



N° 58

**CIENCIAS JURÍDICAS**

REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Agosto 2012

# **UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Econ. Carlos Cordero Díaz**  
RECTOR

**Ing. Miriam Briones García**  
VICERRECTORA

**Ing. Jacinto Guillén García**  
DECANO GENERAL DE INVESTIGACIONES

**Ing. Ximena Moscoso Serrano**  
DECANA GENERAL ADMINISTRATIVA FINANCIERA

## **UNIVERSIDAD - VERDAD**

Revista de la Universidad del Azuay

Director

**Dr. Claudio Malo González**

Consejo Editorial

**Dr. Oswaldo Encalada Vásquez**

**Arq. Diego Jaramillo Paredes**

**Ing. Francisco Salgado Arteaga**

Diagramación

**Mario Merchán Barros**

Diseño de portada

**MasakiSanto**

Este número ha sido coordinado por el Dr. Andrés Martínez Moscoso

Director de la Escuela de Derecho

La responsabilidad por las ideas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores

Se autoriza la reproducción del material de esta revista siempre que se cite la fuente

Canjes y donaciones: Biblioteca <<Hernán Malo González>> de la Universidad del Azuay

ISSN 13902849

Avda. 24 de mayo N° 7-77 y Hernán Malo

[www.uazuay.edu.ec](http://www.uazuay.edu.ec)

Apartado Postal 981

Teléfono: 2881-333

Cuenca - Ecuador

# **CIENCIAS JURÍDICAS**



## CONTENIDO

|   |    |
|---|----|
| NOTA EDITORIAL  | 7  |
| XXV AÑOS DE LA FACULTAD DE<br>CIENCIAS JURÍDICAS DE LA<br>UNIVERSIDAD DEL AZUAY<br>Auquilla Remigio   | 9  |
| ANTROPOLOGÍA Y DERECHO<br>Malo Claudio  | 21 |
| LA REAL MALICIA<br>Cordero José   | 37 |
| NEOCONSTITUCIONALISMO Y<br>DESGARRAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO<br>Martínez Antonio   | 57 |
| NEOCONSTITUCIONALISMO Y DESPOTISMO<br>Orellana Tarquino   | 71 |
| UN NEOCONSTITUCIONALISMO LIBERAL:<br>HACIA UNA NUEVA VISIÓN DEL<br>NEOCONSTITUCIONALISMO, A PARTIR<br>DE LA VINCULACIÓN CONTINGENTE ENTRE<br>DERECHO Y MORAL<br>Pozo Fabián | 87 |

|   |     |
|---|-----|
| TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN<br>CONSTITUCIONAL Y DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL<br>López Sebastián  | 107 |
| LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL<br>ARBITRAJE INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN<br>DE INVERSIONES: UN ESTUDIO DESDE LA<br>PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS<br>Björn Arp | 125 |
| LA RENUNCIA DE LAS LIBERTADES FRENTE A<br>LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y<br>CULTURALES, COMO RIESGO PARA LA<br>DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI<br>Martínez Andrés      | 163 |
| EL JUEZ Y LA TEORÍA DEL DELITO<br>Abralde Sandro F.   | 177 |
| LEYES PENALES: DE LA DEFENSA SOCIAL<br>A LA TUTELA DE DERECHOS<br>Tapia Silvana   | 191 |
| ¿PARTICIPAR O NO PARTICIPAR EN POLÍTICA?<br>...LA GRAN INTERROGANTE<br>Malo Ana Isabel  | 207 |

## NOTA EDITORIAL

Es imposible la subsistencia de los seres humanos al margen de una sociedad; esta ineludible condición de vida requiere un ordenamiento para que cada quien sepa cómo debe actuar ante las diversas condiciones que la vida plantea. El derecho, como sistema organizado de normas en una sociedad política, es indispensable y se torna tanto más necesario cuanto más compleja es la colectividad. Es esencial a la sociedad el cambio en el tiempo, de allí que el sistema de leyes tiene también que cambiar en cuanto debe adaptarse a las condiciones que el entorno humano establece en cada época. Debe un sistema legal estar de acuerdo con las circunstancias históricas y culturales para que las leyes funcionen.

Es discutible si las leyes de nuestro país obedecen a las circunstancias de nuestro tiempo, en todo caso, es tarea de quienes estudian y enseñan las disciplinas correspondientes abordar este tipo de problemas para que se entiendan las diferentes normas jurídicas dentro del entorno temporal y cultural en el que funcionan, criticar –en el sentido positivo de la palabra- las falencias y desactualizaciones y plantear los cambios que se consideren necesarios. No cabe que el derecho se limite a una aplicación sistemática – peor aún rutinaria- de las leyes; tiene que ser objeto de estudio para analizar sus fundamentos y su acoplamiento a las exigencias de la colectividad siempre cambiante, anticipando, de ser posible, cómo deberían ser las normas en un futuro previsible.

Las personas que forman parte de una sociedad tienen derechos para poder realizar sus actividades y garantizar

sus condiciones de vida, pero tienen además obligaciones a las que tienen que sujetar su conducta para garantizar el bienestar colectivo. A lo largo de la historia se han dado distorsiones entre el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el manejo del poder por parte de quienes lo ejercen. Con el tiempo, mediante leyes se han reconocido y garantizado más derechos con la meta de que se cumpla el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Los derechos de las personas cubren todas las áreas en la que se desarrolla la vida social, comenzando con las básicas que garantizan la subsistencia y seguridad y abordando las que surgen a causa de las innovaciones tecnológicas, como la informática, que al abordar campos diferentes requiere formas de conducta distintas que deben ser reguladas por el ordenamiento legal. Esto implica que hay nuevos derechos y obligaciones que plantean problemas al ordenamiento legal. Es importante considerar la importancia de las obligaciones ante la tendencia a dar énfasis a los derechos.

Hace veinticinco años la Universidad del Azuay creó la facultad de Ciencias Jurídicas para formar profesionales en este campo, con seriedad académica y visión solidaria frente al ordenamiento social. Esta entrega de Universidad Verdad está integrada por artículos de, en la mayoría de los casos, profesores que ejercen la docencia en esta unidad académica; abordan sus artículos diversas áreas relacionadas con el ordenamiento jurídico. Ser profesor no se limita a transmitir conocimientos, conlleva estar permanentemente al día en los cambios que se producen y analizar, con una visión de futuro, las situaciones que surgirán, ya que las leyes no pueden cambiar cada día, pero tampoco pueden mantenerse ajenas a las innovaciones del ordenamiento social.

# **XXV AÑOS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Aquilla Remigio<sup>1</sup>**

Correspondencia: [remigioa@uazuay.edu.ec](mailto:remigioa@uazuay.edu.ec)

---

1 Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad Técnica Particular de Loja. Varios posgrados. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Presidente del Colegio de Abogados.



## **CREACIÓN DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA:**

El 30 de Junio de 1987 se reúne en la ciudad de Cuenca, el Consejo General de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con sede en la misma ciudad, con el objeto de tratar varias propuestas que llegaron a su conocimiento; en este sentido, y con la participación de distinguidas personalidades como: el Dr. Juan Cordero Iñiguez, el Padre Alonso Montero Mora, el Dr. Claudio Malo González, el Dr. Mario Jaramillo Paredes, el Dr. Luis Tonón Peña, el Lcdo. Joaquín Moreno Aguilar, el Dr. Jorge Paredes Roldán, la Sra. Janeth Molina Coronel, el Lcdo. Galo Fajardo Zuñiga y el Sr. Pedro Córdova Rodas; se propone que se conozca de manera puntual, entre otros temas, la iniciativa de formar una Facultad de Jurisprudencia, con especialización en Derechos Económicos y Sociales. La idea de creación de esta Facultad proviene de tres distinguidas personas: Mons. Luis Alberto Luna Tobar (Arzobispo de Cuenca), Dr. Claudio Malo González y Dr. José Cordero Acosta, quienes mediante un comunicado enviado el mismo mes, hacen saber a la Junta, de la importancia que tiene el Derecho en el mundo actual y la necesidad de implementar una carrera tan trascendental como ésta. En razón de lo expuesto la Junta, después de un intenso debate, decide aprobar en principio la creación de la Escuela de Jurisprudencia, formando parte de la Facultad de Administración, esto por cuanto, el área de Derecho es un “área básica dentro de una Universidad, y contribuye muy poderosamente a consolidar el pensamiento universitario y a vincularlo más efectivamente con la comunidad.”, tal como en aquel entonces afirmaría el Dr. Mario Jaramillo; y,

es precisamente con dicha aprobación, que deciden dejar a cargo de la formación de la nueva Escuela al Dr. José Cordero Acosta, quien posteriormente se convertiría en el primer Decano de dicha Facultad, cargo que lo ocupó en varios períodos.

Sin embargo, José Cordero no ha sido la única persona destacada en este proceso de fundación, debe atribuírseles el crédito además a profesores como: el Dr. Juan Morales Ordoñez, actual profesor de “Introducción al Derecho” y Subdecano desde el año 2007 al 2009; el Dr. Juan Tama Márquez, como profesor de Derecho Político; el Dr. Fabián Cueva, profesor de Economía Política; Monseñor Luis Alberto Luna Tobar, profesor de Derecho Romano y uno de los principales promotores de la creación de la Facultad de Derecho; Dr. Hernán Coello García, profesor de Derecho Civil – Personas -, quien llegó a ocupar las funciones de Decano y Subdecano de la Facultad; y, el Dr. Alejandro Serrano Aguilar, actualmente profesor de Lógica Jurídica.

Pero, ¿Porqué una facultad de Jurisprudencia? La respuesta es simple. Desde la antigüedad, las universidades tradicionales han tomado como base de su estructura a dos facultades: la de Derecho y la de Filosofía y Letras, esto simplemente porque (así lo expresan conocidos de la materia), “el eje orientador universitario no estuvo ni debe estar en facultades técnicas, sino en la plenitud de lo humano.” (*Miguel Angel Ciuro Caldani - Universidad Nacional de Rosario, “La importancia de una Facultad de derecho en el centro de la provincia de Buenos Aires”*).

La idea de crear una Facultad de Derecho por parte de la entonces Pontificia Universidad Católica del Ecuador,

sede en Cuenca, nace de la firme convicción de iniciar una carrera tendiente al estudio de aquellas normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, pero no desde un enfoque tradicional, sino por el contrario desde una visión mucho más humanista, que procure un cambio en las enseñanzas del Derecho, pero no con palabras sino con hechos, aceptando de esta manera, las deficiencias del sistema de aquel entonces, y asumiendo la corresponsabilidad en la preocupante situación en la que se encontraba enfrascado el ejercicio de la profesión de la abogacía, pues si bien la carrera ya se impartía en otras universidades, resultaba penoso observar que por parte de los abogados que se graduaban, no existía criterio jurídico, no se emitía ninguna opinión ni se debatía el alcance de ninguna Ley; allí se encuentra el motivo por el cual, se decide la construcción de aquella nueva facultad, con lo que, sin duda alguna, se brindó un aporte significativo a la enseñanza superior de nuestro país.

Pero bien, una vez destacado el proceso de fundación de nuestra prestigiosa facultad, así como las ilustres personas que intervinieron en ella, es preciso destacar entonces ***¿Qué es lo que distingue a nuestra facultad de otras tantas que existen a nivel provincial e incluso nacional? ¿Qué es lo que tiene y ofrece la Universidad del Azuay?***

Nuestra facultad, tan distinguida y conocida a nivel nacional, ha ido ganando su prestigio por su constante innovación, situación que se ve reflejada en la evolución de materias que se ofrecen, procurando siempre estar en vanguardia, adoptando mecanismos de estudio afines a la realidad actual, sin que esto implique el desconocimiento de materias tan esenciales en una carrera como la nuestra.

Debemos distinguir en primer lugar que, a diferencia de otras universidades, la Facultad de Ciencias Jurídicas actualmente consta con dos Escuelas: la primera que es la de “Derecho”, y la segunda, de “Estudios Internacionales”, creadas con el objetivo de formar profesionales integrales en los campos teórico-prácticos del quehacer jurídico y en las negociaciones internacionales, el comercio exterior con formación bilingüe, respectivamente, profesionales que ejerzan el derecho con una visión clara de la dinámica jurídica con una concepción filosófica de la justicia y con una mística por la solución de los graves problemas sociales de nuestra realidad.

Sin embargo esto no es lo único que nos distingue de otros centros de enseñanza superior, pues, desde que nació nuestra facultad en el año de 1987, las temáticas que se abordan han ido mejorándose cada día, así por ejemplo, en lo que respecta a la Escuela de Derecho, materias como: Derecho Romano, Introducción al Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Civil o Derecho Penal se siguen impartiendo por la trascendental importancia que connotan, pero esto no significa que estemos paralizados allí, por el contrario, con el paso del tiempo hemos ido evolucionando, y como evolucionar es sinónimo de mejorar, actualmente impartimos además materias como: Teoría del Conflicto y Medios Alternativos, Argumentación y Litigación Jurídica, Propiedad Intelectual, y Clínica Jurídica.

Algo similar sucede con la Escuela de Estudios Internacionales en donde actualmente se propende al uso del idioma inglés de una manera mucho más amplia, mediante materias como: Advance English Composition,

Advance Oral Communication Skills, English Phonetics, Technical Writing and Cross-Cultural Communication; pero de igual manera, sin olvidar materias tan básicas y al mismo tiempo tan importantes para la carrera, tales como: Lengua y Literatura, Matemáticas Financieras, Socioeconomía Ecuatoriana, Economía Internacional; y, Legislación para el Comercio Electrónico, entre otras.

Resulta necesario detenernos en esta última parte, en la Escuela de Estudios Internacionales, y no porque esta sea más importante que la de Derecho (además de que la creación de esta, se encuentra vinculada directamente con el nacimiento de la facultad como tal), o de cualquiera de las otras que existen en la universidad, sino porque es una carrera relativamente joven; su nacimiento data del año 2000, pero la primera promoción no inició sino hasta el año 2002; la idea nace del Dr. Andrés Abad Merchán (quien posteriormente sería su primer director), Ing. Francisco Salgado y Máster. Joaquín Moreno, quienes conscientes del rol que debe cumplir una universidad en la sociedad, y ante la necesidad de ofrecer alternativas académicas acordes a la realidad mundial y a los procesos de globalización, deciden materializar la idea de formación de una Escuela de Estudios Internacionales, la cual se encuentra caracterizada principalmente por su estrecha relación con el área de las Humanidades, pues para entender y conocer la realidad internacional debemos remitirnos a ciencias como: la Historia, la Geografía, la Sociología, la Antropología y la Filosofía, entre tantas otras que existen.

Así, para la implementación de esta carrera se hizo un estudio exhaustivo, basado en cuatro ejes fundamentales: el primero relacionado con los Estudios Globales, aspecto

intrínsecamente ligado con la geopolítica; en segundo lugar, la Lingüística, pues no se puede pretender una formación internacional sin el conocimiento de idiomas, el mundo actual nos obliga a estar actualizados y capacitados; en tercer lugar, posicionamiento de la carrera en el ámbito del comercio exterior, por cuanto es una carrera ligada íntimamente con las relaciones económicas y financieras entre países; y, por último, la formación humanística, pues para conocer la realidad internacional es preciso conocer ciencias humanas y sociales, en este sentido, la administración y el comercio exterior vendrían a ser complementarios.

Una vez explicado en sentido amplio el nacimiento de tan importante facultad como lo es la de Ciencias Jurídicas y de sus dos escuelas respectivamente, resulta imperioso explicar, qué retos debe cumplir la universidad y específicamente nuestra facultad, frente al nuevo proceso de acreditación que vive el país hoy en día.

La Universidad del Azuay, en vista de las nuevas exigencias que establece la Ley Orgánica de Educación Superior, tiene como misión formar personas comprometidas éticamente con la sociedad, personas que desde su preparación académica, demuestren compromiso y conocimiento de la realidad, y colaboren al desarrollo integral de su entorno.

En este sentido, y en concordancia con la misión de la universidad, las escuelas de la Facultad de Ciencias Jurídicas proponen ser escuelas de formación universitaria orientadas a la educación de personas en el campo del Derecho como en el área de Estudios Internacionales y Comercio Exterior, personas que desde su preparación

académica y práctica profesional busquen constantemente niveles de excelencia y desarrollen una visión global y pluralista, sólidos valores morales y éticos, y que contribuyan al desarrollo económico, social y cultural de la colectividad.

En consecuencia, y mirando la situación desde un sentido más objetivo, las universidades hoy en día, no están para enseñar del modo tradicional y memorista que se ha venido aplicando, sin procurar ninguna clase de análisis por parte del estudiantado, es ilógico pensar (en relación con la Escuela de Derecho) que entre más artículos aprendes, más Derecho sabes... El Derecho es una ciencia extremadamente compleja, no se la puede estudiar de otro modo que no sea mediante la práctica, en efecto, la única forma de enseñarlo es involucrando a los estudiantes en la ciencia jurídica, en problemas reales que les den la capacidad de buscar soluciones adecuadas para resolverlos; aquellos viejos métodos en que todo el aprendizaje se reducía a textos legales ya no funciona, los tiempos han cambiado y consecuentemente la sociedad ha cambiado, y es justamente pensando en eso, en las facilidades que existen hoy en día para estudiar y recabar información, que nuestra universidad, específicamente nuestra facultad, se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambio, y todo cambio es bueno siempre que nos ayude a superarnos y procure nuestro bienestar; por esta situación, por este cambio, es que cada día nos preocupamos en ofrecer nuevas y mejores carreras, además de renovados cronogramas de estudio adaptados a las exigencias actuales.

La facultad que hoy queremos, es una facultad comprometida en desarrollar acciones que proyecten a

la comunidad su acervo cultural, científico, tecnológico y ético; una facultad líder y reconocida tanto a nivel local como nacional por su calidad académica, por formar personas con saberes y destrezas en ciencias axiológicas y normativas, así como una facultad que imparta conocimientos en adaptación a una realidad comercial cambiante y su aplicación en el entorno. Dentro de esta perspectiva y como Facultad de Ciencias Jurídicas, es de vital importancia promover e incluir en nuestro pensum, materias acordes al ordenamiento jurídico actual, tomando en cuenta que nuestro pilar fundamental es la Constitución de la República que hoy nos respalda, una norma que como conocemos es mucho más garantista que cualquier otra que hayamos tenido antes, lo que nos obliga a estar permanentemente actualizados y atentos, con el único objetivo de ser críticos frente a aquellas normas que se puedan crear en detrimento de los derechos de todos y cada uno de los ciudadanos y, de presentarse el caso, ofrecer alternativas aplicables para que aquellas normas jurídicas sean revisadas y modificadas con apego a nuestra Carta Magna.

Para terminar este pequeño recuento de lo que fue la creación de la Facultad de Jurisprudencia, hoy denominada como de “Ciencias Jurídicas”, vale reflexionar acerca de lo que ha significado todo este proceso para todos aquellos que de una u otra forma hemos sido parte en esta gran lucha, en este diario vivir que nos ha traído grandes recompensas como consecuencia de grandes sacrificios.

Algunos de los grandes promotores se han ido dejándonos un gran vacío, pero al mismo tiempo una gran huella; otros, seguimos luchando cada día para alcanzar aquello que nos propusimos cuando iniciamos

esta gran aventura, visualizar a esta universidad, nuestra universidad, como una de las mejores del país, y gracias a Dios y al tiempo, que nos ha permitido continuar tanto a mí como a otros colegas más, lo estamos consiguiendo...

Quizá no estemos presentes para ver todo este gran proceso de transformación materializarse, pero por lo menos tenemos la dicha de ver cómo hemos crecido, y cuántos logros hemos alcanzado. Es dichoso recordar que comenzamos con dos facultades y que actualmente contamos con 6, dentro de las cuales se enmarcan alrededor de 30 carreras.

Y es así que habiendo explicado los retos a los que se enfrenta una universidad actual, que podemos asegurar, que el caminar no ha sido fácil, cada día es un problema nuevo que afrontar y una solución posible de adoptar, pero es esto lo que nos hace diferentes y la razón por la cual la gente nos prefiere... miramos a la universidad desde una sola perspectiva y con un solo fin, formar y entregar a la sociedad profesionales con conocimientos suficientes, capaces de buscar soluciones rápidas y eficientes a los problemas del diario vivir.



# **ANTROPOLOGÍA Y DERECHO**

**Malo Claudio**

Instituto de Estudios de Régimen Seccional del Ecuador,  
Decanato de Investigaciones, Universidad del Azuay,  
Av. 24 de mayo,  
Cuenca - Ecuador.

Correspondencia: [cmalo@uazuay.edu.ec](mailto:cmalo@uazuay.edu.ec)

## **Resumen**

A diferencia de los demás integrante del reino animal cuyas vidas están organizadas por el instinto, los seres humanos lo hacemos mediante normas creadas, ya que la creatividad es uno de los fundamentos de la cultura en sentido antropológico. Vivir en colectividad requiere un orden por lo que es esencial a las sociedades el sistema de normas que van desde los usos sociales hasta las leyes. El derecho manifestado en leyes es consecuencia de nuestro carácter cultural cuyas manifestaciones son diferentes de acuerdo con los entornos físicos humanos. Si las normas jurídicas deben ser observadas por todos los que hacen una sociedad política, para que funcionen tienen que responder a los fundamentos de cada cultura, lo que requiere para su comprensión una visión antropológica.

**Palabras clave:** Antropología, sentido antropológico, espíritu de las leyes, sociedad política, identidad cultural.

## **Abstract**

In contrast to other members of the animal kingdom, whose lives are guided by instinct, humans create their own rules, which we call “culture” in the anthropological sense of the term. Collective living presupposes a shared system of conventional behavior, including social customs and laws. Jurisprudence embodied in the law is one manifestation of cultural creativity and is specific to a given physical environment. If observance of the law is expected of all members of society, then the laws must accord with their basic cultural principles. An anthropological perspective is key to elucidating these principles.

**Keywords:** Anthropology, anthropological sense, spirit of the laws, political society, cultural identity.

En 1748 Montesquieu publica posiblemente la más importante de sus obras: “El Espíritu de las Leyes”. Ante la creencia de que las leyes tienen que ser las mismas para todos los seres humanos, al analizar los aparatos jurídicos de diversos países encuentra una alta diversidad en las leyes. Ante esta incertidumbre ¿Cuáles serán las leyes verdaderas? Cree que para llegar a una conclusión se debe acudir a su espíritu, es decir a una serie de elementos variados y variables de cada país, de los cuales nacen las leyes y a las que hay que considerar con una visión práctica.

Factores como el geográfico, el religioso, el histórico estructuran a cada pueblo y si las leyes tienen por objeto organizar de la mejor manera posible la conducta de las personas como integrantes de un entorno cultural, las normas deben responder a ese “espíritu”. La diversidad proviene entonces de las diferentes formas en virtud de las cuales las colectividades funcionan. Las leyes pueden ser calificadas de buenas o malas según su funcionalidad, es decir la eficiencia para satisfacer las necesidades y lograr el ordenamiento en la conducta, en cuyo caso la bondad y limitación dependen de su sintonía con la realidad.

En otras palabras, para juzgar la legislación de los distintos países hay que analizarlos partiendo de los elementos que conforman ese país, tanto físicos como humanos, es decir es necesario comprender este conjunto de componentes para comprender las leyes, lo que significa superar el etnocentrismo, esto es la tendencia a juzgar a todos los pueblos con los patrones del nuestro y considerar negativos o erróneos aquellos elementos que difieren, peor aún si lo contradicen. No hay recetas

universales, deben estar sujetas a las variaciones de cada pueblo.

La Antropología Cultural como ciencia aparece en la segunda mitad del siglo XIX. Conscientes de las notables diferencias entre conglomerados humanos en la organización de las formas de vida, se plantea que para entender a esas organizaciones hay que conocerlas desde su interior, es decir analizar su ordenamiento partiendo de los patrones de cada conglomerado y no desde aquel del que somos parte.

La diferencia básica entre los seres humanos y los demás integrantes del reino animal radica en que en los segundos el instinto es el que organiza su conducta, mientras que en los primeros, partiendo de su elevado nivel psicológico, el ordenamiento proviene de una serie de ideas y pautas creadas por cada colectividad, que se denomina cultura . Una de las metas, quizás la más importante de esta disciplina, es la comprensión de las culturas diferentes. Entre las múltiples definiciones de cultura desde una visión antropológica, la de Amadou MahtarM'Bow dice:  
“Todo lo que una comunidad ha creado y lo que llegado a ser gracias a esa creación. Lo que ha producido en todos los dominios en los que ejerce esa creatividad y el conjunto de rasgos materiales y espirituales que, a lo largo de ese proceso ha llegado a modelar su identidad y a distinguirla de otras.”

La cultura es una creación humana que requiere un conjunto de pautas de conducta para actuar con orden en las diversas circunstancias que se presentan en la vida, de allí que algunos antropólogos consideran que la cultura es un sistema de normas. El Derecho es parte de ese

sistema ya que es una creación de los seres humanos. Vivir, además de pensar, es actuar en muchos casos para salir adelante de situaciones que se presentan y, con frecuencia, escoger entre diversas alternativas. Como integrantes del reino animal hay una serie de situaciones provenientes de nuestra condición biológica que arrancan de los impulsos, pero la cultura interviene para establecer las formas, permisiones y prohibiciones de esta relación con la realidad. Necesitamos alimentarnos para subsistir como todos los seres vivos, pero las preferencias alimentarias y los procesamientos de alimentos, comenzando con el cocido, responden a pautas culturales. El hecho de que los alimentos preparados son parte de la identidad cultural demuestra que esta forma de prepararlos depende de las distintas culturas. Hay culturas en las que intervienen factores religiosos. En el hinduismo no está permitido comer carne de vaca y en el judaísmo y el islam, la de cerdo, las razones son religiosas y la religión es una de las manifestaciones de las culturas.

## **La cultura como un sistema de normas**

La conducta animal está organizada por el instinto, que es propio de cada especie. Todo nuevo integrante llega al mundo programado para actuar. La conducta humana, más allá del instinto, está regida por una serie de normas o pautas creadas colectivamente para hacer frente a problemas dentro de un ordenamiento de la comunidad de la que se forma parte. Si bien hay un espacio para el comportamiento individual, la mayoría de pautas obedece a maneras creadas y aceptadas socialmente a lo largo del tiempo y que, de alguna manera, estructuran la identidad cultural de las colectividades. Para resolver

problemas prácticos de la vida cotidiana tienen vigencia los denominados “usos sociales”.

Entendemos por usos sociales las maneras acostumbradas normales y habituales de resolver problemas, socialmente aceptada por los integrantes de una cultura. Se trata de problemas simples propios de la vida cotidiana, que no están vinculados a los principios de bien y mal. En nuestras culturas para comer recurrimos a cubiertos, en las orientales a palillos y en otras, simplemente a las manos. La aceptación cultural es tan firme que se tiende a creer que es la única manera posible de satisfacer esta necesidad en todo el mundo. Al enterarse de la manera cómo comen los orientales nos parece extraño y que requiere especial habilidad. Algunos orientales creen que el uso de varios cubiertos es una forma excesivamente complicada para esta actividad de todos los días . La práctica de usos sociales suele estar regulada por normas cuyo incumplimiento merece desaprobación social, pero de ninguna manera censura moral o castigo. Estas normas pueden llegar a extremos complicados como la diversidad de cubiertos para comidas protocolarias y cuando debe usarse cada una de las piezas. El protocolo, entendido como regla ceremonial diplomática o palatina establecida por costumbre, llega a complicaciones tan extremas que, quienes conocen estas prácticas son considerados “sabios” o modelos de refinamiento.

Una de las acepciones que el DRAE da a uso es “Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas”. La relación entre uso social y costumbre es tan cercana que es muy frecuente que se identifiquen a estos dos términos .Demás está decir

que la costumbre es una de las fuentes del Derecho en cuanto lo deseable es que las normas jurídicas respondan a maneras ordenadas de actuar de las colectividades.

Para que la costumbre alcance solidez es necesario que su práctica se repita reiteradamente por cuanto hay aceptación social para actuar frente a determinados problemas de la misma manera. La costumbre en este caso tiene que ser colectiva; con frecuencia se habla de costumbres individuales, pero no son componentes o antecedentes del Derecho. Informalmente las costumbres contribuyen a las actitudes y formas de comportamiento de los integrantes de un grupo cuyos miembros conocen que en determinadas circunstancias se debe actuar de tal manera. Estas personas tienen capacidad de anticipar con un razonable grado de certeza cuál será la manera de proceder de los otros en determinadas circunstancias. Las costumbres relacionadas con el uso de caballos como medio de transporte casi han desaparecido ya que esta forma de movilización ha sido desplazada por los vehículos automotores.

Las costumbres proceden de maneras no formales de organizar el comportamiento, de alguna manera se originan en conductas espontáneas para resolver problemas de diversa índole. La aceptación social es fundamental para que las personas se sujeten a estas prácticas y quienes no lo hacen provocan por lo menos sorpresa entre los demás y con gran frecuencia desaprobación que afecta a la aspiración de todos de ser aceptados por los otros, aceptando un orden vigente.

La tradición es el fundamento de la costumbre ya que su solidez depende de su permanencia en el tiempo. La

tradición oral es el medio por el cual se comunica a las nuevas generaciones las maneras cómo debe procederse ante tales o cuales situaciones. No se trata de análisis teóricos de su ordenamiento. En sectores campesinos cuando se pregunta a alguien por qué se procede en esta forma, una respuesta común suele ser “porque así lo hacían nuestros mayores”. El tiempo cambia y las costumbres permanecen, sin que quiera decir que sean rígidas; al contrario, con frecuencia se dan adaptaciones a nuevas circunstancias que aparecen. Una costumbre muy cambiante se da en la forma de vestir debido a la generalización de la moda nueva.

## **Moral y formas de conducta**

Hay usos sociales y costumbres que sirven para ordenar la conducta como es el caso de la matanza y consumo festivo de cerdo en determinadas ocasiones o la vestimenta que debe usarse en las distintas circunstancias de la vida. En toda cultura hay valoraciones del comportamiento que pueden ser calificadas como buenas o malas y su observancia es objeto de aprobaciones o rechazos más fuertes ya que se considera que son de especial importancia para la permanencia del orden social. Este sistema de ideas y normas se denomina ética o moral. En la mayoría de los casos las normas morales tienen que ver con daños que pueden ocasionarse a los demás integrantes de la colectividad debido a formas de comportamiento. Se podría decir que malo es lo que causa daño a los otros. Para que funcione una comunidad debe haber orden y este orden genera armonía, equilibrio entre las personas y la organización colectiva.

El quebrantamiento de normas morales socialmente aceptadas da lugar a un nivel mayor de condena a la conducta y desaprobación social, pudiendo en algunos casos darse castigos físicos de los demás integrantes del grupo, la lapidación es un ejemplo. Con frecuencia la moral está vinculada a la religión, es decir al sistema de creencias sobre seres y fuerzas sobrenaturales así como con pautas de conducta que tienen que ver con esta relación. En este caso lo que es bueno o malo proviene de la autoridad divina, lo que tiene mayor fuerza si es que la relación entre lo religioso y lo político está estrechamente vinculada.

La moral está acompañada por una sanción interna: el arrepentimiento, con el consiguiente remordimiento de conciencia. Aunque las demás personas no se enteren de que alguien cometió una acción inmoral y merezca el autor reprobación social, se sostiene que el remordimiento se mantiene por el resto de la vida. En este caso, la sanción no proviene de los otros, sino de la misma persona que tiene conciencia de que actuó mal.

En su “Historia de la Estupidez Humana”, capítulo VI: <La Estupidez de la Justicia>, Paul Tabori nos relata cómo en el pasado animales a los que se consideraba culpables de daños a terceros eran sometidos a juicios, procesados y sentenciados en condiciones iguales a los seres humanos. La moral, en cuanto comportamiento, requiere toma de decisiones de las personas, lo que acarrea responsabilidad; para esto es indispensable la práctica de la libertad. Para que esto ocurra se necesita escoger entre varias alternativas y tener la posibilidad de no haber hecho lo que se hizo. La libertad es posible si es que hay capacidad de razonamiento, por lo que la

moral sólo es posible entre seres humanos. Las actitudes dominantes de quienes controlan el poder pueden, y han podido, considerar inmoral la inobservancia de formas y comportamientos impuestos por ellos, al margen de la decisión razonada de los ciudadanos.

La moral, dentro de este contexto, se conforma en función de los patrones culturales, por lo que no se puede hablar de una moral universal en cuanto normas. La famosa frase de Rabelais ha pasado a la historia: “Lo que es bueno a este lado de los Pirineos es malo al otro lado”. Si partimos de que la moral se fundamenta en las ideas de bueno y malo, hay contradicciones. En la Civilización Cristiana Occidental se considera pecaminoso y malo que un hombre se case con más de una mujer ya que la monogamia es fundamental en el matrimonio y la familia. La Civilización Islámica considera moral el matrimonio poligínico: un hombre con más de una mujer.

## **Ética y derecho**

Las legislaciones de los países se fundamentan en los principios morales dominantes. Para que las leyes funcionen tienen que compaginarse con los patrones culturales y la moral es uno de ellos. Pero no toda ley tiene una base moral. Así como hay usos sociales no vinculados a las nociones de bien y mal, ocurre igual con las leyes. Las leyes de tránsito, en su mayoría, no parten de principios morales, su propósito es ordenar la circulación de los vehículos estableciendo formas de conducta para los conductores y los peatones. Si un conductor, en horas de tráfico reducido y ausencia de vigilantes, cruza la calle con el semáforo en rojo, cometió una infracción

que puede y debe ser castigada por los encargados de la vigilancia, pero sería muy extraño que luego sintiera remordimiento de conciencia. El orden es fundamental para el funcionamiento de una colectividad y mediante normas legales se busca lograr este propósito, ya que no cabe dejar la conducta al libre arbitrio de cada ciudadano.

La moral regula el comportamiento partiendo de la conciencia personal. Cada integrante de la comunidad sabe que, para el bienestar de los demás y de él, debe actuar sujetándose a los principios éticos. Decir la verdad es un principio moral y mentir una transgresión, pero no hay pautas obligatorias de conducta que castiguen este quebrantamiento como las hay para quienes roban o quitan la vida a otros . Las iglesias establecen normas y sanciones, pero estas sanciones son válidas para los fieles y no para todos los integrantes de la sociedad y, por lo menos en los últimos tiempos, son de carácter restringido a las obligaciones religiosas, a no ser que la iglesia y el estado constituyan una unidad, como ocurre en algunos países islámicos.

El Derecho es un elemento esencial de la sociedad política. En un Estado hay un territorio delimitado habitado por personas para las que es obligatorio cumplir las leyes y en varios casos recibir sanciones por parte de la autoridad si las contravienen. Para que la ley tenga esta categoría debe ser promulgada por las autoridades correspondientes de cada Estado y parte de las leyes establecen sanciones específicas para los que las quebrantan. La ley no apunta a la conciencia personal sino al cumplimiento de las normas establecidas con igual validez para todos los integrantes del Estado, ya que lo que se pretende con su cumplimiento es el bienestar colectivo. La obligatoriedad

garantiza a todos los ciudadanos un orden y una seguridad al presumir que todos van a cumplir con las leyes, lo que permite organizar la conducta con un razonable grado de certeza en la obtención de los fines que se persiguen.

Las leyes establecen derechos y obligaciones en forma tal que cumplir con ellas es una obligación en cuanto garantiza los derechos de los demás. El viejo principio: los derechos de una persona terminan donde empiezan los de los otros es muy claro. Si se diera el caso de que en algún Estado todos los ciudadanos cumplieran las leyes en un ciento por ciento, desaparecerían los conflictos. La razón de ser del Derecho manifestado en leyes es solucionar los conflictos de manera pacífica cuando se dan, con un sentido de equidad con el fin de velar por el bien común que, en buena medida, garantiza el bienestar de las personas. Además de las diferencias entre intereses individuales y colectivos, los conflictos provienen de diferencias culturales.

## **Leyes, justicia, administración**

Las limitaciones humanas llevan a que en las relaciones con los otros no se dé el equilibrio y armonía deseados, lo que lleva a que se consideren nuestros actos adecuados o inadecuados para el bienestar colectivo. En el universo cristiano la justicia es una de las cuatro virtudes cardinales, que incita a dar a cada uno lo que le corresponde. Dios es justo, y al no actuar de esta manera los seres humanos actúan contra la voluntad divina. Toda colectividad aspira a que funcione de manera permanente la justicia, dependiendo de cada cultura como se concibe este comportamiento y cuáles son las metas ideales

para su imperio. Si en todas las culturas hay la idea de justicia es porque las personas, por sus limitaciones, actúan con frecuencia atentando contra este principio. Si todos los integrantes de la comunidad organizaran sus vidas conforme a los principios y normas de justicia, prácticamente no existiría este ideal. Se torna necesario e indispensable debido a la existencia real de injusticias que deben ser corregidas.

La idea de justicia debe manifestarse mediante normas a las que deben sujetarse quienes forman parte de una sociedad. Las normas ideales en buena medida están condicionadas por patrones de cada cultura por lo que la idea de justicia tiene variaciones en cada cultura. Estas normas se consolidan cuando se transforman en leyes mediante las cuales la autoridad política vela por su cumplimiento y sanciona a los contraventores. Una de las razones fundamentales de la existencia del Estado es que busque que la justicia, sancionada en normas, se cumpla y para observar y sancionar a los que las eluden.

Debe haber personas o grupos que, dentro de la sociedad política, se encarguen de la administración de justicia. En varios casos esta tarea ha sido atribución del jefe de la colectividad, pero se ha recurrido a otras personas que reúnan algunas condiciones que garanticen una mejor administración. En las sociedades del pasado buena parte de esta gestión estaba a cargo del consejo de ancianos considerando que, siendo la experiencia la mayor, si es que no única fuente conocimiento, quienes habían vivido más sabían más. Además, los años contribuían a que hubiera más serenidad en la toma de decisiones.

La justicia por mano propia, que con frecuencia responde a impulsos del momento o se asocia a la idea de venganza, ha sido cuestionada ya que puede derivar en injusticias en cuanto se puede cometer errores con respecto al autor de la ofensa y, por la impulsividad, falta de elementos de juicio suficientes para juzgar las condiciones en las que se dieron las reales o supuestas ofensas. Es indispensable que los encargados de su administración sean terceros no involucrados para superar las reacciones primarias.

Desde algún punto de vista, se considera la justicia como la institucionalización de la venganza del ofendido por parte de los tribunales. La venganza es un hecho innegable y la justicia la racionalizaría. Desde otra visión, más que la venganza se considera que la justicia tiene como meta principal que se mantenga el orden establecido y se cuide el bienestar de los demás, ya que una contravención a las normas afecta al equilibrio que debe existir entre los integrantes de la colectividad por lo que el castigo es un mal necesario para la persona que lo sufre, pero tiene efectos positivos para la colectividad.

Si las leyes y la justicia responden a pautas de conducta fundamentadas en las culturas ¿Qué ocurre si es que hay un estado con diversas culturas? ¿Es válido el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley del Estado? El planteamiento es complejo porque podrían darse casos de normas que contradigan los fundamentos de una cultura dentro del Estado, pero se sostiene que por el hecho de ser ciudadano de un Estado las diversidades culturales deben adaptarse, aunque sea en contradicción, a los patrones del Estado global.

Este problema se da en muchos países. En el caso del nuestro el planteamiento de la justicia indígena ha cobrado fuerza. Las normas y prácticas están hechas en función de los intereses de la mayoría, que es blanco mestiza, muchas de las cuales contradicen a las de las minorías indígenas. Sin hacer juicio de valor sobre esta situación, es muy importante que quienes legislen y administren justicia tomen en cuenta con seriedad el valor de las diversidades y busquen caminos adecuados para superar posibles contradicciones con las visiones y formas de vida de culturas y etnias minoritarias. La ley debe ser para todos y no debe haber excepciones, pero un derecho fundamental es el respeto a las culturas diferentes. Desde una visión antropológica están de por medio dos percepciones de la realidad social: la del respeto a las culturas diferentes y la de la integración de aquellas a los principios de la unidad política global.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

Álvarez González Francisco. Reflexiones Sobre la Vida Humana. 1992, San José, Universidad Autónoma de Centro América

Bettelheim Bruno. Cambio Social y Prejuicio. 1967, México D.F. Fondo de Cultura Económica

Hall Edward T. Beyond. Culture 1989, Ney York, Anchor Books

Hendler Edmundo. Las Raíces Arcaicas del Derecho Penal, 1995, Quito Corporación Editora Nacional

Levi Strauss Claude. El Origen de las Maneras de Mesa, 1976, México D.F. Siglo XXI Editores

Malo González Claudio. ¿Qué es el Ser Humano? Una Mirada desde la Antropología, 2011, Quito, Corporación Editora Nacional

Salgado Judith (Compiladora). Justicia Indígena, Aportes para un Debate, 2002, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar

Tabori Paul. Historia de la Estupidez Humana, 1984, Buenos Aires, Ediciones Siglo XX

# **LA REAL MALICIA**

**Cordero José**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,  
Av. 24 de Mayo,  
Cuenca - Ecuador

Correspondencia: [jocorde2006@gmail.com](mailto:jocorde2006@gmail.com)

## **Abstract**

La doctrina de la real malicia surge con tal nombre de un memorable fallo en el caso *New York Times vs. Sullivan*, sometido a la Suprema Corte de Los Estados Unidos en 1964, según el cual, de acuerdo con la primera enmienda, un funcionario público no podía obtener indemnización por daños y perjuicios en razón de afirmaciones difamatorias relativas a su conducta oficial, a menos que éste probara que tales manifestaciones habían sido hechas con real malicia, es decir, con conocimiento de que eran falsas o con total despreocupación acerca de si eran o no mendaces.

El presente ensayo pretende fijar los requisitos de un “corpus” de tónica, que viene a sentar un precedente para el empleo del criterio de “ponderación”, para las solución de conflictos entre la libertad de expresión y el honor, como derechos fundamentales.

**Palabras clave:** real malicia, afirmación difamatoria, honor, intimidación, libertad de expresión, pensamiento, información, opinión.

## ACTUAL MALICE

### Abstract

The real Actual malice doctrine emerges from a memorable ruling in the lawsuit *New York Times vs. Sullivan*, submitted to the Supreme Court of the United States in 1964. According to the first amendment, a public figure could not receive compensation for damages due to defamatory accusations regarding his/her official conduct, unless he could prove that these accusations were made with actual malice, that is to say with knowledge of their falsehood or reckless disregard of whether they were false or not.

The intention of the present essay is to establish the requisites for a legal “corpus” in order to set up a precedent as “weighing” criteria in the solutions of conflicts between freedom of expression and honor, as fundamental rights.

**Keywords:** actual malice, defamatory statement, honor, intimacy, freedom of expression, thought, information, opinion.

## **Sumario:**

- 1. Introducción**
- 2. La información y sus clases**
- 3. Conflicto entre información y honor**
- 4. El significado de la real malicia**
- 5. Elementos de la real malicia**
- 6. Los equivalentes de esta doctrina en nuestro sistema penal**
- 7. Conclusiones**

### **1. Introducción.**

Hoy toma más cuerpo un fenómeno, que ni mucho menos es de origen reciente, se trata de esa tendencia de aproximación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos<sup>1</sup>, en el tratamiento de los derechos humanos, lo cual obedece a múltiples y variados factores, que no podemos detenernos a considerar; basta señalar que, aunque contemporáneamente se pugna por defender ciertas identidades, tradiciones e idiosincrasias; la cultura y la economía se universalizan. A todo ello se llama globalización, corriente avasalladora que al tiempo de construir también destruye, que así como logra alcanzar un descomunal desarrollo científico y tecnológico, también depreda el ambiente y ocasiona el calentamiento global, que a la vez que comunica al género humano en fracciones de segundo mediante la Internet, que pone a nuestra

---

1 Me refiero al Sistema continental europeo y al anglosajón o angloamericano.

disposición una colosal información, ese mismo saber engendra aparatos de poder incontrollables. Frente a todo ello surge la gran respuesta, cada vez más elaborada del constitucionalismo moderno, con su tutela a los derechos fundamentales del ser humano, entre otros, el de libre expresión y el del honor, que son materia del presente trabajo.

La libre expresión es la manifestación del pensamiento o comunicación que, en un sentido activo, se deriva en el derecho a la información que hace factible la recepción de ideas y noticias por parte del gran público, satisfaciendo la necesidad de la comunidad de ser informada, es decir a la recepción de la información que comporta el significado pasivo del mismo derecho. Por todo ello un cúmulo de disposiciones constitucionales se refieren a la libertad de expresión como objeto de su máxima tutela *«De la conjugación de todas estas disposiciones se desprende un gran derecho madre -“libertad de expresión»- el cual encierra otras garantías fundamentales, a saber: «libertad de pensamiento», «libertad de información» y «libertad de expresión propiamente dicha». Como bien dice Sagües, «en una democracia, el derecho de prensa es un derecho sistémico, indispensable para la funcionalidad de ese sistema político. Sin prensa libre y responsable, el ciudadano carece de la posibilidad de adoptar decisiones libres y fundadas».*

*La libertad de pensamiento es previa a las demás libertades y constituye el núcleo sustancial del que deriva la posibilidad de la formación de las ideas y pensamientos propios del individuo o de los otros grupos sociales. La libertad de información comprende el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión -libertad de información activa- que asimismo se integra con el*

*derecho a recibir información -libertad de información pasiva»<sup>2-</sup>.*

La información reviste diferentes formas o adopta distintos medios, así se puede informar, desde enviando señales de humo, por gestos o señales de la más diversa índole, en claves de Morse, etc., hasta utilizando los grandes medios de prensa, radio y televisión, a lo que hoy se suma la Internet, pero aquí no entramos en disquisiciones sobre los vehículos de los mensajes, sino en cuanto a sus contenidos que pueden ser de noticia, reportaje o de comentarios críticos, es decir a la comunicación de los pensamientos y las ideas como tales; si bien los medios modernos, en cuanto son de masiva difusión, tienen una decisiva relevancia respecto al tema que nos ocupa.<sup>3</sup>

Paralelamente subsiste también potenciada por el constitucionalismo moderno la protección al honor de las personas, tal atributo del ser humano<sup>4</sup> comprende, según Edgardo Alberto Donna, *«la suma de todas las cualidades, incluidos no solo los atributos morales, sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos, o la buena opinión y fama que tienen los terceros respecto de uno mismo»*.

---

2 Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, parte especial, Tomo I, pág. 418

3 Respecto a la magnitud de los daños que pueden causarse al honor y la intimidad, por la circulación y audiencia masiva de los medios.

4 El atributo es algo connatural al ser humano, que emana de su propia condición y que, como tal, es anterior a cualquier formulación jurídica, como que es manifestación de la dignidad humana, que concibe al hombre como un fin en sí mismo.

*De esta suerte «existen dos aspectos del «honor», uno subjetivo que «es la propia ponderación que tiene toda persona de sí misma»... un concepto propio e íntimo que cada uno realiza, con independencia de lo que consideren los demás, y otro objetivo, entendido como «la reputación social o mérito que otros hacen de la personalidad del sujeto... es el crédito que una persona tiene como consecuencia de la valoración social que realizan los terceros»».*<sup>5</sup>

Al parecer no habría razón para que dos derechos fundamentales entren en conflicto, al punto de que sean necesarias todas unas elaboraciones conceptuales como las de la doctrina norteamericana de la real malicia u otras, que según estimo han estado latentes en nuestro sistema jurídico penal, para resolver este enfrentamiento entre el derecho a la información, como una manifestación de la libertad de expresión y el derecho al honor y la intimidad como valores inherentes a la dignidad humana; sin embargo, como lo veremos, los conflictos no surgen, ni es concebible que surjan, por la simple coexistencia de los derechos, sino porque, en un momento dado, sus titulares no aceptan que tal coexistencia en la vida social impone armonizar y no confrontar las esferas de protección o garantías que nos brinda el ordenamiento jurídico en su máxima expresión constitucional, de suerte que son el ejercicio abusivo del propio derecho u otros fundamentalismos los que desarticulan las relaciones interhumanas<sup>6</sup>.

5 Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, parte especial, Tomo I, pág. 416.

6 Así la obsesión por la información o por la búsqueda de la noticia puede llegar a extremos en los que no se respeta a la persona, en sus derechos personalísimos, obteniéndose la información por cualquier medio, aunque fuere ilícito.

## 2. La información y sus clases

Entre la información que trasciende del sujeto y se comunica a los demás interesa aquella que se difunde por los medios de comunicación social, aunque no se descarta que hoy en día, a través de la Internet se emita una información incluso mayor que la de los grandes medios escritos y audiovisuales. Esta información puede ser de noticias, forma que cumple con los requisitos del cómo, cuándo, dónde y porqué, es decir de unos límites o acotaciones que le confieren credibilidad, de crónica, reportaje o editorial; modalidades en las cuales de la simples noticias pasamos a unas secuencias ordenadas en función sea de temas, sea de reflexiones sobre ideas o conceptos, sin que en este trabajo nos corresponda profundizar en estas materias.

Podemos hablar también de una información comprobada o verificada, cuando en forma previa a su emisión se ha demostrado su veracidad o, al menos, se ha acopiado suficiente fundamentación respecto de su credibilidad o de su grado de certeza. Esto hace relación con la prueba o con el establecimiento de la confiabilidad de sus fuentes.

Puede, además, analizarse la información en función de su utilidad, distinguiéndose entre la referente a hechos cuyo conocimiento es de verdadera importancia para el público, al relacionarse con intereses o valores fundamentales de la convivencia social, incluyéndose la denominada

Igualmente el exceso de protección al honor, aun a costa de la verdad y el bien del público, viola el derecho de la colectividad tanto a ser informada, como a poder formular las necesarias críticas contra los servidores públicos, o a derribar ídolos con pies de barro.

crónica roja o de sucesos delictivos, de aquella que resulta superflua e incluso forjada por objetivos de propaganda comercial o difusión de imagen de personajes<sup>7</sup>, debiéndose privilegiar la protección de todo lo que sea importante en el sentido de formar la llamada opinión pública, aun a riesgo de menoscabar el honor y la intimidad de las personas, sin que el mismo trato merezca la opinión que he denominado superflua.

### **3. Conflicto entre información y honor**

Sin embargo interesa destacar que, mediante cualquiera de estas especies aludidas de información, se pueden lesionar los bienes del honor y la intimidad de las personas, debiendo valorarse en cada caso la significación jurídico penal del atentado, de acuerdo a criterios o más bien a tópicos que vienen elaborándose en la doctrina, principalmente en las jurisprudencias norteamericana y alemana, dándose en la primera una preponderancia a la defensa de la libertad de expresión, aun con sacrificio del honor; mientras en la segunda se concede primacía a éste sobre aquella, aunque en ninguno de los sistemas se dé una radicalización de las posiciones, pues para que prime la libertad de información no deben cumplirse los requisitos de la denominada “Real Malicia”, así como para que se conceda mayor jerarquía al honor, no deben vulnerarse intereses públicos preponderantes. Podemos destacar como paradigmáticas, en uno u otro sentido, las

7 No olvidamos que los personajes de la farándula o del llamado jetset, precisados de la adhesión del público, de estar, como se dice, en el pináculo de la fama, se dan modos de ser tema de noticias cotidianas, sean o no reales, siendo inaceptable permitir que estas promociones de imagen atenten contra el honor o la intimidad de terceros.

doctrinas que sus más altos tribunales han mantenido, como a continuación se cita:

*«La diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de los Estados Unidos... parece expresar una diversa valoración de los elementos en conflicto por parte de estos tribunales. En Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del Tribunal Constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información... Estas diferencias son indudables pero no deben ser absolutizadas pues existen convergencias importantes en la doctrina constitucional de estos países. Así, es cierto que en Alemania, la jurisprudencia confiere prima facie una protección preferente a la intimidad frente a la libertad... Sin embargo, esa prevalencia no es absoluta... »<sup>8</sup> Distinguiéndose grados de protección según las esferas de intimidad, desde una muy íntima o confidencial que «corresponde... a los pensamientos o sentimientos más personales... expresado[s] a través de medios muy confidenciales...[que constituirían ]... un ámbito intangible de la dignidad humana, [hasta llegar a los] «ámbitos mas públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, [en los cuales] la protección a la libertad de expresión y de información es*

8 Botero Marino, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando y Uprimny Yepes, Rodrigo, Libertad de Información, Democracia y Control Judicial: la Jurisprudencia Constitucional colombiana en perspectiva comparada. Anuario de Derecho Constitucional, págs. 461 y 462.

*mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados»<sup>9</sup>*

*«En ese mismo orden de ideas, en Estados Unidos, la protección preferente de la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas... la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional..., esta es máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno... [Sobre] problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense [reitera] que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, esto es, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas, y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos -con lo cual se viola el derecho al honor- o porque siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad»<sup>10</sup>.*

#### **4. El significado de la real malicia**

Sin perjuicio, de existir más de un correctivo, para eliminar cualquier exceso, en los casos en que una exagerada protección de la libertad de expresión, redunde en un innecesario sacrificio del honor y la intimidad, la doctrina de la real malicia emana del fallo sobre el caso *New York Times vs. Sullivan*, sometido a la Suprema Corte de Los Estados Unidos en 1964, según el cual, de acuerdo con la primera enmienda, un funcionario público no podía obtener indemnización por daños y perjuicios en razón de

---

9 *Idem*, pág. 462.

10 *Idem*, pág. 464

afirmaciones difamatorias relativas a su conducta oficial, a menos que éste probara que tales manifestaciones habían sido hechas con real malicia, es decir, con conocimiento de que eran falsas o con total despreocupación acerca de si eran o no mendaces. Sin perjuicio de que haremos un mayor análisis sobre sus requisitos, esta doctrina fue ampliándose en posteriores fallos, para referirse ya no solo a funcionarios públicos, sino a personajes públicos, es decir aquellas personas que hayan alcanzado fama o notoriedad «*tan generalizada que las convierte en personalidades ampliamente conocidas*»<sup>11</sup>, e incluso abarcar a quienes se «*involucren voluntariamente en una cuestión de interés público, o si están involucradas en una controversia de interés institucional*»<sup>12</sup>. En suma, se trata de un criterio, yo diría de ponderación de los bienes o intereses en conflicto, en aplicación de la sana crítica, ponderación en la que sin lugar a dudas influye el denominado credo americano, según el cual el más alto deber del Estado lo constituye la tutela de las libertades fundamentales<sup>13</sup>, que en una sociedad abierta privilegia la de información sobre cualquier otra.

Por otra parte, en la mayoría de los comentarios sobre este tema se afirma que se da una inversión de la carga de

---

11 Badeni, Gregorio, citado por Loreti, Damian. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad de expresión dictados en 1998. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999, pág. 126.

12 Ídem, pág. 126.

13 Pensemos que la misma Constitución de los Estados Unidos es una exaltación de las libertades, mientras la Constitución alemana privilegia más bien la dignidad humana, el respeto por la persona, en sus atributos esenciales, tras haber sufrido el pueblo alemán las atrocidades del régimen nazi.

la prueba en el sentido de que corresponde al accionante, probar el conocimiento de la falsedad de la información por parte del demandado o querellado, o al menos su temerario desinterés sobre la verificación de su veracidad, cosa que trasladada a nuestro sistema, de raigambre europea, realmente no ocurre, pues precisamente quien demanda exhibiendo sus pretensiones procesales, o en el fuero penal propone acusación particular por tratarse de injurias<sup>14</sup> está obligado a demostrar, con prueba plena, cada uno de los fundamentos de la demanda en lo civil, o los elementos del tipo y más caracteres del delito, en tratándose de acción penal, o sea que exigirse prueba de “real malicia” –en el significado antes señalado- por parte del afectado de la información, que para hacer valer sus bienes jurídicos supuestamente lesionados deberá en lo penal proponer acusación particular por injurias, lo cual no trastoca el principio de que corresponde probar a quien acusa, sin que se dé por tanto inversión alguna de la carga de la prueba.

## 5. Elementos de la real malicia

Al referirme a los elementos que necesariamente se exigen, según esta doctrina de la real malicia, voy a mencionar ciertos requisitos que deben cumplirse para su aplicación; tales son:

-Una información inexacta que ostente un «*interés superior colectivo [o] tenga relevancia pública*»<sup>15</sup>, a la

14 Me permito aclarar que en el código penal ecuatoriano, los delitos contra el honor están constituidos por el género de las injurias, siendo las especies las injurias calumniosas y las no calumniosas; no así, en el ordenamiento argentino que diferencia entre la calumnia y la injuria.

15 Blasi, Gastón Federico. Planteo a cerca de la conveniencia

vez que vulnere el honor o la intimidad de una persona. Aunque cabe -en relación a lo opuesto a la realidad- hacer algunas precisiones, distinguiendo entre la falsedad y el error, tanto respecto de la actitud del emisor, cuanto respecto de las subsiguientes responsabilidades<sup>16</sup>, tema que luego desarrollaré.

-Un informador o comunicador de cierta información que, aunque en los casos revisados casi siempre se trata de un medio informativo<sup>17</sup> o un periodista profesional, no creo que pueda excluirse a cualquier otra persona que difunda información, hoy más que nunca, cuando está al alcance de todos la Internet, así lo confirma, por ejemplo, el fallo absolutorio de la CSJN, en la causa Pandolfi/ Rajneri, según el pronunciamiento de mayoría que, entre otras cosas, dice «*No tiene relevancia la distinción hecha por la corte provincial acerca de la calidad de político o periodista de Rajneri*»<sup>18</sup>. *La tutela sobre la libertad de expresión por vía de la real malicia, radica en estudiar las*

---

de la Real Malicia en el ordenamiento jurídico positivo argentino, [http://www.circulodoxa.org/documentos/Planteoa\\_cercadelaConvenienciadelaDoctrinadelaRealMaliciaenelOrdenamientoJuridicoPositivoArgentino.pdf](http://www.circulodoxa.org/documentos/Planteoa_cercadelaConvenienciadelaDoctrinadelaRealMaliciaenelOrdenamientoJuridicoPositivoArgentino.pdf)

16 Cf. Loreti, Damián M. Consideraciones sobre el fallo absolutorio de la CSJN recaído en la causa Pandolfi c/ Rajneri. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad de expresión dictados en 1998. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999, pág. 131.

17 Limitándose a la responsabilidad civil, ya que en lo penal no puede ser sujeto activo de delito el medio de comunicación social.

18 Se refiere al querellado.

*condiciones de la persona que es objeto de la noticia y no de quien la propala*<sup>19</sup>

-Un destinatario de la información, o sea, la persona que es objeto de la noticia, presumiblemente atentatoria contra su honor <sup>20</sup>, que debe ser un funcionario público, o una figura pública, comprendiendo en esta categoría a los personajes del mundo del arte, las ciencias, la cultura, el deporte, los espectáculos, la economía, etc., e incluso aquellos seres anodinos, que repentinamente saltan a la fama sea por un logro positivo, como un acto heroico, sea por un hecho negativo como en los casos de crímenes horrendos.<sup>21</sup>

-Unos elementos subjetivos, que son la esencia misma de la real malicia, es decir el conocimiento de la falsedad de la información o la total despreocupación a cerca de si, eran o no mendaces los contenidos de la información, que analizados de acuerdo a nuestras categorías del modelo continental europeo, se corresponderían con la parte subjetiva del tipo penal, es decir con el dolo, o al menos con la culpa.

19 Loreti, Damián M. Consideraciones sobre el fallo absolutorio de la CSJN recaído en la causa Pandolfi c/ Rajneri. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad de expresión dictados en 1998. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999. pág. 131.

20 Obviamente también es destinatario el público a quien trasciende la noticia, pues no es aplicable la real malicia cuando la noticia apenas se difunde entre un círculo reducido, al no darse propiamente el fenómeno de la comunicación informativa.

21 Recordemos a Eróstrato, el tristemente célebre pastor efesio, que incendio el templo de la diosa Diana, con el afán de pasar a la inmortalidad.

## 6. Los equivalentes de esta doctrina en nuestro sistema penal

Al tratar este tema hay que distinguir, para comenzar, entre verdad y certeza, siendo la verdad la conformidad entre el entendimiento humano y la realidad, mientras la certeza, que no necesariamente coincide con la verdad, es la simple creencia o convicción de que estamos en posesión de la verdad.<sup>22</sup> Las ciencias demostrativas, en las que se basan las pruebas jurídicas procesales, se basan en la obtención de certezas<sup>23</sup>, no pudiendo darse responsabilidad alguna, si se da una declaratoria de certeza. Una persona que tiene la convicción de que está en la verdad, se entiende que ha recorrido un camino de verificación, despejando toda duda razonable hasta obtener tal convicción, por tanto, jamás puede incurrir en falsedad, es decir obrar con dolo, quien actúa con certeza. Al contrario, emitir una información en contra del honor de una persona con el conocimiento de su falsedad configura un dolo directo de injuriar, y hacerlo a sabiendas de que no se han agotado todas las medidas para verificar su veracidad, o sea, sin dar importancia alguna al perjuicio que se puede causar, constituye dolo eventual o al menos revela una culpa si no se *«ha[n] utilizado todos los cuidados, atención y diligencia para evitar perjuicios»*<sup>24</sup>, entendiéndose

22 Cf. Framarino Dei Malatesta, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal, pág. 15.

23 Incluso la verificación empírica, que se da en las ciencias naturales, a través de experimentos de laboratorio, no nos puede garantizar más que certezas.

24 Loreti, Damián M. Consideraciones sobre el fallo absolutorio de la CSJN recaído en la causa Pandolfi c/ Rajneri. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad

que en este caso solo cabría responsabilidad civil, pues las especies de injuria no admiten tipos culposos. En suma las exigencias de la denominada “Real Malicia”, creo que encuentran una nítida correspondencia con las categorías del dolo -en sus dos clases: directo o eventual- y de la culpa, elaboradas en nuestro sistema penal, lo cual no desemboca, ni mucho menos, en negarles utilidad, como ejercicio de sana crítica, a la hora precisamente de valorar, en sede procesal, los hechos de posibles ofensas al honor atribuidas a un emisor de información, pues destaca con mayor nitidez tanto los elementos objetivos a tomarse en cuenta para el análisis de los casos, como un acertado modelo de ponderación de los bienes en conflicto, es decir cuando el honor y la intimidad deben sacrificarse frente a la libertad de información y cuando esto no procede, yo le llamaría entonces un modelo de utilidad.

Sobre lo último, no comparto la opinión de que esta doctrina no pueda ser utilizada en los ordenamientos penales de raigambre continental europea<sup>25</sup>, creo incluso que sus planteamientos son equivalentes a ciertos conceptos como el de malicia y temeridad, que significan actuar dolosamente en el primer caso, o sin fundamento alguno en el segundo, que pertenecen a nuestro derecho procesal penal; así, es obligación del juez que sobresee una causa, calificar si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas, dando lugar la declaratoria de malicia a la correspondiente acción penal y la de

---

de expresión dictados en 1998. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999, pág. 131.

25 Cf. Blasi, Gastón Federico. Planteo a cerca de la conveniencia de la Real Malicia en el ordenamiento jurídico positivo argentino, <http://www.circulodoxa.org/documentos/PlanteoacercadelaConvenienciadelaDoctrinadelaRealMaliciaenelOrdenamientoJuridicoPositivoArgentino.pdf>

temeridad a la indemnización por las responsabilidades civiles, o sea de daños y perjuicios, inclusive a la acción civil por daño moral.

Debo aclarar además que la prueba de la verdad de las imputaciones o *exceptio veritatis*, que en todo caso le corresponde realizar al imputado de una injuria calumniosa, que de lograrse elimina el tipo, no debe confundirse con la carga de la prueba sobre los caracteres de todo delito, o sea sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta que, en todo caso, corresponde a la acusación, de esta suerte en los delitos contra el honor, por ser de acción privada esta carga de prueba recae sobre el querellante.

## **7. Conclusiones**

7.1 Tal como acontece en la gran mayoría de los ámbitos de la realidad contemporánea, el fenómeno de la globalización tiende a eliminar las diferencias o al menos las radicales antinomias entre las instituciones de los grandes sistemas jurídicos, retomando mas bien sus raíces romano-germánicas, tal acontece entre el modelo continental europeo y el anglosajón o angloamericano.

7.2 La aproximación de los sistemas no conlleva el que uno prime sobre el otro, sino que ambos se hacen tributarios de los principios rectores del actual constitucionalismo, que privilegia la tutela de los derechos humanos.

7.3 Asistimos a una fecunda producción de una doctrina universal para la interpretación y aplicación del derecho en su área más sensible como la jurídico penal, en la

cual se han impuesto criterios de ponderación para la superación de los conflictos que surgen por la colisión de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión frente al honor.

7.4 La doctrina de la real malicia, aunque con tal nombre surge de un fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en sus requisitos fundamentales, de dolo y de temeridad, existe, desde antaño, en nuestro ordenamiento penal, al exigirse para la procedencia de una acción, por denuncia o por acusación particular, que esta estas sean calificadas, de “maliciosa” para la vía penal o de al menos de “temeraria” para la civil por daños

## **Bibliografía:**

Blasi, Gastón Federico. Planteo a cerca de la conveniencia de la Rel Malicia en el ordenamiento jurídico positivo argentino, <http://www.circulodoxa.org/documentos/PlanteoacercadelaConvenienciaDeLaDoctrinaDeLaRealMaliciaEnElOrdenamientoJuridicoPositivoArgentino.pdf>

Botero Marino, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando y Uprimny Yepes, Rodrigo. Libertad de Información, Democracia y Control Judicial: la Jurisprudencia Constitucional colombiana en perspectiva comparada, Anuario de Derecho Constitucional, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA. Buenos Aires 2000.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho penal, parte especial, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2003.

Framarino Dei Malatesta, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal, Editorial Temis, Bogotá, 1973.

Loreti, Damián. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad de expresión dictados en 1998. Anuario de Derecho Constitucional, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA. Buenos Aires 1999.

# **NEOCONSTITUCIONALISMO Y DESGARRAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO**

Martínez Antonio<sup>1</sup>  
Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,  
Av. 24 de Mayo,  
Cuenca - Ecuador  
Correspondencia: [amartinez@uazuay.edu.ec](mailto:amartinez@uazuay.edu.ec)

---

1 Doctor en Jurisprudencia y abogado, Master en Derecho de Empresas, Especialista en Educación Universitaria, Profesor principal de Derecho Mercantil y Societario de la Universidad del Azuay.

## RESUMEN

La teoría del desgarramiento del velo societario supone que los jueces, en la aplicación práctica del Derecho pueden, en los procesos que están en su conocimiento, prescindir de la división formal que separa a la compañía, como persona jurídica, de sus socios.

En consecuencia los socios podrían llegar a responder de las obligaciones que hubiere contraído la compañía, si se presentan ciertos elementos contemplados en la teoría del llamado “desgarramiento del velo societario”.

¿La Constitución del Ecuador del año 2008 contiene una base legal que podría llevar a que los jueces apliquen el concepto del desgarramiento del velo societario?

**Palabras clave:** Constitución, neoconstitucionalismo, sociedades, compañía anónima, compañía de responsabilidad limitada, desgarramiento del velo societario, autonomía de la voluntad, personalidad jurídica, socios, accionistas, responsabilidad, patrimonio.

## ABSTRACT

The theory of “piercing the corporate veil” supposes that the judges in the practical application of the law, could break the formal division that separates the company as a legal entity, and their shareholders personality.

Consequently, the shareholders could eventually take the risk over the debts, besides the company responsibilities.

Does the Constitution of Ecuador of 2008 contain a legal basis that could lead the courts to apply the concept of piercing the corporate veil?

**Keywords:** constitution, neoconstitutionalism, societies, company anonymous, limited liability company, tearing the corporate veil, freedom of choice, juridical personality, partners, shareholders, responsibility, patrimony.

El sometimiento de las normas secundarias a la Constitución de un Estado no es un concepto nuevo. Históricamente tiene muchos siglos, aunque la discusión se centra en considerar si se trata solamente de un elemento teórico o se aplica en la Práctica cotidiana.

Si bien la supremacía de la constitución no admite discusiones, desde la aprobación de la Constitución de 2008 y la implantación del concepto de Estado de derechos y justicia, los pensadores de la teoría del neoconstitucionalismo sostienen que la interpretación del Derecho es una tarea indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver conflictos sometidos a su conocimiento.

Revisaremos un caso específico en que el pensamiento neo constitucionalista se aplicaría a un campo que corresponde a lo que en la división tradicional podemos calificar como “de derecho privado”: el de las sociedades mercantiles.

En el derecho privado se ha aplicado el criterio de la llamada “autonomía de la voluntad”, concepto nacido de la filosofía de Emmanuel Kant, que sostiene la capacidad de los individuos para dictar sus propias normas morales. El individuo, por ende, puede relacionarse con los demás y “contratar” con ellos, en aplicación de su libertad personal.

La autonomía de la voluntad ha sido la base del Derecho civil y, posteriormente, de las ramas del Derecho que se desgajaron de aquel, y se concreta en que los individuos podrán realizar todo aquello que no afecte los derechos de terceros, el orden público o las buenas costumbres. Será

la ley, en consecuencia, la que fije el límite de la actuación de los ciudadanos.

Por ello la teoría de la “plenitud hermética del ordenamiento jurídico” supone que no hay circunstancia alguna que no pueda ser resuelta por el Derecho y, en extremo, ante la inexistencia de una norma que rija una situación jurídica determinada, primará en ella la libre voluntad de las partes.

En las relaciones comerciales se supone que las partes contratantes pueden llegar a pactar acuerdos que nacen de su libertad de actuación, solamente sujeta al control constitucional y legal por mandato de una norma que prohíba una actuación específica.

Una reforma constitucional puede llegar a cambiar los paradigmas propios del Derecho tradicional; en este trabajo examinaremos si esto ha sucedido con la aprobación y expedición de la Constitución del Ecuador, de 2008, conocida también como la “Constitución de Montecristi”.

## **1.- LA CONSTITUCIÓN DE 2008:**

Para centrar el tema y partir de la norma debemos revisar, en la Constitución de 2008, las normas relacionadas con el ámbito que ocupa este trabajo. Encontramos en ella las que se refieren a “Intercambios económicos y comercio justo”.

Estas son:

*Art. 335.-El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa*

*de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

*El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.*

*Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.*

*El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*

*Art. 337.- El Estado promoverá el desarrollo de infraestructura para el acopio, transformación, transporte y comercialización de productos para la satisfacción de las necesidades básicas internas, así como para asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial a partir de una visión estratégica.*

¿Suponen estas normas una limitación a la autonomía de la voluntad en las relaciones comerciales y la posibilidad de que el Estado intervenga en las mismas?

## **2.- LAS COMPAÑÍAS COMO PERSONAS JURÍDICAS:**

Nos referiremos a un ámbito específico del derecho comercial y la posible aplicación de las normas constitucionales, antes transcritas, en la esfera de las sociedades y, específicamente, en lo que la doctrina llama el “desgarramiento del velo societario”

El derecho comercial contiene extensos capítulos de estudio de las personas jurídicas llamadas compañías. Si bien la Ley de Compañías incluye una figura que no tiene personalidad jurídica propia –la asociación o cuentas en participación– las demás especies de sociedades: compañía en comandita, en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, anónima y de economía mixta, se constituyen como personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Así, el Art. 1957 del Código Civil dice: *Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.*

*La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.*

Se discute si aquel acuerdo de voluntades de los socios para constituir una compañía es efectivamente un contrato, cuando el Art. 1454 del mismo Código Civil expresa que contrato es *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Es sabido que en el contrato de constitución de compañías los contratantes no se obligan unos con otros sino que dan origen a una nueva persona, con la que mantendrán las relaciones establecidas en la ley y con la que sí se producirá una relación de dar, hacer o no hacer.

La palabra “persona”, como término único, se aplica solamente a individuos de la especie humana, según lo expresa el Art. 20 del Código Civil. Por su parte el Art.

564 del mismo Cuerpo legal dice que *“se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”*

Muchos tratadistas del Derecho expresan su desacuerdo ante la calificación de que la persona jurídica es ficticia, en cuanto este término supondría que nace simplemente de la imaginación.

Sin embargo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua tiene dos acepciones para tal palabra: la primera la define como *“fingido, imaginario o falso”*; pero la segunda expresa que *“ficticio”* es *“convencional, que resulta de una convención”*. Inclusive incluye el ejemplo que dice: *“El valor del papel moneda es ficticio.”*

La persona jurídica “compañía” es, por tanto un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. La actual denominación de las especies en nuestra legislación, como “compañía de responsabilidad limitada” y “compañía o sociedad anónima”, suponen la intención de sus socios o accionistas de separar su patrimonio personal o familiar, del patrimonio de la sociedad.

Los socios o accionistas buscan esta protección de la personalidad jurídica de las compañías tanto para definir con toda claridad el límite de los activos y pasivos personales o sociales, como defender en un caso extremo el patrimonio propio cuando, por razones que provengan del negocio, la sociedad se encuentre en necesidad de poner sus activos en contrapeso de los pasivos. En extremo, se trata de evitar la contaminación de las deudas de la sociedad hacia los bienes familiares.

En el estudio cotidiano del Derecho Societario se establecen como presupuestos de la existencia de una sociedad, los siguientes:

- La pluralidad de socios capaces, salvo cuando el Estado es el único socio;
- La “*affectiosocietatis*”;
- La organización;
- El patrimonio actual o en potencia;
- El objeto social lícito;
- La actividad económica; y,
- La inscripción en Registro Público.

La sociedad así constituida tiene, por tanto, la calidad de persona jurídica, y los efectos legales que se producen son:

- Es un sujeto de derecho;
- Tiene capacidad jurídica en sus relaciones externas e internas;
- Se produce una autonomía patrimonial y separación de responsabilidad.

Uno de los elementos que pueden llevar a confusión es que una de las especies de sociedad lleva el nombre de “compañía de responsabilidad limitada”, permitiendo suponer que es la única que mantiene tal condición de división de patrimonios y, por ende, separa los derechos y obligaciones de la sociedad y los de los socios. Sin embargo también las compañías anónima y de economía mixta limitan la responsabilidad de sus accionistas hasta el límite de los aportes que han entregado a la sociedad como pago de la suscripción de sus acciones.

### 3.- LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR Y EL “DESGARRAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO”:

La cuestión es, por tanto, preguntar si las nuevas normas constitucionales ecuatorianas han abierto el camino a la aplicación de la teoría del “desgarramiento del velo societario” o “piercing of corporate veil”, que es una aplicación práctica de los tribunales, nacida en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX, que permite que los jueces eviten el abuso o la utilización fraudulenta del velo societario, esto es de la facultad que existe en las compañías anónimas de mantener en reserva la identidad de los accionistas y, por ende, evitar que estos respondan por las obligaciones de la compañía en aplicación de la separación de las responsabilidades.

Estos “*remedios jurídicos*”, como los llama Quiroga Peniche, buscan “*prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho... (siendo) la consecuencia la desestimación de la persona jurídica, es decir que se desconoce la existencia de la sociedad.*”<sup>2</sup>

Actuales doctrinas sostienen que la personalidad jurídica de una compañía como una forma de abstraer a sus socios de sus responsabilidades no es un derecho absoluto. Por ende, si bien el Estado a través de la administración de justicia, debe intervenir en las relaciones comerciales solamente en casos excepcionales –entre estas, en la formación de las sociedades-tal intervención sí puede darse cuando la organización societaria afecta

---

2 En: “Teoría del levantamiento del velo societario: ¿Es aplicable en el Derecho peruano?” [http://www.teleley.com/articulos/art\\_leva\\_velo\\_soc.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf).

a los intereses de los acreedores, entendiéndose por tales a quienes tienen derechos en contra de la sociedad (por ejemplo, los trabajadores). También se sostiene que la intervención puede darse cuando la formación de una sociedad es simplemente un mecanismo de engaño, confusión o abuso, inclusive por efecto de una posición dominante, que pueda afectar al consumidor.

Por supuesto, también podría darse esta intervención cuando el pacto de las condiciones de conformación de la sociedad afectan al orden público o son contrarias a este.

Podemos suponer, en consecuencia, que en aplicación del artículo 335 de la Constitución del Ecuador, el juez puede “*desgarrar el velo societario*” de una compañía para conocer qué hay en su interior. Sin embargo, al igual que la personalidad jurídica de una compañía no supone que pueda esgrimirse la limitación de la responsabilidad como un derecho absoluto, el juez tendrá que llevar a cabo su gestión con la correspondiente ponderación, tanto para este o cualquier otro caso de aplicación de una norma constitucional.

Dicha ponderación supone que existe un nivel adecuado de constitucionalización, esto es que efectivamente se ha producido la ruptura de un derecho o una norma contemplados en la Constitución, que las normas secundarias presentan una indeterminación que podría evitar la toma de una decisión judicial apegada a Derecho en el nivel secundario de la norma –lo que es indispensable para el mantenimiento de la seguridad jurídica-, que su actuación como juez no rompe la competencia legislativa, en cuanto que la legislatura – Asamblea Nacional- es el órgano competente para expedir

nuevas leyes y, por último, que efectivamente se trata de un problema de índole constitucional.

¿Cuáles son las claves que debe tener en cuenta el juzgador y que le permitan legítimamente el desgarro del velo societario?

La primera es la consideración, siempre bajo prueba, de que los motivos que llevaron a la contratación que dio origen a la compañía fueron ilícitos por haberse desconocido las disposiciones de la ley o afectado el orden público.

También la afectación a los derechos de los acreedores que, como hemos manifestado, incluyen no solamente a aquellos que hayan mantenido negocios de carácter comercial sino los que provengan de la relación con la compañía en ejercicio de sus atribuciones, especialmente los trabajadores.

Por último, el juez puede considerar válido romper el velo societario si, en una liquidación, causada por acción u omisión de una sociedad controladora, aparecen indicios de afectación a terceros.

Las sociedades colectivas, de carácter personalista, no han limitado la responsabilidad societaria a su propio patrimonio; los socios pueden llegar a ser subsidiariamente o solidariamente responsables de las obligaciones de la sociedad. No así, como se ha dicho, en las sociedades de capital y en la sociedad llamada de responsabilidad limitada, que mantiene en este punto condiciones de compañía de capital.

Esta limitación proviene de la incomunicación jurídica entre el patrimonio de los accionistas y el de la sociedad. Por ende, el efecto que se produce es que la sociedad responde de sus obligaciones solamente con sus propios bienes, al igual que los socios responden de las suyas también con los bienes de su sola propiedad.

Se ha discutido si la aplicación del levantamiento del velo societario supondría una disminución en el interés de los inversionistas para iniciar o continuar sus negocios o, por el contrario, la aplicación de la doctrina del “disregard of legal entity”, que no es propia de nuestro Derecho, produciría una salida desordenada de la inversión controlada –por la Superintendencia de Compañías u otros entes de control, tributario y laboral- hacia una economía subterránea e informal.

El punto está en que el Estado debe promover la regularización de las operaciones societarias bajo el estricto cumplimiento de la norma, pero, a la vez, impulsar con beneficios y ventajas claros a quienes se sujetan a la norma.

El levantamiento del velo societario podría terminar con el basamento de la estructura jurídica y filosófica de las sociedades, que supone que las compañías son personas jurídicas distintas de sus socios. La aplicación indiscriminada de la ruptura del velo societario podría terminar, en consecuencia, con la noción de la persona jurídica.

Cabe señalar razones para que los jueces resuelvan aplicar la teoría del desgarramiento del velo societario: las razones éticas supondrían, por un lado que el problema

quedará sujeto al criterio que el juez tenga de lo que es moral y lo que no es; esta posibilidad rompe el esquema de la división histórica y válida de que la moral y el derecho no corresponden a la misma esfera de la actuación humana, si bien el Derecho debe recoger los valores morales de una sociedad en un momento histórico determinado, de tal manera que pueda servir de guía de los actos de una sociedad.

¿Existe fundamento constitucional para el desgarramiento del velo societario? Podrían darlo las normas a las que hemos hecho referencia al inicio de este trabajo. Sin embargo, para evitar la indebida aplicación de un concepto del neoconstitucionalismo, que supondría que el juez de manera libre puede definir en un proceso si se encuentra ante una situación inconstitucional, nuestra legislatura debe expedir normas legales específicas que dispongan la posibilidad de la aplicación del concepto del desgarramiento del velo societario.

La discusión está abierta y merece la atención de todos quienes se dedican al estudio e investigación en esta rama del Derecho: se ha producido ya entre quienes defienden radicalmente la división de los patrimonios societarios y personales y, otros, que suponen que, en este ámbito es mejor poner todo en duda para iniciar cambios desde la raíz.



# **NEOCONSTITUCIONALISMO Y DESPOTISMO**

**Orellana Tarquino<sup>1</sup>**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,

Av. 24 de Mayo,

Cuenca - Ecuador

Correspondencia: [tarquino.orellana@gmail.com](mailto:tarquino.orellana@gmail.com)

---

1 Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Máster en Derecho Administrativo. Director del Posgrado en Derecho Constitucional

## RESUMEN

Un ensayo y un ejercicio de crítica sobre las vicisitudes, que en el corto y profundo tiempo en el que el discurso y la ideología del neoconstitucionalismo ha fundado, en el orden formal, en el texto, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Tal postulado es confrontado, contrastado con la realidad que se afirma como de concentración despótica del poder. ¿Cómo es y cómo ha sido posible que las declaraciones, las declamaciones de un nuevo Estado y una nueva comprensión del Derecho tropiecen, se frustren, posibiliten o permitan un régimen despótico? Sin alcanzar las respuestas, el ejercicio demanda la necesidad obligatoria de la crítica y la deconstrucción de los conceptos, los principios y los postulados de las comprensiones jurídicas presentes en el texto constitucional.

**Palabras clave:** ideología, neoconstitucionalismo, régimen despótico, fascinación del poder, control del poder, realidad autoritaria.

## CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND DESPOTISM

### **Abstract**

This is an essay and a critical review of the vicissitudes, the short and profound time in which the discourse and ideology of contemporary constitutionalism have established the formal order, the text, and the Constitutional State of Rights and Justice. Such postulate is confronted, contrasted with the reality of a despotic concentration of power. How was and how is it still possible that the statement and declaration of a new State and the new understanding of Law, stumble, become frustrated, enable or allow a despotic regime? Without answers, practice demands the necessity for criticism and deconstruction of concepts, principles, and postulates of legal understandings described in the constitutional text.

**Keywords:** ideology, neoconstitucionalism, despotic regime, fascination of power, control of power, authoritarian reality.

Este ensayo propone un ejercicio catártico, una interrogación que reflexiona e invita a una inflexión que nos confronta con nuestros alborzados principios y postulados que nos hicieron ser parte, dichosos y confiados, tal vez cándidos, de lo que se ha llamado el neoconstitucionalismo, y que nos hicieron proclamar, aquí para siempre, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La victoria constitucional, el triunfo constituyente bien vale, ya es hora, es necesario confrontarlo con una realidad autoritaria, arbitraria, centralista y despótica que nos devuelve a la inquietud, a la necesaria preocupación en torno a la urgencia de saber y responder, corregir, remediar e impedir que el modelo cesarista, la concentración del poder, inhiba, recorte o liquide la vigencia del Estado de Derechos y Justicia.

Es el fracaso y la deficiencia de la teoría o es el fracaso y la deficiencia de las instituciones, o es que el encanto y la fascinación del poder que corrompe a todos los hombres, ha hecho la traición, la burla de este proceso en el que, como en todas las revoluciones, el discurso subsiste sin el concepto, la idea sin los argumentos y, entonces, la retórica sin el pensamiento, encubre y justifica, oculta y facilita la dominación.

¿El llamado neoconstitucionalismo es la retórica manipuladora y encubridora del despotismo? ¿Cómo es, cómo ha sido posible el despotismo, el cesarismo, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cómo es posible que la Constitución: juridificación de la democracia, sumisión y control del poder por el Derecho, pueda ser, sea, termine siendo, una etiqueta, el ropaje, la envoltura de la arbitrariedad o su refinamiento? ¿En el

neoconstitucionalismo está esa potencia por su debilidad teórica, por su falsedad intrínseca, o porque el nuevo constitucionalismo, construido históricamente contra el despotismo, para favorecer la libertad y los derechos fundamentales, no funciona sin una estructura orgánica del poder que garantice su división, el equilibrio sin el cual, como se estableciera de modo rotundo desde la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, sin tal división, se carece de Constitución?<sup>2</sup>.

Las interrogantes planteadas no las vamos a resolver en este ensayo, nos concentraremos en una línea de preocupación que nos permita aludir a los distintos temas, provocando y proponiéndonos una reflexión lateral relativa al nuevo lugar, a ese no lugar, la pérdida de centralidad que la función legislativa, la llamada Asamblea, comporta en la organización del Estado Constitucional, constitucionalizado, precisamente en el supuesto y en el postulado, en la sospecha y el cuestionamiento sobre el hacer político y su estancia privilegiada: el órgano legislativo, el viejo Congreso y la nueva Asamblea Nacional.

Varias preguntas nos asaltan a la hora de interrogar sobre el lugar de la Asamblea Nacional dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Voy a plantear dos: La primera y elemental: ¿por qué llamarse Asamblea, por qué la novedad o la necesidad de esta denominación?; la segunda y sustancial: ¿cuál es la función y el modo de cumplir con ella por parte del órgano de la legislación? Preguntando de otro modo: ¿A la Asamblea le corresponde un nuevo sentido de la legislación o unos nuevos contenidos en la fiscalización dentro del Estado Constitucional de

2 Art. 16: Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.

Derechos y Justicia, o al contrario, la sola limitación, el recorte de sus funciones, hace ese lugar marginal o ese no lugar, el territorio de la política cuestionado, necesitado de ser recortado, sometido, subordinado a la ciudadanía?. ¿En dónde y cómo ocurre la contrarrevolución?

La Constitución de Montecristi, entre otras motivaciones sociales y políticas, se erige sobre la desconfianza en el órgano legislativo, sobre la sospecha de su hacer, sobre un cuestionamiento del modelo de la representación y sobre la necesidad de superar la inestabilidad política e institucional, cuyo escenario, cuyo teatro, cuyo drama se escenificaba en el parlamento, lugar de la negociación y el chantaje, sitio en el que, no la ley como razón colectiva sino el acuerdo coyuntural convertía al órgano legislativo en la arena de la disputa y la transacción política. La ley, razón plural, razón colectiva, razón democrática, está bajo sospecha, pues la ley es más transacción y coyuntura, medio y modo, extensión instrumental de la política.

Si bien el Estado de Derecho es la fórmula por la cual el poder se subordina a la Ley o lo que es lo mismo, el poder sólo existe como poder organizado, regulado-atribuido, limitado-controlado, la Ley, paradójicamente, fuente fundante y principal del derecho es un subproducto, la extensión instrumental del poder que no cuestiona ni puede cuestionar el poder. Si bien la Ley es la fuente principal y fundamental de la organización del Estado y de la vida social, su atribución y restricción, se origina, empieza, nace de la política por lo que, el Derecho, la norma es un acontecimiento, un producto, un resultado de la política. La Ley empieza donde la política ha culminado su torneo, razón por la cual la Ley no pregunta ni interroga por el poder, pues la Ley es el poder en acto, poder realizado. El

Estado de Derecho se resuelve en la política, o dicho de otro modo, el Estado de Derecho se subordina, en última instancia, al ejercicio político del que es también origen.

La nueva nominación –Asamblea- responde e intenta responder a esta cuestión, nombrarse como Asamblea, no sólo como la representación de todos sino como el ser de todos (el imaginario de la ciudadanía y la sociedad civil), la participación de todos, todas y todos, como se empeña la nueva gramática en nombrarnos. En la nueva nominación se encierra la paradoja, el cuestionamiento y la sospecha sobre la democracia representativa y la búsqueda, incompleta y parcial, nominal, ideológica y propagandística de una democracia participativa. Los rótulos de un nuevo modelo de hacer política, cifrada y sustentada en la ciudadanía, que inaugure con la participación un nuevo momento de civismo y civilidad, tal el postulado que termina construyendo un nuevo poder, el poder ciudadano como contrapunto, como réplica, como órgano y dispositivo por el cual y a través del cual los representantes y el funcionariado público son sometidos a la criba ciudadana, el nuevo sanedrín que no comienza ni acaba de inventarse, pues, crítica aparte, la participación en la mayoría de los casos no pasa de ser el eufemismo, la etiqueta de moda para la relación clientelar y subordinada que una democracia precaria inventa sin concluir ni avanzar en el desarrollo de la institucionalidad administrativa que le corresponde.

La reunión y el crisol de la política, de las expresiones de los intereses diversos, está cuestionada y bajo sospecha, pues es la misma política el blanco principal de la crítica. Con pocos argumentos y muchas etiquetas: la “ciudadanía”, la “sociedad civil”, la “participación”, el

“sumak kausay”, la “planificación”, reivindican un nuevo lugar para los ciudadanos, un supuesto nuevo poder, no político. Una diferente y confusa organización, un quinto poder, cuyos procedimientos y cuyos logros, han hecho un entramado por el cual, el poder del gobierno, el poder de la mayoría en el gobierno, construye, no sin obstáculos, el poder del Estado.

Sin asumir ni declarar que la Constitución de Montecristi enseñe un nuevo paradigma jurídico, aunque esa sea su tesis política revolucionaria, pues el Estado Constitucional de Derechos y Justicia no puede entenderse sin la existencia previa, teórica y fáctica, del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho, es indudable que la tarea sustancial de la Asamblea, la tradicional y clásica de legislar y fiscalizar, la de producir el orden y controlarlo en su gestión, configura su naturaleza propia, su razón de ser que no puede estar en duda. Dicho de otro modo, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia es un Estado sometido al principio de legalidad, de una legalidad que es constitucional, valga decir, de los Derechos.

Sin superar, porque es insuperable el momento inevitable de la representación, menguada la polémica y cuestionada potestad de elegir o designar a las primeras autoridades de los órganos constitucionales del Estado, definido un modelo meritocrático y participativo trasladado al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Art. 208, números 10 y 11), le corresponde a la Función Legislativa no cumplir un nuevo rol o función sino el descubrimiento y la invención de un nuevo modo y contenido para la legislación y fiscalización en el marco de la comprensión del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La relación soberanía Asamblea en el Estado Constitucional de Derechos que, asume como su más alto deber, su razón de ser, la realización de los derechos fundamentales (Art. 11 N. 9), implica entender que corresponde a la Asamblea desarrollar la Constitución, producir el régimen de garantías de los derechos fundamentales, régimen de garantías en el sentido y modo dual de ser de los derechos: en la relación Estado ciudadanos en sentido objetivo y orgánico, y la protección de los derechos en el orden subjetivo. Valga decir, construir la estructura orgánica funcional que organice la institucionalidad garantista del Estado Constitucional y permita la realización material del contenido sustantivo de los derechos consagrados en la Constitución. Constitucionalizar el Derecho resulta así la tarea principal y el cometido de la Asamblea Nacional. Cabe preguntarnos por tanto, cómo puede ocurrir y cómo ocurre, cuáles son los cometidos de este postulado que constitucionalice al Estado en su organización de realización material y promoción, protección y garantía de los derechos.

Con la Constitución del 98, y de modo más resuelto, bien cabe afirmar decisivo en la Constitución del 2008, la tarea de constitucionalizar el derecho se impone como la tarea y el horizonte en el cual se produce la legalidad del Estado Constitucional. Desde luego, esta tarea y este horizonte: impregnar<sup>3</sup> el ordenamiento jurídico de los valores constitucionales, realizarlos, materializarlos, no supone un concepto bipolar, pues no implica decir que nos encontramos, que alcanzamos o llegamos a un Estado de Derechos y Justicia por el sólo hecho de su

---

3 Guastini Ricardo: Estudios de Teoría Constitucional, Distribuciones Fontamara, S. A., México, 2001

expresión normativa formal, ni tampoco, asumir o entender que tal tarea se agota en la producción jurídica. La constitucionalización del derecho supone unas condiciones jurídicas objetivas y unas tareas, una acción productiva, activa, vital de su realización siempre incompleta y parcial, siempre en riesgo y tensión.

En el orden jurídico formal, tal constitucionalización supone reconocer unas características indispensables, unas condiciones sin las cuales tal posibilidad está sujeta a mayores o menores posibilidades de realización.

La Constitución de Montecristi cumple unas imprescindibles y potentes condiciones de posibilidad. Es una Constitución rígida, cuyos principios fundamentales son inmutables, tal como se establece en los Arts. 441 y 442 de la Constitución, disposiciones por las cuales, la enmienda y la reforma parcial de la Constitución, más allá del procedimiento rígido que implica su tratamiento, en ningún caso puede alterar la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, ni establecer restricciones a los derechos y garantías constitucionales ni tampoco modificar el procedimiento de reforma constitucional. El referéndum y la consulta popular del 7 de mayo del 2011, sin dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional conforme exigen los Arts. 438 y 443 de la Constitución, que prefirió, limitó y omitió su actuación a meras observaciones sobre el contenido de las preguntas, dócil a la decisión presidencial, permitió un procedimiento de reforma constitucional formal y materialmente contrario al respeto de la jerarquía y supremacía constitucional, cuyos principios dogmáticos se contienen en los Arts. 424 y 425 de la Constitución, sin cuyo respeto tampoco cabe hablar de que el ordenamiento jurídico haya sido

impregnado por el texto constitucional. Dicho de otro modo, en este solo evento, la potencia jurídica del texto constitucional encontró su límite, el obstáculo de una institucionalidad cautiva, de una instancia de control y garantía, débil y sumisa, impotente, incapaz de asumir el rol que le corresponde.

Evidentemente, la rigidez, la inmutabilidad, la jerarquía, la superioridad y primacía constitucional y su respeto, pende, jurídicamente de la acción del control constitucional que en el ordenamiento institucional de la Constitución de Montecristi recae en la Corte Constitucional. Pero tal límite y obligación de control en tanto de reformas constitucionales se trata, no se agota en la Corte Constitucional; la participación de la Asamblea también es obligatoria, según dispone el Art. 442 de la Constitución, obligación que también fue eludida, permitiendo que la decisión presidencial de referéndum y consulta se impusiera y agotara, contra la Constitución, sin la participación ni pronunciamiento de la institucionalidad constituida de la Asamblea y la Corte. Así, una pseudo democracia plebiscitaria, demagógica y convulsiva, coyuntural, inconstitucional, formal y materialmente, se impuso, precisamente porque la institucionalidad constituida del control, pasivamente, renunció al ejercicio de sus potestades propias.

La nueva cultura jurídica constitucional, la constitucionalización del derecho como horizonte y realidad, necesita una institucionalidad que produzca y opere la aplicación directa e inmediata de su texto, su realización programática, el valor sustantivo de sus principios y normas de tal manera que los vacíos y deficiencias de su expresión formal sean llenados, colmados por la operación jurídica

de su interpretación y aplicación. La constitucionalización del derecho es vaciada y vacía, mera retórica, etiqueta y demagogia constitucional, precisamente, cuando tal institucionalidad es incapaz, no puede, carece o renuncia al ejercicio de sus obligatorias operaciones juridificadoras. La Constitución, es preciso destacarlo, no existe sino como consuelo formal, imprescindible pero insuficiente cuando su texto, el verbo de su expresión no se traduce en acto, no se impregna, no se realiza sino solamente y a condición de que el acto constituyente que culmina en la expresión formal de un texto aprobado se constituye, actualiza, opera, se concreta en la acción vivificadora, en la puesta en valor, en el acto de su realización material.

La tensión que en el texto constitucional favorece un control concentrado (Art. 429), sin destruir ni anular el control difuso (Art. 424), obligatorio de los diferentes órganos de control, fracasó en todas sus instancias; la decisión política despótica se impuso en el juego de las invocaciones a un modelo de democracia plebiscitaria, coyuntural, que confronta a la institucionalidad orgánica con la mayoría, el pueblo convocado, sometido a la politización en la que, no se disputa ni se define por la Constitución y sus reformas, que no dirime por el qué sino por el quién, el caudillo que interroga y confronta.

En este ejercicio de complacencias, indudablemente, fracasaron los órganos, perdió la deliberación en beneficio de la vanidad del caudillo, el miedo al déspota; pero, sobre todo, estuvieron en duelo dos colosos, dos fetiches de la sacralidad democrática: la Ley en su exigencia de respeto, y el Pueblo, el soberano disputado y demandado en las respuestas.

El constitucionalismo moderno, el neoconstitucionalismo, surgido, entre otros condimentos, de la crítica a la expresión gramática, positiva, restrictiva de la norma comprendida o reducida a su manifestación literal, que renuncia al valor, al contenido y cometido axiológico del Derecho, desarrolló, demandó, exacerbó, impuso el valor normativo de la Constitución, cuyos principios y reglas, cuyas garantías son normas de aplicación directa e inmediata, tal como se establece en el Art. 11 No. 3 de nuestro texto constitucional, y cuyos derechos, reconocidos en el texto, no se agotan en el texto, pues tales derechos, existen, subsisten, aun más allá de la norma, derivando su existencia de la dignidad de las personas, de los pueblos y de las nacionalidades, según reza la proposición del numeral 7 del mismo Art. 11 de nuestra Constitución, consonante con tales preocupaciones y con dichos postulados.

La ley en su necesidad de valor, en su cometido de realización material del derecho, pues la formalidad nos agota en su impotencia, tiene unos custodios, unos depositarios, unos guardianes celosos, ya no el Congreso o la Asamblea que han dejado de ser, que han sido privados de la cualidad de guardianes de la soberanía, o que por lo menos, han sido limitados en su ejercicio, cuestionados en esa disponibilidad. El sumo sacerdocio de la sacralidad de la norma, la hermenéutica, ya que no la exegesis de su valor, le corresponde, en mayor extensión y profundidad, a la Corte Constitucional, y es este órgano, esta sacralidad institucional, la que no se ha logrado crear, reconocer y validar, legitimar en la cultura jurídica que la Constitución promueve y provoca. Ciertamente carecemos de un órgano, de unos órganos, acordes a la exigencia constitucional, o para decirlo mejor, aunque el órgano está creado, quienes

ofician en su nombre y en su deber, quienes deben expresar y pronunciar, traducir el valor y el sentido obligatorio de los textos, no han descubierto su lugar y careciendo de credibilidad, sin legitimidad, sin discurso propio del Derecho, sin cultura correspondiente ni coherente con la Constitución, son huérfanos de argumentos, nulos en la necesidad del respeto imprescindible para quienes deben oficiar el sumo sacerdocio laico de la constitucionalidad. Sin respeto y sin legitimidad, la tarea de los hermeneutas de la constitucionalidad se reduce a ser instrumentalidad, extensión, apéndices, en el mejor de los casos, productos sofisticados del poder.

En la invocación a los postulados, en el juego de los principios, en el torneo metafísico de los valores, vence, como sostenía Kant, el que primero ataca. El principio indisputable de la superioridad y primacía constitucional, de su respeto, es confrontado, provocado y sometido a la decisión del otro coloso mitificado en la sacralidad de la democracia: el Pueblo, la mayoría, el soberano, la masa sensible agujoneada en su sensibilidad. Sin institucionalidad de intermediación y cultura, la apuesta hacia las masas replica y recicla, hace el refinamiento del populismo.

Así como la Ley, en su formalidad y en su estrechez gramática evidenció la susceptibilidad, la cualidad flexible, el contorsionismo a la que podía y pudo ser sometida, la propia Constitución es víctima de ese mismo juego, ahora, desgraciadamente, con patente propia, con argumento favorable y decisión fácil de tal posibilidad. La argumentación, la ponderación es abusada, instrumentada, transmutada en ideología para el todo vale. La Constitución deja de ser dúctil para la primacía axiológica del derecho, es dúctil,

suficientemente flexible para las necesidades del poder, por lo que el discurso, las justificaciones, los argumentos del neoconstitucionalismo son útiles, funcionales al poder, herramienta del despotismo populista.

En el orden legislativo, las exigencias de rigurosidad del texto normativo, ceden el paso a la abundancia y ampulosidad de las proposiciones declarativas, el uso demagógico del discurso que por constar en un artículo alcanza el título de ley. Pero la Ley ya no está en las proposiciones sino en los órganos, no en el que de lo que es atribuido o restringido, sino en el quien, en la autoridad, atribuida de la potestad, el imperium, la rectoría, como se estila decir ahora. La ley para la declaración y declamación jurídica, la ley como fórmula abierta para el poder discrecional, ejercido en nombre de un principio y en la disponibilidad del abuso del poder. Entonces la revolución constitucional termina en contrarrevolución legislativa.

Sin cultura jurídica correspondiente, sin institucionalidad coherente con las exigencias constitucionales, el personalismo, el caudillismo y su fuerza se imponen, vencen sobre el texto y sus contenidos, sus exigencias indispensables y en principio indisponibles por parte de los mandatarios que, como exigía la tradición que fundó el Estado de Derecho, son, sólo pueden y deben ser, subordinados, ordenados por los principios y las normas del Derecho (Art. 226). Pero para que viva el Derecho, para que sus exigencias de realización material sean posibles, hay que creer en el Derecho. Pero cuando la ideología del poder sigue la huella de una tradición política que asume el Derecho como instrumento, mero artefacto de una clase, el poder, en el nombre y en la retórica,

en el mercadeo de una revolución que se prodiga en la propaganda de su propio hacer, produce, en su nombre y con el nombre del Derecho, la violencia despótica del caudillo. En estas reducidas y limitadas comprensiones, en tales convicciones, no sólo que la Ley es el instrumento y la extensión del poder, sino que los órganos, la función de administrar justicia, los operadores jurídicos también han de ser y estar cautivos de las decisiones o hasta los caprichos y los humores del poder. La justicia apresada, sometida, amenazada e intervenida. El despotismo carece de escrúpulos y no conoce límites.

Han fracasado los hombres o los nombres, fracasan los conceptos o quienes abusan de sus contenidos, o lo que es más grave, como pensaba Wittgenstein, “los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo”, y, por tanto, el despotismo es producido, el déspota es víctima de su propia estrechez de comprensión y conocimiento. Por ello bienvenida la crítica, la necesidad de la deconstrucción, la sospecha sobre nuestro propio discurso y sus límites. Ya no hay vuelta atrás. No hay tiempo ni posibilidad para la nostalgia, para el regreso, el retorno a un Estado de Derecho que no conocimos ni fundamos. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia, todavía espera a los hombres de su posibilidad para su realidad.

**UN NEOCONSTITUCIONALISMO  
LIBERAL:  
Hacia una nueva visión del  
neoconstitucionalismo, a partir de  
la vinculación contingente entre  
derecho y moral**

**Pozo Fabián<sup>1</sup>**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,  
Av. 24 de Mayo,  
Cuenca - Ecuador  
Correspondencia: [fabian\\_pozo@hotmail.com](mailto:fabian_pozo@hotmail.com)

---

1 Estudiante de la carrera de Derecho, octavo ciclo. Ciencias Jurídicas

## RESUMEN

Este ensayo examina las teorías neoconstitucionalistas en relación con un concepto propio del positivismo jurídico: la no vinculación necesaria entre derecho y moral. Para lo cual se analizan los principales postulados y clases de neoconstitucionalismo, en comparación con el positivismo jurídico. Finalmente, examinando las posibles posiciones respecto a las teorías de la justicia subyacentes a las ideas neoconstitucionales, se analizará su posible relación con postulados filosófico-políticos del liberalismo.

**Palabras claves:** neoconstitutionalism, liberalismo, filosofía jurídica, derecho y moral, teoría de la justicia, iuspositivismo, iusnaturalismo.

## ABSTRACT

This essay examines neo constitutionalist theories related to a classical concept of legal positivism: the not-necessary link between law and morality. For which, analyses the main postulates and classes of the so called neo constitutionalism, comparing them with legal positivism. Finally, based on the idea of the not-necessary link between law and moral, and analyzing possible positions with regard to the theories of justice underlying neoconstitutionalism, the essay analyzes its possible relation with philosophical postulates of liberalism.

**Keywords:** neoconstitutionalism, liberalism, judicial philosophy, law and morality, theory of justice, iuspositivism, iusnaturalism.

## INTRODUCCION

En los últimos años ha tomado mucha importancia el llamado “neoconstitucionalismo”, como una alternativa interesante dentro del Estado Constitucional. En este se encuentra la influencia de autores predominantemente iusnaturalistas como Dworkin y otros más bien positivistas, como Ferrajoli.

Este constitucionalismo de posguerra parte del fenómeno de “constitucionalización” del Orden Jurídico, a través del cual el derecho es impregnado o invadido por la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y a los actores políticos, en diversos grados, pudiendo un orden jurídico ser más o menos constitucionalizado. El neoconstitucionalismo surge precisamente en conexión con este proceso y pretende superar la división entre positivismo y iusnaturalismo jurídico.

El constitucionalismo ha sido una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales; sin embargo el constitucionalismo nunca pretendió “destronar” a la teoría del derecho positivista, sino más bien se configuró como ideología jurídica opuesta a un “positivismo ideológico” sin pretender establecerse como una nueva teoría del derecho.

Lo contrario ocurre con el neoconstitucionalismo, pues este no se presenta únicamente desde un punto de vista ideológico-jurídico, sino también como una nueva metodología y nueva teoría del derecho, en principio opuesta a la positivista.

## FORMAS GENERALES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Es importante diferenciar cada uno de estos posibles aspectos del neoconstitucionalismo ya que no siempre presentan posiciones compatibles entre sí. Comanducci<sup>2</sup> distingue entre un neoconstitucionalismo teórico, uno ideológico y uno metodológico.

### 1.- NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO.-

busca describir y potenciar los logros del proceso de constitucionalización, como una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional, a la que reprocha su *estatalismo*, el centralismo de la ley, y el formalismo, que ya no serían sostenibles ante la modificación del objeto de investigación —el derecho— ahora caracterizado por una constitución invasora, con un catálogo de derechos fundamentales en forma de principios y no solo de reglas, de aplicación directa, lo que deriva en nuevas exigencias interpretativas.

Dentro de esta construcción teórica encontramos dos tendencias contrapuestas, entre quienes siguen un *“modelo descriptivo de la Constitución como norma”* y quienes siguen un *“modelo axiológico de la Constitución como norma”*.

Para los primeros la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas contenidas en un documento o consuetudinarias, que son fundamentales respecto de otras reglas jurídicas, jerárquicamente superiores a ellas. Mientras que para los segundos, se agrega a este concepto

2 Aquí sigo lo expuesto por Comanducci, P. en “Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”. ISONOMÍA No°16 Abril 2002. También en Carbonell, M. (edit) “Neoconstitucionalismo(s)”. Trotta 2003

*la condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor.*

**2.- NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO.-** como ideología jurídica se distingue del constitucionalismo anterior por poner en segundo plano el objetivo que perseguía aquel: la limitación del poder estatal, poniendo en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este neoconstitucionalismo es tendiente a considerar que existe necesariamente una conexión entre derecho y moral, por lo que existe cierta obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que sean conformes a ella, acogiendo el modelo axiológico.

En lo que hay similitud con el antiguo positivismo, pues para García Amado *“es en realidad ese positivismo decimonónico el que en el neoconstitucionalismo se ve reflejado como en un espejo, esto es, invertido. Pues al positivismo del siglo XIX y al neoconstitucionalismo les son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método meramente subsuntivo en el positivismo decimonónico, la ponderación en el neoconstitucionalismo), y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial. Positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual son extremos que se tocan”*<sup>3</sup>

---

3 García-Amado, J. “Sobre el neoconstitucionalismo y

### **3.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO.-**

Como metodología, éste refuerza la posición de los dos anteriores en oposición al positivismo, afirmando que en aquellos ordenamientos jurídicos constitucionalizados los derechos fundamentales y los principios constitucionales cuya estructura es diferente a la clásica norma-regla, constituirían un “puente” entre derecho y moral, por lo que se asienta en la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral.

### **EL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN AXIOLÓGICA**

La división expuesta nos permite un mejor análisis sobre el problema de la conexión entre derecho y moral. A pesar de tener diferentes corrientes sería errado decir que el neoconstitucionalismo no tiene unos rasgos característicos propios. El Profesor Aldunate Lizana<sup>4</sup>, establece como distintivas las siguientes características:

- Paso del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho, entendido éste como un Estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias;
- Constituciones con alta densidad normativa, dado esencialmente por la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica;
- Constituciones con fuerza normativa vinculante

---

sus precursores” Tomado del Blog Dura Lex, del autor. También en Zavala Egas, J. “Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica” EDILEX. S.A 2010 p. 515.

- 4 Aldunate Lizana, E. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en Revista de Derecho VOL. XXIII Julio 2010

y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;

- Consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores”, en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;
- Introducción del método de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y otros principios constitucionales, en especial pero no exclusivamente, en la jurisdicción constitucional;

Por su parte, García Amado, realiza una profunda crítica estableciendo las características y falencias de estos modelos, cumplidas siempre en mayor o menor grado, según las que el neoconstitucionalismo se caracteriza por<sup>5</sup>:

- El componente MATERIAL AXIOLÓGICO de las constituciones, cuya interpretación valorativa de los derechos implica una nueva forma de concebir el documento constitucional, el cual tiene su pilar básico en un determinado orden de valores de carácter objetivo. Así entendida la Constitución refleja un orden social necesario, el cual persigue.
- A su vez estos principios o valores constitucionalizados poseen una fuerza resolutive suficiente para obtener respuesta cierta o

---

5 García Amado, J. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores” Ibid.

aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados, siendo su pauta de corrección de orden material, no formal ni semántica.

- Por esto debe existir un órgano capaz de conocer dichas soluciones y velar por que se plasmen en cada caso, siendo éste deber de los Tribunales Constitucionales.
- Ya que en el orden axiológico quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve esos casos no ejerce discrecionalidad ninguna (Dworkin) o la ejerce solo en casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso haya un empate entre los derechos y/o principios concurrentes (Alexy)
- Dado que las respuestas para esos casos están prefijadas en la parte axiológica de la Constitución, el aplicador ha de poseer la capacidad y el método adecuado para captar tales soluciones objetivamente impuestas por la constitución, tal método es la PONDERACIÓN.

Lo cual tiene como consecuencia que:

- *“La combinación de la CONSTITUCIÓN AXIOLÓGICA, confianza en la PREFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL de la única respuesta correcta, la NEGACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD, y el MÉTODO PONDERATIVO, llevan a las Cortes Constitucionales a convertirse en SUPRAINSTANCIAS judiciales de revisión, pero al mismo tiempo, les proporciona la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones ya que justifican su intromisión revisora aludiendo a su cometido de comprobar que en el*

*caso los “jueces inferiores” han respetado o no el contenido que constitucionalmente corresponde con necesidad a cada derecho.*

- *Puesto que los fundamentos de ese neoconstitucionalismo son METAFÍSICOS y se apoyan en una doctrina de corte OBJETIVISTA Y COGNITIVISTA, en las decisiones correspondientes de los tribunales hay un fuerte DESPLAZAMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN Y SUS REGLAS. Dicha argumentación adquiere tintes pretendidamente demostrativos, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la Constitución Axiológica prescribe para el caso. Con ello la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y toma visos fuertemente esotéricos.*

Sin embargo, como ya se dijo, no todos los neoconstitucionalistas aceptan la conexión necesaria entre derecho y moral. Quienes optan por el método descriptivo de la Constitución como norma, no admitirán que la Constitución refleje un orden de valores objetivo del cual sea posible “conocer” la única respuesta correcta para todos los casos, reflejando un orden social necesario. Solamente las concepciones axiológicas caerían bajo la crítica del profesor español, pues efectivamente, *“en la medida en la que se abandona el comportamiento descriptivo, los diferentes sujetos interesados recurren al juicio de las Cortes para consolidar su propia concepción del bien que a su vez, obtiene por vía judicial el certificado de verdad”*<sup>6</sup>.

6 Pozzolo, Suzzana “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución” en “El Canon Neoconstitucional” Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (edit.) Ob.cit. p. 209-227

Así se delinear claramente dos modelos constitucionales, uno propio del liberalismo garantista, y otro del neoconstitucionalismo axiológico; el primero, caracterizado por una Constitución que representa un marco abierto dentro de cuyos límites se desarrolla libremente el juego de las fuerzas políticas y las relaciones privadas; el segundo, donde la Constitución es una dirección vinculante, un ordenamiento de valores que dominan el desarrollo de la legislación y a su vez se extienden hacia las relaciones entre particulares.

Así el problema no son tanto las características del proceso de constitucionalización, sino la concepción axiológica de ella.

La afirmación de la material realización de la Constitución axiológica cuyos valores iluminan a todo el ordenamiento jurídico pierde adeptos cuando surge la pregunta de: ¿Qué valores? ¿Qué orden axiológico? ¿Qué moral es la que ilumina este efecto de irradiación de la Constitución? Y junto con esta, ¿Cómo garantizar que las interpretaciones judiciales traduzcan objetivamente el alcance de estos principios constitucionales sin mancharse de subjetivismos e intereses políticos?

## **SIENDO JUSTOS CON EL IUSPOSITIVISMO**

Para hablar sobre el positivismo debemos despojarnos de algunos prejuicios sobre él.. Ser positivista no significa ser totalitario ni fascista, ni ver al Derecho como un orden perfecto casi matemático del cual los jueces son aplicadores mecánicos, en el que adecuan el caso al molde y obtienen un resultado inevitable. Tampoco significa que el positivismo deba confundirse con el formalismo

ni con el legalismo extremo. Este tipo de prejuicios se derivan de la ambigüedad del término y de sus diversas significaciones. Por lo tanto también debemos recurrir a una cierta desambiguación. Siguiendo la clasificación de Bobbio tenemos:

**1.- POSITIVISMO TEÓRICO.-** El cual tiene como tesis centrales el carácter estatal del derecho positivo, la coacción, cuya fuente central es la legislación parlamentaria y la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema perfecto y autorreferente. Esto último parece ser la idea central de esta forma de positivismo, que de diversos modos ha sostenido que el sistema jurídico es pleno, consistente y preciso lingüísticamente, lo cual es tener por real una ficción.

**2.- POSITIVISMO IDEOLÓGICO.-** Sostiene que existe cierta obligación moral de obedecer al derecho. En su versión fuerte defiende que el derecho por el simple hecho de serlo, es justo y se le debe obediencia. Posiciones menos radicales afirman que, al menos, existe una obligación moral *prima facie* de obedecer al derecho, pues es fuente de seguridad a nivel personal, en cuanto el individuo puede decidir sus acciones basándose en el conocimiento de sus hipotéticas consecuencias; por tanto establece el derecho como un componente necesario de la moralidad.

**3.- POSITIVISMO METODOLÓGICO.-** como metodología viene a ser una forma de conocer el objeto derecho, cuyo postulado central es la tesis de la separación entre este y la moral. Prieto Sanchís<sup>7</sup> destaca tres tesis que se

7 Prieto Sanchís, L. "Constitucionalismo y Positivismo" Ed. Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía Política y Derecho, núm. 60. México 1997

asientan sobre este principio general: que el derecho es resultado de una serie de prácticas sociales; que quienes estudian el derecho pueden describirlo avalorativamente; y finalmente, que no existe ninguna obligación moral de obedecer el derecho, pues no es infalible.

Ya que no se pueden defender las tres posiciones al mismo tiempo, pues se contradicen entre sí. En consecuencia, el único que se mantiene seriamente es el positivismo metodológico.

### **DERECHO Y MORAL. ¿CONEXIÓN NECESARIA?**

La discusión sobre la separación entre derecho y moral ha sido reavivada por ciertos neoconstitucionalistas para quienes la decisión jurídica deriva necesariamente de una norma moral, que actúa como justificante. De esta forma el ordenamiento jurídico se torna pleno y ya no existe indeterminación. La decisión correcta para cada caso se encuentra en el sistema jurídico, cuando no en sus enunciados, sí en la plenitud de los principios morales que le dan sentido, esperando a ser descubierta con la aplicación del método adecuado. La moral emigra al interior del derecho positivo.

Sin embargo, para Ferrajoli, *“la separación entre derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista”*<sup>8</sup>, afirmando su recíproca autonomía; así, *“el derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (una determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales, por otro, el principio inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye*

---

8 Ferrajoli, L. “Derecho y Razón” p. 231.

*rechaza, el soporte heterónimo y coercitivo del derecho*<sup>9</sup>. El garantismo no solamente reposa en la autonomía de la moral, sino que exige de ella un punto de vista externo-crítico respecto del derecho positivo, lo que evita “*las dos opuestas confusiones entre derecho y moral presentes en gran parte del moderno neoconstitucionalismo: la confusión del derecho con la moral operada por las distintas versiones del iusnaturalismo; a la confusión de la moral con el derecho operada por las distintas versiones del legalismo, en particular por la del constitucionalismo ético*”

La conexión necesaria entre derecho y moral plantea básicamente dos problemas: la existencia misma de una moral única como norma justificativa última de las decisiones jurídicas en las sociedades plurales modernas, y, derivado de este, el grado de indeterminación y discrecionalidad que ella implica.

García Amado ilustra con un divertido ejemplo el tema, pone como ejemplo al derecho canónico, en el que efectivamente existe una moral (que se pretende) objetiva como base de ese derecho, basada en una (considerada) Verdad Suprema proveniente de la Revelación y la interpretación por parte de las autoridades, que según el mismo dogma, lo hacen inspiradas por el Espíritu Santo. En este caso efectivamente existe una norma moral que se pretende única y verdadera, que establece desde qué fundamentos morales deben interpretarse esas normas. De esta forma no puede existir democracia dentro del derecho canónico pues el pluralismo queda por definición excluido por la existencia de estas supremas verdades

---

9 Ferrajoli, L. “Principia Iuris: Teoría del diritto y della democrazia” 2007 EditoriLaterza vol. 1. p 17.

o dogmas de fe. La Verdad está preestablecida y sus concreciones para cada caso y tiempo las hacen los sacerdotes guardianes del dogma. Pero este no es el caso de los Estados Constitucionales, no hay un Espíritu Santo inspirador del poder constituyente que plasme en la Constitución un “dogma” objetivo de valores, y su intérprete no debe convertirse en un oscuro personaje a medio camino entre Salomón y el Espíritu Santo.

El positivismo no niega que el derecho positivo esté relacionado con conceptos morales, pues las normas jurídicas no caen del cielo sino son producto de la interacción social, y que todo derecho positivo es susceptible de enjuiciamiento crítico desde cualquier sistema moral, lo que niega es que la conexión sea necesaria para el estatuto jurídico de las normas o para sus condiciones de aplicación.

## **LA IMPORTANCIA DE LA POSICIÓN EXTERNA DE LA MORAL**

Para el constitucionalismo garantista, el Estado *“no se concibe como un hecho natural, sino que es un fenómeno artificial y convencional construido por los hombres para tutelar sus necesidades y sus derechos...lo que es natural no es el derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza”*<sup>10</sup>, de aquí que el garantismo tenga siempre una concepción pesimista sobre el poder, y que al contrario, todos los totalitarismos incluyan una visión optimista de él. En resumen, sólo cuando la moral se concibe separada del derecho puede representar un observador imparcial para emitir juicios independientes sobre el propio sistema jurídico.

---

10 Ferrajoli, L. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” ISONOMÍA n°16 2002 p. 15.

Por las razones expuestas, considero que es necesario, posible y preferible, mantener la tesis positivista de la no vinculación necesaria, a la vez que se acoge favorablemente la posición neoconstitucional defensora del control constitucional, así como su teoría y práctica argumentativa.

## **UN NEOCONSTITUCIONALISMO LIBERAL**

La vinculación únicamente contingente del derecho y la moral tiene consecuencias prácticas y jurídicas muy amplias, que tienen que ver con si se asume una posición utilitarista o no, especialmente si se acoge la concepción axiológica de la Constitución.

Cabe resaltar el compromiso del neoconstitucionalismo con los derechos fundamentales, acogiendo al garantismo penal y extendiéndolo hacia otras áreas, partiendo de las premisas garantistas que ven al ejercicio del iuspuniendi como potenciales abusivos de los derechos de los ciudadanos, retomando aquel postulado del constitucionalismo clásico.

En nuestra Constitución hallamos múltiples garantías de los ciudadanos frente al poder público, que conformarían un fuerte escudo tutelar de los derechos de los individuos, lo cual, en principio, sería propio de un constitucionalismo ideológicamente liberal. Sin embargo, el neoconstitucionalismo hizo su arribo al Ecuador con un aura más bien socialista, en una constitución presidencialista, centralista y planificadora, con un amplio catálogo de derechos no propiamente liberales.

Es por esto que se ha hecho notar una aparente tensión entre lo que llamaríamos “parte dogmática” y la “parte orgánica”. Aporía manifestada en la primera reforma constitucional, en la que sin dudas los derechos individuales llevaron la peor parte.

Al respecto es importante analizar las posibles teorías acerca de la justicia que se encuentran en la base de este nuevo constitucionalismo. A toda teoría jurídica le subyace una determinada idea sobre la justicia. Someramente se pueden distinguir una rama utilitarista, inaugurada por Bentham, y las llamadas teorías duras de los derechos, que pueden remontarse hasta John Locke.

Para el utilitarismo, siguiendo el principio de maximización de la utilidad benthamiano “*Mayor beneficio para el mayor número de gente*”, pueden justificarse restricciones a los derechos cuando un mayor bien social lo exige. En cambio para las teorías duras de los derechos existen derechos que son inviolables, inalienables e irrenunciables, como afirma nuestra Constitución.

Del utilitarismo surgen ideas base del pensamiento conservador, como la penalización de las drogas, el cierre de fronteras por seguridad nacional, entre otras; así como las ideas redistributivas más bien socialistas. Mientras que de las teorías duras de los derechos surgen ideas liberales, desde la despenalización del consumo de drogas y del aborto, hasta el libre mercado.

Siguiendo las premisas neoconstitucionales antes analizadas podemos ver que tanto el control constitucional, la supremacía de los derechos, el garantismo, los derechos como “cartas de triunfo frente al poder de las mayorías”

de la que habla Dworkin, o de los derechos como contra poderes de los que habla Ferrajoli, no resultan compatibles con el utilitarismo.

Partiendo de que en consecuencia el constitucionalismo moderno tendría como base una teoría dura de los derechos, son entendibles las constantes tensiones con la parte organizativa, estatista. En consecuencia de esto, sería necesario plantearnos el abandono del presidencialismo hacia un sistema semi parlamentario, que limitaría de mejor manera el ejercicio del poder público, garantizaría la división de poderes y fortalecería la democracia, sin embargo, esta no es la ocasión para profundizar en el tema.

Si se acepta una posición utilitarista, partiendo de una Constitución axiológica, se acepta una “Constitución proyectista”, que busca “moldear” a la sociedad que rige, que justifique incluso restricciones de derechos de quienes no se identifiquen con ella, dejando abierta la posibilidad a la discrecionalidad e incluso arbitrariedad, justificadas en pos del bienestar general y de dicho proyecto de sociedad constitucionalmente diseñado.

En cambio siguiendo la segunda posición, el derecho no encarna una única moral, sino permite la convivencia en sociedad de diversas posiciones. Consecuencia de esta posición liberal es la tolerancia. No todos tenemos ni debemos tener, y nadie nos puede imponer, unas mismas creencias, valores ni opiniones. Sobre esta idea se construye el moderno Estado constitucional, laico, que sin embargo corre el riesgo de desvirtuarse por su inclinación utilitaria.

Como dice Ferrajoli *“En efecto, en el terreno moral no existe posibilidad de acuerdo ni de compromiso, sino solo de tolerancia recíproca...consistente en reconocer ambas concepciones el carácter de legítimas posiciones morales, ninguna de las cuales es descalificable como “inmoral” solo porque no se la comparte. Pero esto equivale a no blandir contra ninguna de ellas el código penal, como querrían por ejemplo, los partidarios de la punición del aborto, pretendiendo imponer a todos su moral.”*<sup>11</sup>

Ante la imposibilidad de establecer una moral universal única, la misión del derecho consiste en asegurar la paz y la convivencia, tutelando los derechos como condiciones necesarias de la libertad e igualdad, reduciendo los daños que puedan ocasionarse unas a otras.

Es por esto que me atrevo a afirmar que algunas construcciones neoconstitucionales corresponden o al menos comparten bases filosóficas con el liberalismo, y que el acomodar los instrumentos argumentativos y las premisas características de estos a una inclinación diferente, colectivista, es la causa profunda de las tensiones existentes. Cabría discutir incluso respecto de la naturaleza y eficacia de algunos derechos reconocidos en nuestras constituciones, que tienen carácter prestacional cuyas formas de satisfacción actuales basadas en la obligatoriedad y la universalidad vulnerarían derecho de otros, y que en la práctica son poco efectivas.<sup>12</sup>

11 Ferrajoli, L. “La cuestión del embrión: entre derecho y moral” Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate. Num 44. Madrid. Julio de 2002

12 Al respecto, un ejemplo bastante claro es analizar la efectividad de las jubilaciones en el sistema de seguridad social obligatoria y pública, frente a un sistema privado de

Al contrario, adjudicar una moral supuestamente objetiva a un sistema jurídico y valerse de las herramientas del nuevo constitucionalismo para ello, profundizará las tensiones existentes y la inestabilidad, pues de hecho una Constitución ideologizada tiene fecha de caducidad.

Precisamente el neoconstitucionalismo debe profundizar la protección al ciudadano de los abusos del poder, limitar su intervención en la sociedad, entendiendo que la sociedad es un hecho natural, anterior al Estado, cuya libre interacción es en última instancia el método creativo de las sociedades.

---

pensiones como el caso chileno, Puede verse en <http://diegosanchezdelacruz.wordpress.com/2012/04/24/jose-pinera-y-el-sistema-privado-de-pensiones-que-necesita-europa/>



# **TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL**

**López Sebastián\***

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,

Av. 24 de Mayo,

Cuenca - Ecuador

Correspondencia: [sebaslopezhidalgo@yahoo.com](mailto:sebaslopezhidalgo@yahoo.com)

## Resumen

La labor de los jueces en el marco de la interpretación constitucional no es una tarea sencilla. Y es que con frecuencia, partiendo desde el positivismo y una teoría cognoscitiva, en donde la interpretación no es más que una actividad racional de conocimiento; pasando por una teoría escéptica, en la cual la labor interpretativa es siempre un ejercicio discrecional subjetivo; y, terminando en una teoría intermedia que entiende a la interpretación en unos casos, como actos de conocimiento y en otros, como actos de voluntad, es claro hoy en día que los casos concretos no pueden comprenderse jurídicamente si no es por referencia a las normas que integran el sistema jurídico y estas por referencia a los primeros con la finalidad de que la actividad judicial no se convierta en un ejercicio discrecional, arbitrario, carente de justificación y argumentación; pero tampoco en una labor silogística deductiva desprovista de una valoración necesaria que implican los problemas reales.

**Palabras clave:** Interpretación constitucional; teorías de interpretación; discrecionalidad judicial; teoría cognoscitiva; teoría escéptica; teoría intermedia.

## **Abstract**

The judge's work in the context of constitutional interpretation is not an easy task. Frequently, starting from positivism and a cognitive theory, where interpretation is nothing more than a rational acknowledgement activity; passing through a sceptical theory, in which the interpretative work is always a subjective, discretionary exercise; and ending up in an intermediate theory that understands interpretation, in some cases, as acts of acknowledgement, and in others, as acts of will; it is clear that in these days, specific cases cannot be legally understood if it's not by reference to the regulations that integrate the legal system, and these ones by reference to the aforementioned, aiming to stop judicial activity from becoming a discretionary, arbitrary exercise, lacking justification and lines of argument, but also from becoming a syllogistic, deductive work, lacking the necessary assessment that real problems imply.

**Keywords:** constitutional interpretation, interpretation theories, judicial discretion, cognitive theory, sceptical theory, intermediate theory.

Como lo indica Ignacio de Otto citado por Claudia Storini,<sup>1</sup> el problema del carácter político o no político de la jurisdicción constitucional es en definitiva el problema de la interpretación constitucional.

A pesar de que el término interpretación parece ser hoy en día un concepto de dominio y uso corriente entre los juristas y estudiosos del derecho, no siempre ese uso o dominio del término es del todo preciso. “Se ha dicho que interpretar es –aclarar- el significado de un enunciado, que existen –decisiones- interpretativas, que la interpretación pretende –dilucidar- cuáles son los hechos o casos que entran en el campo de aplicación de una norma, que la interpretación trabaja sobre disposiciones pero que – produce- normas, etc.”<sup>2</sup> Sin embargo, es claro que cada una de las palabras interlineadas no significan siempre lo mismo, ya que no resulta equivalente, aclarar o averiguar que descubrir, dilucidar que producir, etc. En unos casos, se supone que la norma existe o antecede, como sucede cuando algo se quiere averiguar o dilucidar, lo cual supone

\* Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad del Azuay; Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales, Universidad de Cuenca-; Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; Profesor invitado en la Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar-Quito-; Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay; Ex Asesor del la Corte Constitucional del Ecuador; Abogado de la Procuraduría General del Estado; Cursante del Doctorado PhD en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar-Quito-.

- 1 Claudia Storini, *Hermenéutica y Tribunal Constitucional*, en Revista de Derecho FORO n. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007
- 2 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1era Edición, 2005, p. 237

una actividad de revelación de un significado anterior, en otros casos se supone que la norma no tiene una existencia anterior al acto mismo de interpretación y que por lo tanto se trata más bien de un acto volitivo de creación que da vida a un significado carente de tal.

A grandes rasgos debemos reconocer que el problema de la interpretación como actividad se adscribe entonces al menos a dos mundos distintos: el mundo del conocimiento y de la razón, y el mundo de la voluntad y de la decisión.<sup>3</sup> Así, “en las teorías iuspositivas, la decisión del intérprete está latente en la disposición normativa, como una estatua en el bloque de mármol y, por tanto, la conclusión del silogismo entre premisa mayor y premisa menor se plantea como una deducción automática”<sup>4</sup> en donde el intérprete resulta ser un sujeto racional que descubre algo preexistente; en tanto que, para otros, el intérprete, asume una verdadera posición “creadora” del Derecho en el fondo no muy diferente a la tarea asumida por el legislador; y, finalmente, hay quienes argumentan que el jurista se aproxima unas veces a una actividad de conocimiento y en otras a una actividad de creación.

Si bien existen tantas teorías cuantos autores aborden el tema de la interpretación, podemos identificar cuando menos tres teorías o modelos sobre los cuales se ha debatido el tema de la interpretación, a saber: la teoría cognoscitiva, la teoría escéptica y la teoría ecléctica o modelo intermedio. Vale destacar, sin embargo, que esta estrechísima clasificación es pensada en modelos

3 *Ibidem.*, p. 237

4 Claudia Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional” en *Perspectivas Constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, p. 2.

de interpretación en concreto,<sup>5</sup> de carecer operativo y centradas en la actividad judicial que es la que nos interesa para el objeto de este trabajo.

### ***La Teoría cognoscitiva.-***

Una teoría cognoscitiva es aquella según la cual la tarea de interpretación no es nada más que un acto de conocimiento racional de suerte que los enunciados interpretativos,<sup>6</sup> es decir, las normas producto de la interpretación, tiene valores de verdad.

Para este tipo de teorías la actividad del intérprete es una actividad silogística, racional y completa, en donde las disposiciones normativas como disposiciones o contenidos a ser interpretados gozan de una autonomía semántica que es descubierta a través de un proceso racional y silogístico desarrollado por el intérprete, obteniendo un significado unívoco de tales disposiciones. “Es sabido que para estos teóricos la interpretación no necesita de

5 Ricardo Guastini identifica tanto una interpretación en abstracto como una interpretación en concreto cuando manifiesta que “la interpretación -en abstracto- consiste en identificar el contenido del significado –es decir, el contenido normativo (la norma o normas)- expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente del derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho concreto; y la interpretación –en concreto-, que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada –en abstracto-” en *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 30

6 Ricardo Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación” en Isabel Lifante Vidal *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 147

ningún elemento integrante que no sea la rigurosa lógica del jurista. La decisión del intérprete sobre el Derecho se formula a través de una simple deducción de tipo lógico derivada de los contenidos de las disposiciones normativas. El juez, cuando interpreta las disposiciones normativas, no necesita de ningún elemento que vaya más allá de su lógica deductiva; el intérprete formula su decisión a través de una simple deducción lógica de los contenidos implícitos en las disposiciones”.<sup>7</sup>

Su origen es sin duda la filosofía de la Ilustración propia de la segunda mitad del siglo XVIII en donde era bastante claro que interpretar la ley al modo del Antiguo Régimen, no era precisamente aclararla sino corromperla,<sup>8</sup> haciendo decir al texto normativo más allá de lo que su solo contenido pretende decirnos claramente.<sup>9</sup>

---

7 Claudia Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional” en *Perspectivas Constitucionales...*p. 2

8 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 240

9 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*,...indica que “Esta opinión que no es modo alguno excepcional, obliga a matizar el calificativo de mecanicista que habitualmente se aplica al modelo de la ilustración. Sin duda es cierta aquella famosa afirmación de Montesquieu, ya citada, de que los jueces no eran (no debían ser) si no la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Como es cierta también la afirmación de Beccaria según la cual la aplicación del derecho (al menos del derecho penal) había de ajustarse rigurosamente al esquema silogístico: la premisa mayor es la norma; la menor, la acción conforme o no con la a ley; la consecuencia, el fallo que decreta la libertad o la pena. Peor-insisto- todo ello no expresaba una descripción, sino una propuesta de cómo debían ser las cosas...Y la posibilidad dependía precisamente de la reforma de las leyes: sólo una legislación racional permite una interpretación racional”.

Para esta posición formalista por llamarla de alguna manera, que comprende la escuela de la exégesis francesa como la jurisprudencia de conceptos alemana, la legislación es un asunto de la política, un asunto de voluntad en donde el Derecho nada tiene que decir.

El juez en la famosa idea de Montesquieu no era sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado, autómatas encargado de resolver los casos puestos a su conocimiento a través del clásico método de la subsunción lógica en donde la premisa mayor es la norma; la premisa menor, el hecho que se adapta o no a la ley previa; y, la consecuencia o la conclusión de aquella operación silogística no es más que el fallo o resolución de la causa que encuentra su justificación en esta actividad de adaptación mecánica. De ahí la idea de que las leyes debían ser lo suficientemente claras y concluyentes sin pasajes oscuros capaces de resolver todos los problemas sociales de manera que puedan ser fácilmente entendidas por todos como seres racionales.

Esa idea de un sistema cerrado de normas específicas dotadas de una racionalidad implícita e inequívoca daría lugar a una idea del Derecho como un sistema perfecto y plenamente válido para todos los casos.

El que las normas<sup>10</sup> solucionen todos los problemas y

10 En materia de interpretación jurídica, conforme lo expresa Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 237. "...interpretar equivale a atribuir un significado a la norma. Esto es cierto, pero siempre que se matice: el objeto de la interpretación, aquello que se interpreta, es siempre un texto, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísticos...Propiamente la norma no es el presupuesto de la interpretación, sino su resultado, es decir, la norma es el significado que se obtiene del texto mediante la interpretación...".

“lo hagan de forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas”,<sup>11</sup> sin introducir modificaciones. En efecto, en este paradigma: i) todos los jueces tienen la obligación jurídica de resolver los casos puestos a su conocimiento; de donde se sigue que, ii) en el Derecho siempre existe una solución para los diferentes problemas jurídicos; y si no, sólo basta pensar en disposiciones que indican que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley.<sup>12</sup>

El Derecho se supone entonces es un conjunto de reglas lingüísticas precisas, coherentes y completas, en donde el problema de la interpretación se resuelve asimismo en un acto no de voluntad, sino de simple cognición o razón, donde es posible encontrar siempre y en todo caso la única respuesta correcta a los casos concretos; lo cual, a pesar de ser reprochable en los actuales momentos, no quiere decir que no se halle más o menos presente en nuestra cultura jurídica contemporánea.

Esta posición supone que todos los problemas son resueltos a partir de las normas legales preexistentes y exige en consecuencia que el Derecho suministre la solución correcta a cada caso mediante la aplicación de normas generales vigentes.

Así, la tarea jurisprudencial dentro de esta teoría cognoscitiva es casi nula ya que se agotaba en el mero

11 Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?” en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (compiladores), *La Función Judicial Ética y democracia*, España, Gedisa, 2003, p. 23

12 Véase el art. 18, inciso primero del Código Civil ecuatoriano.

servicio al legislador y a su voluntad, es decir, en portavoces del “único y verdadero” significado de las normas creadas por un legislador omnímodo<sup>13</sup> capaz de prever todas las soluciones posibles para cada caso fundado en el ideal sistema normativo compuesto por un conjunto de reglas con autonomía semántica.

Ronald Dworkin a pesar de representar una versión depurada de la única solución correcta, no comparte la versión clásica o formalista de la teoría cognoscitivista en el sentido de que para él, el Derecho, dista mucho de ser un sistema coherente, cerrado, completo o hermético, rechazando de plano cualquier versión mecanicista de interpretación silogística, e incorporando más bien, a ese simple sistema agregado de normas o *reglas*, los *principios* constitucionales como verdaderos mandatos

---

13 Con notada precisión, Luigi Ferrajoli en su artículo “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell y otros (compiladores), *Estado de Derecho concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI editores, 2002, p. 189 expresa que: “En efecto con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa”.

de optimización necesarios en toda valoración judicial con la finalidad de proporcionar dicha solución correcta pero con beneficio de inventario, es decir, sin asumir una función creadora o productora del Derecho en donde exista la posibilidad de la discrecionalidad o arbitrariedad en manos de los jueces. “Para ello lo que hace es reformular la propia idea de Derecho”.<sup>14</sup>

Dicha incorporación en tratándose de principios constitucionales, hace relación, –en idea de Dworkin- a unos principios morales; no de cualquier moral, sino de una moral objetiva que se supone coherente con el sistema jurídico, aplicables de forma directa e inmediata, contrarios a la idea de un orden jurídico entendido como un simple sistema agregado de normas específicas, aplicables de forma disyuntiva, -de todo o nada-, en donde el mítico juez de Dworkin, el juez Hércules, encuentra una solución correcta a cada caso desdibujando de esta forma la falsa frontera entre Derecho positivo y Derecho natural ya que “allí donde no llegan las reglas del legislador llega el razonamiento guiador por principios morales”.<sup>15</sup>

Paradójicamente, y a pesar de que en una idea positivista del Derecho la respuesta a los problemas jurídicos encuentra siempre una solución correcta en la ley acentuando la exigibilidad de certeza y predecibilidad de las decisiones, las normas típicas de la concepción positivista como son los Códigos Civiles, contienen expresiones como la siguiente: “a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas se recurrirá a los principios del derecho universal”;<sup>16</sup> es decir, incorporan de una u otra manera en el sentido positivo

14 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 241

15 Ibídem., p. 242.

16 Véase el Art. 18. 7 del Código Civil ecuatoriano.

inclusive, una referencia a los principios como normas necesarias en tratándose de interpretación de la ley.

Hoy en día, “es patrimonio común de la teoría contemporánea del Derecho la consideración de que ninguna norma positiva puede tener una fuerza vinculante efectiva por sí misma, es decir, fuera de los actos de interpretación”<sup>17</sup> puesto que, de una u otra forma, la actividad del interprete en el marco de sus facultades, condiciona de algún modo el resultado producto de dicha actividad al momento en el que tiene por lo menos, que elegir una interpretación, -la correcta-, de entre varias posibles que se adapten a la solución del caso concreto puesto a su consideración.

### ***La teoría escéptica.-***

La crisis del pensamiento formalista europeo comienza en el último tercio del siglo XIX, sin embargo, el anhelo escéptico no supuso en un primer momento el abandono total del cognoscitismo en donde, la “preocupación fundamental no giraba alrededor del significado de las palabras de la ley, sino en torno al problema de las lagunas”<sup>18</sup> ya que la ley se mostraba cada día más insuficiente frente a los diferentes problemas reales.

Las carencias del no menos importante aporte de Savigny pusieron en evidencia la insuficiencia del conceptualismo puro, de ahí que, la ley como un programa absoluto e incontrastable se mostraba limitada para resolver los problemas concretos.

17 Claudia Storini, “¿Sobre quien reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional” en *Perspectivas Constitucionales...*p. 1.

18 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 243.

Vale recalcar, como en efecto lo hace Luis Prieto Sanchís que, hoy en día, es bastante difícil encontrar un escepticismo radical-teórico que acepte sin más que las palabras de la ley carecen de significado y que los enunciados interpretativos son producto exclusivo de la creatividad o subjetividad del intérprete.

Así, “un escepticismo que el propio autor califica como moderado es el que representa la importante y sugestiva obra de Guastini”<sup>19</sup> ya que los enunciados normativos pueden ser unas veces más claros y otras veces más oscuros, pero tienen un significado, -lo cual le acercaría al cognoscitivismo-, y lo que ocurre más bien, es que existe potencialmente una pluralidad de significados y en estos casos, el intérprete, escoge el significado correcto o válido a la luz del caso concreto, -lo cual le acercaría al escepticismo-.

Prieto Sanchís citando a Guastini indica que para el escepticismo es suficiente mostrar que el juez siempre tiene discrecionalidad porque siempre tiene la posibilidad de elección entre una pluralidad de significados.<sup>20</sup>

En la concepción de Ricardo Guastini, una idea radical de indeterminación del Derecho es insostenible por dos razones fundamentales: una un tanto banal y otra con mayor peso. La primera razón se da por cuanto la interpretación produce significados, sin embargo, dicha producción de significados vía interpretación presupone obviamente la existencia de un texto anterior: el texto interpretado, en consecuencia, la producción de un significado es algo muy diferente de una creación *ex nihilo* o *ex novo* y se

---

19 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 244.

20 *Ibidem.* p. 244.

asemeje mas bien a lo que Guastini con precisión habla de la transformación de una materia prima, más o menos elaborada; y, la segunda razón, no supone que los texto normativos carezcan, antes de la actividad interpretativa, de cualquier significado, ya que si fuera así, la interpretación en realidad sería creación del Derecho. Supone entonces, que los textos normativos no carecen de significado en estricto sentido, sino que están dotados más bien de una pluralidad de significados y, por tanto, son susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones, al menos, tantas cuantas sean posibles según los métodos interpretativos, las reglas del idioma y la dogmática.<sup>21</sup> Interpretar entonces, es decidir un significado de entre varios posibles.

En fin resulta entonces que si bien el lenguaje en algunas ocasiones es vago, ambiguo o defectuoso, dicho lenguaje puede proporcionar interpretaciones diferentes y ello habla en favor de un escepticismo moderado además de que, no resulta correcto reducir todo el Derecho a una concepción de Derecho judicial prescindiendo de un Derecho legal porque el primero presupone en mayor o menor grado el segundo.

---

21 Ricardo Guastini, "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación" en Isabel Lifante Vidal *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 165. Es de aclarar que el propio autor recalca a su nota al pie que, no parece aceptable que se pueda circunscribir el número de las interpretaciones posibles a aquellas pocas que son consentidas por la reglas del idioma, ya que de hecho, muchas de las veces, -aquel que es precisamente sugerido por las reglas del idioma- es a menudo alterado o subvertido por los intérpretes, mediante oportunas técnicas interpretativas y/o sobre la base de doctrinas preconstituidas, sin que eso sea percibido como una interpretación inadmisibile.

### ***La teoría ecléctica o intermedia.-***

Esta teoría supone que en el ejercicio de la actividad jurisdiccional a veces interpretar es una actividad cognoscitiva y de descubrimiento que da lugar a posiciones verdaderas o falsas<sup>22</sup> y en otras, interpretar, es atribuir o producir un significado mediante una decisión que no es ni verdadera ni falsa.

Sin duda uno de los teóricos más relevantes en el marco de esta teoría es el inglés H.L. Hart, quien mantiene una arraigada polémica con las teorías cognoscitivistas de Dworkin.<sup>23</sup> En realidad, “frente a la –pesadilla- de quienes conciben el Derecho como una realidad radicalmente inconsistente e incompleta, compuesta de inconexas decisiones individuales emanadas del poder de los jueces, y frente al noble sueño de aquellos que prefieren imaginar el ordenamiento como un sistema cerrado y seguro, capaz de ofrecer solución unívoca a todo conflicto”,<sup>24</sup> Hart propone que en toda expresión lingüística podemos encontrar un núcleo duro de significado y un área de penumbra. Así, el núcleo duro de significado de una expresión estaría conformada por los casos fáciles o de fácil interpretación, es decir, “aquellos casos en los cuales todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la expresión se aplica –o no se aplica- a los hechos considerados”;<sup>25</sup> y, la

22 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 245.

23 Al respecto puede consultarse la obra de César Rodríguez, *La decisión judicial-El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1ra Edición, 1997.

24 Luis Prieto Sanchís, Op. cit., p. 246.

25 César Rodríguez, *La decisión judicial-El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1ra Edición, 1997. p. 33.

zona de penumbra de las expresiones “está conformada por los casos difíciles de interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados”.<sup>26</sup>

Así, en el clásico y conocido ejemplo de Hart, frente a una regla que indica: “está prohibida la circulación de vehículos en el parque”, todos o la gran mayoría convendríamos en que los automóviles, camiones o similares no podrían circular libremente en ese parque debido a la prohibición expresa, puesto que entendemos que en este caso se encuentran los vehículos como los automóviles o camiones, lo cuál está incluido en el núcleo duro de lo que podría entenderse por vehículo, sin embargo, la pregunta inmediata es si en éste mismo ejemplo se encuentran comprendidas también las ambulancias o las bicicletas, entendidas como vehículos o no, lo cual conformaría la zona de penumbra de dicha disposición normativa. Este tipo de problemas viene dado entonces, por la “textura abierta” de las normas como un característica fundamental de las normas principio a diferencia de las normas regla.

Aún cuando mucho de la discusión latente entre las diferentes teorías de la interpretación y su carácter cognoscitivo o ecléctico tiene que ver con el carácter normativo o no de ciertas disposiciones como los principios, -entendidos como un tipo de normas abiertas y generales que sirven de puente entre los valores y las reglas jurídicas-, en palabras de Rodolfo Vigo, autores calificados como positivistas como Hart, no dejan de reconocer el “indispensable contenido mínimo de derecho natural sin el cual no es posible que subsista ningún

---

26 *Ibidem.*, p. 34.

derecho positivo”; con lo cual, el paradigma positivista del Derecho y su teoría de la interpretación como un procedimiento lógico-formal, acabado, completo, claro y coherente, está francamente en retroceso al punto que nuestro propio Código Civil, norma de tradición positivista, ha incorporado disposiciones en el tema de las reglas de la interpretación como aquellas que indican lo siguiente: “En los casos a que no pudiere aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.<sup>27</sup>

Baste decir que la respuesta que deba darse ante supuestos normativos de carácter abierto como los principios constitucionales en donde, como producto de la tarea interpretativa podemos encontrar varias normas, no es su aplicación mecánica ni la sola descripción en abstracto la solución correcta puesto que, ni somos capaces de establecer exhaustivamente todos los casos que se pudieran presentar ni llegaríamos a un acuerdo total acerca de cuáles son las excepciones a cada supuesto, de suerte que, la respuesta que deba darse a este tipo de problemas jurídicos implica siempre una decisión y no una simple constatación de las disposiciones; con lo que, interpretar, para estos casos, comporta una operación volitiva en la medida en la que el establecimiento de al menos alguno de sus significados implica una decisión de por medio.

Para concluir, es claro que “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el

---

27 Véase el Art. 18. 6 del Código Civil.

caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso”<sup>28</sup>de lo contrario, en el primer supuesto, no estaríamos ejerciendo una verdadera actividad interpretativa sino un acto de pura y simple creación ocasional de normas para el caso concreto, invadiendo un ámbito de competencias exclusivas del legislador y violentando un principio constitucional de corrección funcional; y, en el segundo supuesto, la tarea de interpretación consistiría en una actividad discursiva del Derecho carente de sentido, desconociendo su función normativa y con ella la razón de ser de las normas.

---

28 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 133.

**LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN  
EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE  
PROTECCIÓN DE INVERSIONES: UN  
ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE  
LOS DERECHOS HUMANOS**

Arp Björn\*

Correspondencia: [bjorn.arp@uah.es](mailto:bjorn.arp@uah.es)

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN

### II. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

1. El Derecho internacional de protección de inversiones extranjeras
2. Los mecanismos de aplicación: el arbitraje de inversiones
3. El régimen jurídico de las medidas provisionales
  - A. Las reglas de arbitraje del CIADI
  - B. Las reglas de arbitraje de la CNUDMI
  - C. Las reglas especiales sobre arbitraje

### III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN URGENTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. La aplicación de las medidas provisionales a situaciones de violaciones de los derechos humanos
2. Protegiendo a personas físicas ante procedimientos penales arbitrarios
3. Protección ante la ejecución de sentencias alegadamente arbitrarias de la jurisdicción interna
4. Realizando el derecho al ambiente
5. Preservando las pruebas del proceso

### IV. CONCLUSIONES

## RESUMEN

Las relaciones entre diferentes sectores del ordenamiento internacional constituyen una cuestión de relevancia tanto práctica como conceptual en el estudio del Derecho internacional público. Esto es porque el proceso descentralizado de formación y aplicación de las normas, característico del Derecho internacional público, entraña constantemente el riesgo de fragmentación de este ordenamiento, y con ello el menoscabo de la eficacia y legitimidad de todo el sistema normativo. Por esto, el aplicador del Derecho internacional público se enfrenta al reto de interpretar este ordenamiento de tal manera que el resultado sea la efectividad real de todas sus normas<sup>1</sup>

Un reto particularmente difícil en la práctica reciente es la aplicación compatible de las normas sobre derechos

\* Profesor de Derecho Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alcalá (Madrid, España); Investigador Visitante del American University Washington College of Law (Washington, D.C., 2011-2012); Profesor Visitante en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay (Ecuador); Socio de la firma Aparicio, Arp, Schamis & Associates LLC (Washington, D.C.). Se ruega enviar cualquier comentario sobre este artículo a Bjorn.Arp@uah.es.

- 1 Para superar la fragmentación de los regímenes jurídicos, la Comisión de Derecho Internacional ha recomendado emplear reglas tales como la de *lex specialis* y el principio de armonización, pero la existencia de mecanismos de aplicación propios de cada uno de los regímenes impide que se emplee la jurisprudencia de otros mecanismos o normas externas a esos regímenes; vid. "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law", *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, párrs. 13-16

humanos y sobre la protección internacional de inversiones extranjeras. La dificultad de resolver ciertos dilemas en la aplicación de los dos sectores del ordenamiento ha sido incluso la causa, en cierto grado, de la denuncia de los tratados que crean las bases para la protección internacional de las inversiones<sup>2</sup>. Por este dilema se ha

- 2 El caso del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio del CIADI) ilustra este problema. El Convenio fue adoptado el 18 de marzo de 1965 por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, y subsiguientemente firmado y ratificado por los Estados, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, después de recibir veinte ratificaciones. El Gobierno de la República de Bolivia firmó el Convenio del CIADI el 3 de mayo de 1991 y depositó su instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. El 2 de mayo de 2007, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia de Bolivia del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después de haber recibido la notificación de Bolivia, es decir el 3 de noviembre de 2007. Bolivia también anunció que no iba prorrogar el TBI con los EE.UU.; vid. Department of State, Office of the United States Trade Representative [Public Notice 7893]: Notice of Termination of United States—Bolivia Bilateral Investment Treaty, *Federal Register*, Vol. 77, No. 100, Wednesday, May 23, 2012, p. 30584. Por su parte, el Gobierno de la República del Ecuador firmó el Convenio del CIADI el 15 de Enero de 1986 y depositó su instrumento de ratificación en la misma fecha. El Convenio entró en vigor para el Ecuador el 14 de febrero de 1986. El 6 de julio de 2009, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia del Ecuador del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después de recibir la notificación del Ecuador, es decir el 7 de enero de 2010. Posteriormente, Ecuador incluso modificó su Constitución

puesto en marcha una amplia discusión en el seno de las Naciones Unidas sobre la cuestión de cómo compatibilizar o armonizar la protección y promoción de las inversiones con las obligaciones de los derechos humanos<sup>3</sup>.

---

para señalar expresamente que el arbitraje de inversiones no puede tener como efecto la derogación o la falta de atención a los derechos humanos, precisamente a partir del temor de que las sentencias arbitrales podrían menoscabar derechos tales como los de los pueblos indígenas. Venezuela firmó el Convenio del CIADI el 18 de agosto de 1993 y depositó su instrumento de ratificación el 2 de mayo de 1995. Entró en vigor el Convenio para Venezuela el 1 de junio de 1995. El 24 de enero de 2012, Venezuela anunció su denuncia del Convenio del CIADI.

- 3 Así el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha pedido en numerosas ocasiones que los Estados preparen evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos de los acuerdos de comercio e inversiones que firmen; vid. “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre Ecuador”, UN Doc. E/C.12/1/Add.100, párr. 56; “Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre El Salvador”, UN Doc. CRC/C/15/Add.232, párr. 48; “Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre Colombia”, UN Doc. CEDAW/C/COL/CO/6, párr. 29; “Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre Filipinas”, UN Doc. CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 26; “Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre Guatemala”, UN Doc. CEDAW/C/GUA/CO/6, párr. 32; “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación sobre su misión a la Organización Mundial del Comercio”, UN Doc. A/HRC/10/5/Add.2, párrs. 37-38; y el “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación sobre los Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e

**Palabras clave:** arbitraje internacional de inversiones, demanda, derecho internacional, derechos humanos, protección cautelar, protección provisional.

## **PROVISIONAL MEASURES FOR THE PROTECTION OF INVESTMENTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A STUDY FROM THE HUMAN RIGHTS POINT OF VIEW**

The relationships among the different sectors of international legislation are a matter of both practical and conceptual relevance in the study of public international Law. This happens because the decentralized process of creation and application of regulations, which is characteristic of public international Law, constantly entrails the risk of fragmentation and with it the detriment of the efficiency and legitimacy of the whole regulation system. For these reasons, the enforcer of public international Law faces the challenge of interpreting this legislation in a manner that shows effective results in all the regulations.

A particularly difficult challenge in the recent practice is the compatible application of human rights regulations and international protection of foreign investments. The difficulty to solve certain dilemmas in both legislation systems has been the cause, at a certain degree, for accusations against the treaties that create the basis for the international protection of investments. Due to this dilemma, an ample discussion about the methods to combine or harmonize the protection and promotion of investments with the respect of human rights has initiated within the United Nations.

---

inversión en los derechos humanos”, UN Doc. A/HRC/19/59/Add.5, párr. 2.

**KEYWORDS:** International Investment Arbitration, demand, international law, human rights, interim protection, provisional protection.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista conceptual parece que la ventaja de incorporar un enfoque de derechos humanos en el arbitraje de inversiones es que facilitaría la inserción armónica de este sector normativo en el Derecho internacional general y regional de derechos humanos. Esta inserción es muy relevante en el estado actual de desarrollo del Derecho internacional público, en que los derechos humanos han adquirido una amplitud de materias reguladas que no existía cuando se generó la protección internacional de inversiones a través de la protección diplomática, esencialmente en la segunda mitad del siglo XIX<sup>4</sup>. Además la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que para la interpretación de un tratado ha de tomarse en cuenta también “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” y “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”<sup>5</sup>. Por esto, en

4 Entre 1840 y 1940, más de sesenta comisiones y tribunales arbitrales fueron establecidos para resolver controversias entre extranjeros y Estados; vid. sobre ello Newcombe, A. y Paradell, Ll., *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2009, p. 7, con más referencias bibliográficas.

5 Art. 31.3(a) y (b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 *U.N.T.S.* 331, en vigor, desde el 27 de enero de 1980. En este sentido, la jurisprudencia arbitral en materia de

la aplicación de estos sectores normativos debería abogarse por soluciones que las hagan ser compatibles, en lugar de insistir en el carácter diferenciado de las fuentes de ambos sectores y de su ámbito de aplicación.

El presente artículo se centra en la identificación de la dimensión de derechos humanos que pueda encontrarse en los mecanismos de protección de las inversiones. El estudio se abre analizando la dimensión de derechos humanos en las medidas provisionales del arbitraje de inversiones. Para ello se exponen los elementos más significativos del arbitraje de inversiones (sección II), pasando a continuación a analizar la dimensión de derechos humanos de algunas de las funciones de las medidas provisionales en el arbitraje de inversiones (sección III). Al final del trabajo se recogen las conclusiones a las que lleva este somero repaso de las medidas provisionales (sección IV).

## **II. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

### **1. El Derecho internacional de protección de inversiones extranjeras**

El Derecho internacional de protección de inversiones extranjeras consiste en las reglas que protegen a las

inversiones también ha entendido y aplicado expresamente que en virtud de esta regla de la Convención de Viena ha de “tenerse en cuenta cualquier regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”; cfr. el asunto *Metalclad Corporation (Demandante) y Estados Unidos Mexicanos (Demandado)*, Caso CIADI (Mecanismo Complementario) n° ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 de agosto de 2000, párr. 70.

inversiones y a los inversores extranjeros frente a las acciones ilegítimas de los Estados receptores de la inversión<sup>6</sup>. Las fuentes de esta regulación son diversas. Destacan los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), de los que están actualmente en vigor unos dos mil ochocientos entre prácticamente todos los Estados del mundo. Además, existen algunos acuerdos multilaterales que protegen a las inversiones, ya sea como parte de un tratado de comercio, un tratado de integración regional o un tratado que regula inversiones concretas.

El Derecho de inversiones crea una relación triangular, en que participan el Estado receptor de la inversión, el Estado de nacionalidad del inversor y el inversor. El Estado receptor de la inversión se compromete frente al Estado de nacionalidad del inversor a proteger la inversión conforme a los estándares consagrados en el TBI u otras fuentes normativas aplicables.

El contenido del Derecho de inversiones es la protección del inversor ante actos del Estado, perjudiciales para el inversor, y que violan obligaciones de Derecho internacional de este Estado. La mayoría de los TBI establecen tres obligaciones fundamentales del Estado: (i) el Estado debe proteger la inversión y al inversor frente a actos discriminatorios; (ii) el Estado no puede nacionalizar o expropiar, ni directa ni indirectamente, la inversión sin compensación plena; y (iii) el Estado debe tratar a la inversión y al inversor de manera justa y equitativa en todos los trámites y procedimientos, incluido ante sus tribunales de justicia.

---

6 Vid. Jiménez Piernas, C. *et al.*, *Introducción al Derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2011, pp. 439-440.

A estas tres obligaciones esenciales se añade que muchos TBI garantizan la libre transferencia de los dividendos y la repatriación de capitales en moneda de libre conversión. Los tratados pueden también estipular el derecho de trasladar empleados de la nacionalidad del inversor extranjero al Estado receptor de la inversión.

## **2. Los mecanismos de aplicación: el arbitraje de inversiones**

El Derecho internacional de inversiones extranjeras ha consagrado el arbitraje de inversores extranjeros contra los Estados de recepción de las inversiones como el mecanismo preferido de solución de controversias. Este arbitraje se desarrolla ante un tribunal que al final del procedimiento emite una sentencia firme y definitiva sobre el fondo del asunto, que se denomina laudo. El tribunal no tiene carácter permanente, sino que para cada controversia se constituye un tribunal arbitral específico compuesto por uno o tres árbitros.

No obstante este carácter *ad hoc* del arbitraje, existen diversos foros institucionalizados que ayudan a las partes en la administración del arbitraje<sup>7</sup>. El foro más frecuentemente utilizado es el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI, ICSID por sus siglas en inglés)<sup>8</sup>. El CIADI es una Secretaría especializada

7 Esta ayuda administrativa puede reducir el coste del arbitraje y añadir garantías sobre el correcto desarrollo del procedimiento.

8 El CIADI fue creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, adoptado en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965, 575 UNTS 159, en vigor desde el 14 de octubre de 1966

en la administración de arbitrajes de inversiones<sup>9</sup>. Su sede está en Washington, D.C., y formalmente se integra en el Grupo del Banco Mundial. El CIADI mantiene al día una lista de árbitros nombrados por los Estados parte, entre los que las partes de un procedimiento pueden seleccionar sus árbitros, si así lo desean<sup>10</sup>.

El arbitraje internacional de inversiones ante el CIADI requiere que el Estado parte y el Estado de la nacionalidad del inversor hayan ratificado el Convenio CIADI<sup>11</sup>. Además, debe existir el consentimiento de ambas partes de someter la controversia al Centro. Este consentimiento puede expresarse de diferentes maneras, siendo lo habitual que el inversor acepte la invitación abierta a arbitraje ante el Centro consentida por el Estado receptor en el momento de adoptar el TBI con el Estado de nacionalidad del inversor. Otros modos de prestar el consentimiento pueden ser: que esté previsto en la ley de inversiones del Estado receptor; que esté previsto en acuerdos multilaterales o en tratados de libre comercio, tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA según sus siglas inglesas)<sup>12</sup>, y el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos

---

9 Arts. 1 a 3 del Convenio CIADI.

10 Arts. 12 a 16 del Convenio CIADI.

11 Si uno de los dos Estados afectados por la relación de inversión internacional no es parte en el Convenio, aunque el otro sí, y si las partes en conflicto han otorgado el consentimiento arbitral, entonces pueden acudir al mecanismo complementario de resolución de disputas de inversiones, que también administra el CIADI.

12 El TLCAN, adoptado el 17 de diciembre de 1992, y en vigor desde el 1 de enero de 1994; publicado en 32 *ILM* 289 (1993) (sumario, preámbulo, partes I-III) y 32 *ILM* 605 (1993) (partes IV-VII, anexos).

(DR-CAFTA)<sup>13</sup>; y que el contrato de inversión entre la empresa y el Estado receptor de la inversión contenga una cláusula compromisoria para el arbitraje de inversiones.

El arbitraje de inversiones también puede administrarse por otros foros, y por supuesto es posible que las propias partes en la controversia administren su propio arbitraje. La resolución de diferencias de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o planteadas a través de arbitrajes *ad hoc* solo requiere del consentimiento de las partes. No es preciso que los Estados hayan ratificado ninguna convención internacional. Así sucede con disputas de inversiones entre Estados receptores de inversiones e inversores planteadas ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI, o ICC por sus siglas en inglés)<sup>14</sup>, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (CPA, o PCA según sus siglas en inglés)<sup>15</sup>, y otros centros privados de arbitraje<sup>16</sup>. En todos estos casos, también las reglas de arbitraje quedan a disposición de las partes, siendo las habitualmente utilizadas las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

---

13 Adoptado el 5 de agosto de 2004, disponible en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>.

14 Su sede está en París, vid. <http://www.iccwbo.org/>.

15 Su sede está en La Haya, vid. <http://www.pca-cpa.org/>.

16 Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Estocolmo (Suecia) administra numerosos arbitrajes de inversiones con Estados de Europa oriental y Rusia, vid. <http://www.chamber.se/>.

### **3. El régimen jurídico de las medidas provisionales**

#### **A. Las reglas de arbitraje del CIADI**

Las reglas de arbitraje de inversiones prevén la posibilidad de adoptar medidas provisionales. El Convenio CIADI establece en su art. 47 que “[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”. Esta norma expresa la idea según la cual las medidas provisionales tienen la finalidad de lograr que las partes adopten una conducta que haga posible que el procedimiento arbitral logre sus objetivos. Estas conductas que los tribunales pueden exigir a las partes son las encaminadas a que se permita la presentación de pruebas, se preserven los derechos de las partes, se evite la auto-ayuda, se garantice la aplicación eventual de un laudo del tribunal, y que en general se mantenga la paz entre las partes.

En el caso del CIADI las medidas provisionales se contemplan como “procedimiento especial” (Capítulo V) en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje:

- (1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

- (2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).
- (3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.
- (4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.
- (5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.
- (6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.<sup>17</sup>

Esta Regla 39 es fruto de la revisión del régimen de las medidas provisionales llevado a cabo en el año 2006 con el fin de facilitar la solicitud de estas medidas en situaciones de urgencia. Esto llevó a que puedan solicitarse medidas

17 Vid. Regla 39 de las Reglas de Procedimiento para Procedimientos de Arbitraje, Doc. ICSID/15/Rev. 1, CIADI, de 10 de abril de 2006

provisionales en cuanto una controversia es registrada en la Secretaría del CIADI, es decir, incluso antes de que se haya constituido el tribunal arbitral (párr. 5). En las reglas anteriormente en vigor se señalaba que las partes tenían que esperar con la solicitud de medidas provisionales hasta que el tribunal estuviera constituido, lo que podía tardar varios meses. Al mismo tiempo, las reglas permiten a las partes solicitar en paralelo medidas provisionales ante tribunales nacionales, conforme con las disposiciones del párrafo 6 de la Regla 39.

El art. 46 de las reglas del mecanismo complementario del CIADI recoge las reglas para la adopción de “medidas provisionales de protección” en los supuestos de arbitrajes en que solo uno de los dos Estados afectados por la reclamación (Estado de inversión o Estado de nacionalidad del inversor) sea parte en el Convenio CIADI<sup>18</sup>.

En los primeros arbitrajes de inversiones en aplicación del Convenio CIADI surgió la cuestión de la interpretación de la frase de que el “Tribunal recomienda la adopción de medidas provisionales”. Parece que los Estados no quedarían obligados por estas medidas<sup>19</sup>. La jurisprudencia arbitral ha resuelto esta cuestión, no dejando ninguna duda sobre su carácter vinculante<sup>20</sup>. Aunque los tribunales arbitrales de inversiones carecen de la competencia de ejecutar forzosamente sus medidas provisionales contra un Estado, los tribunales arbitrales

18 Art. 46 de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, Doc. ICSID/11/Rev. 1, CIADI, de 10 abril de 2006

19 El carácter no vinculante de las medidas provisionales queda también subrayado por el uso de la palabra “recomendar” en el art. 47 del propio Convenio CIADI

20 Vid. *Maffezini v. Spain*, Orden Procesal n° 2, de 28 de octubre de 1999, ICSID Case n° ARB/97/7, párr. 9.

han tomado en consideración el incumplimiento de esas medidas cuando especificaron la responsabilidad de los Estados en sus laudos sobre el fondo del asunto. En concreto, los tribunales han ajustado al alza el importe de las reparaciones y han impuesto otras medidas de prevención y reparación a favor de las partes agraviadas<sup>21</sup>.

## **B. Las reglas de arbitraje de la CNUDMI**

Al régimen del CIADI se suman las medidas cautelares previstas en el art. 26 de las reglas de arbitraje revisadas de 2010 de la CNUDMI. Su regulación es exhaustiva y ofrece un catálogo abierto sobre la finalidad con la que un tribunal pueda adoptar medidas cautelares:

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo:
  - a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;
  - b) Adopte medidas para impedir i) algún daño actual o inminente, o ii) el menoscabo del procedimiento arbitral, o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
  - c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

---

21 Vid. *MINE v. Guinea*, Laudo de 6 de enero de 1988, ICSID Case n° ARB/84/4, 4 ICSID Rep. 6-116, en particular p. 77. En este caso, se redujo el importe que debía pagarse a la parte vencedora en el arbitraje porque ésta había violado el Convenio ICSID.

- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.<sup>22</sup>

El art. 26 de las reglas de la CNUDMI debe entenderse a la vista del art. 32(1) de estas mismas reglas, que otorga el poder a los tribunales de arbitraje de adoptar, entre otras, un laudo en forma de medidas provisionales. Según el art. 32(2) de las reglas, todo laudo es una resolución final y vinculante para las partes, lo que genera la obligación de las partes de ejecutar ese laudo a la mayor brevedad posible.

En estas reglas de la CNUDMI destaca el hecho de que requieren al tribunal que haga una ponderación de proporcionalidad al exigir al tribunal que logre un balance entre los respectivos daños que ambas partes sufrirían sin y con las medidas provisionales.

### **C. Las reglas especiales sobre arbitraje**

Las reglas generales sobre medidas provisionales, contenidas en el Convenio CIADI y en las normas de la CNUDMI, son en ocasiones modificadas o complementadas con reglas especiales recogidas en los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, los acuerdos de libre comercio, e incluso los contratos de inversión. Así, por

---

22 Art. 26.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuyo texto figura como anexo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 43° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17), cap. III; refrendado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/65/465, de 10 de enero de 2011

ejemplo, el art. 1134 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que regula las “medidas provisionales de protección”, establece el siguiente régimen especial:

Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación.<sup>23</sup>

Como puede apreciarse, mediante estas reglas particulares puede limitarse la facultad de los tribunales de adoptar medidas cautelares, o adaptarse al objeto específico del procedimiento contemplado en el respectivo tratado de protección de inversiones.

Con independencia del contenido específico que tienen las distintas normas sobre medidas provisionales, todas ellas sirven para preservar ciertos bienes jurídicos que

---

23 Art. 1134 del TLCAN. Otros ejemplos pueden verse en el art. 10.20(8) del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006, ratificado por la parte peruana mediante Decreto Supremo N° 030-2006-RE, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de junio de 2006; y el art. 10.20.8 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos (DR-CAFTA), firmado el 5 de agosto de 2004, y en vigor desde el 1 de enero de 2009, publicado en Costa Rica en el *Alcance* N° 246, del 21 de diciembre de 2007

serían difícilmente resarcibles después del procedimiento arbitral ordinario.

### **III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN URGENTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES**

#### **1. La aplicación de las medidas provisionales a situaciones de violaciones de los derechos humanos**

Existe una abundante práctica arbitral que interpreta las condiciones necesarias para otorgar medidas provisionales. No obstante los tribunales siguen disfrutando de una amplia discreción a la hora de dar cuerpo a estas condiciones. Es así que los tribunales han aplicado diferentes principios según estimaron procedentes<sup>24</sup>, y han exigido un alto nivel de prueba para las circunstancias que pueden dar lugar a la adopción de estas medidas<sup>25</sup>.

Los tribunales arbitrales han aplicado las medidas provisionales para preservar un derecho de la parte

---

24 Vid. los comentarios al respecto de Rueda García, J. A., “Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations against the Republic of Ecuador”, *TDM*, Vol. 6, nº 1, de marzo de 2006, disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

25 Vid. los comentarios al respecto de Kaufmann-Köhler, G. and Antonietti, A., “Interim Relief in International Investment Agreements”, en Yannaca-Small, K., *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford 2010, 507-550, p. 550.

demandante<sup>26</sup>, para evitar que la controversia se agrave<sup>27</sup>, para proteger la jurisdicción del tribunal<sup>28</sup>, para preservar pruebas importantes para el caso<sup>29</sup> y para evitar que se

---

26 Vid., en particular, el asunto *Maffezini*, en que el tribunal sostuvo que las medidas provisionales pueden servir para preservar un derecho del demandante, aunque puntualizó que este derecho debe existir en el momento de otorgarse estas medidas. No se puede proteger un derecho futuro, como por ejemplo la ejecución del laudo; vid. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI n° ARB/81/1, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de 28 de octubre de 1999, párr. 13.

27 Esta causa para otorgar medidas provisionales fue afirmada por primera vez en el asunto *Holiday Inns v. Morocco* del año 1972; vid. *Holiday Inns S.A. and others v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI n° ARB/72/1, Orden de 2 de julio de 1972; no publicada, pero comentada por Lalive, P., “The First ‘World Bank’ Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems”, *BYIL*, vol. LI (1980), 123-161, en particular pp. 132-137. Esta idea se confirmó más tarde en el asunto *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI n° ARB/81/1, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de 9 de diciembre de 1983, párr. 1, publicado en *ICSID Reports* 1993, p. 412.

28 La protección de la jurisdicción del tribunal arbitral es particularmente relevante a la vista del art. 26 de la Convención CIADI, que atribuye jurisdicción exclusiva a los tribunales arbitrales internacionales. Vid. en este sentido *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI n° ARB/01/13, Orden Procesal n° 2 de 16 de octubre de 2002, publicado en *18 ICSID Rev. – FILJ* (2003), 293-306, en particular pp. 299-300; y *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Caso CIADI n° ARB/02/18, Orden Procesal n° 3 de 18 de enero de 2005, párr. 7.

29 En el asunto *Biwater*, por ejemplo, el tribunal adoptó medidas provisionales para exigir a la parte demandada preservar ciertos documentos importantes para el caso y que hiciera

frustre la eficacia del futuro laudo<sup>30</sup>.

Por otra parte, la existencia de los derechos humanos como un factor que condiciona la aplicación de las normas sobre la protección de las inversiones extranjeras se está consolidando solo con dificultad. Los tribunales arbitrales, en general, solían rechazar los argumentos de derechos humanos basándose en razones procesales antes que en un análisis de los aspectos sustantivos suscitados por las alegaciones de violaciones de derechos humanos<sup>31</sup>.

un inventario de cierto tipo de documentos; vid. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI n° ARB/05/22, Orden Procesal n° 1 de 31 de marzo de 2006, párrs. 84-98.

- 30 En el asunto *Pey Casado v. Chile*, el tribunal afirmó que las medidas provisionales pueden servir para garantizar la eficacia del laudo, aunque en el caso concreto no se concedieron las medidas porque el demandante había pedido una garantía para asegurar el pago futuro del laudo. En concreto, el tribunal “invit[ó] a las partes a respetar estrictamente el principio general de derecho según el cual cualquier parte en un litigio tiene la obligación de velar, porque se impida todo acto que pudiera prejuzgar los derechos de la otra parte al momento de la ejecución del laudo que el Tribunal de Arbitraje pudiera ser llamado a dictar sobre el fondo del asunto, y porque se impida todo acto, de cualquier naturaleza, que pudiera agravar o extender la diferencia sometida al Tribunal de Arbitraje,” cfr. el asunto *Víctor Pey Casado and Presidente Allende Foundation v. Republic of Chile*, Caso CIADI n° ARB/98/2, Decisión de Medidas Provisionales de 25 de septiembre de 2001, párr. 4 de la parte decisoria. El tribunal recordó otras decisiones de tribunales anteriores en que se basaba para estas afirmaciones; vid., párrs. 67-77.
- 31 Esto se puede observar, por ejemplo, en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, Laudo y opinión concurrente y disidente, Caso CIADI n° ARB/05/22, de 18 de julio de 2008, en particular párrs. 380 y 601.

Esta oposición de parte de los tribunales arbitrales a integrar consideraciones de derechos humanos fue contestada por parte de la sociedad civil a través de cartas de *amicus curiae* en los casos en que la sociedad civil logró informarse a tiempo<sup>32</sup>. También algunos Estados<sup>33</sup>, e incluso inversores<sup>34</sup>, alegaron normas del Derecho

---

32 Así, en el asunto *Suez y otros v. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/03/19, Decisión de Responsabilidad de 30 de julio de 2010, se presentaron varios *amicus curiae*, que identificaron como derechos humanos aplicables a ese arbitraje el derecho al agua, el derecho a la vida y otros derechos relacionados. El argumento fundamental de los *amicus curiae* fue que estos derechos humanos se encuentran incluidos en la referencia a “reglas de derecho internacional” del art. 42.1 del Convenio ICSID; vid. el texto del *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria Unión de Usuarios y Consumidores, y el Center for International Environmental Law, de 4 de abril de 2007, en [http://www.ciel.org/Publications/SUEZ\\_Amicus\\_English\\_4Apr07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_English_4Apr07.pdf) (22.05.2012), p. 13.

33 Argentina alegó en algunos casos sus obligaciones en materia de derechos económicos y sociales para fundamentar el estado de necesidad; vid. *National Grid PLC v. Argentina*, Laudo de 3 de noviembre de 2008, UNCITRAL, párr. 78

34 Por ejemplo, en el asunto *Goetz and others v. Burundi*, los demandantes alegaron que el Estado había violado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como parte del Derecho aplicable a la inversión. Los accionistas belgas en una compañía minera demandaron a la República de Burundi por alegadas violaciones del Derecho de Burundi, el mencionado Pacto y el TBI entre Bélgica y Luxemburgo con Burundi. De hecho, el laudo consideró el principio de no discriminación del art. 2.2 del Pacto en virtud del art. 42.1 del Convenio ICSID, aunque al final llegó a la conclusión que los demandantes no habían

internacional de los derechos humanos para fundamentar sus reclamaciones. A esto se añade que algunos TBI más modernos provean explícitamente referencias a normas internacionales ambientales, condiciones de trabajo y ciertos tratados de derechos humanos. Estos TBI califican dichas normas como parte integrante del régimen de las inversiones. En este sentido, se expresa el TBI modelo de los EE.UU. de 2012<sup>35</sup>; el de Canadá de 2004<sup>36</sup> y los TBI firmados por el Benelux<sup>37</sup>. El TBI entre Austria y Malta establece expresamente la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>38</sup>.

probado suficientemente sus alegaciones de discriminación; vid. *Goetz and others v. Burundi*, Award, Caso CIADI n° ARB/95/3, 10 de febrero de 1999, párrs. 94-121.

- 35 Arts. 12 y 13 del TBI modelo de los EE.UU. de 2012, disponible en <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (22.05.2012).
- 36 Art. 11 del TBI modelo de Canadá del año 2004, disponible en <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (22.05.2012).
- 37 Vid. los siguientes TBI: arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con Serbia y Montenegro de 2004; arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con la República del Sudán de 2005; arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con la República Democrática de Etiopía de 2006; arts. 13 y 14 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con Guatemala de 2005; arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con Libia de 2004; arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con Mauricio de 2005; y los arts. 5 y 6 del TBI de la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo con Perú de 2005. Para los textos de estos tratados, vid. [http://www.unctadxi.org/templates/Startpage\\_\\_\\_\\_718.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx) (22.05.2012).
- 38 Art. 18.2 del Acuerdo entre la República de Austria y Malta sobre la Promoción y Mutua Protección de Inversiones, de

No obstante en los procedimientos sobre medidas provisionales, consideraciones de derechos humanos han estado generalmente relegadas a un segundo plano. En cualquier caso, esto no significa que las medidas provisionales no puedan ser evaluadas desde una perspectiva de derechos humanos, por lo que vamos a analizar los diferentes supuestos en los que los tribunales arbitrales conceden estas medidas de protección urgente.

## **2. Protegiendo a personas físicas ante procedimientos penales arbitrarios**

En términos generales, los tribunales arbitrales han señalado que los Estados que plantean procedimientos internos paralelos al arbitraje de inversiones están menoscabando sus obligaciones en virtud del arbitraje<sup>39</sup>.

Por esto se han dictado algunas medidas provisionales en el arbitraje de inversiones, con el objetivo de paralizar ciertos procedimientos penales iniciados por los Estados demandados en el arbitraje. Las personas protegidas por las medidas provisionales eran gerentes o directores de empresas que habían iniciado el arbitraje por conductas del Estado, que podrían atentar contra la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a las inversiones.

---

29 de mayo de 2002, publicado en Austria en *BGBI.* III, de 13 de mayo de 2004, n° 38.

39 Así por ejemplo, en el asunto *Vacuum Salt v. Ghana*, el tribunal señaló que Ghana estaba obstaculizando su obligación de atenerse al arbitraje de inversiones por el hecho de haber iniciado procedimientos paralelos contra Vacuum Salt; vid. *Vacuum Salt v. Ghana*, Decisión sobre Medidas Provisionales de 14 de junio de 1993, *ICSID Reports*, vol. 4, p. 325.

Un caso relevante en este contexto fue el asunto *City Oriente c. Ecuador*<sup>40</sup>. En este asunto la fiscalía ecuatoriana había acusado ante la jurisdicción criminal a ciertos directores de la empresa City Oriente por no pagar una factura de 28 millones de dólares emitida por la empresa estatal Petroecuador en ejecución de la Ley n° 2006-42, que exigía a las empresas petroleras el pago de gravámenes superiores a los estipulados en los contratos de exploración y explotación firmados años atrás<sup>41</sup>. Los procedimientos penales, instituidos por el delito de peculado, perseguían como único objetivo presionar a la empresa a abonar la cantidad supuestamente debida al Estado en virtud de una norma legal impuesta unilateralmente por Ecuador a las partes contratantes<sup>42</sup>. El tribunal estimó que estos procedimientos penales contra los directores de City Oriente afectaban directamente intereses de la parte demandante, en el proceso arbitral, es decir, la empresa City Oriente. A la vista de los efectos distorsionadores de estos procedimientos penales para las relaciones entre las partes, e incluso en relación con el tribunal arbitral<sup>43</sup>, éste último dictó las correspondientes medidas provisionales exigiendo al Estado que se abstenga

40 *City Oriente Limited c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI n° ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales de 19 de noviembre de 2007

41 *Ibid.*, párrs. 3-12.

42 *Ibid.*, párr. 36.

43 El tribunal afirmó que existe “urgencia” porque observaba que en la factura de Petroecuador se señalaba que City Oriente debía abonar los 28 millones de dólares, “con independencia de cualquier proceso”. El Tribunal Arbitral consideró que esto, junto con otras medidas, como la incoación de un procedimiento de caducidad del contrato de inversión, constituyen mecanismos de presión que agrava y extiende la controversia; vid. *ibid.*, párr. 69.

de iniciar o continuar todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra City Oriente o sus directores<sup>44</sup>.

En relación con la aplicación de la misma ley ecuatoriana n° 42, se produjeron otros dos arbitrajes de inversiones con medidas provisionales. Primero, en el asunto *Burlington Oriente c. Ecuador*, el tribunal arbitral también ordenó provisionalmente la suspensión de todos los procedimientos, que en este caso sólo eran civiles, encaminados hacia el cobro de las sumas de dinero reclamadas por el Estado en virtud de la mencionada ley n° 42<sup>45</sup>. Segundo, en el asunto *Perenco c. Ecuador*, el tribunal también pidió que el gobierno ecuatoriano suspendiera cualquier procedimiento para forzar a la empresa al cobro de los impuestos de hidrocarburos previstos por esa ley<sup>46</sup>.

En el asunto *Tokios Tokelès c. Ucrania*<sup>47</sup>, el Estado había iniciado procedimientos penales contra el gerente de la empresa, O. V. Danylov. El tribunal arbitral aclaró que no es necesario que los hechos que den lugar a medidas provisionales cumplan con las exigencias jurisdiccionales del art. 25 del Convenio CIADI<sup>48</sup>. Un tribunal arbitral puede

---

44 *Ibid.*, párr. 1 de la parte decisoria de la Decisión.

45 *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución n° 1 sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de Burlington Oriente de 29 de junio de 2009, en particular párrs. 59-68.

46 *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, en particular párr. 79.

47 *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, de 18 de enero de 2005

48 *Ibid.*, párr. 11.

dictar medidas provisionales con tal de que los hechos se refieran al caso ante el tribunal y no a asuntos diferentes e inconexos con ese caso<sup>49</sup>. Sin embargo los demandantes en este asunto concreto no habían demostrado la necesidad o urgencia de las medidas provisionales, por lo cual éstas fueron rechazadas<sup>50</sup>.

En el asunto *Quiborax c. Bolivia*<sup>51</sup>, se pidieron medidas provisionales para interrumpir un procedimiento penal contra directivos de la empresa Non Metallic Minerals S.A. (NNM) y otras personas. El proceso penal iniciado contra estas personas era formalmente por los delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, estafa, destrucción de cosas propias para defraudar e incumplimiento de deberes, aunque en realidad se trataba de alegar que la empresa NNM había falsificado su acta de junta de accionistas del 13 de septiembre de 2001 para

---

49 *Ibid.*, párr. 11, remitiéndose para esto al asunto *Maffezini c. España*, párr. 23.

50 Según el tribunal arbitral, esta necesidad se podría haber demostrado si la ausencia del gerente hubiera conllevado una reducción de los ingresos de la empresa, o incluso que la ausencia del gerente hubiera provocado que la empresa no contara siquiera con los recursos para sufragar los gastos del arbitraje de inversiones (vid. *ibid.*, párr. 12). Otra razón para el Tribunal Arbitral de afirmar que no existía urgencia fue que los demandantes habían alegado los procedimientos penales muy tarde, cuando el arbitraje internacional estaba muy avanzado. En la primera solicitud de medidas provisionales no habían alegado los procedimientos penales, ni en una carta posterior en que especificaban su petición de medidas provisionales (vid. *ibid.*, párr. 13).

51 *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI no. ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales de 26 de febrero de 2010

afirmar que los demandantes en el arbitraje de inversiones eran accionistas de dicha empresa<sup>52</sup>. Su calidad de accionista en este momento posibilitaba acogerse a la protección del TBI entre Chile y Bolivia. El tribunal arbitral tomó especialmente en cuenta un memorándum de 2004 de un comité interministerial boliviano, en que se recomendaba buscar vicios en las concesiones mineras como estrategia de defensa en el proceso arbitral internacional<sup>53</sup>. A la vista de que este procedimiento penal por falsedad documental formalmente no tenía relación directa con el asunto arbitral internacional, pero que indirectamente la documentación gubernamental reiteraba que la finalidad del proceso penal era servir de estrategia de defensa en ese proceso arbitral, el tribunal arbitral concedió medidas provisionales para exigir al Estado paralizar el proceso penal<sup>54</sup>.

El tribunal arbitral señaló que Bolivia utilizaba a su jurisdicción penal con el fin de obtener un argumento (falso) para lograr la inadmisión del procedimiento arbitral internacional. Ante semejante transgresión del Derecho, el tribunal arbitral recordó a Bolivia que las facultades soberanas “deben ejercerse de buena fe y respetando los derechos de los demandantes, incluido su derecho *prima facie* de iniciar este arbitraje”<sup>55</sup>. El tribunal arbitral, por tanto, confirmó que las medidas provisionales deben respetar el ejercicio de las facultades soberanas de los Estados, pero sólo en tanto que esas facultades sean utilizadas de buena fe.

---

52 *Ibid.*, párr. 120

53 *Ibid.*, párr. 122

54 *Ibid.*, párr. 1 de parte decisoria de la Decisión.

55 *Ibid.*, párr. 123

### **3. Protección ante la ejecución de sentencias alegadamente arbitrarias de la jurisdicción interna**

Los demandantes en arbitrajes de inversiones también han solicitado medidas provisionales para impedir que un Estado ejecute una sentencia judicial adoptada por sus tribunales que aparentemente es arbitraria. Este fue el caso del arbitraje de Chevron y Texaco contra Ecuador por la litigación en el asunto *Lago Agrio*, en que la empresa Chevron había sido condenada por un tribunal ecuatoriano a pagar la suma máxima de 18.000 millones de dólares por una serie de daños ambientales causados durante una operación petrolífera de la empresa entre 1964 y 1990<sup>56</sup>. Los demandantes alegaban que la empresa Texaco, que posteriormente fue sucedida por Chevron, era responsable de enfermedades entre la población local en Ecuador por el vertido de desechos tóxicos de las perforaciones que realizaba en este Estado durante el mencionado período de tiempo.

El asunto fue resuelto por un tribunal de la pequeña y pobre localidad de Lago Agrio, en la jungla amazónica. El juicio ha estado plagado de historias de intriga, acusaciones de corrupción y violaciones de las reglas procesales.

---

56 Vid. las sentencias de 3 y 13 de enero de 2012 de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos; y en la medida en que fue confirmada por este tribunal, también la sentencia del Juez Nicolás Zambrano Lozada de 14 de febrero de 2011. La Corte de Sucumbíos condenó a Chevron a pagar, en principio, la suma de 9.000 millones de dólares, pero duplicaba esta cantidad si la empresa no se disculpaba públicamente. De ahí resulta el importe de 18.000 millones de dólares.

A la vista de la inminente condena por el tribunal ecuatoriano, Chevron inició en 2011 un arbitraje contra Ecuador fundamentado en el TBI con los Estados Unidos<sup>57</sup>, alegando que el procedimiento llevado a cabo ante los tribunales nacionales de Ecuador carecía de las garantías del debido proceso, y que esto violó las disposiciones sobre el trato justo y equitativo del mencionado TBI.

Respondiendo a la solicitud de Chevron, el tribunal arbitral concedió medidas provisionales para exigir al Estado de Ecuador que impida la ejecución de la sentencia hasta que se haya pronunciado sobre el fondo del asunto. El tribunal señaló expresamente lo siguiente:

“Bearing in mind the Respondent’s several obligations under the Treaty and international law, including the Respondent’s obligation to carry out and provide for the enforcement of an award on the merits of the Parties’ dispute in these arbitration proceedings and the Tribunal’s mission (required under the arbitration agreement) efficaciously and fairly to decide the Parties’ dispute by a final award, the Tribunal hereby orders:

(i) the Respondent (whether by its judicial, legislative or executive branches) to take all measures necessary to suspend or cause to be suspended the enforcement and recognition within and without Ecuador of the judgments by the Provincial Court of Sucumbíos, Sole Division ( Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos) of 3 January 2012 and of 13 January 2012

---

57 El Tratado para la promoción y protección de inversiones entre Ecuador y los Estados Unidos de América fue firmado el 27 de agosto de 1993, y entró en vigor el 11 de mayo de 1997, disponible online en <http://www.state.gov/documents/organization/43558.pdf> (25.05.2012).

(and, to the extent confirmed by the said judgments, of the judgment by Judge Nicolás Zambrano Lozada of 14 February 2011) against the First Claimant in the Ecuadorian legal proceedings known as “the Lago Agrio Case”;<sup>58</sup>

De esta manera, Chevron se ha visto protegida en vía cautelar o provisional para no tener que realizar ciertos actos que *prima facie* podrían violar sus derechos humanos relacionados con la debida protección judicial. El tribunal reconoce implícitamente que en un procedimiento internacional, como el arbitraje de inversiones, el Estado parte en el procedimiento no sólo está compuesto por el gobierno o el poder ejecutivo, sino también por los demás poderes del Estado, que deben someterse a las obligaciones que le incumben en virtud del arbitraje. No obstante el tribunal parece advertir la dificultad de que el gobierno intervenga directamente en los asuntos de su poder judicial, y por esto especifica con mayor detalle las obligaciones del Estado señalando que se le exigen “in particular, without prejudice to the generality of the foregoing, such measures to preclude any certification by the Respondent that would cause the said judgments to be enforceable against the First Claimant”<sup>59</sup>. Además se observa que el tribunal formula una justificación muy escueta de su medida provisional, eludiendo así eventuales consideraciones basadas en las obligaciones del Estado de proporcionar un debido proceso judicial a todas las personas que se encuentran bajo su soberanía<sup>60</sup>.

58 Asunto *Chevron/Texaco v. Ecuador*, Segundo Laudo sobre Medidas Provisionales, de 16 de febrero de 2012, PCA Case 2009-23, párr. 3(i).

59 *Ibid.*, párr. 3(ii).

60 Una posible base jurídica complementaria, más allá del TBI, sería el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos

En este caso el tribunal arbitral bien podría haberle dado una mayor dimensión de derechos humanos a su medida provisional. El tribunal nacional ante el que Chevron presentó su recurso contra la denegatoria de ejecución de la medida provisional asumió la dimensión de los derechos humanos y argumentó en estos términos, si bien teniendo en cuenta los derechos humanos de los afectados por los vertidos tóxicos originados alegadamente por Texaco en los años setenta y ochenta<sup>61</sup>. El tribunal, para ello, incluso se remonta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>62</sup>. Al formular esta argumentación exclusivamente a favor de los demandantes María Aguinda

Humanos, adoptado en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, OEA n° 36, 1144, en vigor desde el 18 de julio de 1978; y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 21 UN GAOR Supp. (n° 16), p. 52. Ecuador es parte en ambos instrumentos.

61 Vid. la Resolución de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, asunto *María Aguinda y otros c. Chevron Corporation*, de 28 de marzo de 2012, Juicio No. 21101-2011-0106, párr. único.

62 Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, publicado en OEA, n° 36, *UNTS*, vol. 1144, n° 123. El tribunal de Sucumbíos fundamenta la relevancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la aplicabilidad al presente caso de los arts. 1 (obligación de respetar los derechos), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial) y 30 (alcance de las restricciones). Vid. la Resolución de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, asunto *María Aguinda y otros c. Chevron Corporation*, de 28 de marzo de 2012, Juicio No. 21101-2011-0106, párr. único.

y otros en la jurisdicción interna, el tribunal se inclinó por proteger únicamente los derechos humanos de esta parte en la controversia, sin tomar en cuenta que también la persona jurídica Chevron/Texaco es igualmente titular de derechos humanos<sup>63</sup>.

En efecto, en esta materia de la suspensión de los procedimientos judiciales aparentemente arbitrarios en la jurisdicción interna hasta que se pronuncie el tribunal internacional sobre su legalidad, existen claros paralelismos incluso con la práctica de medidas cautelares de los mecanismos de control sobre los tratados de derechos humanos<sup>64</sup>.

---

63 Los representantes de las víctimas, además, presentaron una solicitud de medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para obtener una resolución que obligara a Ecuador a no ejecutar las medidas provisionales del tribunal arbitral, precisamente en base a consideraciones de los derechos humanos regulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; vid. la solicitud de medidas cautelares a la Comisión Interamericana formulada por Aaron Marr Page en nombre de las víctimas, de 9 de febrero de 2012. Esta solicitud no prosperó ante la Comisión. Aunque desconocemos las razones del retiro de la solicitud de medidas cautelares, es muy probable que los peticionarios observaron que la Comisión bien podría haber reconocido la legitimidad del arbitraje de inversiones, lo que no interesaba a los peticionarios.

64 Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han exigido por vía de medidas cautelares y provisionales la suspensión de procedimientos internos hasta que se pronuncien estos órganos internacionales. La Comisión se pronunció de este modo en el asunto *Emilio Palacio et al. vs. Ecuador*, MC-406-II, de 21 de febrero de 2012, en que la Comisión pidió a Ecuador que “suspenda de inmediato

#### 4. Realizando el derecho al ambiente

El primer asunto que fue presentado en aplicación de las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje sobre recursos naturales y/o el ambiente<sup>65</sup> involucraba a un inversor chipriota, que había formulado una demanda contra la Agencia Nacional Ucraniana de Inversiones Medioambientales. En su demanda el inversor alegaba que el Estado había expropiado sus inversiones en un proyecto de uso más sostenible de gas natural. El proyecto que este inversor había planteado realizar trataba de generar unidades de reducción de las emisiones (ERU)

los efectos de la sentencia del 15 de febrero de 2012". Además, la Comisión se pronunció sobre la paralización de un procedimiento judicial en su Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica, Caso del Periódico '*La Nación*', de 23 de mayo de 2001, en que pidió a la Corte que "suspendiera la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, hasta que la Comisión haya examinado el caso", cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2001, párr. 1 (a) de los "vistos". La Corte, en este mismo caso, hizo suya esta solicitud de la Comisión y otorgó medidas provisionales, que conllevaron la suspensión de la ejecución de la condena penal; cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, párr. 1 de la parte resolutoria.

65 Vid. "Optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment", publicados en el sitio web de la Corte Permanente de Arbitraje en [http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL\(3\).pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL(3).pdf) (20.05.2012). Estas reglas se basan en las reglas UNCITRAL, adaptándolas al objeto específico de las controversias sobre ambiente y recursos naturales.

en conformidad con el Protocolo de Kioto. El proyecto hubiera generado beneficios para el inversor y para el gobierno de Ucrania. No obstante, cuando el inversor había presentado una solicitud de medida provisional, el tribunal arbitral la rechazó<sup>66</sup>.

Como el procedimiento es confidencial, no se conocen más detalles sobre este asunto. De todos modos, ilustra las eventuales posibilidades que las medidas provisionales podrían tener para proteger los derechos ambientales.

## **5. Preservando las pruebas del proceso**

Existen procedimientos en los que fueron adoptadas medidas provisionales con el fin de preservar pruebas importantes que a falta de las medidas provisionales hubieran sido destruidas por una de las partes del procedimiento. Estas medidas provisionales guardan una relación indirecta con la garantía de los derechos humanos, porque sirven para lograr que los procedimientos arbitrales, y en su caso incluso los procedimientos pendientes ante las jurisdicciones nacionales, sean llevados a cabo en conformidad con las normas del debido proceso.

Así en el asunto *AGIP v. Congo* había una situación en que la filial de la empresa AGIP en el Congo había sido nacionalizada en 1975. AGIP solicitó medidas provisionales al tribunal arbitral, en aplicación del art. 47 del Convenio CIADI, para obligar al gobierno del Congo a preservar

66 Vid. para la escasa información disponible sobre este caso, Luke Eric Peterson, "Tribunal declines interim measures request of investor; claimant pursuing arbitration arising out of Kyoto Protocol emission reduction project," *Investment Arbitration Reporter*, 20 de octubre de 2010, disponible at: [http://www.iareporter.com/articles/20101023\\_3](http://www.iareporter.com/articles/20101023_3) (24.02.2012).

toda la documentación que había permanecido en la oficina nacionalizada, y que no la destruyera. El tribunal adoptó esta medida provisional, exigiendo al Estado además que le suministrara una lista completa de toda la documentación existente en la oficina y que mantuviera esta documentación disponible para que el tribunal lo pudiera revisar en cualquier momento<sup>67</sup>. El gobierno congoleño no respetó esas medidas provisionales.

En el asunto *Vacuum Salt v. Ghana* se presentó una situación similar. La empresa demandante formuló una demanda por la violación del acuerdo de arrendamiento y la progresiva expropiación de su negocio y propiedad en Ghana. En su solicitud de medidas provisionales, el demandante pidió que se preserve la documentación de la empresa en manos del Estado. En este caso, el Estado efectivamente se comprometió a permitir a la empresa la libre acceso a este material<sup>68</sup>.

En estos casos se observa cómo el tribunal arbitral preserva, a través de las medidas provisionales, bienes jurídicos esenciales para un debido proceso, como son las pruebas y la documentación de las empresas afectadas.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El arbitraje internacional de protección de inversiones ha abierto una nueva vía para obtener justicia por el trato injusto conferido a inversiones e inversores extranjeros en el Estado de recepción de esas inversiones. Este trato

---

67 *AGIP v. Congo*, Laudo de 30 de noviembre de 1979, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 311.

68 *Vacuum Salt v. Ghana*, Laudo de 16 de febrero de 1994, *ICSID Reports*, vol. 4, pp. 331-332.

injusto constituye, en términos de Derecho internacional de los derechos humanos, una violación de los derechos individuales de las empresas, sus accionistas y su personal. En virtud de este marco jurídico general, se puede observar que se está generando una incipiente práctica arbitral de adopción de medidas provisionales que protegen derechos humanos tales como la libertad personal, el debido proceso judicial y el ambiente.

Aunque materialmente se protegen estos derechos humanos a través de las medidas provisionales, incorporando así su esencia en la jurisprudencia arbitral de inversiones, los tribunales arbitrales no motivan sus decisiones con las normas internacionales de derechos humanos. Las normas que aplican siguen siendo exclusivamente las del Derecho de inversiones. Es posible que en el futuro los tribunales arbitrales mutuamente integren y refuercen los dos sectores del ordenamiento internacional – el de derechos humanos y el de protección de inversiones – en aplicación de los criterios generales de interpretación de las normas de Derecho internacional público, que requieren la interpretación a la luz del conjunto de normas aplicables a una determinada materia. Estamos, por tanto, ante la oportunidad de armonizar el Derecho internacional de inversiones con el de los derechos humanos, en beneficio de ambos sectores del ordenamiento internacional.



# **La renuncia de las libertades frente a los derechos económicos sociales y culturales, como riesgo para la democracia del siglo XXI**

**Martínez Andrés<sup>1</sup>**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,  
Av. 24 de Mayo,  
Cuenca - Ecuador

Correspondencia: andresmarmos@gmail.com

---

1 Director de la Escuela de Derecho de la Universidad del Azuay, donde es docente e investigador. Magíster en Protección de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá (España).

## **Resumen:**

El concepto de democracia ha sido utilizado por revolucionarios, conquistadores, tiranos y todo tipo de gobernantes para convencer a las poblaciones; sin embargo, sus elementos han sido fuertemente distorsionados llegando incluso a realizar jerarquías respecto de derechos sin reconocer universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Los regímenes han usado esta justificación para coartar ciertas libertades dejando en riesgo el modelo de democracia al cual todos aspiramos.

**Palabras claves:** Libertades. DESC. Democracia. Latinobarómetro. América Latina. Democracia. Derechos Humanos.

## **Abstract:**

The concept of democracy has been used by revolutionaries, conquerors, tyrants and all types of leaders in order to convince the people; however, its elements have been strongly distorted going as far as to make up rights hierarchies without recognizing their universality, indivisibility and interdependence. Regimes have used this justification to restrict certain liberties, risking the model of democracy that we all hope for.

**Keywords:** Liberties. ESCR. Democracy. Latinobarometer. LatinAmerica. Human Rights.

En menos de dos siglos hemos pasado de tener tres países que aplicaban los principios democráticos a ser casi la totalidad de los miembros de la comunidad internacional aquellos que se encuentran dentro de lo que en la visión occidental entendemos como democracia. De esta manera el español José Antonio Marina ilustra que recién a inicios de 1910, eran 9 Estados los que se acogían a esta forma de organización, elevando la suma a 22 en 1922, mientras que en la última década del siglo XX los países democráticos ascendían ya a 113.

Heródoto decía que en Grecia existían dos opciones, ser libres o esclavos, y para ello se vio la necesidad de luchar contra el despotismo e “inventar” un nuevo modo de vivir, que en primera instancia se la conoció como isonomía, entendida como igualdad ante la ley, pero que en el mundo occidental tomó la forma de lo que hoy conocemos como democracia. (Marina, 2011).

Claro está que esa igualdad ante la ley no siempre fue aplicada de manera total, tanto es así que durante el reinado de Luis Felipe I de Francia, a inicios del siglo XVII en el auge del sufragio universal, solamente podían ejercer su derecho al voto 200 000 de los 30 millones de habitantes.

Cuando escuchamos hablar de democracia lo primero que pensamos son escrutinios, separación de poderes, igualdad ante la ley, entre otros conceptos que nos han llevado a los seres humanos a identificar esta forma de organización como aquella en la cual se libera de la miseria, de la ignorancia, del miedo y del dogmatismo.

El contrato social – cuya larga suerte reclama a Rousseau y a Locke, a Kant y a Fichte, cuya larga muerte se quiere eludir invocando a Rawls, a Habermas, a tantos otros – fue la gran figura política de solidificación: intentó, reiteradamente, establecer las condiciones y restablecer la legitimidad del vínculo social en situaciones cambiantes, en diálogo con los desarrollos del pensamiento de las ciencias, del comercio y la industria; en diálogo con los nuevos escenarios y las nuevas instituciones políticas. (Lanceros, 2005)

Por ello coincidimos que es el contrato social aquella figura política mediante la cual se logra la compatibilidad entre libertad y autonomía, añadiendo la responsabilidad entre las partes contratantes

En la actualidad la mayor parte de círculos políticos han convertido a la democracia en una especie de “vaca sagrada”, sin embargo, es importante entenderla no solo como un simple valor, sino sobre todo como aquella construcción que permitirá a través de su ejercicio alcanzar mayor libertad, justicia y prosperidad.

En su obra “Política mente”, Patxi Lanceros, es irónico al plantearse que el punto de partida de toda revolución ha sido siempre el mito, llegando a decir que incluso debería ser calificada como la madre de todos los mitos de la modernidad. Sin embargo, Kant y Hegel al hablar sobre la revolución analizan aspectos fundamentales que servirán como parámetros de análisis de la modernidad, estos son la historia y la historia de las ideas. En lo cual coincidieron que el acontecimiento revolucionario debía definirse con una sola palabra: entusiasmo. El mismo que primó en todos quienes construyeron aquel paradigma de la democracia. (Lanceros, 2005)

Pese a ello los problemas actuales representan un retroceso cuando vemos casi a diario que en distintos países hemos pasado del supuesto gobierno de las leyes al gobierno de los hombres, no solo retrocediendo en las conquistas constitucionales y de lo que hoy conocemos como democracia, sino sobre todo a que la autoridad se ve reducida en la administración de un líder autócrata y populista. Al respecto el propio Ferrajoli realiza un interesante análisis sobre la obra de Kelsen, cuando afirma que el ideal de la democracia se fundamenta en la ausencia de líderes.

A nivel regional, las estadísticas del (Latinobarómetro, 2009), las cuales serán analizadas a continuación y que forman parte de la presentación realizada por Marta Lagos en el año 2010, nos invitan a examinar las deficiencias conceptuales de los ciudadanos respecto a lo que estos entienden como “Democracia”, así también merece estudiarse que entre las mayores preocupaciones de la población se encuentran las amenazas que traen las figuras autoritarias en el poder, los modelos hiperpresidencialistas, así como la falta de alternabilidad. Por ello merece la pena recordar a Montesquieu quien dijo que el despotismo y la tiranía no constituyen un orden legal, pues está dominado por el temor.

En este contexto se encuentra la famosa doctrina de la separación de poderes, que se asocia con el nombre de Montesquieu... los poderes están claramente separados por la ley básica y tengan funciones y jurisdicciones perfectamente definidas. Solo así puede lograrse la libertad. (Friedrich, 1995)

Sin embargo, lo que realmente llama la atención es el elevado índice de personas que consideran que estas intromisiones del gobernante hacia las libertades no deben ser vistas como amenazas, sino por el contrario constituyen un equilibrio que permite un “balance de poder” frente a nuevos poderes privados que sobre todo desde el aspecto económico han manejado los regímenes latinoamericanos.

Ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a vínculos que le imponen los principios constitucionales: vínculos negativos, como los generados por los derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos. (Ferrajoli, Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, 2011)

Para comprender tanto al Estado de Derecho y a la Democracia, Pablo Estrella analiza que estos conceptos deben estar ligados de manera directa a procesos históricos determinados, pues estos han sido fundamentales a la hora de comprender situaciones de dominio de clases, grupos sociales y pugna de poderes.

... en nombre de la democracia, hemos vivido una cadena de negociaciones y frustraciones, reiteradas, abusivas, patológicas, cínicas. Hemos llegado al borde de la insensibilidad cívica y humana. Nuestra vida de ciudadanos está repleta de burlas a los principios, a los fundamentos y a las disposiciones constitucionales. Hemos llegado al borde del colapso social y legal... (Estrella, 2007)

El cambio económico trae como consecuencia importantes efectos en la vida de los latinoamericanos. Contrario a lo que se podía pensar tras la crisis financiera norteamericana y la caída de la burbuja inmobiliaria europea, los efectos han sido débiles respecto a la percepción de los ciudadanos de nuestro continente, y en particular en nuestro país, donde cerca del 60% de la población aprueba el manejo y gestión del Jefe de Estado.

Pese a ello, esa falsa percepción de los ciudadanos respecto de su satisfacción económica no revela la inequidad existente la cual es demostrada a través de cifras, pues el continente americano sigue siendo el de mayor desigualdad del planeta.

En la actualidad si bien es cierto la serie de facilidades que se brindan a la sociedad actual han permitido al ser humano tener una mayor amplitud, es decir un abanico de posibilidades a fin de planificar su plan de vida; de igual manera existen una serie de riesgos que atentan contra su desarrollo como ser humano y que ponen en riesgo las conquistas conseguidas hasta la actualidad, que a criterio de Francisco José Contreras Peláez en su obra “Defensa del Estado social”, argumenta que existen cuatro factores de vulnerabilidad: 1. El desempleo; 2. La crisis de la familia; 3. El factor sexo (feminización de la pobreza); y, 4. La inmigración.

Dentro de la misma línea el (Latinobarómetro, 2009) demuestra que a nivel regional los problemas que más llaman la atención en jerarquía son: desempleo, inseguridad, problemas financieros y pobreza.

Sin embargo, las curvas entre delincuencia-inseguridad y desempleo se unen durante el 2009, demostrando que en los últimos años la cifra de delincuencia se ha elevado en casi 15 puntos. Es por ello la importancia que cobra en nuestra investigación el manejo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, DESC, dentro de esta suerte de lucha por la sobrevivencia que tienen los ciudadanos en Latinoamérica, los cuales están dispuestos incluso a renunciar a ciertas libertades básicas conseguidas por el hecho de mejorar su condición socioeconómica frente a una falacia de determinados regímenes populistas que a través de su líderes autoritarios ofrecen ampliar coberturas y beneficios a cambio de la limitación de ciertas libertades ligadas a los derechos civiles y políticos.

La existencia de un jefe carismático es siempre incompatible con la democracia, o cuando menos indica un debilitamiento de su dimensión política y representativa y no solo de su dimensión constitucional” (Ferrajoli, Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, 2011)

Sin embargo resulta fundamental analizar cuál ha sido el papel de los DESC en la sociedad y determinar los objetivos que persiguen, así para (Carbonel, 2011) “... el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo...”, mientras que Chinchilla para explicar los objetivos y fundamentos de estos derechos indica que estos se vuelven necesarios para asegurar la consecución y ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, defensa y participación. Puesto que permiten plasmar en igualdad real y efectiva lo que solo con la fundamentación y positivización de los llamados derechos de primera generación no se lograrían.

Podemos decir que se traducen en aquellas prestaciones económicas de “dar y hacer”, sin embargo, en la doctrina española y alemana se les ha calificado a los DESC como la “cuadratura del círculo” por su dificultad en dichos ordenamientos jurídicos de volverlos derechos fundamentales dentro del constitucionalismo. Pese a que según las tesis que plantea el neoconstitucionalismo “...todo derecho constitucional vinculado a la dignidad humana es candidato a ser fundamental, y lo es pero sólo respecto a ciertos contenidos.” (Chinchilla, 2009)

Para comprender las consideraciones que llevaron a la consecución de los DESC, es necesario recurrir a las justificaciones que llevaron a la creación del Estado social, donde se encuentran dos justificaciones: pluralistas (funcionalistas y conflictualistas), entendido el Estado como una respuesta a la modernización socio-económica. Y la segunda una justificación marxista, que entiende al Estado como el resultado de las conquistas realizadas por el proletariado. (Carbonel, 2011)

Luigi Ferrajoli en su obra “Derecho y razón”, indica que:

... Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades, frente a los abusos del poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural, las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones... (Ferrajoli, Derecho y razón, 2000)

Por todo esto es que la responsabilidad del Estado se eleva ya que no solo asume sus funciones básicas, sino

que se le agrega las de asistencia social las cuales serán innovadoras, progresivas y protectoras de los derechos que les corresponden a los seres humanos y que en Ecuador, que se autodefine en su Norma Básica como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, resulta fundamental entender que si bien es cierto muchos han intentado establecer diferencias sustanciales entre los Derechos Civiles y Políticos y los DESC, no podemos afirmar que exista una diferencia genética como lo califica Miguel Carbonell; sino que por el contrario a lo que se puedan pensar, incluso las libertades básicas consagradas en los textos constitucionales, también necesitan de las denominadas actuaciones positivas del Estado para que se garantice su aplicación, las cuales se traducen en **obligaciones de no hacer** o en su defecto **de hacer**. Así también no se debe olvidar que los derechos son universales, indivisibles y sobre todo interdependientes.

Frente a esto no nos podemos olvidar lo que “entre líneas” dice el (Latinobarómetro, 2009) acerca del sistema político y económico que ha atravesado nuestro país, pues el cambio es de tales proporciones que el Ecuador es el país con índices más bajos en aceptar un modelo de “economía de mercado como el más conveniente para el país”.

Sin embargo, lo que realmente apena es que si bien es cierto en los postulados de nuestra Constitución se recoge el concepto de un país intercultural, multiétnico, los niveles de intolerancia son los más altos de la región, llegando incluso a contradicciones al afirmar que en Ecuador un 42% no le gustaría vivir junto a un pobre, pues se asocia esta condición con inseguridad o insalubridad, pese a que los niveles de pobreza sean tan altos en nuestro país.

Como en todo sistema democrático el rol que juegan los partidos políticos es muy importante, sin embargo, estos cada vez han sido llevados a menos y su desprestigio se ha elevado a niveles alarmantes, pues en Ecuador tan solo el 44% de la población piensa que “sin partidos políticos no puede haber democracia”, situación que se liga directamente al concepto que el 36% de ecuatorianos considera que “sin Congreso no puede haber democracia”.

... la reducción de los partidos a comités electorales del líder; la relación directa de estos con el pueblo a través de la televisión; la idea de la omnipotencia de la mayoría personificada en un jefe, celebrado como encarnación de la voluntad del pueblo, imagina a su vez como una suerte de macro sujeto colectivo; la descalificación de las reglas y, con ello, de los límites legales y constitucionales al poder de gobierno expresado por la mayoría... (Ferrajoli, Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, 2011)

Si bien es cierto el acuerdo es casi unánime cuando se habla sobre la satisfacción que se tiene respecto a las garantías vinculadas a los Derecho Civiles y Políticos, con cifras que van desde el 44 al 79%, respecto a libertad de religión, participación política, libertad de expresión, igualdad y protección de la propiedad privada.

Frente a esto los porcentajes son bajos respecto a la garantía de los DESC, cifras que van del 25 al 44%, entre los que se encuentran: protección al ambiente, seguridad social, oportunidades laborales, protección contra el crimen, justa distribución de la riqueza.

Estos datos generan una respuesta de la población donde tan solo el 50% de latinoamericanos afirman que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno, pese a que más del 58% se encuentra insatisfecha con el funcionamiento de la democracia. Y el 19% no tendría dificultades en aceptar a un gobierno autoritario; tanto es así que tan solo el 54% de la población cree que un gobierno democrático enfrenta mejor una crisis económica, mientras que el 30% de personas está de acuerdo en que el gobierno pase por encima de las leyes para poder cumplir sus cometidos y cubrir necesidades económicas y sociales.

El 42% de la población prefiere que se limiten algunas libertades con tal de vivir en una sociedad más ordenada, factor que hay que tomarlo en cuenta a la hora de medir las consecuencias de las limitaciones a la democracia en nuestro siglo.

A propósito es importante recordar lo que señala “El Federalista”: “... los representantes del pueblo parecen imaginarse en ciertas ocasiones que son el pueblo mismo y dan muestras violentas de impaciencia y enfado a la menor señal de oposición que proceda de otro sector”. (Hamilton, Madison y Jay, 1943)

Penosamente las situaciones narradas repercuten de manera directa en el constante ataque a los derechos civiles y políticos como la libertad de pensamiento y expresión a los cuales se enfrentan en particular los medios de comunicación, pues cada vez formas disimuladas de censura previa y persecución son cada vez más comunes en el continente, con un respaldo invisible de la población que de cierta forma admite la limitación de este tipo de libertades.

Si bien es cierto dentro del Estado de Derecho se entiende excluida la arbitrariedad y el uso de la violencia la primera década del siglo XXI no deja un balance positivo respecto del ejercicio del poder público dentro de ese tan ansiado marco de legalidad, legitimidad y responsabilidad.

Es momento de rescatar el verdadero papel que deben jugar los ciudadanos y comprender que la verdadera participación en el control social y vigilancia no se la hace a través de una Institución, sino que se la ejerce en el día a día, en el cumplimiento irrestricto de la norma y en la exigencia de un Estado tolerante, conciliador y respetuoso de los Derechos Humanos, en el cual no se haga distinción entre los derechos, y que la garantía de los mismos sea ejercida por todos por igual.

Caso contrario el papel que como “aldeanos globales” tenemos fracasará ya que no podremos ser responsables frente a todo lo que sucede y nos olvidaremos el porqué y el para qué de la democracia, y cuando eso suceda... la democracia nunca más regresará.

## Bibliografía

Carbonel, M. (2011). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, Segunda Edición.

Estrella, P. (2007). *Filosofía, Derecho Y Sociedad en América Latina*. Quito: Editorial El Conejo.

Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.

Friedrich, C. (1995). *La Filosofía del Derecho*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Hamilton, Madison y Jay. (1943). *The Federalist*. México: Fondo de Cultura Económica de México.

Lanceros, P. (2005). *Política mente. De la revolución a la globalización*. Barcelona: Anthropos Editorial.

Latinobarómetro. (2009). *Latinobarometro de las Americas*. Santiago: Corporación Latinobarómetro.

Marina, J. (26 de Enero de 2011). La lucha por la dignidad: teoría de la felicidad política. Madrid, España.

Zagrebelsky, G. (2011). *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.

# El juez y la teoría del delito

**Sandro F. Abrales<sup>1</sup>**

Correspondencia: sandroabrales@gmail.com

---

<sup>1</sup> *Abogado (Universidad de Belgrano, 1993). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Belgrano, 1998). Máster en Derecho Penal (Universidad de Belgrano, 2005) y Doctor en Derecho (UNED, 2009). Profesor de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad de Belgrano, del Colegio de Abogados de San Isidro y de la Universidad Nacional de la Patagonia. Profesor Invitado en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad del Azuay. Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Coordinador General de la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad de Belgrano (2004/2006). Fiscal Nacional en Criminal de Instrucción.*

## Resumen

El presente trabajo subraya la importancia del conocimiento de las categorías sistemáticas de la teoría del delito en la administración de la justicia penal. El autor se refiere a la función limitativa que cumple la dogmática, evitando la arbitrariedad, el desorden, el azar y el caos en las sentencias penales, en oposición a la tópica, afín al pensamiento problemático, que busca una reflexión individualizada sobre cada caso para darle una solución única.

**Palabras Clave:** Teoría del delito, administración de justicia, tópica, sistemática, juez.

## Abstract

*The present work stresses the importance of knowledge of the systematic categories of the Theory of Crime in the administration of criminal justice. The author refers to the limiting function that principles perform, avoiding arbitrariness, disorder, chance and chaos in penal sentences, in opposition to rhetorical topics, which are related to problematic thought, looking for an individualized reflection over each case, in order to find a unique solution for it.*

**Keywords:** *Theory of crime, administration of justice, rhetorical topics, systematic, judge.*

1. Enseña Cerezo Mir que la dogmática del Derecho penal “tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídicos penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema”<sup>2</sup>.

La dogmática penal ha encontrado en la teoría del delito a su principal herramienta.

La teoría del delito es un conjunto sistematizado<sup>3</sup>

---

2 José Cerezo Mir, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2006, I, *Obras Completas*, I, p. 92.

Según Schünemann, son varias las funciones pragmáticas del sistema: la oferta de una panorámica de modo rápido y completo sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden; la corroboración de un acceso rápido expedito, sin comprobaciones superfluas; a la parte del sistema relevante para el problema concreto; la ordenación y regulación del saber existente; la averiguación de las contradicciones dadas; la disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al caso; Bernd Schünemann, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario, introducción, traducción y nota de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 33.

3 Schünemann (p. 31) define al sistema científico como “ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trate”, y agrega que una “renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del

de reglas de imputación<sup>4</sup>, cuya esencia comprende la determinación de la pertenencia de la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico a un sujeto que actúa u omite; y, a su vez, cuándo el resultado producido corresponde a esa acción u omisión. Basada en el más

---

lenguaje ordinario que lo expresa y conforma”.

Por su parte, enseña Hruschka, en la reciente versión castellana de uno de sus múltiples trabajos, que la expresión sistemático tiene dos significados.

El primero de ellos indica que el dato le permitirá al investigador desembocar, con su actividad, en una teoría coordinada, articulada y comprensiva.

La segunda acepción se refiere a las cualidades que debe revestir una investigación, y será tal (sistemática) si se procede de acuerdo con los métodos generalmente reconocidos y sus resultados son medidos según los criterios generalmente aceptados por la disciplina científica.

Considera que la actual doctrina jurídico – penal no dispone de una teoría coordinada, articulada y comprensiva.

Sin embargo, más adelante estima que en la doctrina jurídico penal el trabajo sistemático, en el segundo sentido de la expresión, conduce a una investigación sistemática en el primer sentido. Agrega que “construir sistemas de casos y establecer las condiciones de racionalidad de las propuestas de solución de los problemas que siguen en pie –ambas tareas, además, mediante conceptos claros y distintos y observando las reglas de la lógica, algo que debería darse por supuesto-, conducirá finalmente a una teoría coordinada, articulada y comprensiva también en nuestra materia. Es aquí donde resultan eficaces los postulados que no raramente los juristas aborrecen”; Joachim Hruschka, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico – penal?*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 254 y 269.

4 Edgardo A. Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, Astrea, 1995, t. II, p. VII.

elemental principio de justicia, en el sentido de dar a cada uno lo suyo, lo que en Derecho penal se proyecta en la aspiración de que cada quien debe responder por lo que es obra propia y no ajena<sup>5</sup>, procura mediante un sistema de principios -lo más cerrado posible<sup>6</sup>- indicar al Juez cómo

- 
- 5 Muy enriquecedores son ciertos pasajes del más reciente libro de Donna: “Imputar una acción a alguien es atribuirle tal acción como su verdadero autor –por así decirlo- en su cuenta y convertirlo en responsable de ello”; agrega que “se trata de una relación entre la atribución, la acción y su autor. Este poner la acción en su cuenta tiene un significado riquísimo que se nota en los distintos idiomas. La palabra viene del latín *putare, imputare*, que son tributarias de la ‘cuenta’. En alemán la expresión es *Zurechnung*, que se relaciona con hacer responsable al hombre por su acción o por el resultado de su acción, y en el inglés *accountable*, que tiene que ver con ‘responsable’. Esto implica que la palabra ‘imputar’ hace al problema de los méritos y deméritos de las acciones, como un libro contable con dos entradas: crédito y débito, positivo y negativo”; Edgardo A. Donna, *Derecho Penal: parte general. Fundamentos – teoría de la ley penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, t. I, pp. 20-21.

La idea de imputar como sinónimo de “cargar en la cuenta” resulta muy útil para explicar la idea de responsabilidad por el hecho propio: así como el comensal en un restaurant espera que sólo le sea cargado en su cuenta lo por él consumido –y no el champagne bebido en la mesa que está a su lado-, la persona –en Derecho penal- debe responder únicamente por el hecho propio –salvo, claro está, que, por ejemplo, el hecho propio consista en la vigilancia de un hecho ajeno-

- 6 Schünemann plantea que en lugar de un sistema axiomático, que en su opinión no es realizable ni deseable, debe darse un “sistema abierto”, de modo que no se vea obstaculizado el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; agrega que, para ello, se precisa de “materiales elásticos”. Y específicamente alude a la indeterminación del lenguaje ordinario (a través de su

resolver, de modo científico y con un satisfactorio estándar de justicia, un caso penal.

Y estas reglas de la imputación conforman un sistema de máximas propio, constitutivo de un sistema axiomático deductivo, es decir, trata de una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuales y mediante deducción va a establecer todo lo demás<sup>7</sup>.

---

porosidad y vaguedad) para ser aprovechada a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema, mientras que por otro lado, los elementos del sistema precisados en sentido jurídico se cuidaban de la ordenación y canalización de los puntos de vista valorativos admitidos y del mantenimiento de un contenido jurídico asentado.

Por último, explica que la opción por un “sistema abierto del Derecho penal” implica que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento y que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos “por el mismo raser” -es decir, con rigurosa igualdad-, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado; Schünemann, *Introducción al razonamiento...*, pp. 35, 36 y 37

Hruschka (*¿Puede ...*, p. 254) explica que con la expresión “sistema abierto o flexible” no se indica sólo que nuestras reflexiones e investigaciones no están todavía cerradas, sino que operan más bien sobre la base de que el objeto del saber jurídico cambia sin cesar; y agrega: “mejor dicho: no sólo es que cambie nuestro conocimiento de dicho objeto o la perspectiva desde la que lo contemplamos, sino que el objeto mismo del saber jurídico debe modificarse, porque más o menos imperceptiblemente cambian los sistemas político y social que producen el objeto del saber jurídico, el Derecho”.

7 Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 106.

Schünemann (*Introducción al razonamiento...*, p. 35) se opone férreamente a la idea de orientar el sistema al

Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento (que se caracterizan por tratarse de prescripciones o prohibiciones dirigidas al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o bien son reglas permisivas que indican al sujeto lo que está permitido hacer o dejar de hacer), sólo poseen una función en la retrospectiva y se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho<sup>8</sup>.

2. Entonces, la labor dogmática permite al Juez contar con un sistema de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completas, precisas y adecuadas

---

modelo axiomático – matemático, según el cual la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas) de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir las tres exigencias básicas de *ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir a otro), *independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro) y *plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas); ello por cuanto estas condiciones no han sido cumplidas hasta ahora por la ciencia jurídica, y ni siquiera pueden serlo, dada la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos útiles a su ordenación.

De otra opinión, Hruschka (*¿Puede ...*, p. 269), para quien cabe “axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones y que incluya todos sus aspectos parciales, manteniendo los axiomas entre sí lo más independiente que sea posible”.

- 8 Joachim Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Francisco Baldó Lavilla, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 28-29.

valorativamente que el material suministrado –en crudo– por el Legislador<sup>9</sup>.

Es que la labor de la dogmática jurídico-penal “... hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”<sup>10</sup>.

Entonces se contribuye a la elaboración del sistema<sup>11</sup>.

Y precisamente como el término “dogmática” se deriva de la palabra “dogma” –por cuanto para el intérprete los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que

---

9 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 2ª edición, pp. 326-7 y 338.

10 Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edición, p. 518.

11 José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 71.

tiene que ceñirse ineludiblemente<sup>12-</sup>, resulta indispensable

12 Cerezo Mir, *Obras Completas...*, vol. 1, p. 92.

Cabría preguntarse si, en cuanto los preceptos del derecho positivo se constituyen en “dogmas”, podría adoptarse una postura discrepante a su respecto y, en su caso, qué lugar ocupa la opinión crítica.

Un desarrollo profundo y sumamente interesante al respecto puede hallarse en una de las más resonadas investigaciones de Silva Sánchez, quien llega a la conclusión de que la dogmática en su actividad de construcción, sobre todo en lo referente a la teoría del delito, es significativamente “libre” respecto de las regulaciones del Derecho positivo; Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1992, pp. 103-122.

La parte pertinente destaca muy especialmente que los autores de corriente finalista representan una manifestación anti-positivista, a partir de la consideración de que el positivismo jurídico condena a la ciencia del Derecho penal al “provincianismo” (p. 107).

Sin duda fue “Welzel quien acentuó posteriormente que el principio metodológico del finalismo hace posible la creación, en la dogmática del Derecho penal (especialmente para la parte general), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos”, Hans Joachim Hirsch, *Acerca de la crítica al finalismo*, traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de modernidad*, Hans Joachim Hirsch – José Cerezo Mir – Edgardo Alberto Donna (directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 132.

Comparto con Silva Sánchez que lo decisivo es la elaboración racional del sistema.

Silva afirma que “el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo –obligado por el principio de legalidad- de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de lege lata que desborden el marco de los sentidos posibles de los

### la referencia a la regulación vigente<sup>13</sup>.

términos de la ley. Con todo el grado de vinculación de la ley sobre las elaboraciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la parte especial (dogmática de los delitos en particular) y de la parte general (teoría general del delito). Así, mientras que en aquéllas las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles, en la parte general, y en la obra dogmática por excelencia, la teoría del delito, las cosas son diferentes. El grado de la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas, y criterios argumentativos” (pp. 118-119).

Y más adelante concluye: “el objeto central de la dogmática (...) no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, *un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico – estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas*” (p. 121).

No obstante considero que hay decisiones del legislador que conforman una valla infranqueable a la hora de hacer dogmática, por ejemplo, el contenido general de lo prohibido, que debe ser extraído de las disposiciones generales que regulan la tentativa de delito.

- 13 Gimbernat Ordeig (*Concepto y método...*, p. 36) explica que el objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídico penal, es decir, la determinación de cuál es el contenido del Derecho penal; en otras palabras, qué es lo que el Derecho penal dice. Con cita textual de Engisch (*Wahreit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, tomo 35, 1963, p. 7), agrega: “La problemática auténtica del “descubrimiento de

3. Es frecuente escuchar en los tribunales, sobre todo de puertas adentro, que “cada caso es un mundo”, y que “una cosa es la práctica y otra es la teoría”<sup>14</sup>, y que dicho contexto exige una “solución para cada caso”<sup>15</sup>.

---

la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la aplicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida” y concluye que lo que el dogmático tiene que averiguar es si está y en qué modo, regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal; al hacerlo, finaliza, “hace la ciencia del Derecho penal”.

- 14 Debe quedar claro, asimismo, que hacer dogmática penal no es equivalente a citar una docena de autores extranjeros en una resolución judicial.

También es frecuente encontrar hilos argumentales distintos para fundamentar; como dice Puppe, si ellos no son desarrollados sucesivamente, el entrecruzamiento de unos con otros mediante un enredo de frases sólo puede aspirar a mantener un hilo argumental allí donde el otro resulta frágil, lo que funcionaría muy bien en el caso de una cuerda o de una soga, pero no de una argumentación jurídica; Ingeborg Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción de Percy García Caverro, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 108.

En ocasiones aparecen citados en resoluciones judiciales, y a un mismo fin, autores de pensamiento diametralmente opuesto. Ello solo suele venir a justificar conclusiones tomadas intuitiva y previamente. Lo aconsejable es, en mi modesta opinión, el establecimiento de un sistema, de una teoría del delito –que claro está, no tiene que ser de factura propia-, que aplicada al caso, permita extraer soluciones. El procedimiento inverso, de uso habitual, se da del siguiente modo: judicialización del caso – adopción intuitiva de la solución – investigación documental para dotar de ropaje científico a la solución.

- 15 Aguda, y no sin cierta dosis de ironía, es la pregunta que el

Este enfoque recuerda al pensamiento problemático, algo que por cierto, no es nuevo.

Es muy difundida la posición de Viehweg, quien propuso sustituir el pensar sistemático, por un pensar tópico, técnica del pensamiento problemático<sup>16</sup>. El procedimiento de la tóptica consiste en el abordaje de los problemas de la mano de los distintos puntos de vista, que pasan a integrarse en determinados catálogos o listas de *topoi*, una suerte de “repertorios de puntos de vista”<sup>17</sup>.

Por mi parte estoy en desacuerdo con tal metodología. La complejidad de los supuestos que puedan plantearse no debe conducir a la renuncia en la formulación de parámetros dogmáticos que respondan a premisas generales, que obren a su vez como base de la teoría del delito.

---

prof. Donna suele hacer en sus clases ante la respuesta que con frecuencia se deriva del planteo de un problema: “habría que ver caso por caso” o “depende del caso”; “pues bien, ¿qué criterio usará cuando ya le haya llegado el caso?”.

16 Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez – Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

17 Viehweg, *Tópica...*, p. 53. Agrega el autor (pp. 129-130) que para ello son necesarios tres presupuestos: “1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla”-

Es cierto que en el caso no debe olvidarse la vinculación al “problema”<sup>18</sup>. Pero el pensamiento exclusivamente problemático lleva en sí el peligro de perder de vista la conexión sistemática de todo el conocimiento jurídico penal.

En mi opinión, una síntesis perfecta de la crítica al pensamiento problemático se halla implícitamente en la narración contenida en “Funes el memorioso”, donde se señala que Funes “...no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente) [...] Había aprendido sin esfuerzo

---

18 Con motivo de la crítica a la tónica jurisprudencial propuesta por Viehweg, Gimbernat Ordeig toma posición, en lo que estimo resulta un intento por conciliar ambos extremos posibles: “La dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente. (...) La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas. Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema; cuando no lo sean, habrá que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema de impide una solución adecuada al problema jurídico penal”; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método ...*, pp. 106-107.

el inglés, el francés, el portugués, el latín. Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”<sup>19</sup>.

---

19 Jorge Luis Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, Emecé, 57<sup>a</sup> impresión, 2000, pp. 171-172.

# **Leyes penales: De la defensa social a la tutela de derechos**

**Tapia Silvana<sup>1</sup>**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,  
Av. 24 de Mayo,  
Cuenca - Ecuador  
Correspondencia: [stapia@uazuay.edu.ec](mailto:stapia@uazuay.edu.ec)

---

1 Abogada, Máster en Derecho Penal y Especialista en Docencia Universitaria, docente e investigadora en la Universidad del Azuay (Cuenca, Ecuador).

## **Resumen**

Las modernas líneas del pensamiento penal se decantan por caminos muy diferentes: desde el llamado derecho penal del enemigo en uno de los extremos, hasta el abolicionismo en sus diversos matices, en el otro; las preguntas claves siguen girando en torno a los argumentos para legitimar la intervención punitiva del Estado. El garantismo penal por su parte adopta una postura que podría considerarse intermedia, por cuanto subraya la importancia del principio de mínima intervención y ve en el derecho penal no sólo una herramienta para la defensa social sino también para la tutela de los derechos de los más débiles: los imputados y las víctimas.

**Palabras Clave:** garantismo penal, abolicionismo, derecho penal del enemigo, derecho penal mínimo.

*Criminal Law: From Social Defence to Protection of Rights*

## **Abstract**

*The modern lines of penal thought favor very different paths: from the so called criminal law of the enemy on one of the ends, to the different shades of abolitionist theories, on the other, the key questions still center around the arguments to legitimize punitive intervention of the state. The penal guarantees theory, in turn, takes a stance that could be considered intermediate, since it emphasizes the importance of the minimum intervention principle and sees Criminal Law, not only as a tool for social defence, but also for the protection of the rights of the weakest: the accused and the victims.*

**Keywords:** *penal guarantees, abolitionist theories, criminal law of the enemy, minimum criminal law.*

Después de la caída del muro de Berlín, los delitos económicos, la delincuencia de cuello blanco, el narcotráfico y el terrorismo comenzaron a perfilarse como los grandes enemigos de la sociedad. A raíz de los sucesos del 11 de septiembre en Nueva York, el discurso de la inseguridad ha vuelto a ganar fuerza en todo el mundo. En nuestro país se dice hoy -¿se ha dicho siempre?- que la violencia y los crímenes están a la orden del día, y que los delitos, casi siempre, quedan en la impunidad. En este escenario aparecen, por ejemplo, las tesis de Jakobs, quien ve en la conducta humana, ante todo el cumplimiento de un rol social dentro de un sistema, en tanto que la sanción penal apunta a ser un medio idóneo para mantener la identidad de los miembros de la comunidad. En el momento en que un individuo “se sale” de su papel o quebranta su rol, está violentando un contrato social, convirtiéndose en “enemigo” y dejando de ser, por tanto, sujeto de las protecciones y garantías que ese contrato otorga a los ciudadanos “bien”. Se ha empezado, pues, a creer en la legitimidad de las legislaciones de excepción, lo cual se aleja de ese humanista adagio que nos dice que el derecho penal debe juzgar acciones y no personas.

En el pensamiento del argentino Zaffaroni, por el contrario, todo poder punitivo se opone por naturaleza al Estado de Derecho, en el que las personas no se someten a un poder imperante sino a unas leyes generales que protegen la libertad y la dignidad. Para Zaffaroni, el Derecho penal “propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”<sup>2</sup>. El mismo autor se refiere al peligro de una

---

2 Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal (Parte General)*. Buenos Aires. Ediar. Pág 5.

“administrativización”<sup>3</sup> del derecho penal, o pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo con el propósito de reforzar el cumplimiento de las responsabilidades públicas. El discurso de “la ley y el orden” se opone a los principios del Estado de Derecho, pues reclama una mayor represión para, supuestamente, resolver graves problemas sociales.

En la misma línea Jacobucci considera que el Derecho penal de hoy ingresa en campos de intereses difusos, utiliza formas de tipicidad sobre la base de peligros abstractos y realiza la imputación penal sobre criterios de organización funcional; por lo tanto nos encontramos frente a una grave “crisis de legitimación de la actividad penal”<sup>4</sup>.

Para justificar la existencia del Derecho penal en un Estado de Derecho habrá que tener en cuenta problemas axiológicos, valorativos, planteamientos que se resolverían inicialmente mediante una reflexión supra legal, aunque esta después pueda ser recogida en un cuerpo legislado. El Derecho penal, como todas las disciplinas jurídicas, parte de consideraciones teleológicas, por lo que debe ser congruente con un sistema de principios filosóficos sobre la naturaleza humana, el cual, en términos positivos, se halla contenido en los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución. Creemos, con Zaffaroni, que “la ciencia desconectada del hombre [es] una peligrosa ficción ingenua, de allí que una forma defectuosa de encarar la investigación penal sea la consideración del derecho penal como una técnica de sistematización lógica, aislada de cualquier dato filosófico.”<sup>5</sup>

3 Ibidem. Pág 12.

4 Jacobucci, G. (2002). *El Sentido de los Principios Penales*. Editorial Ábaco, Buenos Aires. Pág. 39.

5 Ibidem. Pág. 167.

Las leyes penales se caracterizan por imponer un castigo o pena para las acciones que vulneran los bienes jurídicos más esenciales. No se trata de cualquier castigo: el Derecho penal lesiona a su vez un bien jurídico fundamental, a saber, la libertad. Por ello decimos, siguiendo a Ferrajoli, que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas<sup>6</sup>.

El pensamiento penal ha ido aún más lejos: las teorías abolicionistas consideran injustificable la existencia misma de las leyes penales debido a su inherente crueldad e incompatibilidad con la dignidad humana. En otras palabras, el Derecho penal es ilegítimo. Una de las visiones abolicionistas considera que el delito no existe en un plano jurídico penal, porque ninguna conducta humana es realmente típica, antijurídica, culpable y punible. Se dice incluso que el delito no tiene realidad ontológica, sino que se crea conceptualmente por efecto del etiquetamiento de las conductas marginales como consecuencia de una construcción cultural y política. Aplicar penas no deja de ser venganza, aunque esta potestad haya pasado de manos de la víctima a manos del Estado. Las penas no tienen razón de ser, no cumplen las funciones preventivas o retributivas que las teorías clásicas les atribuyen; no reparan la ofensa perpetrada, no reeducan ni rehabilitan. Los conflictos cuya solución sólo imaginamos ahora en sede penal, pueden resolverse, dicen los abolicionistas, de manera informal, a través de transacciones y acuerdos o, en el peor de los casos, en sede civil o administrativa, sin necesidad de recurrir a castigos que no son más que la huella perenne de lo que fue la cosmovisión medieval.

6 Ferrajoli, L. (s.f.). *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales*. Documento Digital. Disponible en: [http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli\\_bens\\_minimo.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf)

Esta manera de entender la necesidad social de castigar, encuentra un paradigma importante en el discurso de Foucault y está implícita en el pensamiento de Zaffaroni.

El abolicionismo ha sido llamado “utopía” y se ha identificado, políticamente, con el anarquismo. Se ha dicho también que la desaparición del Derecho penal determinaría una desaparición de los mecanismos oficiales de reparación para las víctimas. En tal virtud, tal vez el garantismo penal pueda ser visto como una posición “intermedia”, porque propugna, como ya mencionamos, un Derecho penal mínimo, al que concibe no solamente como un mecanismo de defensa social, sino también como una técnica de tutela de los derechos fundamentales a través de garantías como el debido proceso y los principios de legalidad, inocencia, no autoincriminación, derecho al silencio, entre otros.

El sentido del término “garantismo” está dado en la doctrina contemporánea por el florentino Luigi Ferrajoli y el turinés Norberto Bobbio. Para Ferrajoli, los principios penales son la base deontológica de la normativa penal y el fundamento racional de la ley: marcan la dirección que ha de tomar la normativa, y adquieren operatividad a través de la configuración de las garantías penales. Por su parte, Norberto Bobbio tiene en cuenta la importancia de los derechos fundamentales y señala que “el problema esencial respecto a los derechos humanos no es encontrarles fundamento, sino garantizarlos”<sup>7</sup>. Así pues, el Estado y el Derecho son creaciones culturales

7 Rentería Díaz, Adrián. *El garantismo en los tiempos del Neoconstitucionalismo*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010. Pág. 1. ([http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9828/1/garantismo\\_%20tiempos\\_neoconstitucionalismo.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9828/1/garantismo_%20tiempos_neoconstitucionalismo.pdf)).

cuya finalidad es garantizar la vigencia de los derechos humanos.

Ferrajoli concibe a todo el Derecho como un sistema de garantías. El modelo garantista, no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho<sup>8</sup>, tanto en aspectos formales cuanto materiales. Para él, el papel del juez no es el de ajustarse a la letra de la ley sin más, sino ajustarse a la ley coherente con la Constitución -uno de los presupuestos del llamado neoconstitucionalismo-. La legislación penal, a criterio del maestro italiano, encierra siempre algún índice de brutalidad, y la pena no deja de ser una segunda violencia que sigue al cometimiento del delito.

Ferrajoli propone un interesante conjunto de diez axiomas del modelo penal garantista:

1. *Nulla poena sine crimine* (principio de sucesividad de la pena respecto del delito).
2. *Nullum crimen sine lege* (principio de legalidad).
3. *Nulla lex poenalis sine necessitate* (principio de economía del derecho penal).
4. *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad).
5. *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad de la acción).
6. *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad).
7. *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad).
8. *Nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio).
9. *Nulla accusatio sine probatione* (principio de carga de la prueba).

---

8 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías: la Ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004. Pág. 22.

10. *Nulla probatio sine defensione* (principio de contradicción o de defensa).

Estos principios se presuponen unos a otros formando una suerte de cadena que no puede interrumpirse en ninguno de sus eslabones, bajo la lógica de que los principios formulados después, son de mayor jerarquía, por contener a todos los anteriores. Dichos principios se oponen a los modelos penales autoritarios, en los que falta alguna o varias de las limitantes formuladas a manera de axiomas. Demás está decir que la declaración de estos principios no basta para garantizar su eficacia si no se desarrollan en todas las normas penales, particularmente en la redacción de tipos y en las reglas procesales.

Adicionalmente, desde la década de los 70, ha adquirido progresiva relevancia el discurso de la Victimología, que pone en relieve la necesidad de que el Derecho penal incorpore una valoración de la situación de las víctimas, superando la concepción dualista del delito -Estado Vs. Imputado-, para darle paso a un entendimiento de éste como triángulo virtual que incluye a la víctima, el victimario y el Estado, y planteando la necesidad de que la reparación integral del daño se constituya en un elemento visible en las normas penales positivas. Naturalmente los derechos de las víctimas no tienen que ir en desmedro de los derechos de los reos, aunque existen quienes los consideran incompatibles y nos hablan del fenómeno de los “vasos comunicantes”: todo derecho que favorezca al reo disminuye, necesariamente, los de la víctima. No obstante, el propio Ferrajoli nos habla de un Derecho penal del más débil, entendiendo que los débiles son tanto el ofendido como el imputado, mientras que el “fuerte” es el Estado que ejerce el poder punitivo. De hecho, la Victimología considera que una de las formas

abusivas de ejercicio del *ius puniendi*, es la concentración de competencias procesales exclusivamente en manos del Ministerio Público, impidiendo la participación formal de la víctima<sup>9</sup>. No debemos olvidar que los derechos de ofensor y ofendido tienen igual jerarquía y deben integrarse en un sistema tutelar que amplíe progresivamente el contenido de tales derechos, a través de la legislación y la jurisprudencia.

Para Hans Welzel, quien fue crítico del nacional-socialismo: “sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”<sup>10</sup>. Maurach a su vez, nos habla de la “naturaleza secundaria”<sup>11</sup> del Derecho penal, es decir, la mayoría de los conflictos legales deben resolverse a través de otras ramas del ordenamiento jurídico, como la civil y la administrativa, que están dotadas también de medios coactivos para el cumplimiento de sus fines. La Teoría del Delito “cumple el propósito de determinar los presupuestos bajo los cuales puede requerirse la aplicación de una pena”<sup>12</sup>, pues ésta no es prerrogativa discrecional del poder público, y sólo puede imponerse en casos de gran alarma social. El Derecho penal está llamado a resolver los conflictos sociales de mayor envergadura y sólo se recurre a él cuando las otras disciplinas jurídicas son insuficientes

---

9 Para ampliar el tema sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal es interesante la obra de Ferreiro Baamonde: “La víctima en el proceso penal” (La Ley-Actualidad S.A., 2005) que se refiere tanto a los mecanismos de neutralización de la víctima cuanto a las posibilidades de darle participación formal en un renovado procedimiento penal.

10 Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987. Pág. 11.

11 Maurach, Reinhart y Zipp, Heinz. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994. Pág. 34.

12 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*. Pág. 4.

y la gravedad del daño amerita la intervención estatal. Por ello la legislación penal positiva debe cerrarle el paso a la actuación arbitraria de la autoridad sobre el individuo, que es inocente mientras no se tenga una certeza razonable de que merece una sanción.

El Estado, a través de la legislación y en uso del *ius puniendi* -su potestad de asignar a ciertas conductas la calificación de delito y determinar la amenaza de una pena- impone sanciones que restringen espacios de libertad del individuo e incluso -en los Estados que admiten la pena capital- pueden privarle de la vida. El *ius puniendi* es el arma más lesiva que el Estado tiene a su disposición. Nos dice Donna, citando a Kriele: “la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad”<sup>13</sup>. Esta protección se traduce legalmente en la descripción precisa (tipificación) de las conductas que pueden generar una respuesta penal y en la observancia del debido proceso para llegar a la comprobación judicial del delito. A través de la tipificación, la ley penal previene la represión desmedida por parte del poder punitivo -el Estado no puede castigar sin ley previa-, y el debido proceso asegura que la sanción penal se aplique racionalmente cuando se demuestre que es necesaria. La racionalidad supone una relación equilibrada entre la conducta punible y la pena que se impone. Dice Roxin que la política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino combatirla con los medios de un Estado de Derecho. Incluso señala que los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de imponer una pena, esto es, excluir la punibilidad<sup>14</sup>.

13 Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000. Pág. 10.

14 Roxin, Claus. *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007. Pág. 53.

Compartimos el criterio de Cerezo Mir, quien sostiene que “la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia, de validez *a priori*”<sup>15</sup>; es un límite inmanente al Derecho positivo. Por eso, insistimos, la intervención penal debe ser de *ultima ratio* y observar sin excepción, los principios que permiten asegurar la defensa, la imparcialidad de la administración de justicia y la sanción a quien realmente ha actuado poniendo en peligro un bien jurídico, pues de lo contrario podríamos caer en la instrumentalización del individuo.

El problema radica en que, aunque la mayoría de Constituciones del mundo consagran el principio de inocencia, el derecho a un debido proceso, el principio de contradicción, el derecho a la defensa, la oralidad, entre otras instituciones que protegen al individuo, muchas veces la legislación ordinaria contraviene estos principios, porque violentarlos se presenta aparentemente como la única manera de luchar contra la criminalidad, y lo que es peor, no se reconoce la ilegitimidad del punitivismo penal justamente porque se considera socialmente necesario. Esto es lo que, creemos, está sucediendo en el Ecuador con las recientes propuestas de reforma en materia penal. Además en la actividad judicial penal de nuestro país hay una ausencia preocupante de control de constitucionalidad que asegure la aplicación más favorable y garantista de las leyes.

El endurecimiento de las penas no es más que una medida conyuntural, ya que la criminalidad tiene raíces culturales, sociológicas y económicas relacionadas con las condiciones de vida de las personas, condiciones que las

15 Cerezo Mir José, Temas Fundamentales del Derecho Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001. Pág. 363.

sanciones penales no resuelven. A lo largo de la historia, el poder punitivo ha pretendido solucionar emergencias sociales sin conseguirlo: nunca ha podido comprobarse empíricamente que el endurecimiento de las penas tenga un verdadero poder preventivo intimidatorio, pues no ha incidido sobre los índices de criminalidad. Sin embargo, los medios de comunicación y otras instancias de la comunidad contribuyen a la percepción de inseguridad ciudadana dando prioridad a las noticias que dan cuenta de escándalos políticos o crímenes violentos, y creando imágenes quizá distorsionadas o cuando menos exageradas, del peligro imperante, aun cuando otros problemas menos visibles, -pensemos en la violencia conyugal y el maltrato infantil- sean mucho más frecuentes y dejen peores secuelas para las personas. En efecto, en Ecuador, según un estudio realizado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) en 2009, el índice de percepción de la inseguridad es, en todas las regiones del país, superior al índice de victimización a personas y hogares<sup>16</sup>.

El ejercicio del poder punitivo del Estado debe “limitarse y restringirse con criterios proporcionados por la dogmática jurídico penal, más no con criterios políticos”<sup>17</sup>, puesto que estos últimos tienen su nacimiento en el propio gobierno, por tanto nunca podrán moderarlo. Creemos que el Derecho penal no debe ser un instrumento de control político ni de afianzamiento de los gobiernos, sino el instrumento que garantice que las políticas criminales cumplan los objetivos constitucionales mediante la implantación universal de un

16 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (2007). Revista Ciudad Segura. Quito, Ecuador. No. 20 (2-12). URI: <http://hdl.handle.net/10469/2738>

17 Bellati Carlos Alberto, Derecho Penal y Poder Punitivo, Artículo Publicado en Noticias Jurídicas en Octubre de 2004 ([noticias.juridicas.com](http://noticias.juridicas.com)).

debido proceso que ponga a los ciudadanos en igualdad de derechos ante la administración de justicia y que asegure a las víctimas la reparación integral del daño sufrido.

Para Yacobucci dos son los principios nucleares o constitutivos del Derecho penal: la protección de la dignidad humana, y el aseguramiento del bien común<sup>18</sup>; por lo tanto, los demás principios penales tendrán como base originaria estos dos presupuestos. El bien común puede entenderse como el conjunto de condiciones que permiten la convivencia pacífica de las personas en condiciones de equidad; en tanto que la dignidad es el conjunto de condiciones que permiten la existencia plena de un individuo y la posibilidad de que éste se desarrolle y se realice sin sufrimientos innecesarios<sup>19</sup>.

---

18 Yacobucci, Guillermo. Obra Citada. Pág. 94.

19 No compartimos en este caso la noción de dignidad propuesta por Yacobucci (criterio expuesto en su obra citada, Pág. 230 y sig.), con sustento en la filosofía de Tomás de Aquino, pues se construye sobre el principio de superioridad del ser humano sobre las demás criaturas, tomando como evidencia para esto su racionalidad; principio cuestionable por vía de la confrontación con la existencia de seres humanos privados de sus facultades y la de animales con más racionalidad que la de niños pequeños o adultos con enfermedad mental. Coincidimos más bien con nuevos planteamientos como los del australiano Peter Singer (a lo largo de su obra *Liberación Animal*, Editorial Trotta S.A. Madrid, España, 1999), criticado precisamente por Yacobucci, ya que se refiere a la capacidad de sentir dolor como la base de la dignidad de las criaturas humanas y no humanas. Fundamentamos nuestra adhesión a estas ideas en el hecho empíricamente estudiado, de que los mamíferos y otros organismos complejos poseen un sistema nervioso central que les da la cualidad de seres "sintientes" y por lo tanto algún nivel de conciencia, aunque no sea en

Un modelo garantista debe ser tutelar para inmunizar al ciudadano contra los abusos del poder y salvaguardar la dignidad de las personas. La existencia de un sistema jurídico supone la existencia de bienes valorados por la mayoría, los cuales se protegen sobre la base de un imperativo categórico<sup>20</sup> universalmente aceptado: el ser humano en todos los casos no debe ser tratado como medio, porque es un fin en sí mismo.

En suma, las leyes no pueden convertirse en un camino para apuntalar una pretensión política o para probar que el poder punitivo es eficiente. Y por lo tanto, siendo estrictos y consecuentes con nuestras afirmaciones, nos adherimos al modelo garantista y al Derecho penal mínimo porque creemos, con Popper, que se construye civilización en la medida en que se disminuye la violencia, y ésta no puede provenir del propio Estado sino en casos muy excepcionales.

---

el mismo grado que la del ser humano normal adulto. En la corriente filosófica del “animalismo”, la base de la ética es la capacidad de sentir, no la de razonar; por lo tanto es posible hablar de un bienestar (*wellbeing*) animal en general (que incluye al ser humano) que sería la meta de todas las consideraciones de la práctica moral. Aquellos que se oponen al sufrimiento humano deben oponerse igualmente a que se les inflija sufrimiento a los animales.

- 20 El filósofo alemán Immanuel Kant creía en una ética no empírica sino puramente racional, que debía basarse en un principio universal válido en todo tiempo y en todas partes, al que llamó “imperativo categórico”, como ley moral suprema y absoluta de los seres racionales. La definición del imperativo categórico se formula así: “Obra de modo que tus máximas puedan al mismo tiempo constituirse por ellas mismas en leyes universales naturales”. (Runes Dagobert D., Diccionario de Filosofía, Ediciones Grijalbo S. A., Caracas, Venezuela, 1994. Pág. 54).

## Bibliografía

- Cerezo Mir, J. (2001). *Temas Fundamentales del Derecho Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (2000). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías: la Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La Víctima en el Proceso Penal*. España: La Ley-Actualidad S. A.
- Roxin, C. (2007). *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Runes, D. (1994). *Diccionario de Filosofía*. Caracas, Venezuela: Ediciones Grijalbo S. A.
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (2007). *Revista Ciudad Segura*. Quito, Ecuador. No. 20 (2-12).
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Yacobucci, G. (2002). *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal (Parte General)*. Buenos Aires: Ediar.



# **¿Participar o no participar en política? ...La gran interrogante**

**Malo Ana Isabel**

Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad del Azuay,

Av. 24 de Mayo,

Cuenca - Ecuador

Correspondencia: [anismalo@uazuay.edu.ec](mailto:anismalo@uazuay.edu.ec)

## **Sinopsis**

La voluntad de participar –o de no hacerlo- activa, voluntaria y decididamente en política ha sido desde tiempos remotos una interrogante constante para el individuo. En tiempos pretéritos, muchos sujetos a pesar de su deseo de intervenir, se vieron limitados por razones de índole ajena a su voluntad. Hoy en día la principal forma de participación política continúa siendo la electoral, sin embargo ha habido un notorio incremento en las formas de involucramiento político. En el presente artículo se analizan desde la perspectiva de la ciencia política y con ayuda de consulta en textos de doctrina, los diversos móviles y los factores disuasivos para la mencionada participación.

**Palabras Clave:** Participación, derecho, brecha, política, voto, reflexión, involucramiento, segregación, esporádica.

## **Abstract**

The will or not to participate actively, voluntarily and resolutely in politics, since ancient times has been a constant question for the individual. In past times, many individuals, despite their desire to express themselves politically, were limited for reason which are beyond their control. Today the main form of political participation remains in the election; however, there has been a remarkable increase in the ways and forms of political involvement. In this paper, we analyze from the perspective of political science and consultative assistance of doctrine, the various mobiles, and disincentives for that participation.

**Keywords:** Participation, legislation, brecha, politic's, vote, reflection, involvement, segregation, sporadic.

Algún tiempo atrás se me pidió que escribiera un artículo con ocasión de celebrar la Facultad de Ciencias Jurídicas su vigésimo quinto aniversario de creación y, la verdad, fui posponiendo día tras día la tarea, como si tuviera cierto gustito por procrastinarla ad infinitum...pero, el encargo me resultaba imposible de esquivar, y, es por ello que decidí escribir sobre la participación o no participación en política, tema que finalmente resulta relacionado con mi primera actitud frente al presente artículo.

En fin, comenzaré diciendo algo que es bien conocido por la mayoría o creo debería serlo. En los albores de la democracia, allá en la magnífica y lejana era de los helenos había, por lo menos en teoría, una considerable tendencia de los ciudadanos pertenecientes a la polis por involucrarse en la política, y las ciudades-estado poseían o adquirirían diferentes formas de organización social, de normas a ser impuestas a ese conglomerado humano, y también diversas instituciones de corte gubernamental.

Sin embargo en la mismísima Grecia, estandarte y ejemplo a seguir de la democracia en el mundo, y en este punto me refiero obviamente a la antigua Grecia, cuna de extraordinarios filósofos como Sócrates, Tales de Mileto, Platón o Aristóteles, por nombrar solo a algunos de ellos, y no aludir al actualmente famoso y poco popular moderno Estado griego que, lamentablemente por la impericia o la falta de claridad política de sus últimos gobernantes, ha sufrido algunos notables tropiezos en su sistema democrático, que obligan a los actuales líderes a buscar en los consensos la salida al estancamiento político gubernativo en el que hoy se hallan. Retomando la reflexión, incluso en la clásicamente llamada democracia ateniense, el involucramiento en lo político estuvo limitado

y no necesariamente por una cuestión de falta de interés en el manejo del poder, más bien por una bien meditada segregación hacia ciertos elementos que, aunque vivían en la polis, no eran merecedores de tal participación, concretamente los esclavos, los metecos, y en ese entonces, por supuesto, las mujeres.

Curiosamente con el devenir del tiempo la participación política ha aumentado en forma manifiesta, pero en ningún caso ha llegado, por lo menos en mi criterio, a ser masiva. Cabe aquí una puntualización, me refiero a la participación o al involucrarse voluntariamente en la esfera de lo político, pues, si consideramos casos como el de nuestro país, donde el sufragio a más de ser un derecho, es contemplado también como un deber, y la proporción de participación popular evidentemente aumenta de manera ostensible. En este punto bien cabe la reflexión de que si el pronunciamiento en las urnas es un derecho, entendido este último como la capacidad o facultad que tenemos para hacer algo en virtud de una norma, de una disposición o de la decisión de una autoridad competente que, conforme al ordenamiento jurídico vigente, nos lo permite, ¿es posible forzar al ejercicio de dicho derecho? Dicho de otro modo, si yo tengo derecho a la libertad de expresión por ejemplo, ¿puede obligárseme a expresarme aún en contra de mi propia voluntad?

Circunscribiéndonos al mero asunto etimológico, la participación, como sustantivo proviene de participar, y este del latín, *participare*, es decir, tomar parte en algo. Evidentemente desde mi óptica presumo que quien toma parte en algo, debería por lo menos, analizarlo, y en caso de hacerlo, conscientemente consentir o no en ello, es por eso que, pienso que la participación, conlleva por lo menos

en mínimo grado voluntad reflexiva y valorada de formar parte de algo. Al respecto, Carol Jean Uhlaner (1986) sostiene que desde la perspectiva de la psicología política, la participación política necesariamente acarrea una intención que tiene como propósito teleológico concreto, la conquista de unos determinados logros políticos.

Es entonces cuando nos reconocemos a nosotros mismos como seres protagónicos en la construcción de nuestro devenir social, y, eventualmente nos emociona la idea de ser sujetos activos en dicho proceso. Pero el entusiasmo dura poco y es muy reducida su esfera de actividad, pues la participación, en un gran número de supuestos suele verse reflejada en conversaciones casuales con un grupo de colegas sobre un candente escándalo de un servidor público; el colocar en nuestro vehículo un adhesivo con el logo del partido político de nuestra preferencia; la buena disponibilidad de participar en aquella marcha de estudiantes universitarios en pro de mayores beneficios sociales y, por qué no decirlo, para evitar la molesta y tediosa hora de clase con el profesor de turno...pero cabe preguntarse si estos fenómenos aislados y en muchas ocasiones inconexos son susceptibles de calificarse como real participación política.

Según Lester W. Milbrath, en su libro "*Political participation, How and why does people get involved in politics?*" (1965) señala en primer lugar que la participación política es " el comportamiento que afecta o busca afectar las decisiones del gobierno" y a su vez, sostiene que, dicha participación es acumulativa. Este es, sin duda, un interesante aporte, puesto que muchas veces consideramos como participación política, como lo señalé anteriormente, un eventual encuentro con la política,

a través de convencer a nuestro círculo de familiares o relacionados de que apoyen a un determinado candidato en los próximos comicios provinciales. No quiero decir, en modo alguno, que el ejemplo anterior no constituya acción o participación política, sin embargo en la mayoría de las ocasiones, la misma queda limitada a estas esporádicas y puntuales demostraciones de interés político.

Siguiendo entonces el análisis de Milbrath, las personas que deciden intervenir activamente en política, regularmente lo hacen de manera habitual; entonces a una determinada acción, sigue la próxima y así se van adhiriendo otras más, de esta manera se forman patrones conductuales con alto contenido político.

Es importante señalar que a diferencia de otras relaciones humanas donde el individuo muchas veces se conforma con ser un simple espectador, en política no es esa la realidad, pues a pesar de su poca constancia en la búsqueda de repercutir políticamente, el ser humano siempre busca de una manera más o menos profunda influir en las decisiones que toman sus líderes comunitarios y que tarde o temprano tendrán directa incidencia y repercusión en su vida personal. Normalmente su participación será en la mayoría de los casos, lo menos notoria posible, y solo se dará cuando de acuerdo a su juicio la situación sea tal que amerite involucrarse, caso contrario, siempre existe la opción de que otros se pronuncien a favor de sus intereses, mientras él hace otra cosa, y aquí recuerdo al gran John Lennon que en la canción “Beautiful Boy (Darling Boy)” llegó a decir que “ La vida es lo que nos pasa mientras estamos ocupados haciendo otros planes”.

En décadas pasadas se hizo más fuerte la participación en política, probablemente desde la aparición y reconocimiento constitucional de los llamados derechos de segunda generación o igualdades. Ya no fue suficiente contar con un catálogo de derechos que nos facultaban a obrar con relativa libertad, pues, cuando los individuos fueron dándose cuenta de la trascendencia de la eliminación de barreras que discriminaban a unos sujetos de otros, hubo un período considerablemente largo de participación política que buscaba eliminar aquellas barreras de inequidad o por lo menos hacerlas menos perceptibles.

Existen sucesos históricos recientes de gran envergadura, que plasman un alto nivel de participación popular que, sin desconocer o siquiera aminorar aquellos otros acaecidos en tiempos más lejanos, hay que subrayar: el hecho de que la participación política más global, llevada a cabo en forma consistente ha sido fruto de los últimos años. Así podemos traer a la memoria eventos como el proceso de descolonización europea en los continentes asiático y africano en el siglo XX, con la independencia de países como Líbano, Etiopía, Corea, India o Pakistán y, al hacerlo, resulta casi imposible no citar al líder pacifista Mahatma Gandhi, quien encabezó una protesta no violenta basada en la desobediencia civil, y a través de la misma logró una cuantiosa participación de su pueblo en contra del dominio del imperio británico, es bien recordada desde la perspectiva histórica la afamada marcha de la sal, en la primavera de 1930. Y, siguiendo la línea de protesta de Gandhi, Martin Luther King Jr., quien a través de sus discursos y su obra logró el reconocimiento de los derechos civiles para los afroamericanos de su país, lo mismo que años más tarde consiguiera Nelson Mandela

para los sudafricanos. En todos estos casos es importante relevar la participación colectiva para la obtención del éxito alcanzado ya que no hubiesen sido posibles aquellas conquistas sin los cuantiosos partícipes anónimos que fueron inspirados por los grandes adalides.

Si hablamos de la participación en torno al género podemos hablar del movimiento de las sufragistas que consiguieron implantar el derecho al voto femenino, la forma más tradicional de participación política a mediados del siglo XIX, más adelante nuestra valiente y decidida Matilde Hidalgo de Prócel, fue la primera mujer ecuatoriana en ejercer el derecho constitucional al voto en una elección. Hoy en día es impensable no conceder derecho a pronunciarse en las urnas para cualquier mujer en goce de sus derechos de ciudadanía como principio fundamental de nuestro Estado, al punto que, incluso la participación en los comicios puede ser ejercida por nuestros compatriotas radicados en el extranjero.

La religión ha sido también un elemento que ha servido de excusa o de móvil en la participación política, sobre todo cuando un número considerable de habitantes de una determinada localidad ha sido víctima de discriminación o de intolerancia por profesar una fé religiosa diferente a la mayoritaria, recapitulando que uno de los principales postulados del mayor conflicto bélico del siglo pasado fue el antisemitismo.

El fundamento esencial de la participación política es pues, disminuir la intermediación en el poder, dicho de otro modo, quienes participan necesitan al menos en cierta medida y en determinadas circunstancias actuar en nombre propio, y no simplemente a través de quien en teoría los

representa. Abro aquí nuevamente la interrogante pues, quienes nos representan, ¿realmente lo hacen en nombre de la mayoría ciudadana? o ¿representan a la mayoría de quienes pudieron ejercer en las urnas su voluntad electoral y estaban debidamente inscritos en el padrón correspondiente?

La democratización, entendida como aquel proceso de afianzamiento de los postulados básicos de la democracia, entraña sin lugar a dudas, el concepto mismo de participación política. Una democracia madura y consolidada debería tener un alto grado de participación política de sus habitantes. No obstante, como ya se había dicho con anterioridad, en la mayoría de los supuestos dicha participación se reduce únicamente a presentarse periódicamente en las elecciones convocadas y ejercer el derecho al sufragio. La desidia y la apatía política, parecen ser la regla, principalmente en ciertos países donde las necesidades básicas están cubiertas, entonces, parece ser que los individuos se preguntaran ¿Para qué tomarse la molestia de participar?

En el libro “Política y Ciencia Política: una introducción” de Michael Sodaro, al referirse a la hipótesis de *la lógica de la acción colectiva* de Mancur Olson el autor sostiene que, para un gran número de personas los costes y riesgos de la acción política, la defensa por un grupo cierto de individuos de sus propios anhelos individuales y la poca evidencia de cambios en la conducción gubernamental como producto de acciones participativas aisladas son, entre otros, excelentes factores disuasivos en el momento de decidir si participar o no en política.

Resulta entonces que es permanentemente un pequeño grupo de personas quienes participan e inciden

en política de manera sólida y sostenida, pues el resto lo hará de modo casi forzado e inevitable en contadas ocasiones a lo largo de su vida.

Además es importante poner de relieve el hecho de que si bien existen individuos que poseen motivaciones para participar políticamente, también existen ciertos factores por los que se abstienen de hacerlo. Los tres factores primordiales para la no participación son la apatía, explicada ya y que se sintetiza en *la lógica de la acción colectiva*, la discriminación y el temor.

La discriminación también fue abordada, y más bien la participación política de un gran número de gente ha servido en la mayoría de las ocasiones para desaparecer o por lo menos menguar esos signos de segregación. Finalmente está el miedo, justificado o no a pronunciarse, con respecto a este último, al ser un factor de orden psicológico muchas veces inhabilita por completo al individuo que, aunque está consciente de que, para su opinión las cosas no van bien, considera que en el caso de esgrimir sus ideas, eventualmente las cosas pueden ir peor, por lo menos para él. Contrariamente a lo que sucede con el miedo, la ira y la decepción, también como emociones negativas, incrementan y sirven muchas veces de móvil decisivo en la voluntad de participación e incidencia política.

Hay evidentemente formas de participación política institucionalizada. Es el caso de los partidos políticos, los movimientos sindicales, los gremios, etc. Los primeros constituyen probablemente la forma más común de participación política, luego del voto y son, por tanto, los primeros puentes, enlaces, intermediarios entre la voluntad popular y los detentadores del poder público,

convertidos en gobierno. En la actualidad, no obstante, cabe puntualizar que por diversas razones, dichas organizaciones partidistas en muchos de los casos no han logrado cumplir los primordiales objetivos para los que fueron creados y han sido desplazados en su empeño de interlocutores por otro tipo de grupos como los movimientos políticos y sociales, cuya aparición y accionar hoy en día en realidades políticas como la del Ecuador, es percibida para la gran masa popular, como una vía más idónea para transmitir los intereses generales de la población.

La participación política está matizada por ciertos elementos centrales de la cultura política, a saber, el acceso a la información, que motiva luego de conocer una determinada noticia a hacer algo al respecto; así si nos enteramos de que va a haber una reducción en el subsidio de un servicio público considerado prioritario, muy probablemente muchos pensemos dos veces antes de tomar la salida más fácil que es aquella del quemeimportismo y de la espera de que otros reaccionen por mí y por mis intereses. Un segundo aspecto a tomar en cuenta es el afectivo, es decir, los sentimientos de apego o desapego a una determinada circunstancia política o a un personaje de la esfera pública que nos hacen vernos impulsados a actuar de forma directa por el apego o rechazo que sentimos hacia este o aquella. Finalmente la evaluación o juzgamiento que hacemos de la combinación de los dos factores anteriores da también como resultado en algunas ocasiones que tomemos la decisión de participar y manifestarnos en tal o cual sentido.

Existen adicionalmente diferentes variedades de participación, aquella que avala lo realizado por el poder constituido va a ser naturalmente bien recibida por el

mismo, y por tanto, canalizada e incluso alentada, pues, la misma va a incidir en la percepción que un determinado sector poblacional tenga respecto de la gestión del gobierno, dicho de otro modo, este tipo de participación va a ser favorecida y aplaudida. Ahora bien, no siempre las cosas ocurren de esta manera, y en numerosas ocasiones también la manifestación participativa del pueblo se realiza de modo no convencional y en contra del sistema establecido, es entonces cuando se genera un alto grado de conflictividad y la participación suele ser repelida en forma violenta.

Regularmente cuando las necesidades básicas no son siquiera mínimamente satisfechas, cuando hay altos índices de represión, cuando existe polarización en la pirámide social, estallan de manera incontenible aquellas formas de participación violenta que son adicionalmente ilegales pero no necesariamente son siempre ilegítimas. A lo largo de la historia existen procesos de subversión bastante conocidos muchos de ellos como revolucionarios, así por ejemplo, los campesinos y obreros soviéticos, liderados por grupos más instruidos de la Rusia zarista e inspirados en los escritos de Marx y Engels encabezaron un proceso de rechazo al régimen monárquico que les gobernaba; otras formas de participación política de tinte subversivo tristemente acaban sacrificando al pueblo por el que abogaban en un inicio y se vuelven formas de participación política nefasta, dentro de nuestro continente podemos citar al movimiento armado peruano “Sendero Luminoso”, quienes sostenían haber sido inspirados en las enseñanzas de un famoso político y escritor socialista de su país José Carlos Mariátegui La Chira.

Al respecto el profesor de Ciencia Política de la Universidad Victor Segalen de Burdeos, Louis-Naud Pierre en su curso introductorio a la politología, citando al célebre sociólogo estadounidense James Chowning Davies, manifiesta que según este último para cumplir con la teoría de la “Curva de J”, la revolución se presenta como una respuesta obligatoria a la brecha existente entre las aspiraciones y la satisfacción de las mismas. Davies dice que *“La brecha entre el deseo y la realidad se vuelve tan insoportable que provoca una revolución, dado que, esta frustración es generalizada en el conjunto de la sociedad y que los diversos estratos sociales la sienten de igual manera”*

Estamos tal vez presenciando el surgimiento de un nuevo modelo político, donde ya no es suficiente que un grupo de ciudadanos a quienes el pueblo delegó en uso de su potestad soberana, para que se conviertan en sus voceros y en guardianes fieles del cumplimiento de los intereses colectivos. ¿Quizá el gran conglomerado popular fue demasiado confiado y crédulo? Es la hora del fortalecimiento de la democracia participativa en la medida en la que ese mismo pueblo puede actuar e intervenir en forma más o menos directa en el rumbo de su futuro político. ¿Estamos acaso en la vía de llegar de modo paulatino a esa quimera política, la democracia directa?

## Bibliografía

- Milbrath, L. W. (1965). *Political participation. How and why do people get involved in politics?* Chicago: Rand Mc. Nally & Company.
- Pierre, L. N. (2003-2004). *Campus Numérique Franophone*. Recuperado el 19 de Junio de 2012, de Introduction a la Science Politique:  
<http://www.bj.refer.org/cnf/IMG/pdf/introsciencepolitique.pdf>
- Sodaro, M. (2004). *Política y Ciencia Política:una introducción*. Madrid: Mc.Graw & Hill Interamericana.
- Uhlener, C.J. (1986). *JStor*. Recuperado el 19 de Junio de 2012, de Political Participation, Rational Actors, and Rationality: A new Approach  
<http://jstor.org/discover/10.2307/3791256?uid=3737912&uid=2&uid=4&sid=47699095713427>