernández García Javier. Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. Ob. Cit. Pág. 10

nas jurídicas para evitar problemas de indefensión si el derecho al debido proceso le era negado a los entes morales.¹⁸ La nivelación en el estatus de sujetos procesales entre la persona física y la jurídica garantiza la presencia de ésta última al proceso penal con el mismo derecho de beneficiario de la tutela judicial efectiva del que gozan las personas naturales.

En el caso de España, cuando adolecía del mismo problema, varios autores, como Bajo Fernández, Gómez Jara,¹⁹ resaltaban este hecho como un loable intento de equiparar entre los derechos procesales de una persona física y una jurídica porque no era tolerable que las acciones delictivas de las personas jurídicas implicaren una disminución de sus garantías procesales. Igual reflexión cabría hacerla cuando se trata de la legislación ecuatoriana.

¹⁸ En España la titularidad de la persona jurídica a la tutela judicial efectiva fue reconocida por sentencia 413 del 2010 emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Art. 47. Ver más en Miguel Bajo Fernández y Carlos Gómez Jara-Diez en *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*. En *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi SA Pamplona. 2012. Pág. 279.

¹⁹ Bajo Fernández, Gómez Jara-Diez C. *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*. Ob. Cit. Pág. 281

Bibliografía

- VILLEGAS GARCÍA ,María. Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. Tesis doctoral. Universidad complutense de Madrid. Madrid, 2015, pág. 27. Ver en <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid.
- CARRIÓN CUEVA, Luis. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Tomo II. Ediciones Cueva Carrion.Quito.2011.
- EDUARDO ALDUNATE, Lizana Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 1, número 1. Universidad de Talca. Santiago de Chile.2003.
- DÍAZ LEMA, José. *¿Tiene derechos fundamentales la persona jurídica pública?* <https://www.google.com/search?q=%C2%BFTiene+derechos+fundamentales+la+persona+jur%C3%ADdica+p%C3%BAblica?&+Diaz+Lema&safe=active&client=firefox-b&dcr=0&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=0ahUKEwi1wbzass7XAhUmUd8KHa-5By8QsAQIRw&biw=1680&bih=945>
- Sentencia de la Corte Constitucional N. 027-09-SEP-CC, Caso: O011-OS-EP, publicada el 08 de octubre del 2009, realiza la interpretación del Artículo 437 de la Constitución de la Republica.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. Diario *La Ley*, N. 7427, Sección Doctrina, 18 Jun.2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Varios autores. Ediciones ARA. Perú.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". Diario *La Ley*, 2010

CARRIÓN CUEVA, Luis. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.OPINIÓN CONSULTIVA OC 22/16 DE 26 DE FEBRERO DE 2016 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE PANAMÁ TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.2, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

SOBRE DERECHOS HUMANOS. ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 8.1.A Y B DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Ver en internet http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf ultima consulta el 6/11/2017 a las 11h05.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16DE 26 DE FEBRERO. Ob.cit. Ver en internet http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf última consulta el 6/11/2017 a las 11h05.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*. Diario *La Ley*, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, GÓMEZ JARA-DIEZ C., *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*. Ob. Cit. Pág. 281.

———. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi SA Pamplona. 2012.

LOS AUTORES

Mauricio Enrique Pacheco. Doctorando de Derecho y Gobernanza global de la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dra. Viviana Morales Naranjo. Master en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable, en la Universidad de París. Catedrática de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dr. Giovanni Rivadeneira. Doctorando de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca. Catedrático de Legislación Laboral en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Dr. Javier Gómezjurado Zevallos. Doctor en Sociología y Ciencias Políticas por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Historia Andina, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador de Expresión Oral y Redacción Jurídica. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia del Ecuador.

Ab. Santiago Machuca Lozano. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dr. Caetano Cisneros. Catedrático de Sociología del Derecho y Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Magister en Educación Superior. Magister en Educación Superior Mención Ciencias Jurídicas

Dr. Paul Córdova Vinueza. Catedrático de la Universidad Central de Ecuador en Instituto de Posgrados en la Escuela de Derecho. Doctorando por la Universidad de Buenos Aires. UBA del Derecho y Derechos Humanos.

**Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de PPL Impresores, Quito, Ecuador,
el 10 de diciembre de 2017.**

La Universidad Central del Ecuador, es el referente histórico más importante de la universidad en la República del Ecuador. Ubicada en la capital Quito tuvo su origen en la unión de las Universidades: San Fulgencio (1586) de los Agustinos, San Gregorio Magno (1651) de los Jesuitas y Santo Tomás de Aquino (1681) de los Dominicos. De la Real Universidad Pública Santo Tomás se fundó la Universidad Central de Quito que en la presidencia de Vicente Rocafuerte se concretó la recreación definitiva de la Universidad Central del Ecuador (UCE), sustituyendo la palabra "Quito" por "Ecuador", en 1836, denominación con la que se conoce hasta el día de hoy.

La cátedra de derecho canónico y civil se impartía como cátedra desde la Universidad San Fulgencio en 1686, continuando la Real y Pontificia Real de San Gregorio. El 18 de marzo de 1826, el Congreso de Cundinamarca, expide la Ley estableciendo Universidades Centrales en las capitales de los Departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Ecuador. Entre las materias impartidas se contaban las relacionadas con las carreras de Medicina, Derecho Civil y Canónico, y Filosofía y Teología, lo que determina que las facultades de Medicina y Jurisprudencia sean las facultades más antiguas, por cuyas aulas han transitado los personajes políticos y científicos más importantes del país.

Este libro recoge, desde el Derecho en general, una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes.



**UNIVERSIDAD CENTRAL
DEL ECUADOR**
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ISBN 978-9942-30-446-9



9 789942 304469