

CAP JURÍDICA  
REVISTA DE LA ACADEMIA  
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

DICIEMBRE, 2016

CAP JURÍDICA

Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha

ISSN: 2550 - 6595

N.º 2 Segundo semestre de 2016 (año uno)

Quito-Ecuador - SEMESTRAL

Esta revista debe citarse así: CAP JURÍDICA, N.º 2, diciembre 2016, Quito.

*Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.*

CAP JURÍDICA, Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

#### COMITÉ EDITORIAL

Manuel Atienza PhD (Universidad de Alicante-España)  
Antonio García Amado PhD (Universidad de León-España)  
Ramiro García Falconí PhD (Universidad Central del Ecuador)  
Agustín Grijalva Jiménez PhD (Universidad Andina Simón Bolívar-Sede-Ecuador)  
Urs Kindhäuser PhD (Universidad de Bonn-Alemania)  
Alí Lozada Prado PhD (Universidad de Alicante-España)  
Agustín J. Pérez Cruz Martín (Universidad A' Coruña-España)  
Angélica Porras Velasco PhD (Universidad Internacional SEK-Ecuador)

Directora de la revista: Angélica Porras Velasco

Edición: Cristina Pólit G. - Carlos Ortega M.

Diagramación y diseño de portada: Carlos Ortega M.

Impresión: Imprenta Voluntad

Para suscripciones y/o cualquier comunicación dirigirse a:  
Directora de la Revista CAP Jurídica  
Colegio de Abogados de Pichincha:  
Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito.  
revistacapjurídica@gmail.com

MIEMBROS DE LA ACADEMIA  
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

DR. VÍCTOR GRANDA AGUILAR  
DR. ALÍ LOZADA PRADO  
DR. CÉSAR MONTAÑO GALARZA  
DR. LENIN NAVARRO MORENO  
DR. ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ  
DRA. ANGÉLICA PORRAS VELASCO  
DR. HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA  
DRA. ISABEL ROBALINO BOLLE  
DR. JULIO CÉSAR TRUJILLO

## ÍNDICE

- Editorial, HERNÁN RIVADENEIRA _____	11
- La judicialización de los procesos de descentralización y autonomía. El caso del Tribunal Constitucional Español y el desarrollo autonómico JORGE O. BERCHOLC _____	15
- El control de convencionalidad a través del control concreto de constitucionalidad en el Ecuador RODRIGO DURANGO C. _____	67
- Las marcas de distribuidor y el derecho de la competencia en el Ecuador LENÍN HURTADO ANGULO _____	111
- La doctrina del margen de apreciación nacional su recepción en el sistema europeo de derechos humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN Y MARÍA SOL BUCETTO _____	145
- La función del <i>compliance</i> en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica STALIN RAZA CASTAÑEDA _____	187
- Consentimiento informado en adolescentes para tomar decisiones en temas relacionados con su salud, salud sexual y salud reproductiva ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ _____	245
- Autores en este número _____	289
- Normas editoriales _____	293

---

## **EDITORIAL**

En esta oportunidad, el segundo número de la Revista CAP Jurídica, de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha, recoge artículos de juristas nacionales y extranjeros sobre Derecho Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Económico, Derecho Penal y Derechos de la Niñez y Adolescencia.

El artículo de Jorge BERCHOLC contiene los resultados de su investigación sobre la judicialización del proceso de descentralización política en España, para ello estudia los conflictos entre las comunidades autónomas españolas y el propio Estado central resueltos por el Tribunal Constitucional.

Rodrigo DURANGO, por su parte, plantea que el control concreto de constitucionalidad, recogido en la legislación ecuatoriana, es

el mecanismo procesal por medio del cual los jueces ecuatorianos deben realizar el control de convencionalidad.

Lenin HURTADO nos brinda una visión sobre las marcas de distribuidor y el derecho de la competencia en el Ecuador. Describe el proceso por el cual las llamadas marcas blancas dejaron de ser un nombre comercial que identificaba a las cadenas de distribución, para convertirse en marca de sus propios productos, lo que podría llevar a generar una situación de dominio en el mercado, perjudicando la competencia.

Marcelo Alberto LÓPEZ ALFONSÍN y María Sol BUCETTO analizan la doctrina del margen de apreciación nacional, consideran que es una pauta hermenéutica nacida en el sistema europeo que se extendió a América y provee a los Estados un modelo para la interpretación de las normas convencionales, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil.

El artículo de Stalin RAZA estudia varios aspectos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde la compatibilidad constitucional de las mismas hasta la necesidad o no de elaborar una nueva dogmática penal para explicarla considerando que la teoría estándar se ha mostrado insuficiente.

Ana Cristina VERA SÁNCHEZ realiza una reflexión legal desde el marco de los Derechos Humanos y la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en cuanto a su salud y su salud sexual y reproductiva.

Con estos aportes la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha deja constancia de su compromiso con el estudio riguroso del Derecho y la necesidad de ofrecer una herramienta de formación y consulta para sus afiliados.

Hernán Rivadeneira Játiva  
Presidente de la Academia

Quito, diciembre de 2016

---

**LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE  
DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA.  
EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ESPAÑOL Y EL DESARROLLO AUTONÓMICO<sup>1</sup>**

JORGE O. BERCHOLC<sup>2</sup>

**RESUMEN**

El sustrato teórico e ideológico para dar soporte a un proceso de descentralización es variado y presenta matices contradictorios. El modelo constitucional de federalismo “integrado”, con muchas competencias concurrentes, hace que ellas sean más difusas generando conflictos por la delimitación de las mismas. Por ende, tomando como ejemplo el caso español, el Tribunal Constitucional debe asumir una actividad intensa y un rol muy activo, aún mayor del que generalmente debe asumir un alto tribunal, para resolver conflictos de competencia en federaciones de modelo “dualista”.

Por la dispersión de opiniones y enfoques de la doctrina resulta menester producir conocimiento objetivo, riguroso y

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por el autor el 29 de junio de 2016 y aprobado el 20 de noviembre de 2016

<sup>2</sup> Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires, Profesor Catedrático de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Catedrático de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación, Universidad Abierta Interamericana.

microscópico, que permita acercarse a lo nodal del proceso y comprenderlo con más sofisticación, no solamente desde posiciones, en exceso, “generalistas”.

### **PALABRAS CLAVE**

Descentralización, Tribunal Constitucional, desarrollo autonómico y control de constitucionalidad

### **ABSTRACT**

The theoretical and ideological substratum to give support to a process of decentralization, is changed and presents contradictory shades. The constitutional model of “integrated” federalism, with many concurrent competences, does that they are more diffuse generating conflicts for the delimiting of the same ones. In the Spanish case the TC must assume an intense activity and a very active, major role of the one that generally must assume a high court, to solve conflicts of competence in federations of “dualistic” model.

The dispersion of opinions and approaches of the doctrine require to produce objective, rigorous and microscopic knowledge, which allows to approach at the process and to understand it with more sophistication, not only from positions, in excess, “general practitioners”.

### **KEY WORDS**

Decentralization, Constitutional Court, autonomous development and judicial review

## INTRODUCCIÓN

El trabajo presenta la articulación readaptada de un marco teórico general que enmarca los resultados relacionados de una investigación empírico-cuantitativa reciente, parte de una investigación mayor, sobre el Tribunal Constitucional español. La relación entre un marco teórico preexistente y los hallazgos relacionados y pertinentes de una investigación posterior, completa el circuito científico de generación de conocimiento con metodología de triangulación, que resulta recomendable a fin de la sustentabilidad de la producción científica, entendida como un proceso de producción de conocimiento arduo, sistemático y diacrónico.

El trabajo presenta insumos, datos y evidencia empírica, cuidadosamente desagregada, de un caso concreto de judicialización extrema de un proceso de descentralización política, que se observa en España. El caso se presenta a través del conflicto entre las comunidades autónomas españolas, entidades parte del Estado central y el propio Estado central español.

El análisis y presentación de esos insumos, y las razones epistemológicas que hacen menester el uso de evidencia empírica para la debida sustentación y corroboración de enunciados sobre estos tópicos y para superar la dispersión de opiniones altamente contradictorias de la doctrina se presentan en las varias secciones del trabajo.

Las mismas están precedidos por una primera sección que presenta distintos enfoques doctrinarios, de justificación teórica sobre las bondades de un proceso de descentralización. El enunciado de ese marco teórico general muestra, por la dispersión observable

y por sus contradicciones, las limitaciones de los esquemas generalistas que carezcan de evidencia e insumos empíricos para su mayor consistencia y desagregación analítica.

Se incluye una sección final con conclusiones sobre el caso español, las cuales permiten la identificación expresa de consecuencias y problemas en un proceso de descentralización política sometido a la jurisdicción.

El trabajo pretende aportar, a través de la confrontación de los marcos teórico-doctrinarios existentes con los insumos y evidencias empíricas de una investigación sobre el Tribunal Constitucional español, en su producción sobre el control judicial de un proceso de descentralización política, nuevas perspectivas y conocimiento que permitan identificar con mayor desagregación y eficacia los conflictos, tensiones, implicaciones y complejidades de los procesos de descentralización que no son buenos intrínsecamente, y que deben ser observados con atención, considerando las condiciones objetivas de posibilidad y realización en cada caso concreto.

También se pretende realizar un aporte que permita desmitificar ciertas categorías conceptuales, que son tratadas sin el rigor científico necesario para el desarrollo de un conocimiento consistente, a fin de superar debates estériles, difusos y contradictorios.

## COMPLEJIDADES EN LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA DESCENTRALIZACIÓN

El sustrato teórico e ideológico para dar soporte a un proceso de descentralización es variado y presenta matices contradictorios.

En principio, los más utilizados son:

1. El argumento prodemocrático o *democratista* de la participación;
2. De la transparencia y el control de gestión de cuño más *republicanista*;
3. La desburocratización y la eficiencia que parecen responder a criterios *sistémicos*; y,
4. El principio de *subsidiariedad*, que puede ser leído en clave neoliberal o democratista.

### Justificación “democratista”

Uno de los argumentos teóricos más utilizados para llevar adelante y justificar un proceso de descentralización es el que rescata los beneficios y aportes que, “para democratizar la democracia”, se obtendrían, a través de la *participación* más directa y cercana de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de las agencias estatales.

Hablar de “democratizar la democracia”, de darle sustantividad a la democracia representativa o de generar mecanismos democráticos de *participación* directa o semidirecta, resulta un debate crucial de la ciencia política que no está en absoluto saldado, no sólo en los hechos de la política sino también en la vida académica y doctrinaria.

No obstante, en general se acepta, que lo intrínsecamente bueno de un proceso descentralizador es aquello prodemocrático que se genera, a través de una mayor participación ciudadana, de una mayor cercanía y aproximación de la población con los dirigentes que directamente toman las decisiones, con el incentivo de que las demandas de la población con respecto a aquellos temas que más le preocupen lleguen más rápidamente y sin filtraciones ni deformaciones al corazón del sistema político, en pos de superar la apatía ciudadana, la “privatización” de la política y obteniendo así, por parte del sistema, respuestas congruentes que resulten espejo sociológico fiel de las demandas, como consecuencia, precisamente, de esa cercanía.

En este caso, hay una comunicación fluida y una sensibilidad mayor, porque el dirigente que convive en unidades distritales más pequeñas con los ciudadanos, comparte con ellos el espacio público cotidianamente, sin mediaciones institucionales ni de los medios de comunicación; ello resulta plausible, en tanto ese funcionario demandado tenga los recursos necesarios para poder responder a ese cúmulo de demandas que van a caer sobre su responsabilidad.

Si se produjera un eficiente funcionamiento del sistema que redunde en a) demandas ciudadanas genuinas y b) respuestas congruentes, rápidas y satisfactorias de las agencias estatales/ políticas en un nivel cuantitativo y cualitativo aceptable, se estarían resolviendo, en efecto, varios problemas vinculados a las cuotas de legitimidad política de la autoridad, menester para una ordenada y eficaz acción de gobierno.

Sin embargo, debemos advertir que esa cercanía, plausible para la obtención de óptimos niveles de legitimidad, desde las dos

perspectivas señaladas en el párrafo anterior, puede tornarse contraproducente y aún complicar los niveles funcionales de legitimidad, si las agencias estatales no poseen los recursos necesarios –económicos, logísticos y humanos- para dar rápida, eficaz y satisfactoria respuesta a las demandas.

Esta cuestión no es novedosa, Hamilton y Madison, “padres fundadores” de los Estados Unidos de Norteamérica, en la época preconstitucional a fines del siglo XVIII, y durante el proceso de ratificación de la misma, en los “papers” de “El Federalista” hacían hincapié en esta dificultad de la democracia.

Ellos fueron muy críticos con los parlamentos estatales, institución a la que consideraban integrada por funcionarios apasionados, poco racionales y, aún en ocasiones, usando epítetos más duros por déspotas y aventureros, entre otros. Y se referían en esos términos porque les reprochaban su admisión de cualquier tipo de demanda por parte de poblaciones muy activas, que actuaban en forma facciosa; mostrándose incapaces de entender los intereses permanentes de la comunidad.

En los debates durante los años previos a la consagración de la Constitución, y aún durante la Convención Constituyente, se buscaron mecanismos y diseños institucionales que pusieran freno a la avalancha de demandas populares transformadas en leyes positivas.

Estos diseños de control, en clave “republicanista”, buscaban evitar que las presiones dadas por la cercanía entre demandantes (ciudadanos) y demandados (representantes políticos) generaran esa fiel polea de transmisión de demandas con sanción de normas positivas, un excepcional ejercicio democrático participativo,

pero visto desde otra perspectiva, una serie de actos irracionales y apasionados de demagogos dispuestos a satisfacer cualquier demanda, sin medir las consecuencias ni observar las objetivas condiciones de posibilidad.

Si justificamos en un sustrato teórico “democratista” la viabilidad y plausibilidad de un proceso de descentralización, previamente debemos afinar la idea respecto al tipo de democracia que pretendemos y a sus condiciones objetivas de posibilidad y de desarrollo eficaz. Más allá de gustos y de preferencias en clave teórica, habrá que cuidar que la cercanía y participación no terminen complicando los sistemas políticos que, aún sin semejante nivel de expansión democrática, están sometidos a disfunciones o complejidades en el proceso de toma de decisiones, tanto de las agencias estatales como de las organizaciones representativas.

Una de las disfunciones que se enquistan, merced a las promesas incumplidas de la burocracia y la oligarquización, es el denominado *clientelismo*<sup>3</sup>, atribuido a las estructuras excesivamente burocratizadas y cupulares, que se valen de una suerte de grupos de mano de obra disponible para llevar a cabo acciones de choque, presión o avanzada, en pos de fines favorables para la estructura y/o cúpula y por las cuales esos grupos reciben favores o privilegios.

Se argumenta que la descentralización ayudaría a resolver las prácticas clientelares. ¿Qué nos garantiza que en un proceso

---

<sup>3</sup> “Término técnico para una relación de dependencia recíproca entre dos actores (individuos o grupos) que disponen de diferentes recursos que utilizan para favorecerse mutuamente.” NOHLEN, Dieter. *Diccionario de Ciencia Política*, Tomo 1, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 212.

descentralizador no vayamos a tener mayores problemas de clientelismo? Ello ante la superposición de estructuras burocráticas y donde la cercanía cotidiana entre ciudadanos y representantes puede generar conflictos sin mediación posible entre ambas partes, generando presiones y tensiones de difícil pronóstico y resolución.

De modo que tampoco lisa y llanamente, en forma mecánica y pacífica, habrá una superación de las prácticas clientelares de la mano de un proceso de descentralización.

### **Justificación “republicanista”**

Si observamos que el origen del sistema de frenos y contrapesos tiene relación con el control del poder político, y que una de sus vertientes históricas es la experiencia en la consolidación del proceso constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, debemos remitir a lo ya citado de Hamilton y Madison, en “El Federalista”, y su preocupación por el control de los actos normativos influenciados por las mayorías.

En clave “republicanista”, se puede justificar la plausibilidad de un proceso descentralizador del poder en términos de transparencia en los actos de gobierno, de control del ejercicio del poder, de mayor limitación a partir del proceso de cesión de competencias y de fragmentación del poder central que, de otro modo, se tornaría omnímodo y autocrático.

Es útil referir aquí que, saliendo de la matriz “democratista” de la participación y profundizando en mecanismos efectivos de transparencia y fragmentación del poder, deben desagregarse distintas áreas posibles que deberán mensurarse para efectuar

análisis comparados realísticos sobre viabilidad y plausibilidad del proceso de descentralización, aplicado a circunstancias espaciales y temporales concretas, en pos de evitar juicios prescriptivos generalistas.

En ese sentido, habrá que distinguir entre dos niveles: **a)** *descentralización del poder* –competencias derivadas a cada unidad constituyente- y **b)** *descentralización del proceso de toma de decisiones a nivel federal* –importancia del nivel decisorio de cada unidad constituyente dentro de las instituciones de la federación-.

A su vez el primer nivel debe desagregarse en dos aspectos: 1) *alcance del poder* ejercido por cada unidad constituyente o cantidad de competencias derivadas y 2) *grado de autonomía* que cada unidad tiene para desempeñar las funciones derivadas.

Esta distinción se explica, por ejemplo, con el caso de un Estado central con muchas competencias descentralizadas (aspecto 1), pero que ejerce controles muy estrictos sobre el ejercicio por parte del ente sub-estatal o local de esas mismas competencias derivadas (aspecto 2).

Puede darse el caso opuesto de pocas competencias derivadas (aspecto 1) pero con gran autonomía para su ejercicio (aspecto 2).

Las posibles variables o indicadores útiles para mensurar en un trabajo comparado el grado de descentralización de un sistema político, deberían ser desagregadas en descentralización legislativa, administrativa, financiera, para agencias no gubernamentales y marco normativo constitucional.

Si bien estas variables requieren algún nivel de precisión mayor que el que someramente se hace en este artículo, resultan una buena aproximación a los principios epistémicos y metodológicos eficaces al fin propuesto<sup>4</sup>.

Los riesgos de los sistemas de frenos y contrapesos a efectos del control y la división del poder, que implican también a las ideas descentralizadoras para mayor control del proceso de toma de decisiones y para el establecimiento de límites al poder central, son los de su excesiva fragmentación.

Ello puede traducirse en una mayor valoración y protección de los derechos individuales y subjetivos respecto del poder central, pero en un debilitamiento de los procesos de consagración de derechos colectivos sociales. El exceso de subjetivismo o individualismo, en la justificación teórica “republicanista”, puede entorpecer procesos sociales y/o estatistas de inclusión y consagración de derechos sociales y expansión de políticas de intervención estatal, tendientes a solucionar problemas generados por desequilibrios económicos, desigual distribución de la riqueza, etc.

En general las ideas intervencionistas, o la toma de decisiones centralizada alimenta la idea de un poder central fuerte que contrapesa los desequilibrios del libre mercado. En esta línea, se encuentran los variados y actuales desarrollos *aggiornados* del denominado “decisionismo estatal”, cuya herramienta normativa más conocida y utilizada en las últimas décadas por todo gobierno de cualquier signo político han sido los célebres decretos de necesidad y urgencia (denominación en

---

<sup>4</sup> WATTS, Ronald. *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 185 y ss.

Argentina), o medidas provisionarias (en Brasil), o *executive order* (en los EE.UU.).

### **Justificación “sistémica”**

En las teorías sistémicas también pueden encontrarse justificaciones importantes para sustentar un proceso de descentralización.

El proceso de desburocratización y la cercanía del individuo demandante respecto de la agencia estatal, sub-estatal o local requiere, además, un proceso de burocracia más simple que pueda dar respuestas más efectivas y rápidas.

No cabe esperar que aquellos entes que deberían renunciar al poder político o presupuestario lo hagan voluntariamente; esta es una lección básica de ciencia política, ya enunciada en la conocida “ley de hierro de las oligarquías”, por el sociólogo alemán ROBERT MICHELS.

Se debe ser prudente ante el impulso de un proceso de desburocratización de los entes estatales centrales, pues la proliferación de entes descentralizados está produciendo una evidente superposición de estructuras burocráticas y, como lógica consecuencia, una abundancia normativa, producto de esas estructuras.

La justificación sistémica puede referirse también a la eficacia en la provisión de los servicios públicos, como objetivo válido para impulsar la descentralización de los organismos del área.

En el marco de criterios de racionalidad economicista, es posible que el proceso de descentralización revierta en una mayor eficacia

de la provisión de servicios públicos, entendidos en sentido amplio: educación, salud, policía, etc.

### **Justificación por aplicación del principio de subsidiariedad**

El principio de subsidiariedad pretende limitar la esfera de acción de los entes estatales, sosteniendo que todo aquello que puede ser bien y eficazmente hecho por los individuos o por las entidades sub-estatales o locales no tiene por qué ser invadido por ninguna entidad estatal.

El principio de subsidiariedad tiene por objeto garantizar que el proceso de toma de decisiones se desarrolle del modo más cercano posible al ciudadano.

En el caso de la Unión Europea el principio ha sido receptado por las normas jurídicas positivas aplicables a través de lo dispuesto por el artículo 3 B del Tratado de la Comunidad Europea, en pos de una mayor legitimidad y consenso por parte de los ciudadanos europeos de cada país, respecto de las instituciones comunitarias supranacionales. A fin de cumplir tal propósito, la UE se autoimpone una comprobación constante de que la acción que deba emprenderse a escala comunitaria se justifique en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión no actúa, excepto para los sectores de su competencia exclusiva, hasta que su acción se muestre más eficaz que una acción emprendida a nivel nacional, regional o local.

Los fundamentos jurídicos del principio en la UE los hallamos en:

**- Tratado de Maastricht (1992) artículo 3 B del Tratado de la Comunidad Europea (TCE):** “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al **principio de subsidiariedad**, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

**- Título I del Tratado de la Unión Europea (TUE) en referencia al artículo 3 B del TCE:** “[...] Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”.

**- Preámbulo del Tratado de la Unión Europea:** “[...] RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, [...]”.

Podrían rescatarse dos acepciones posibles del principio de subsidiariedad:

1) En clave conservadora, neoliberal, que persigue la eficiencia económica de sistemas descentralizados y la no invasión de esferas individuales, poniendo el límite a poderes centrales sumamente concentrados.

2) En los términos de la enunciación del principio por las normas jurídicas citadas de la UE, en la búsqueda de consensos y niveles de legitimidad funcionales para las instituciones supranacionales que podría enunciarse de esta manera: ¿para qué vamos a ceder competencias a entes supranacionales más alejados de las poblaciones a las cuales les tenemos que dedicar la decisión política, si lo puede hacer el ente inferior, nacional o subnacional de manera eficaz y en sintonía y cercanía con el sujeto colectivo destinatario de la decisión?

#### **INSUMOS ÚTILES PARA LA CORROBORACIÓN DE LA EFICACIA DE UN PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN. LA JUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO. EL CASO ESPAÑOL**

En España y Latinoamérica el análisis del Derecho suele emprenderse tradicionalmente y, aún hoy con frecuencia, de una manera prescriptiva y filosófica más relacionada al campo del “deber ser”. Se privilegia el discurso abstracto y normativista en desmedro de la generación de datos e insumos de conocimiento básico para, a partir de allí, plantearse prospectivas, recomendaciones o intervenciones sobre las instituciones.

En países anglosajones, en particular Estados Unidos y Canadá, se producen una gran cantidad de estudios empíricos sobre Derecho, la mayoría de ellos cuantitativos. Se interesan particularmente por las relaciones interpoderes a partir de datos e insumos materiales sobre la producción de las agencias estatales, la *performance* de instituciones y del personal que desempeña los roles institucionales, por ejemplo tribunales y jueces, los sesgos, tendencias o comportamientos más comunes y/o repetidos de esas producciones; y luego de ser detectados esos patrones,

se orientan a la búsqueda de las variables explicativas de esos comportamientos, a partir de allí se efectúan los análisis agregados y cualitativos, las hipótesis complejas e interrelacionadas, las prospectivas y recomendaciones operativas o de intervención estatal.

Este tipo de mirada, más desagregada y microscópica sobre el quehacer cotidiano de las agencias y los funcionarios judiciales permite ver cosas no visibles para las doctrinas demasiado generalistas o prescriptivistas, o en exceso sesgadas a lo filosófico.<sup>5</sup>

La generación de conocimiento riguroso, en términos empírico-cuantitativos, nos aproxima a la realidad de los conflictos sobre los que opera el Derecho y sus agencias. Situarnos frente a la realidad nos enfrenta a otras perspectivas que nos indican que los conflictos suelen decidirse por cuestiones que no se relacionan con los tópicos filosóficos, prescriptivos y doctrinarios o, al menos, no sólo por ellos y que, más aún, suelen disimularse los verdaderos motivos que existen detrás de una decisión normativa o judicial, con argumentos eufemísticamente jurídico-técnicos y/o filosóficos.

Es que si se sabe poco sobre las instituciones y agencias estatales, sobre lo qué producen, sobre el personal que desempeña los roles decisorios en ellas y sobre las características de los conflictos en los que operan, no se sabrá qué cambiar para mejorarlas o, peor aún, basados en diagnósticos errados, sólo sustentados en intuiciones, creencias, impresiones, principios ideológicos o

---

<sup>5</sup> BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 14 y 15.

prejuicios de cualquier tipo, se promoverán reformas, acciones y decisiones que producirán efectos institucionales y sociales no queridos e imprevisibles<sup>6</sup>.

El Derecho constitucional y las disciplinas afines no son ajenas a estas preocupaciones. El estudio de la Constitución no puede ser entendido al margen de las teorías sobre el Estado, o ignorando el conocimiento sobre la producción de sus agencias e instituciones, y sin el auxilio inter y multidisciplinario de perspectivas politológicas y de sociología jurídica sobre los fenómenos en los que opera.

Resulta muy importante la generación de conocimiento y el análisis crítico de la jurisprudencia constitucional, como producto final del juicio de constitucionalidad de la actividad de los poderes públicos y los particulares y como referencia de interpretación y aplicación de la Constitución por los jueces, los cuales resultan actores principalísimos del proceso.<sup>7</sup>

La justicia constitucional en general y en España, en particular, a partir de la creación de la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional (TC) afronta, entre otros, dos grandes campos de atribución y competencia y, por ende, de conflictos en los que interviene, relacionados a la descentralización que aquí nos ocupa.

En primer lugar, el conflicto político institucionalizado y extremo que, en rigor, implica el propio ejercicio del control de

---

<sup>6</sup> En este sentido, MOLINELLI, Guillermo; PALANZA, Valeria y SIN, Gisela. *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*. Materiales para su estudio, Temas, Buenos Aires, 1999, p. 21.

<sup>7</sup> DE ESTEBAN, J. *Curso de Derecho constitucional español III*, Madrid, 1994, p. 28.

la constitucionalidad, en especial el concentrado, que permite inhibir con efectos *erga omnes* los actos normativos de los otros poderes del Estado; dicho de otro modo, se inhiben las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el Poder Legislativo y la presidencia. Además, el llamado “activismo judicial”, el achicamiento del campo de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables” y las características actuales de las tareas de hermenéutica e interpretación de los tribunales dificultan la consideración de la tarea de los tribunales constitucionales como la de un mero “legislador negativo”.

La interpretación de la Constitución, a través de la jurisprudencia constitucional, siempre tiene carácter político, porque todo lo vinculado a ella y al Derecho constitucional es inevitablemente político, en tanto incorpora opciones de tal campo que suponen la elección de una vía por sobre otras posibles de atención y solución de conflictos, opciones que suelen tomarse por razones estrictamente de puja política o conveniencia social e institucional de oportunidad.

Además, los conflictos que se presentan ante el TC son, en especial en el caso del recurso de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia, disputas esencialmente políticas entre mayorías y minorías parlamentarias, o entre el Estado central y las CC.AA. (Comunidades autónomas)<sup>8</sup>. En suma, la jurisdicción constitucional refleja las tensiones y contradicciones políticas de la sociedad.

---

<sup>8</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. Memoria de Cátedra, Universidad Carlos III, Madrid, p. 31. En el mismo sentido PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 26.

Por otra parte, ello implica, una labor activa y creativa del TC impulsada por la ambigüedad de la Constitución y la existencia en ella de numerosas cláusulas generales, pues la CE contiene más cláusulas abiertas que cerradas, más valores y principios que reglas.<sup>9</sup>

En este sentido, se le atribuye al activismo del TC una labor de aplicación y validación de los principios y valores constitucionales, a través, de una tarea de recreación, adaptación y actualización a los nuevos conflictos y derechos que surgen. La Constitución es vista como un texto que alberga todas las respuestas, que deben ser buscadas y objetivadas por el TC<sup>10</sup>.

En segundo lugar, el papel fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder en Estados descentralizados o que se encuentran en vías de un proceso de descentralización, una cuestión de alta relevancia en España con el proceso de desarrollo estatutario de las autonomías, que presenta escenarios de alta complejidad y conflictividad política<sup>11</sup>.

Especialmente en España se previó una justicia constitucional concentrada, según la tradición europea, que, además, sería necesaria para organizar al Estado descentralizado y resolver sus

---

<sup>9</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 91 - 97.

<sup>10</sup> DÍAZ REVORIO, Javier. *La Constitución como orden abierto*, Mc Graw-Hill, 1997, y también *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.

<sup>11</sup> Seguimos en estos lineamientos el planteo de JAVIER DÍAZ Revorio en su material de presentación de los cursos de especialización en Justicia Constitucional, UCLM, campus de Toledo, 2006, mimeo.

conflictos territoriales de competencia y, más aún, cooperar en la organización territorial sólo prevista superficialmente por la CE pero no realizada por ella<sup>12</sup>.

Y, además, puede decirse que se ha llegado al punto actual del desarrollo autonómico, merced a la labor del TC, dada la escasa configuración constitucional en la materia y las ambigüedades de los estatutos de autonomía. El TC ha delimitado competencias arduamente y ha sido muy eficaz para encaminar y articular la compleja distribución territorial del poder que se discute en España<sup>13</sup>. Pero el TC, a pesar de esa valoración positiva que existe en la doctrina y que ha demostrado con su jurisprudencia, se encuentra en constante tensión y en medio de pujas de alta conflictividad política, que han dañado su credibilidad y legitimidad social. Su virtud inicial se ha ido transformando en defecto a la vista de vastos sectores de la sociedad. Es que la gran incógnita radica en cuestionarse hasta dónde el TC puede propender al desarrollo autonómico, si éste avanza cada vez más en las exigencias de competencias básicas, vaciando de las mismas al Estado central, hasta rozar concepciones soberanistas e independentistas. No debe perderse de vista que el TC abreva su legitimidad y legalidad en la CE como norma fundamental del Estado español. Allí, en la matriz y estructura lógica de su autoridad y poder se encuentran sus propios límites y hasta su propia supervivencia como autoridad competente.

---

<sup>12</sup> En este sentido, ARAGÓN REYES, Manuel, "25 años de justicia constitucional en España", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N.º 2, Ed. Porrúa, México, 2004, p.6.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 10.

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL DESARROLLO  
AUTONÓMICO A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Suele resultar inconducente extralimitarse en el uso y la definición de conceptos teóricos y tipos ideales de clasificación, según la tipología “weberiana”, si no se confrontan esos desarrollos prescriptivos con el devenir efectivo de los hechos, a través de la utilización de variables empíricas que permitan explorar, describir y entonces, por fin, comprender cómo están funcionando las relaciones institucionales de un Estado.

Un buen ejemplo de tal debate estéril lo da la discusión sobre la organización política del territorio que ocurre en muchos países, discutiendo su carácter federal, unitario o más o menos centralizado o descentralizado, sin observar y desagregar con detenimiento cómo funcionan las relaciones entre los distintos niveles estatales de gobierno. Las categorías conceptuales que se superponen de modo difuso son inconducentes para comprender una realidad compleja y particular como la del sistema español, si no son complementadas con datos de conocimiento básico que permitan establecer por dónde pasan los vectores de la organización territorial del Estado.

George ANDERSON, experto en federalismo, durante varios años presidente del *Forum of Federations* y buen conocedor del sistema político y jurídico español, considera a España un país con características federales, y sostiene que un observador desprevenido lo consideraría federal sin dudarle, a pesar de que tal denominación es evitada en la propia España por razones políticas, históricas y culturales<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> ANDERSON, George. *Federalism: An Introduction*, Oxford University Press, Canada, p. 4.

También sostiene que España, por las competencias delegadas a las CC.AA., o por el nivel de tributos que capta el gobierno central podría asemejarse a distintos modelos de países que se reivindican como federales<sup>15</sup>.

Según ANDERSON existen dos modelos de distribución constitucional de competencias: el dualista y el integrado. El dualista (los casos, por ejemplo, de Argentina, Brasil, Canadá o EE.UU.) otorga competencias distintas a la federación y a las unidades subnacionales. En cambio, el integrado (Alemania, Austria, España) otorga muchas competencias concurrentes que se superponen en cuanto a la materia entre la entidad estatal y la subestatal<sup>16</sup>.

Un ejemplo de ello resultan los artículos 148.1 y 149.1 de CE, que otorgan competencias a las CC.AA. y al Estado nacional muchas veces sobre materias similares, por ello se trata de competencias concurrentes. El diseño usual otorga al Estado nacional los lineamientos, ordenación y legislación básica, mientras que a las CC.AA. les corresponden la ejecución, implementación y legislación específica.

Así habrá materias de competencias exclusivas reservadas íntegramente al Estado; materias en los que los Estatutos de autonomías (EEAA) reservan éstas a las CC.AA.; finalmente, hay una amplia lista de materias y competencias compartidas en las que, en virtud de la CE y de los EEAA, tanto el Estado como las CC.AA. ostentan funciones y competencias en distintos niveles. Se trata de materias relevantes como la sanidad y la educación,

---

<sup>15</sup> Ibidem, pp. 33 - 34.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 16.

entre otras. El sistema, así compartimentado, resulta muy complejo y presenta distintas modalidades, en las cuales pueden existir una división de funciones legislativas para el Estado y ejecutivas para las CC.AA. en la misma materia, o aún compartir funciones legislativas por ambas entidades en la misma materia.

El modelo constitucional de federalismo “integrado”, con muchas competencias concurrentes, hace que ellas sean más difusas, generando conflictos por la delimitación de las mismas. Por ende, tomando como ejemplo el caso español, el TC debe asumir una actividad intensa y un rol muy activo, mayor del que generalmente debe asumir un alto tribunal para resolver conflictos de competencia en federaciones de modelo “dualista”.

Se ha dicho que “el Estado autonómico, generado por la Constitución de 1978, y configurado durante más de tres décadas, aparece por tanto como una forma de descentralización política importante, que otorga a las CC.AA. un volumen de poder equivalente a los *Länder* o Estados de sistemas federales, pero sin manifestar un carácter jurídico claro”<sup>17</sup>.

ANDERSON y también el reconocido Ronald WATTS tienen una perspectiva muy amplia y acogedora del federalismo, y por esa inteligencia admiten, prácticamente, que cualquier experiencia más o menos descentralizada implica algún tipo o grado de federalismo. Entiendo que así se le hace un flaco favor a su militancia pro-federalista. La difusa delimitación y precisión de la categoría conceptual, y su supuesta o pretendida adaptabilidad o flexibilidad, generan una idea laxa y poco rigurosa que no

---

<sup>17</sup> AJA, Eliseo. *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 16.

ayuda al debate científico. Es lo que sostuvo el recientemente fallecido ORTEGA ALVAREZ, en su crítica a la expansión de la denominación federal a cualquier sistema político que presente algún rasgo federalizante<sup>18</sup>.

En esa línea WATTS admite que los conceptos “federal” o “federación” y/o derivados, no se mencionan ni una sola vez en la CE ni en las disposiciones legislativas reglamentarias. Aún así, sostiene que España presenta características típicas de federalismo, y agrega un listado con alrededor de diez doctrinarios españoles que, con matices y voluntarismo, sostienen que existe federalismo en España<sup>19</sup>.

Hay juristas, como el fallecido magistrado del TC, Luis ORTEGA ÁLVAREZ, o SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA que son críticos o escépticos en calificar de federal al Estado español; otros, como TUDELA ARANDA, son muy prudentes al analizar el estado de las autonomías y a ver en él atisbos de federalismo, en especial por las asimetrías y heterogeneidades observables en el momento actual del desarrollo del proceso autonómico.

Por esta dispersión de opiniones y enfoques, resulta menester, una vez más, producir conocimiento más objetivo, riguroso y microscópico, que permita acercarse a lo nodal del proceso y comprenderlo con más sofisticación, no solamente desde posiciones en exceso “generalistas”.

---

<sup>18</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *¿Estado federal, integral o autonómico?*, Fundación Manuel Giménez Abad - CEPS, Madrid, 2010, pp. 91 y ss.

<sup>19</sup> WATTS, RONALD. *Sistemas federales*, op. cit, p. 56.

Al hablar de conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad en los que confrontan los órganos legitimados por el Art. 162.1.a CE ante el TC, se sobreentiende que se está hablando de problemas políticos entre el Estado nacional y las CC.AA. Incluso, la judicialización ha llevado a una actividad intensa por parte de los jueces ordinarios y en especial los autonómicos, a través de la introducción de cuestiones de inconstitucionalidad.

Se le critica desde las CC.AA. al TC la aplicación de criterios centralistas, lo que más allá de compartir o no el criterio, no puede resultar sorprendente, siendo una institución producto de la CE y del diseño institucional del Estado nacional, e implicando su acción e interpretación la última palabra constitucional, por tanto, de gran influencia.

Las críticas más relevantes al TC son:

1. El papel del TC es fundamental en la distribución del poder del Estado y el alcance de sus competencias y, además, la CE le permite lecturas diversas dada la ambigüedad con que trata el tema sobre competencias.
2. El legislador estatal promueve el centralismo y la uniformidad de la distribución de las competencias y el TC ha seguido la misma línea.
3. El TC puede cambiar ese sesgo, mediante una interpretación pro-autonómica, siendo que la CE y los Estatutos autonómicos permiten interpretaciones evolutivas y amplias en ese sentido.
4. El TC ha sostenido una jurisprudencia contradictoria y sinuosa en la materia.

5. Debe modificarse el sistema de elección de los Magistrados, dando cabida a las nacionalidades.

6. El retraso de las sentencias del TC unido a los efectos del Art. 161.2 CE retarda la entrada en vigor de las normas autonómicas impugnadas.

Este listado de impugnaciones lleva a la conclusión, desde el campo crítico y pro-autonómico, que el TC junto al legislador son instituciones que promueven el centralismo<sup>20</sup>.

Sin embargo, veremos que ha existido una conducta institucionalista por las propias CC.AA., quienes han hecho uso intenso de las vías procesales que la CE dispone para la delimitación de competencias y el desarrollo del proceso autonómico.

Las tareas del TC deben estar dirigidas a conseguir la máxima funcionalidad del sistema autonómico, no obstante ser una institución clave del diseño institucional del Estado nacional. La naturaleza política de las controversias que resuelve le obligan a proveer desde una óptica que tenga en consideración el principio de previsibilidad y anticipación respecto de las consecuencias de sus sentencias, sin dejarse llevar por construcciones dogmáticas poco realistas o por teorías puristas.

En ese sentido, se le ha reconocido al TC y ha sido proclamado por varios de sus presidentes la tarea fundamental de la institución en

---

<sup>20</sup> Hemos seguido para este listado a AJA Eliseo y PÉREZ TREMPES Pablo. "Tribunal Constitucional y organización del estado autonómico", en ESPÍN, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier (coords.), *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 146 y 147.

procura del desarrollo y construcción de las autonomías, proceso que la CE ha dejado abierto.

No obstante la contribución del TC al desarrollo de las autonomías, las definiciones venideras, cada vez más complejas y profundas y, por tanto, con una mayor dosis de politicidad, deberían ser afrontadas, en mayor medida, por las instituciones políticas, evitando un exceso de judicialización que dañará irremediablemente al TC por la desnaturalización de sus funciones. El TC ha sido vital en el avance del proceso de descentralización y, en todo caso, sus injerencias criticadas se deben a la ineficacia de los órganos políticos en resolver las cuestiones, y/o a la propia demanda que desde ellos se le hace a la institución. A esta altura, el TC sólo debe asegurar que las fórmulas y soluciones que se aporten desde los órganos políticos se encuentren dentro del marco constitucional y, en su caso, delimitar el avance de esas fórmulas.

Desde una perspectiva politológica, en este escenario donde debe dirimir conflictos el TC se entrecruzan diversas variables extrajurídicas: el tradicional centralismo español; las particularidades históricas, culturales y lingüísticas de muchas comunidades dentro del territorio del Estado central; el enunciado del Art. 2 de la CE que consagra la unidad indisoluble de la nación española, catalogándola de patria común e indivisible de todos los españoles, y reconociendo, además, el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. Todo ello también delimitado por las resistencias a avanzar en una organización de tipo federal, pues la autonomía no reconoce soberanía, y aún las soberanías sujetas a la supremacía del Estado federal son vistas con recelo en el diseño institucional español. Diseño que, a su vez, deja indefinido el modelo de organización territorial adoptado. Todo

ello da como resultado un proceso autonómico en expansión desde su instauración, a partir de la sanción de la CE en 1978 y del funcionamiento pleno del Estado de derecho, con un final abierto y complejo en relación a cuál será el límite del desarrollo autonómico y su sujeción a la unidad española. Resulta ser una lección básica en ciencia política que el otorgamiento de un derecho a la autonomía en razón de particularidades históricas, lingüísticas y culturales que involucran nacionalidades y regiones (en sentido cultural-antropológico que remite a territorios, características típicas y costumbres) presentará dificultades de obturación una vez iniciado y reconocido. Prueba de ello es que la CE no impone la autonomía, sino que la presenta como un derecho que puede o no ser ejercido. Sin embargo, luego de más de tres décadas de constitucionalización, el proceso autonómico se ha generalizado de modo tal que abarca todo el territorio español. Además, cada logro autonómico alcanzado por alguna CC.AA., es inmediatamente situado como meta u objetivo político por las demás CC.AA., lo que hace que el proceso permanezca sumamente abierto y con una dinámica impensada e imprevisible, más aún en el actual marco de desarrollo, a su vez, del proceso regional supranacional de la Unión Europea. También ayudan a extremar la complejidad del escenario las ambigüedades de la CE en la conceptualización de los derechos otorgados a categorías como nacionalidades y regiones, las que pueden aparecer, incluso, como teóricamente redundantes.

Además de las complejidades de diseño constitucional, puesto que el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA. no se efectúa directamente o solo a través de la CE, dicho reparto se completa a través de los estatutos autonómicos y, excepcionalmente, a través de otras normas a las cuales la CE y los estatutos remiten.

A ese conjunto normativo se lo denomina “bloque de constitucionalidad”. El TC entonces, al resolver estos conflictos, debe aplicar para la interpretación del caso todo el bloque de constitucionalidad<sup>21</sup>.

La conflictividad entre el Estado y las CC.AA. ha sido una característica típica del desarrollo autonómico en España, con intervenciones jurisprudenciales del TC que han sido cuantitativamente muy superiores a las producidas en otros sistemas políticos europeos, por ejemplo, Alemania e Italia, llegando a conformar una especie de Estado jurisprudencial autonómico, denominación que pretende graficar la decisiva intervención de la jurisprudencia del TC para encauzar el desarrollo de las autonomías<sup>22</sup>.

## **EL TC Y LAS CC. AA.**

### **El TC y su *performance* en relación a las CC. AA.**

En pos del conocimiento más objetivo, riguroso y microscópico, que permita acercarse a lo nodal del proceso y comprenderlo con más sofisticación, que he reclamado supra, veremos y analizaremos datos sobre la *performance* del TC en relación a los conflictos judiciales, donde ha ejercido el control de la constitucionalidad y que involucraron a las CC.AA. Los datos y estadísticas vertidos en este artículo pueden verse con más

---

<sup>21</sup> Seguimos en este esquema a PÉREZ TREMP, Pablo. *Derecho Constitucional, El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 243 - 287.

<sup>22</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. *op. cit.*, pp. 383 - 384.

desagregación en la investigación mayor de la cual se extraen las referencias<sup>23</sup>.

El TC emitió mayor cantidad de sentencias sobre normas nacionales, pero declaró proporcionalmente más inconstitucionalidades sobre normas autonómicas. El hallazgo es absolutamente consistente y por demás interesante, presentando varias líneas de análisis que arrojan conclusiones sólidas.

El TC emitió un 69% de las sentencias sobre control de constitucionalidad sobre normas nacionales (824 casos), y un 31% (363 casos) sobre normas autonómicas. Esta mayor actividad del TC sobre normas nacionales es una pauta objetiva que demuestra que la conflictividad constitucional es mayormente nacional, pues la legislación nacional es vital y más común, numerosa y abarca la mayoría de las áreas conflictivas más trascendentes de la sociedad española. A su vez, también es indicativa de que las competencias administrativas permanecen, fundamentalmente,

---

<sup>23</sup> BERCHOLC Jorge O., *La performance del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011). Un estudio sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el sistema político-institucional de España*; proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, N.º Proyecto 20020120100031, Resolución N.º 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholc, "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad". Todos los datos estadísticos vertidos en este artículo son extraídos de la investigación aquí referida. El trabajo se halla en estado de edición, en la Argentina por editorial EDIAR, y en España por la editorial Tirant Lo Blanch. En ambos casos de próxima aparición.

en manos de las agencias del Estado central. Refuerza esta conclusión que el 73% de las sentencias sobre normas de jurisdicción nacional se emiten en el marco de cuestiones de inconstitucionalidad, es decir, en pleitos entre justiciables originados ante el poder judicial ordinario. Solo el 22% se emite en recursos de inconstitucionalidad incoados por los habilitados por la legitimación restringida del artículo 162.1.a de la CE. El 5% restante se origina en conflictos positivos de competencia (*cuadro N.º 1*).

Asimismo, las declaraciones de inconstitucionalidad de normas autonómicas son, proporcionalmente, casi el doble que para las nacionales. El TC declara inconstitucionalidades en un 36 % de los casos sobre normas autonómicas (160 decisiones) y en un 19% (176 decisiones) de los casos sobre normas nacionales.

Los datos expuestos muestran que el TC, en modo inversamente proporcional a la mayor cantidad de casos en los que se cuestiona a las normas nacionales, declara más inconstitucionalidades de normas autonómicas. Así, el TC se muestra más activo en declarar inconstitucionalidades de normas autonómicas que de normas nacionales.

Además, el 64% de las sentencias sobre normas de jurisdicción autonómica se emiten en el marco de recursos de inconstitucionalidad, incoados a través de los órganos políticos legitimados por el artículo 162.1.a CE, a *contra sensu* a lo que se observa en la jurisdicción nacional. También permite corroborar que la conflictividad constitucional en normas de jurisdicción autonómica está fuertemente influenciada por la puja política y sobre competencias entre las CC.AA. y el Estado central. Solo el 28% de las sentencias del TC sobre normas autonómicas se emite ante cuestiones de inconstitucionalidad (*cuadro N.º 1*).

**Cuadro N.º 1**

<b>Total y porcentual de sentencias emitidas por el TC desagregadas por jurisdicción y por vía procesal</b>			
Sentencias sobre:	CUESTIÓN	RECURSO	CONF. COMPETENCIA
<b>NORMAS NACIONALES</b>			
Total: 824	596 (73%)	184 (22%)	44 (5%)
<b>NORMAS AUTONÓMICAS</b>			
Total: 534	150 (28%)	343 (64%) <sup>(1)</sup>	41 (8%)
(1) Se incluyen las 174 suspensiones resueltas en recursos de inconstitucionalidad.			
<b>Fuente:</b> <i>Elaboración propia, de acuerdo a base de datos construida, extrayendo información de autos y sentencias de la web-page del TC.</i>			

Y para verificar, aún con más consistencia, el complejo cuadro de la situación competencial que afronta el TC, obsérvese que las inconstitucionalidades autonómicas han sido declaradas en un 82% en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, y sólo en un 18% ante cuestiones de inconstitucionalidad, performance que resulta fiel reflejo de quienes y a través de cuales vías procesales originan la actuación de la jurisdicción constitucional (*cuadro N.º 2*).

**Cuadro N.º 2**

<b>Totales y porcentuales de inconstitucionalidades según recurso y desagregado por jurisdicción<sup>(1)</sup></b>			
Decisiones sobre:	CUESTIÓN	RECURSO	CONF. COMPETENCIA
<b>NORMAS NACIONALES</b>			
Total: 176	81 46%	78 44%	17 10%
<b>NORMAS AUTONÓMICAS</b>			
Total: 160	28 18%	103 64% <sup>(1)</sup>	29 18%
<sup>(1)</sup> Se desagregan todas las decisiones en las que recayeron inconstitucionalidades según la vía procedimental incoada y por jurisdicción nacional o autonómica. Se han tomado para el cálculo todos los autos y sentencias detectados, aún aquellos en los que se repiten las normas involucradas pues <b>la unidad de análisis son los autos y las sentencias</b> .			
<b>Fuente:</b> <i>Elaboración propia, de acuerdo a base de datos construida, extrayendo información de autos y sentencias de la web-page del TC.</i>			

**Análisis desagregado del conflicto entre el Gobierno y las CC.AA. más reivindicativas. Particularidades del caso de Cataluña**

El País Vasco y Cataluña, como es sabido, son las CC.AA. más conflictivas en su relación con el Estado central y reivindicativas de sus competencias y su autonomía. Las estadísticas no hacen más que confirmar la especie. Pero lo que resulta de interés son las diversas desagregaciones que permiten identificar con más certeza las características de los conflictos entre las CC.AA. y el Gobierno nacional que se ventilan ante el TC.

País Vasco y Cataluña son las CC.AA. que han sufrido mayor cantidad de declaración de inconstitucionalidades. Ello se verifica considerando las dos unidades de análisis utilizadas, las normas y las decisiones -autos y sentencias-.

Han sido declaradas 30 y 29 normas inconstitucionales vascas y catalanas respectivamente, luego sigue Galicia con 14, menos de la mitad de normas inconstitucionales de las dos primeras CC.AA. del ranking. Siguen en el orden del ranking las CC.AA. insulares, Baleares y Canarias.

Considerando la *unidad de análisis decisiones*, si bien Cataluña y el País Vasco son, previsiblemente, las CC.AA. a las que en más ocasiones se les han declarado normas propias inconstitucionales, otras CC.AA., por ejemplo Galicia, Baleares, Aragón, Asturias, Cantabria, presentan porcentuales superiores pero en cantidades nominales mucho menores de casos.

También considerando decisiones, el País Vasco y Cataluña se diferencian claramente del resto de las CC.AA., por la mayor cantidad en que fueron cuestionadas sus normas. El País Vasco y Cataluña tuvieron casi un centenar de autos y sentencias del TC en que fueron cuestionadas sus normas autonómicas. La CC.AA. que sigue es Canarias con 50 procesos.

Se han detectado algunas particularidades, muy interesantes y sugestivas, que merecen análisis cualitativos más desagregados. En el caso de Cataluña se observa que sus normas autonómicas han sido cuestionadas mayoritariamente por vía del recurso de inconstitucionalidad, siendo mucho menos relevante, en términos comparados, la cuestión de inconstitucionalidad que para el resto de las CC.AA.

De un total de 98 resoluciones en las que se han cuestionado normas catalanas, el 71% se emitieron ante recursos de inconstitucionalidad; el País Vasco con 97 resoluciones sobre sus normas y Canarias con 50, presentan un 47% y un 54%,

respectivamente, de resoluciones ante planteos de recursos de inconstitucionalidad.

Estos datos, muy consistentes y descriptivos de ese sesgo, requieren de hipótesis explicativas cualitativas. ¿Acaso los jueces del poder judicial ordinario, en especial los catalanes, han tenido una *performance* muy prudente respecto a cuestionar las normas catalanas ante el TC?<sup>24</sup>

Tal vez ello ha generado que la conflictividad competencial y política entre el Gobierno nacional y Cataluña se canalice especialmente a través del TC, lo que explicaría ese alto porcentaje de recursos de inconstitucionalidad (*con legitimación activa restringida, según Art. 162.1.a CE*) cuestionando normas catalanas.

También se puede conjeturar que las normas catalanas no han despertado, en los jueces ordinarios, dudas sobre su constitucionalidad, en la proporción en que sí han sido cuestionadas por los órganos políticos a través del recurso de inconstitucionalidad. Esto nos lleva a esgrimir la hipótesis de que existe una fuerte judicialización del conflicto político entre el Gobierno y Cataluña, lo cual en sí mismo no es una gran novedad, pero que sí arroja una lectura con datos más desagregados y conducentes para una lectura más microscópica y certera del problema, si consideramos las estadísticas vertidas sobre Cataluña comparadas con el resto de las CC.AA. Ellas muestran una judicialización mucho mayor que, incluso, el conflicto vasco;

---

<sup>24</sup> Dado que deberían ser los jueces ordinarios catalanes los que tendrían que efectuar la consulta al TC, ante dudas constitucionales sobre las normas autonómicas de aplicación en Cataluña.

y que esa judicialización ha sido impulsada principalmente por los órganos políticos más que por el poder judicial ordinario.

Fortalece esta hipótesis, el revés de la trama del conflicto, puesto que Cataluña ha cuestionado normas nacionales en nada menos que 195 procesos, más del doble de los procesos que impulsaron las instituciones vascas, sólo 78, aunque superior al resto de las CC.AA.

Más aún, el 69% de esos procesos impulsados por instituciones catalanas fueron a través de cuestiones de inconstitucionalidad (135 planteos), el 84% de ellas contra normas nacionales - *aunque en contadas ocasiones, sólo 7 procesos, el TC declaro inconstitucionalidades nacionales por esta vía por impulso de tribunales catalanes*-. Lo que indica que los jueces del poder judicial catalán han sido muy activos en las consultas sobre inconstitucionalidad de normas nacionales, a *contra sensu* de su actividad ante las normas propias de Cataluña. También los órganos políticos catalanes han sido más activos que el resto de sus pares autonómicos, mostrando la mayor cantidad de interposición de recursos de inconstitucionalidad, 39, seguido por el País Vasco con 26.

Otras dos variables que fortalecen estas hipótesis son:

- 1) Las suspensiones del Art.161.2 CE han sido, para el caso de Cataluña, el doble de las que se han contabilizado para el País Vasco, ambas CC.AA. con cifras similares de procesos en los que se cuestionan normas de dichas autonomías. Recuérdese lo ya expuesto, el procedimiento de suspensión permite, más allá del debate sobre la cuestión jurídica de

fondo, un éxito relativo inmediato para el Gobierno, el de la inhibición de los efectos y la operatividad de la norma cuestionada. Ello sumado a las demoras que, en ocasiones, pueden contarse en años, para la resolución sobre la cuestión de fondo.

2) Las inconstitucionalidades de normas catalanas decretadas por el TC son, proporcionalmente, mayores que para el País Vasco, única CC.AA. con guarismos nominales parecidos a Cataluña en relación al cuestionamiento de sus normas autonómicas. También son notoriamente mayores, en términos nominales, que para el resto de las CC.AA, las que presentan una cantidad notablemente menor de procesos que cuestionen normas autonómicas de cada una de ellas.

Todo lo expuesto nos lleva a sustentar una hipótesis que, sin perjuicio de requerir análisis cualitativos más desagregados y correlacionados con otras variables, parece suficientemente consistente.

El conflicto político-competencial-jurídico-constitucional entre el Gobierno nacional y Cataluña se ha judicializado, notoriamente, por una serie de acciones de ambos actores. Y se ha judicializado en medida mayor que cualquier otro conflicto entre el Gobierno nacional y las CC.AA., incluso el que involucra al País Vasco, que parece transitar por canales más políticos que jurídicos, al menos en comparación a las opciones catalanas.

Se sustenta la hipótesis, de acuerdo a lo visto en este apartado en que:

1) Cataluña es la CC.AA. que tiene la mayor cantidad de normas declaradas inconstitucionales por el TC;

- 2) Es la CC.AA. que ha sufrido más cantidad de suspensiones de normas de acuerdo al procedimiento del Art. 161.2 CE;
- 3) Es la CC.AA. que ha interpuesto mayor cantidad de recursos de inconstitucionalidad contra normas nacionales, lo que implica intensa actividad de los órganos políticos legitimados por el Art. 162.1.a CE;
- 4) También los jueces del poder judicial ordinario en Cataluña han sido muy activos interponiendo cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC respecto de normas nacionales; y,
- 5) *A contra sensu*, los jueces del poder judicial ordinario en Cataluña han sido muy poco activos en la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC respecto de normas autonómicas.

Lo expuesto nos lleva a esgrimir otra hipótesis sólida de tipo secundario en el marco de la judicialización del conflicto entre el Gobierno y Cataluña. El Gobierno basó su estrategia en la actividad del TC vía recursos de inconstitucionalidad y el uso de lo dispuesto por el Art.161.2 CE. Cataluña también fue activa en el uso del TC vía recursos de inconstitucionalidad, pero con una actitud del poder judicial ordinario en Cataluña muy sugestiva, hiperactiva en plantear ante el TC cuestiones de inconstitucionalidad sobre normas nacionales, y muy pasiva en hacerlo sobre normas de la propia Cataluña.

Estas evidencias pueden ser consideradas positivamente puesto que, en dicha valoración, los conflictos políticos son canalizados por vías jurídicas e institucionales evitando confrontaciones más extremas y/o basadas en la violencia política.

La ponderación negativa es que la juridificación de conflictos de alto voltaje político pone en aprietos a las instituciones jurisdiccionales por las severas dificultades objetivas de posibilidad para operar eficazmente en ese ámbito. Además, la política reniega, en ese escenario, de su ámbito de acción natural y judicializa procesos de toma de decisiones, situándolos en un territorio que es ajeno a la propia naturaleza de los conflictos y decisiones en pugna, tornando ineficaz la acción y poniendo en crisis la legitimidad de los órganos jurisdiccionales.

### **Misceláneas entre el TC, las CC.AA. y el Gobierno**

1) Una aclaración adicional que resulta pertinente respecto a la hipótesis anterior: sólo aproximadamente en el 10% de las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas ante el TC sobre normas nacionales, éste decreto la inconstitucionalidad de las mismas en cuestiones impulsadas por los tribunales autonómicos, siendo que tribunales de las CC.AA. impulsaron en el 71% las cuestiones sobre normas nacionales. Esto implica que en general el TC ha sido restrictivo en declarar inconstitucionalidades por la vía procesal de las cuestiones de inconstitucionalidad, vía mayoritariamente utilizada por tribunales con sede en las CC.AA.

2) El País Vasco proporcionalmente, y Cataluña nominalmente, son las CC.AA. que han logrado con más suceso, la declaración de inconstitucionalidades por el TC cuando han impulsado el cuestionamiento de normas. Sus porcentuales de éxito en los procesos en los que cuestionaron normas fueron del 28% y 19% respectivamente. Sin embargo, si se desagregan las inadmisiones, que fueron muchas en el caso de Cataluña (42%), y se observa que dicha CC.AA. en los recursos obtuvo declaraciones de

inconstitucionalidad sobre normas nacionales en un 69% de los que interpuso (27 s/39) y en un 52% de los conflictos de competencia incoados (11 s/ 21), vemos que Cataluña ha tenido una exitosa performance judicial en sus conflictos con el Gobierno nacional. Ello se verá reflejado luego, al comentar lo que surge del análisis por ICEA, donde Cataluña tiene la mejor performance, excluyendo la gran cantidad de cuestiones de inconstitucionalidad que sus tribunales han planteado ante el TC con muy escasos éxitos.

También en esta variable, cuando las CC.AA. cuestionaron normas, otras CC.AA., por ejemplo Galicia, Baleares, Extremadura, Cantabria, presentan porcentuales superiores pero en cantidades nominales mucho menores de casos incoados.

3) Todas las CC.AA. han tenido declaraciones de inconstitucionalidad de sus normas, mayoritariamente, en materia administrativa y, en mucha menor medida sobre normas de materia comercial. Sobre 162 normas autonómicas declaradas inconstitucionales 115 fueron de materia administrativa, el 71% del total. Las de materia comercial fueron 22, son las únicas dos materias en las que hubo más inconstitucionalidad de normas autonómicas que nacionales. Se reproduce el cuadro N.º 3, que desagrega las normas autonómicas de materia administrativa declaradas inconstitucionales<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Los datos son extraídos de los cuadros estadísticos de la investigación referida.

**Cuadro N.º 3**

<b>Desagregado de normas administrativas autonómicas declaradas inconstitucionales<sup>(1)</sup></b>	
Ambientales/pesca/urbanísticas	21
Función pública	10
Presupuestos generales.	9
Policías locales	7
Radiodifusión y TV	7
Lingüísticas	5
Bases locales	5
Cajas de ahorro y cooperativas	5
Varios	22*
* En este rubro aparecen normas sobre: tasas, sector eléctrico, transportes terrestres, ordenación farmacéutica, bibliotecas, tributarias, regulación de la justicia, regulación del comercio, competencias de diputaciones provinciales.	
<sup>1</sup> Se desagregan dentro de la materia administrativa los campos o temas en los que se agrupan las normas autonómicas declaradas INC.	

4) Desde la Comunidad de Madrid se han cuestionado normas en 74 procesos, sólo una vez se impulsó un recurso de inconstitucionalidad, esto es que los órganos políticos autonómicos de Madrid no han cuestionado prácticamente normas nacionales. El resto de los 73 procesos fueron cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas por tribunales madrileños.

5) Los cuadros estadísticos de la investigación referida presentan un *ranking* por índice de conflictividad y éxito autonómico

(ICEA) desagregado por CC.AA., considerando las decisiones del TC que involucran a CC.AA.<sup>26</sup>.

El *ranking* presenta a Andalucía y al País Vasco, como las CC.AA. con mejor *performance* considerando todas las variables reflejadas y computadas para la construcción del ICEA.

Otro cuadro refleja un *ranking* con el mismo ICEA, pero sin considerar las cuestiones de inconstitucionalidad, lo que permite hacer una comparación directa con la *performance* del Gobierno nacional, del que se obtiene el ICEA de acuerdo a su *performance* desagregada en sus propios cuadros estadísticos.

En este caso, el cuadro, excluidas las cuestiones de inconstitucionalidad, muestra que la *performance*, según ICEA, de Andalucía y País Vasco lucen muy desmejoradas, indicador de que sus políticas judiciales ante el TC les ha sido más bien desfavorables, pues este dato se basa en los resultados de los

---

<sup>26</sup> El índice refleja el grado de éxito alcanzado por las CCAA de acuerdo a las resoluciones dictadas por el TC considerando todos los procesos judiciales por control de constitucionalidad en que la respectiva CCAA estuvo involucrada. A efectos de la construcción del índice se han considerado las siguientes variables: i) total de decisiones recaídas en los *casos en que las normas autonómicas fueron impugnadas*; ii) decisiones por la Constitucionalidad y la inadmisión en esas mismas resoluciones pues estas se consideran un *éxito* para la CCAA involucrada ya que la norma autonómica impugnada supera el test de constitucionalidad; iii) total de decisiones recaídas *en los casos en que las CCAA cuestionaron normas*; iv) decisiones por la Inconstitucionalidad en esas mismas resoluciones pues estas se consideran un *éxito* para la CCAA involucrada ya que la norma nacional impugnada por la CCAA fue declarada inconstitucional. Para más detalles véanse los cuadros estadísticos de la investigación referida.

procesos donde los órganos políticos son los únicos legitimados activos (Art. 162.1.a CE).

Del entrecruzamiento de las distintas variables reflejadas en los cuadros, se observa en el *ranking* del cuadro N.º 4, que Cataluña, excluyendo las cuestiones de inconstitucionalidad *-en la que los jueces catalanes se han mostrado muy activos en consultas al TC respecto de normas nacionales que, provoca una muy escasa y restrictiva recepción por parte del TC-* tiene el mejor índice de éxitos considerando las variables computadas, con una diferencia notoria respecto a las demás CC.AA. Además es también la CC.AA. que muestra la mayor actividad judicial ante el TC, de una intensidad muy superior en relación al resto de las CC.AA., incluso al País Vasco. El índice refleja un coeficiente que relaciona los éxitos y la densidad e intensidad de la actividad judicial ante el TC en pos de dirimir los conflictos que involucran al Gobierno y a las CC.AA. Ello implica que *la judicialización del conflicto le ha significado a Cataluña un relativo éxito*, en términos comparados al resto de las CC.AA., en su puja *político-competencial-jurídico-constitucional* con el Gobierno nacional.

## Cuadro N.º 4

<b>Ranking por índice de conflictividad y éxito autonómico (ICEA) desagregado por CC.AA., considerando solo recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia<sup>(1)</sup></b>				
<b>ÍNDICE DE CONFLICTIVIDAD Y ÉXITO AUTONÓMICO</b>				
COMUNIDAD	DECISIONES EN RECURSOS DE COMPETENCIA		DECISIONES EN CONFLICTOS	INCONSTITUCIONALIDAD
	ÉXITO	FRACASO		
Cataluña	47.10	52.88	104	44
Aragón	40.77	59.22	29	5
Islas Baleares	39.58	60.41	18	9
Canarias	38.70	61.29	23	7
Galicia	36.51	63.48	31	12
País Vasco	34.55	65.43	82	37
Andalucía	32.72	67.27	33	6
<b>Índice Conflictividad y Éxito Gubernamental: 58.90</b> (ver cuadros estadísticos de la investigación referida en nota al pie N.º 15)				
<b>Fuente:</b> elaboración propia de acuerdo a base de datos construida, extrayendo información de autos y sentencias de la web-page del TC.				

La mejor *performance* de Cataluña en su confrontación jurisdiccional contra el Gobierno la obtiene cuando son atacadas sus normas autonómicas. En esa variable sólo el 42% de los casos impulsados por el gobierno tiene éxito y obtiene una declaración de inconstitucionalidad de normas catalanas. Es el porcentual más bajo en relación a todas las CC.AA., considerando el mismo escenario donde el gobierno impugna normas autonómicas. Aún así, lograr en un 42% de los casos la inconstitucionalidad pretendida es una *performance* exitosa para el gobierno, aunque sea la menos exitosa considerando a todas las CC.AA.

Galicia es la CC.AA. que obtiene mejores porcentuales cuando impugna normas nacionales con el 41% de declaración de inconstitucionalidades (*cuadro N.º 5*).

Por ello, no obstante la *performance* relativa de Cataluña, y también de Galicia, como ya se ha dicho, el gobierno presenta un ICEA muy superior a todas las CC.AA., incluso notoriamente más exitoso que Cataluña, lo que demuestra, a su vez, que la jurisdicción constitucional le resulta muy favorable como ámbito de resolución del conflicto *político-competencial-jurídico-constitucional*, que lo confronta con las CC.AA. (*cuadros N.º 4 y 5*).

### Cuadro N.º 5

<b>Comparativo de <i>performances</i> entre gobierno y CC.AA. <sup>(1)</sup></b>			
1	Cataluña	Decisiones favorables al gobierno	28 s/ total de 66: 42%
		Decisiones favorables a Cataluña	27 s/ total de 92: 29%
2	País Vasco	Decisiones favorables al gobierno	27 s/ total de 48: 56%
		Decisiones favorables al País Vasco	19 s/ total de 64: 30%
3	Galicia	Decisiones favorables al gobierno	12 s/ total de 23: 52%
		Decisiones favorables a Galicia	12 s/ total de 29: 41%
4	Andalucía	Decisiones favorables al gobierno	5 s/ total de 10: 50%
		Decisiones favorables a Andalucía	8 s/ total de 27: 30%
<sup>1)</sup> Según datos extraídos de los cuadros estadísticos de la investigación referida en nota al pie N.º 15			
<b>Fuente:</b> <i>Elaboración propia de acuerdo a base de datos construida, extrayendo información de autos y sentencias de la web-page del TC.</i>			

### CONCLUSIONES PARA EL CASO ESPAÑOL

Lo expuesto en este apartado en relación al caso español permite esgrimir las siguientes conclusiones debidamente verificadas:

- 1) Sin perjuicio del desarrollo autonómico sostenido y de la conflictividad competencial creciente, la legislación nacional continúa siendo el sustento mayoritario y dominante del derecho común en el sistema jurídico español.
- 2) Ello es también demostrativo de que las competencias administrativas, jurisdiccionales y políticas continúan con preponderancia en manos del Estado central.
- 3) La puja competencial entre el Estado central y las CC.AA. es el conflicto más relevante que debe resolver el TC, por lo que su *performance* se ve envuelta en una conflictividad de alto voltaje político. Del total de inconstitucionalidades (tanto en jurisdicción nacional como autonómica) declaradas por el TC, el 68% fue en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, esto es, en conflictos competenciales donde confrontan los órganos políticos legitimados por el Art. 162.1.a CE. Sólo el 32% de declaraciones de inconstitucionalidades se produce ante cuestiones de inconstitucionalidad. (*cuadro N.º 2*).
- 4) Refuerza sólidamente lo expuesto que el 72% de las sentencias para normas autonómicas se producen en recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, porcentual que aumenta al 82% en sentencias que declaran inconstitucionalidades, ello significa que la conflictividad autonómica es competencial y entre los órganos políticos legitimados por el Art. 162.1.a CE.

5) Tanto en recursos de inconstitucionalidad como en conflictos de competencia, el gobierno fue el más activo órgano impulsor (Art. 162.1.a CE) de los procesos, lo fue en un 57% y un 46% respectivamente. En los conflictos de competencia siguen como impulsores Cataluña con el 28% y el País Vasco con el 22%. Esto indica que la vía procesal de los conflictos positivos de competencia en los cuales se piden inconstitucionalidades (*la investigación sólo ha tomado los conflictos en esos casos*) es un instituto procesal monopolizado por esos tres actores políticos, el Gobierno nacional y las instituciones políticas de Cataluña y el País Vasco.

6) Como corolario de lo que se viene exponiendo, las declaraciones de inconstitucionalidades de normas autonómicas que son, proporcionalmente, casi el doble que para las nacionales, demuestra que esa puja competencial y política entre las CC.AA. y el Estado nacional se resuelve, mayoritariamente, a favor del Estado nacional.

Esta conclusión es también sustentable de acuerdo a lo observado en los cuadros estadísticos de la investigación referida, a través del *índice de conflictividad y éxito autonómico* (ICEA), que demuestra que el gobierno posee un índice de éxitos ante el TC muy superior a las CC.AA.

**BIBLIOGRAFÍA**

AJA, Eliseo y PÉREZ TREMP, Pablo. “Tribunal Constitucional y organización del estado autonómico” - En ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier (coords.), *La justicia constitucional en el estado democrático*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

AJA, Eliseo. *Estado Autonómico y Reforma Federal*, Madrid: Alianza Editorial, 2014.

ANDERSON, George. *Federalism: An introduction*, Canada: Oxford University Press, 2008.

ARAGÓN REYES, Manuel. “25 años de justicia constitucional en España”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Sd, Porrúa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Constitución y Democracia*, Madrid: Tecnos, 1989.

BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.

BERCHOLC, Jorge. *Temas de Teoría del Estado*, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2014.

\_\_\_\_\_. *La performance del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad (1980-2011). Un estudio sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el sistema político-institucional de España.*

En impresión, en Argentina por editorial EDIAR, y en España por la editorial Tirant Lo Blanch.

**BURNHAM, James.** *Los Maquivelistas*, sd, Olcese Editores, 1986.

**DÍAZ REVORIO, Javier.** *La Constitución como orden abierto*, Sd, Mc Graw-Hill, 1997.

\_\_\_\_\_. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid: CEPC, 1997.

**DE ESTEBAN, J.,** *Curso de Derecho constitucional español III*, Madrid: sd, p. 28, 1994.

**LÓPEZ GUERRA, Luis.** *Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos en Derecho constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

**MOLINELLI, Guillermo, PALANZA, Valeria y SIN, Gisela.** *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina. Materiales para su estudio*, Buenos Aires: Temas, 1999.

**NOHLEN, Dieter.** *Diccionario de Ciencia Política*, México: Editorial Porrúa, 2006.

**ORTEGA ALVAREZ, Luis.** “¿Estado federal, integral o autonómico?”, en TUDELA ARANDA, Jose y KNÜPLING, Félix, (Edits.), *España y modelos de federalismo*, Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

**PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1994.

**PÉREZ TREMPES, Pablo.** *Derecho Constitucional, El Tribunal Constitucional*, Volumen II, AA.VV., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

**WATTS, Ronald.** *Sistemas federales comparados*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

\_\_\_\_\_. España: ¿Una federación multinacional encubierta? en TUDELA ARANDA, José y KNÜPLING, Félix (Edits.), *España y modelos de federalismo*, Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

---

## **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A TRAVÉS DEL CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR<sup>1</sup>**

RODRIGO DURANGO<sup>2</sup>

### **RESUMEN**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido prolífica al buscar mecanismos de mayor protección de los derechos humanos en el continente. Uno de ellos es el denominado control de convencionalidad, que pretende cohesionar el ordenamiento jurídico interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de que las normas jurídicas internas no se contrapongan a este instrumento internacional. Este mecanismo jurídico no ha estado libre de críticas. Es necesario determinar cuál es el instrumento procesal que poseen los jueces ecuatorianos para realizar este control, de manera que sea consistente con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El trabajo pretende demostrar que es a través del control concreto de constitucionalidad, el mecanismo procesal por medio del cual los jueces ecuatorianos deben realizar el control de convencionalidad.

### **PALABRAS CLAVE**

Control de convencionalidad, control concreto de constitucionalidad, Derechos Humanos.

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por el autor el 6 de agosto de 2016 y aprobado el 4 de diciembre de 2016.

<sup>2</sup> Abogado de la Procuraduría General del Estado.

**ABSTRACT**

The Interamerican Court of Human Rights has been prolific to seek mechanisms for greater protection of human rights on the continent. One of them is called conventionality control, which aims to cohere domestic law with the American Convention on Human Rights, so that the domestic legal provisions do not conflict with this international instrument. This legal mechanism has not been free of criticism. In Ecuador it is necessary to determine the procedural instrument that judges have to perform the conventionality control that is consistent with the Ecuadorian legal system. This paper aims to demonstrate that concrete control of constitutionality is the procedural mechanism by which the Ecuadorian judges must perform control of conventionality.

**KEY WORDS**

Conventionality Control, Specific Control of Constitutionality, Human Rights.

## INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos fueron reconocidos como esos valores supremos que deben respetarse en todo momento y lugar, a raíz de las revoluciones francesa y estadounidense en el siglo dieciocho. Posteriormente, se positivaron en las constituciones de varias naciones que procuraban un nuevo orden.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, surgió un nuevo orden mundial con la Organización de Naciones Unidas y la aprobación, más tarde, de varios tratados internacionales de derechos humanos; se dio la internacionalización de los derechos fundamentales, que debían respetarse independientemente de la nacionalidad de los individuos, y se reconocía al ser humano como sujeto del Derecho internacional de los derechos humanos. Además, acompaña a este fenómeno, aquel denominado como universalización del derecho constitucional, el cual se construye sobre valores comunes como la democracia, los derechos humanos, el estado de derecho, la soberanía popular, los poderes limitados por el derecho, la constitucionalización de los derechos individuales con los de corte social, el control de constitucionalidad y la protección judicial de los derechos.

Este nuevo constitucionalismo también reconoce a las fuentes del Derecho internacional, lo que incluye a las interpretaciones judiciales que realizan dichos organismos internacionales y a la constitucionalización de estos tratados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte” o “Corte Interamericana”) ha sido prolífica al buscar mecanismos de mayor protección de los derechos humanos en el continente. Uno de ellos es el denominado control de

convencionalidad, que será abordado con mayor detalle en la primera parte de esta investigación. Dicho mecanismo pretende cohesionar el ordenamiento jurídico interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Convención Americana”), con el fin de que las normas jurídicas internas no se contrapongan a este instrumento internacional. Evidentemente, esta doctrina de la Corte no ha sido ajena a las críticas de algunos autores, como será abordado en el trabajo que aquí presento. Desde luego, el uso inadecuado de este mecanismo podría terminar por deslegitimarlo.

La presente investigación procura entregar un análisis de este control desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la doctrina que se ha diseñado en este sentido y, finalmente, revisar las críticas que existen contra el control de convencionalidad. A continuación, abordaremos la naturaleza jurídica del control concreto de constitucionalidad en el Ecuador, a la luz de las normas constitucionales pertinentes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, a fin de demostrar que este mecanismo de control constitucional en el país es el idóneo para ejercer el control de convencionalidad, desde la perspectiva del Derecho constitucional ecuatoriano y dentro de las limitaciones que exige la Constitución de la República. Finalmente, se establecerá la existencia de un diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de derechos humanos y las cortes constitucionales latinoamericanas —en el caso que nos preocupa, la Corte ecuatoriana— para, de tal modo, determinar la manera en que se ejercerá este control por parte de los jueces ecuatorianos.

**ALCANCE Y CONTENIDO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD****La doble obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos**

Es conveniente que, antes de explorar la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, este ensayo analice las características de las obligaciones de los Estados en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, de tal suerte que el lector conozca el antecedente de la llamada “doctrina del control de convencionalidad”. Pues bien, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Convención Americana”) dispone:

*Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Esta disposición reconoce lo que ha sido denominado como el binomio “respetar y proteger”, o también llamado “respetar y garantizar (*respect/ensure respect*)”. Con relación a la primera obligación, la de respetar, la Corte Interamericana sostiene que

*la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana*

*que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (Corte IDH 1986 párr. 21).*

Por lo tanto, el ejercicio de la actividad estatal o del poder público encuentra sus límites en el respeto a los derechos humanos. El Estado debe abstenerse de realizar actos que vulneren estos derechos y si es necesario interferir en esta esfera, solo puede hacerlo de forma muy restringida y limitada, de conformidad con lo establecido en los instrumentos internacionales o las constituciones respectivas.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención también ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia de la Corte. La mencionada obligación se relaciona con el deber de cada Estado de organizar su aparato gubernamental, de manera que asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Se requiere, entonces, no sólo que exista un orden jurídico que realice esta obligación internacional; sino, además, una conducta estatal que asegure en la realidad la existencia de esta garantía. En consecuencia, los Estados partes de la Convención Americana deben prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente las violaciones a estos derechos que ocurran en sus jurisdicciones (Corte IDH 1988 párrs. 164 - 167).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) contiene una norma similar en el párrafo 1 de su segundo artículo:

*Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

El Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que, como producto de esta norma, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. En efecto, la obligación de respetar exige que los Estados partes se abstengan de interferir en el disfrute de los derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación se viola si el Estado parte niega a niñas embarazadas la permanencia en el sistema escolar. La obligación de proteger exige que el Estado parte prevenga violaciones a los derechos humanos por parte de terceros. Por ejemplo, que el Estado no garantice que los sistemas de salud cumplan con normas mínimas en materia de salud sexual y reproductiva puede considerarse una violación al derecho a la salud. La obligación de realizar exige que el Estado parte promueva la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestales y judiciales, entre otras, que resulten necesarias para alcanzar la efectiva realización de los derechos. Incluso, en el ámbito del Derecho internacional humanitario, son fundamentales las consecuencias derivadas del artículo 1 de los Convenios de Ginebra y del artículo 1.1 del Protocolo Adicional I de 1977,

por los cuales las Altas Partes Contratantes se comprometen a “respetar y hacer respetar en todas las circunstancias los tratados internacionales humanitarios”.

Por su parte, la Convención Europea sobre Derechos Humanos establece en su primer artículo la obligación de *asegurar -shall secure-* los derechos fundamentales para todos los Estados que forman parte de este tratado internacional. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 2.1 la obligación para los Estados partes de respetar y asegurar los derechos del niño; además de comprometerlos a *respetar y hacer respetar* las normas y reglas del Derecho humanitario, de conformidad con el artículo 38.1 de este convenio. Adicionalmente, la Corte Internacional de Justicia sostuvo expresamente la obligación de *hacer respetar* el Derecho humanitario al condenar a los Estados Unidos por violaciones al artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra en Nicaragua, y señalar que el primero

*tiene[n] la obligación, en términos del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de respetar y también hacer respetar estos Convenios, pues tal obligación no deriva sólo de los propios Convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los Convenios simplemente dan expresión concreta”* (Corte Internacional de Justicia 129, 130, 218, 220, 255, 256).

En consecuencia,

*las obligaciones de los Estados partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el*

*cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos, en particular por los demás Estados parte. Tales deberes se sitúan claramente en el plano de las obligaciones erga omnes (Ibid.).*

### **Origen, naturaleza jurídica, concepto y efectos del control de convencionalidad**

El preámbulo de la Convención Americana señala que la jurisdicción de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es “coadyuvante o complementaria” de las jurisdicciones nacionales de los Estados partes. Esta calificación realizada por la Convención revela que debe existir una interacción constante entre las legislaciones doméstica e internacional, en particular en lo que a protección de derechos fundamentales se refiere. Más aún, si la mayoría de constituciones latinoamericanas reconocen un valor preponderante a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, dentro de lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad; es decir, le otorgan preponderancia a la justicia internacional en esta materia. Por ello, esta interacción busca asegurar, en la mayor medida posible, el pleno disfrute de los derechos humanos en las jurisdicciones de los Estados partes de la Convención.

La ratificación de un tratado internacional, por parte de un Estado, trae consigo algunas consecuencias jurídicas, y dicho Estado debe asumir algunas obligaciones para asegurar el cumplimiento de esas disposiciones, puesto que el instrumento internacional ratificado entra a formar parte del ordenamiento jurídico del país

en cuestión. Bajo esta perspectiva, el artículo 2 de la Convención Americana dispone:

*Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

El principio descrito implica que los Estados tienen la obligación general de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, lo cual conlleva que dichas medidas de adecuación deban ser efectivas (principio *effet utile*) (Corte IDH 2006a párr. 171).

En el Derecho internacional existe una norma consuetudinaria universalmente aceptada que implica que si un Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos, debe modificar su derecho interno, con el fin de dar cabal cumplimiento a las disposiciones de dicho tratado (Corte IDH 2004a párr. 205). Consecuentemente, estas modificaciones deben implicar dos claras medidas a ser adoptadas por los Estados en las circunstancias descritas: primera, los Estados deben suprimir cualquier tipo de norma o práctica que suponga violación a las disposiciones de la Convención Americana, que desconozcan los derechos en ella consagrados u obstaculicen su ejercicio; y segunda, promulgar normas y desarrollar prácticas que conlleven la efectiva garantía de los derechos en mención (Corte IDH 2006a párr. 172).

Es en este contexto, al tomar como punto de partida la obligación convencional de adoptar disposiciones de derecho interno, y desde la óptica que se ha indicado, se considera que el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para que los tratados internacionales que han ratificado se cumplan cabalmente, pues no solo tienen la obligación de respetar, sino también la de garantizar los derechos humanos (CARBONELL 69).

Adicionalmente, la doctrina del control de convencionalidad encuentra sustento en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; y, además, en el artículo 27 del mismo instrumento, al disponer que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por estas razones, los Estados deben tomar todas las medidas jurídicas necesarias, dentro de su ordenamiento jurídico, para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y, desde este punto de vista, cobra relevancia el llamado control de convencionalidad.

Esta doctrina ha sido acuñada por la Corte Interamericana dentro de su jurisprudencia, aunque hay autores que la han criticado fuertemente, lo cual será revisado más adelante. Sergio García Ramírez, ex juez de la Corte Interamericana, en su voto concurrente dentro del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala fue quien esbozó este concepto por primera vez dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, de la siguiente forma:

*No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional (Corte IDH 2003).*

Posteriormente, el mismo doctor García, dentro del caso Tibi contra el Ecuador, profundiza un poco más sobre el tema en otro voto concurrente razonado, al ponderar que la actividad de la Corte Interamericana

*(...) se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público—y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por*

*su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía* (Corte IDH 2004b párr. 3).

Sin embargo, no es sino hasta la sentencia, dictada dentro del caso Almonacid Arellano contra Chile, cuando la Corte Interamericana aborda el tema de forma directa en su jurisprudencia y ya no simplemente a través de estos votos razonados y concurrentes; es decir, existen mandatos jurisprudenciales expresos dirigidos a los Estados responsables de violaciones a los derechos humanos. Así, en el caso Almonacid, la Corte ponderó:

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

*Interamericana, intérprete último de la Convención  
Americana* (Corte IDH 2006b párr. 124).

Luego, la Corte amplió esta noción al señalar que dicho control debía ser efectuado de oficio por los jueces correspondientes, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales; empero, no debía ejercerse siempre sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia (Corte IDH 2006c párr. 128). Incluso, el juez Sergio García Ramírez ha ido más allá, al afirmar que este control debe hacerse también con respecto al resto de instrumentos internacionales que forman parte del *corpus juris* interamericano y la interpretación que de ellos haya hecho la Corte Interamericana al respecto (*Id.* párr. 3). A pesar de que no es el propósito de este trabajo el revisar todos los casos en los cuales la Corte Interamericana ha hecho referencia al control de convencionalidad, conviene destacar que la Corte ha reiterado en su jurisprudencia esta obligación de los jueces.<sup>3</sup>

Según lo expresado en la jurisprudencia citada, es posible distinguir el control de convencionalidad desde dos ángulos: el

---

<sup>3</sup> Ver Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, N.º 162, párr. 173. Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, N.º 169, párr. 78. Corte IDH, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, N.º 186, párr. 180. Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, N.º 209, párr. 339. Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, N.º 220, párr. 225. Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, N.º 221, párr. 239.

nacional y el internacional. El primero es el relativo a la obligación de los jueces nacionales de contrastar las normas jurídicas de derecho interno que son aplicadas a un caso concreto, con respecto a su adecuación a las disposiciones de la Convención Americana. El segundo tiene relación con la protección de los derechos humanos consagrados en la Convención, y la facultad de la Corte para determinar si un acto o norma emanado del poder estatal es compatible con dicho instrumento internacional; y, si es así, ordenar su derogación o reforma, según corresponda. Lo mismo ocurre si la Corte encuentra que el Estado no ha adoptado disposiciones de derecho interno con el fin de adecuar su ordenamiento jurídico a las disposiciones de la Convención, en cuyo caso ordenará que se tomen las medidas legislativas pertinentes. En conclusión, existe un deslinde conceptual del control de convencionalidad bajo estas dos perspectivas, por medio de las cuales, tanto en sede nacional como internacional, se debe efectuar una fiscalización para que las normas jurídicas internas no se opongan a las normas de la Convención Americana (BAZÁN 2012a 24).

Existen autores que han encontrado, en el desarrollo de esta doctrina a través de la jurisprudencia de la Corte, cuatro etapas con respecto a los sujetos que deben realizar este control. En la primera etapa, la Corte señaló que el control de convencionalidad debe ser realizado por el Poder Judicial. La segunda fase habla de los órganos del Poder Judicial. Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte menciona a los jueces y los órganos administradores de justicia en todos los niveles. Finalmente, establece que este control recae en todas las autoridades públicas y no solo en la Función Judicial (FERRER 390-391; BAZÁN 2012b 18). Consecuentemente, la Corte Interamericana ha procurado reforzar esta teoría en sus fallos, en clara aplicación del principio *pro homine*, al buscar

que se amplíen los sujetos encargados de este control; además de reiterar el deber de los Estados de cumplir sus compromisos internacionales, al margen de las disposiciones de su derecho interno.

En cuanto al alcance del control de convencionalidad, si bien la Corte deja en claro la obligación de todas las autoridades públicas de realizar este control con respecto a las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico de un país, cabe formularse la interrogante de si este control también abarca a las Constituciones de cada uno los Estados. En este orden de ideas, la Corte Interamericana ha indicado que

*siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales* (Corte IDH 1984 párr. 14).

Dentro del caso llamado *La última tentación de Cristo* contra Chile, la Corte ejerció este control de convencionalidad sobre normas constitucionales de ese Estado. Dicho tribunal encontró que el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución chilena estaba en contraposición con normas de la Convención Americana, toda vez que establecía la censura previa en la producción cinematográfica, lo que violaba el artículo 13 de la Convención Americana, relativo a la libertad de expresión y pensamiento (Corte IDH 2001). Por este motivo, la Corte Interamericana estableció la responsabilidad internacional de Chile y ordenó que modificara su ordenamiento jurídico interno mediante la supresión

de la censura previa (*Id.* punto resolutivo 4). En definitiva, la Corte no sólo efectuó un control de convencionalidad con respecto a la Constitución chilena, sino que le ordenó al Estado que la reforme para que sea compatible con la Convención.

Por otra parte, algunos autores han distinguido ciertos grados de intensidad en el ejercicio de este control. Incluso, la Corte Suprema de Justicia de México ha diseñado un esquema con el fin de que los jueces conozcan el modo de efectuar este control. Así, la Corte Suprema mexicana ha señalado los siguientes pasos para este cometido (FERRER 386): El primer paso —señala el Tribunal Supremo mexicano— es la aplicación de la interpretación conforme, en el sentido de que los jueces deben interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, para lo cual debe observar el principio *pro homine* y proporcionar la interpretación que mejor proteja los derechos de las personas. El siguiente paso tiene relación con el principio de presunción de constitucionalidad de la norma, pues en el caso de que existan múltiples interpretaciones jurídicamente posibles, el juez debe preferir aquella que hace que la ley se encuentre acorde con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en esa materia. Finalmente, el máximo tribunal de justicia mexicano también identifica una tercera y última etapa en el proceso de control de convencionalidad, que es la inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no sean posibles.

## **Algunas críticas a la doctrina del control de convencionalidad**

Hemos analizado la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, sus características y efectos, según la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, y con una breve referencia a la jurisprudencia de la República de México. No obstante, este desarrollo doctrinal, por llamarlo de algún modo, no ha sido ajeno a críticas y ha generado detractores, quienes han visto esta actividad de la Corte como inconsistente y que, de algún modo, ha creado una situación que, en varios países, implicaría para las autoridades públicas ejercer competencias no previstas constitucionalmente y que, en ciertos casos, podrían derivar en generación de responsabilidad internacional para esos Estados. A continuación, revisaremos las principales críticas de los detractores de esta doctrina.

En primer lugar, quienes consideran a esta doctrina como débil o inconsistente señalan que el artículo 68.1 de la Convención dispone que: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Ninguna disposición de este tratado internacional señala que las autoridades nacionales deban acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos en los que no sean Estados partes. Por tanto, en el caso del control de convencionalidad, este tribunal ha emitido lineamientos que deben cumplir los Estados en casos en los que no hayan sido partes, lo cual desnaturalizaría la disposición convencional aquí citada.

Al respecto, el principal argumento en contra de la doctrina del control de convencionalidad proviene del tratadista argentino Ezequiel MALARINO, quien afirma que esta teoría de la Corte, elevada a disposiciones jurisprudenciales, carece de una construcción lógica adecuada, pues establece como premisas lo

que debería demostrar: la obligatoriedad de su jurisprudencia (MALARINO 425-446). Aún cuando la Corte afirma que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia porque es la última intérprete de la Convención y sus fallos son definitivos e inapelables, con arreglo al artículo 67 de la Convención Americana, esto no implica que las autoridades nacionales deban seguir la jurisprudencia de forma obligatoria, ya que la doctrina de un caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para esto, se requeriría de una regla adicional en el Sistema Interamericano, la cual no existe. Este autor sostiene que si un tribunal nacional, llámese Corte Suprema o cualquier otro, crea jurisprudencialmente una obligación de seguir las sentencias de la Corte Interamericana, sin fundamento legal o constitucional, violaría el principio de división de poderes. Concluye MALARINO que la Corte confunde no solo el carácter definitivo e inapelable de sus sentencias, con su obligatoriedad respecto a otros casos o tribunales, sino que también confunde quién es la autoridad final para decidir sobre un caso en el Sistema Interamericano y quién lo es en un proceso interno.

El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de un Estado implica que éste acepta, en el marco de un proceso judicial internacional, que un tribunal conozca sobre un caso en el que se aleguen presuntas violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana cometidas por agentes estatales y, eventualmente, se declare la responsabilidad internacional de dicho Estado; sin embargo, esto es totalmente distinto a que los tribunales internos deban seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos, por lo que MALARINO afirma que no existe conexión entre las premisas y la conclusión. En consecuencia, el argumento de la Corte carece de una construcción lógica adecuada.

Existe otro sector de la doctrina, crítica de esta teoría del control de convencionalidad, no porque esté en contra de que los jueces y tribunales nacionales controlen que los instrumentos internacionales de derechos humanos no se vean menoscabados por la aplicación de disposiciones de derecho interno contrarias al objeto y fin de dichos tratados (MALARINO tampoco lo está); sino para evitar el surgimiento, afirman, de nuevas tendencias o doctrinas que sean de difícil aplicación práctica o que conlleven, incluso, a un atropellamiento de las competencias que las propias constituciones otorgan a las autoridades locales. Desde esta perspectiva, el autor mexicano Karlos CASTILLA JUÁREZ ha elaborado una importante doctrina crítica del control de convencionalidad, tal cual ha sido concebida por la Corte Interamericana, para que los jueces o tribunales apliquen, dentro de los casos concretos que conocen, el principio *pro homine* y no una teoría como la expresada, que adolece de inconsistencias lógicas y prácticas (CASTILLA 51-97). Pues bien, revisemos brevemente cuáles son los principales argumentos de este autor para señalar las deficiencias de la doctrina del control de convencionalidad.

Al hablar sobre las características del control de convencionalidad, habíamos mencionado que existen autores que observan cuatro etapas de desarrollo de esta teoría. No obstante, CASTILLA disiente drásticamente de esta apreciación, pues considera que lo que existe es una falta de claridad en la forma de abordar esta teoría, que no se logra apreciar un verdadero desarrollo progresivo y que no define exactamente lo que pretende conseguir; por el contrario, esto revela que existen debilidades estructurales en algo que, incluso, se rehúsa a denominar como doctrina (CASTILLA 60-61). Así, la Corte en el caso Almonacid habla de una “especie” de control de convencionalidad, mientras en el caso Trabajadores

del Congreso este término ya deja de ser utilizado; es decir, no existe la misma caracterización.

En el caso *Gomes Lund*, la Corte Interamericana señala que el Poder Judicial está obligado, en el marco del Derecho internacional, a ejercer un control de convencionalidad. No obstante, el autor se pregunta de dónde surge esta obligación, pues ni en la Convención ni en ningún tratado surge tal deber. Es una decisión interna de cada Estado el determinar el lugar, dentro del sistema de fuentes de cada país, que tienen los tratados internacionales (CASTILLA 63). De ahí que se presenten serias dificultades técnicas para implementar esta teoría de la Corte Interamericana, sostiene el doctor CASTILLA. Por ello se pregunta: “¿Con qué legitimidad un tribunal internacional organiza la jerarquía normativa de los Estados?”.

El autor en análisis igualmente considera que es un error asimilar la actividad de la Corte con la de un tribunal constitucional, como lo afirma el ex juez García Ramírez. En efecto, a pesar de las variaciones que pueden existir en los diversos modos de control de constitucionalidad, esencialmente es uniforme, congruente y, por lo general, llevan al mismo fin. En general, la más notable diferencia es el órgano encargado de realizar este control. En cuanto al control de convencionalidad, sólo tiene identidad en las normas de contraste y a contrastar; incluso, esto depende del lugar que los órganos competentes de cada Estado hayan decidido otorgar, dentro del derecho interno, a los tratados internacionales. Por tanto, no existe identidad entre el control concentrado de convencionalidad, a cargo de la Corte Interamericana, y el control difuso de convencionalidad, a cargo de los tribunales internos nacionales (CASTILLA 71-73).

## CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR

### Sobre el control de constitucionalidad en el Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador establece un modelo concentrado de control constitucional; es decir, está encargado a la Corte Constitucional como único organismo con potestad para destruir la presunción de constitucionalidad de determinados actos de autoridades públicas. En efecto, en lo relacionado con el control abstracto, el artículo 436, en los numerales 2, 3 y 4 de la Constitución, establece expresamente que es competencia de la Corte Constitucional:

- 1. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.*
- 2. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.*
- 3. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.*

En el mismo sentido, el artículo 428 de la Norma Fundamental reconoce una competencia adicional, también de control concentrado, pero esta vez concreto:

*Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.*

*Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. (El resaltado me corresponde).*

Si bien todos estos mecanismos difieren entre sí desde un aspecto procesal, e incluso con relación a los efectos de cada uno, dependiendo de la extensión del control a determinada norma o acto, o su aplicación a un caso concreto, todos parten de una sola reflexión nacida del principio de supremacía constitucional, con la consecuente obligación de establecer mecanismos que controlen la conformidad formal y material del resto del ordenamiento jurídico a sus disposiciones. Para el objeto del presente trabajo, nos interesa enfocarnos en el control concreto de constitucionalidad, consagrado en el artículo 428 de la Constitución del Ecuador.

En aplicación al principio de supremacía constitucional, fuertemente arraigado en el Ecuador desde la promulgación de su Constitución en octubre de 2008, la Norma Suprema establece un sistema de defensa de la Constitución denominado control constitucional, el cual constituye un “conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para

impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad” (CHARRY UREÑA 73). Esta defensa de la supremacía constitucional, sin embargo, al igual que el resto de potestades que se ejercen en el contexto de un estado de derecho, está franqueada por límites y limitaciones, que sirven de diques para prevenir un desbordamiento del ciertamente grande poder de los organismos de control constitucional. Sin duda, el principal límite establecido en este sentido está constituido por la denominada “presunción de constitucionalidad”. En cuanto se refiere al origen de la presunción de constitucionalidad de la ley, vale la pena mencionar que está aparejada a los propios inicios del control constitucional, en su versión más antigua: el *judicial review* estadounidense<sup>4</sup>. Fue HAMILTON, quien señaló como función de los tribunales el “declarar nulos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución” (HAMILTON 331). A esta potestad se denominaría “*judicial review of legislation*”, que además de otorgar a los jueces el poder de invalidación de las leyes, les reconoce un poder superior de alteración de las leyes como vía intermedia entre la aceptación del *statute* y su rechazo.

---

<sup>4</sup> A pesar de que el estadounidense es un sistema de control difuso de constitucionalidad por excelencia, los principios como la presunción de constitucionalidad tienen plena aplicación en el sistema ecuatoriano. En los sistemas concentrados puros, en sus albores, no se concibe un criterio de “presunción de constitucionalidad”, sino hasta su “diálogo” con los sistemas concentrados. Esto se puede deber a que el control constitucional establecido por KELSEN no consideraba un examen material de las normas, ya que la propia concepción de “constitución” de KELSEN se refería a las normas que rigen la producción de otras normas. El autor señala: “(...) el hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma (...), sino la producción de la norma” (KELSEN 109 y ss.).

Desde esta perspectiva, la presunción de constitucionalidad tomó en cuenta varios aspectos desde su mismo nacimiento. Por una parte, se establece que la labor interpretativa es una forma de poder que caracteriza a los jueces y que, en tanto ejercicio de poder, requiere de límites concretos y objetivos que determinen un adecuado ejercicio de la jurisdicción, de manera que no se limite o interrumpa el poder de otra de las funciones del Estado, encargada constitucionalmente de la elaboración de las leyes. A este respecto, Ricardo GUIBOURG manifiesta que:

*la interpretación es el poder que se ignora, el poder que se oculta, el poder del que no se debe hablar. Su ejercicio es indispensable, pero la luz pública lo debilita. Y aunque todos conocemos desde hace muchos siglos el modo en que funciona, constituye un tema más apropiado para ser tratado en los pasillos que para ser debatido en las salas de audiencias* (GUIBOURG 127-128).

Por otra parte, se deja muy en claro el respeto casi absoluto e irrestricto por la legitimidad democrática del trabajo del legislador, quien en principio ejerce su libertad configurativa, en cuanto a la creación de leyes, sin exceder sus limitaciones impuestas constitucionalmente. Claro que esta afirmación solo puede ser llevada adelante si consideramos los momentos históricos en que esos fallos de la justicia norteamericana, antes anotados, fueron emitidos, generalmente en un momento histórico constitucional totalmente distinto al actual, ya que desde el siglo XIX se tiende a la inserción de una mayor cantidad de derechos sociales en las constituciones que establecen una carga prestacional para el Estado. Por consiguiente, la producción legislativa va a tomar como referencia esa serie de derechos novedosos que se encuentran

ávidos de protección y jurisdiccionalidad y, por lo mismo, el sujeto jurisdicente se ve abocado a la imperiosa obligación de hacer que la *Norma Normarum* no tienda a petrificarse, dejando de lado aquel viejo principio formulado por MONTESQUIEU de que el “el juez es la boca de la ley”.

En el caso ecuatoriano, el principio de presunción de constitucionalidad está manifiestamente considerado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”), cuando dispone lo siguiente:

*Art. 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:*

*(...)*

*2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.- Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.*

## **Naturaleza jurídica del control concreto de constitucionalidad**

El control concreto de constitucionalidad en el Ecuador encuentra su fundamento en el citado artículo 428 de la Constitución de la República (en adelante “Constitución”, “Norma Suprema” o “Carta Magna”). Este mecanismo es desarrollado por la LOGJCC, en su artículo 141, que dispone:

*Artículo 141.- Finalidad y objeto el control concreto de constitucionalidad.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas, dentro de los procesos judiciales.*

*Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.*

*En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.*

El siguiente artículo de este cuerpo legal dispone que el control concreto de constitucionalidad procede de dos maneras: de oficio, es decir, por solicitud expresa y directa de los administradores de justicia; y a petición de la o las partes procesales de una contienda judicial.<sup>5</sup> Sin embargo, para que la Corte Constitucional del

---

<sup>5</sup> Ver Art. 142 de la LOGJCC, Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la

Ecuador proceda a realizar el control de constitucionalidad, el juez debe tener una *duda razonable y motivada* de que la norma en cuestión es contraria a la Constitución o a los tratados internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución.

Al respecto, la Primera Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

*(...) la consulta de constitucionalidad no puede tornarse en un mecanismo de dilación de la justicia y vía de escape de las juezas y jueces del país (...) la consulta debería proceder única y exclusivamente cuando existe una motivación razonada de por qué acude a la consulta, pues, un proceder contrario deviene en jueces pasivos, no comprometidos con la protección de derechos, ya que estos se desatienden de la resolución de la causa sin un legítimo motivo constitucional. (...) Así pues el concepto de duda razonable (...) no puede ser entendido de manera independiente al concepto de motivación (...) Las juezas y jueces constitucionales tienen la obligación de advertir y fundamentar ante la Corte Constitucional, la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución (...)*" (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

---

Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

Adicionalmente, la Corte Constitucional concluye que

*(...) la consulta de norma no puede tener como único fundamento la opinión de una de las partes sobre la constitucionalidad de la norma jurídica, sino la coherente y exhaustiva exposición de las razones que llevan al juez o jueza a no encontrar una interpretación de la norma o su aplicación al caso que sea compatible con la Constitución; es decir, la consulta debe ser adecuadamente motivada (Corte Constitucional del Ecuador 2013a).*

En este contexto, la Corte ha precisado que para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos (Corte Constitucional del Ecuador 2013b):

1. Identificación del enunciado normativo cuya, constitucionalidad se consulta, obligación que está a cargo de los jueces y juezas para denotar la relevancia constitucional.
2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, exponiendo motivadamente las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes en el proceso.
3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto, indicando las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para decidir sobre el fondo de la cuestión.

En este caso, los jueces tienen la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente del proceso que contenga la disposición normativa presuntamente contraria a la Constitución. Finalmente, conviene mencionar que la sentencia que dicte la Corte Constitucional tiene o puede tener dos efectos:

1. *Erga omnes*, en aquellos casos en los cuales la Corte se pronuncie respecto de la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión, con las normas constitucionales.
2. *Interpartes*, en los casos en que la Corte se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la norma jurídica.

## **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA**

Una vez que hemos analizado el control de convencionalidad y el control concreto de constitucionalidad, conviene revisar si estos dos mecanismos pueden converger y reforzarse entre sí, y en qué forma; igualmente, si existe un diálogo entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional y, de ser así, cómo se produce. En el caso ecuatoriano, es necesario determinar las posibilidades reales de esta comunicación y si es posible ejercer el control de convencionalidad por parte de los jueces, con el fin de lograr una mayor protección de la persona humana en nuestro sistema constitucional. Por tal motivo, en esta última sección abordaremos la forma en que el Derecho internacional se incorpora al derecho interno, si en realidad los jueces ecuatorianos pueden y deben realizar el control de convencionalidad, en los términos descritos en esta investigación, a la luz de las normas constitucionales ecuatorianas, y cómo los jueces deben o deberían realizar dicho control.

Debido al fenómeno denominado internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos, que consiste en que el derecho se nutre de la correlación entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos (AYALA CORAO 20), los tribunales internacionales y nacionales realizan lo que la doctrina ha señalado como diálogo jurisprudencial, por medio del cual las jurisdicciones nacionales deben considerar los fallos e interpretaciones efectuadas por los tribunales internacionales y, a su vez, estos deben tener presentes las observaciones que realicen los tribunales internos con respecto a los criterios del tribunal internacional (BAZÁN). En este sentido, se debe procurar

cierta coherencia de la jurisprudencia para evitar contradicciones, de manera que se alcancen interpretaciones convergentes (GARCÍA ROCA 39). En particular, esta tarea la deben realizar los tribunales constitucionales o salas de corte suprema, según el sistema adoptado por cada país. Por tanto, no es extraño que los tribunales o cortes constitucionales latinoamericanas sean los principales interlocutores con la Corte Interamericana, dado el carácter de intérprete máximo de ambas jurisdicciones en materia de derechos y, además, porque los primeros deben aplicar, explicar y divulgar la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos en su respectiva jurisdicción (GARCÍA ROCA 44). En especial, esto ha sido posible gracias a la incorporación de los derechos consagrados en la Convención Americana al denominado *bloque de constitucionalidad*, de manera que los tribunales o cortes constitucionales han podido o podrían aplicar directamente los derechos consagrados en dicho tratado, conjuntamente con la interpretación dada por la Corte Interamericana o los derechos constitucionales, con arreglo a la interpretación jurisprudencial de dicho tribunal internacional (AYALA CORAO 90).

Este fenómeno jurídico no es ajeno a la realidad constitucional del Ecuador, a raíz de la vanguardista Constitución de 2008. En efecto, la Norma Suprema incorpora a los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad y les otorga rango constitucional, siempre que reconozcan derechos más favorables que aquellos consagrados en la Constitución<sup>6</sup>. Tal situación es determinante para establecer

---

<sup>6</sup> Ver Constitución de la República del Ecuador, Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

la jerarquía normativa de los tratados internacionales en esta materia, es decir, su relevancia dentro del sistema de fuentes nacional.

Sobre este tema, la Corte Constitucional sí ha recurrido a la doctrina del control de convencionalidad, cuando ha visto necesario hacerlo, en su criterio, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de mejor manera. No es el objetivo de este trabajo realizar una crítica a la utilización correcta o incorrecta de esta herramienta jurídica por parte de la Corte Constitucional, lo cual implicaría analizar cada sentencia en la cual la Corte ha empleado esta doctrina en su argumentación jurídica; sino que es el interés de esta investigación, indicar al lector que en ocasiones el máximo órgano de administración de justicia constitucional en el Ecuador ha recurrido a este recurso jurídico en su fundamentación. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que:

*En consecuencia, para garantizar de mejor forma los derechos constitucionales, el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte sino que además se debe tener en cuenta la existencia del control de convencionalidad como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, tornando en consideración la Convención Americana de Derechos*

---

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

*Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, en suma, aquello que se denomina el ius comune interamericano* (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

Pues bien, en cuanto al control de convencionalidad que realizan los jueces o deben realizar, de conformidad a los parámetros que se indicaron en el primer acápite de este artículo, y al contrastar con las normas que regulan el denominado control concreto de constitucionalidad, analizado precedentemente, encontramos que es a través de este mecanismo que los jueces ecuatorianos y la Corte Constitucional del Ecuador pueden realizar el control de convencionalidad. Como quedó dicho en el acápite anterior, el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana regula este mecanismo que busca adecuar las normas infraconstitucionales con el texto de la Norma Suprema. Sin embargo, establece una clara limitación con respecto a los tratados internacionales, pues este control sólo se puede ejercer, con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, *cuando existan derechos reconocidos en dichos tratados que sean más favorables a aquellos que la Constitución ecuatoriana reconoce*. En definitiva, al contrastar una norma jurídica interna con el tratado internacional de derechos humanos, el juez debe determinar si éste reconoce un derecho que favorezca de mejor manera a la persona humana que aquellos consagrados en la Constitución; de ser así, podría entonces esta norma ser inconstitucional, si así lo declara la Corte Constitucional, como organismo de máxima interpretación constitucional en el Ecuador, a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

El juez, al realizar el análisis en mención, debe guiarse por los principios *pro homine*, de progresividad y de supremacía de la Constitución. Por ello, en primer lugar, el juez requiere determinar si el derecho en cuestión está mejor protegido en el tratado internacional que en la Constitución ecuatoriana; debe identificar la jurisprudencia interamericana relevante para el caso concreto; y, si encuentra que ese derecho está mejor protegido en el tratado internacional, de tal manera que le lleva a dudar razonablemente de la constitucionalidad de la norma, debe remitir en consulta el caso a la Corte Constitucional. Este organismo deberá analizar el caso tomando en particular consideración a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siempre en procura de una mejor protección de la persona humana.

## CONCLUSIONES

El control de convencionalidad, figura jurídica creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de sus críticas y potenciales inconsistencias, puede constituir un interesante mecanismo de protección de derechos humanos. No era la pretensión del trabajo que pongo a vuestra consideración, el realizar críticas específicas a este control, sino encontrar un procedimiento que permita a los operadores de justicia constitucional en el Ecuador realizar dicho control con arreglo a las disposiciones constitucionales y legales vigentes en nuestro país. En otras palabras, que en sus decisiones y argumentación jurídica, cuando traten cuestiones relativas a derechos constitucionales, tengan presente los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Ecuador ha ratificado, en el marco del Sistema Interamericano, con el fin de que sus decisiones se ajusten a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de ella ha efectuado el Tribunal Interamericano.

Los administradores de justicia constitucional, cuando resuelvan las causas en su conocimiento, no solo deben tener en cuenta la legislación ecuatoriana interna y la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sino también deben prestar particular atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que al caso bajo su análisis se refiere. En este trabajo propongo que, al realizar este control de convencionalidad, si los jueces tienen una duda razonable acerca de que una norma jurídica interna, es incompatible con la Convención Americana, siempre que este instrumento internacional contenga derechos más favorables para el ser humano, deberán remitir la causa en consulta a la Corte Constitucional, de conformidad con los criterios vertidos en esta investigación. Finalmente, al momento de decidir, esta Corte deberá considerar la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana en su jurisprudencia sobre el asunto en cuestión y, de este modo, arribar a una resolución que proteja de mejor manera los derechos humanos.

**BIBLIOGRAFÍA**

AYALA CORAO, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. Colección de Estudios Jurídicos N.º 98, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BAZÁN, Víctor. *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. 2012a, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf>.

\_\_\_\_\_. “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, . Querétaro: Fundap, 2012b.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias”, en BUERGENTHAL, Thomas y CANÇADO TRINDADE, Antônio A. (compiladores), *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, 1.ª ed., San José, Costa Rica: IIDH, 1996.

CARBONELL, Miguel. “Introducción General al Control de Convencionalidad”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>.

- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A.** “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- CHARRY UREÑA, J.** *Justicia constitucional, Derecho comparado y colombiano*, Bogotá: Banco de la República, 1993.
- COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** *Observación General N.º 13*, 21.º período de sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev. 5.
- FERRER, Eduardo.** “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en **CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro** (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: Porrúa-UNAM, 2012.
- GARCÍA ROCA, Xavier.** “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y realidad constitucional*, N.º 30, Madrid: sd, 2012.
- GUIBOURG, Ricardo.** *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*. México DF: Fontamara, 1997.
- HAMILTON, MADISON y JAY.** *El federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

**KELSEN**, Hans. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución - La Justicia Constitucional”, en MANERO, Juan Luis. (trad.), *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, . Madrid: Debate, 1988.

**MALARINO**, Ezequiel. “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en ELSNER Gisela, KAI Ambos, MALARINO Ezequiel (coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, sd, 2010.

#### **CUERPOS NORMATIVOS**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- Convención Europea sobre Derechos Humanos.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

#### **JURISPRUDENCIA**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A, N.º 6.

- Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N.º 14.
- Corte IDH, caso La Cantuta *vs.* Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006a (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N.º 162.
- Corte IDH, caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004a, Serie C, N.º 112.
- Corte IDH, caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 101.
- Corte IDH, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004b (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 114.
- Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006b (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 154.
- Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006c (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 158.
- Corte IDH, caso La Cantuta *vs.* Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 162.
- Corte IDH, caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 186.
- Corte IDH, caso Boyce y otros *vs.* Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 169.

- Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 209.
- Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C, N.º 220.
- Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones), Serie C, N.º 221.
- Corte IDH, opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Serie A, N.º 4.
- Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 73.
- Corte Internacional de Justicia, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America). Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application. Judgment”, 26 de noviembre de 1984, en *Yearbook of the International Court of Justice*, Países Bajos, La Haya.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 030-13-SCN-CC, caso 0697-12-CN, petición de consulta de norma efectuada por la Corte Nacional de Justicia; y Sentencia 036-13-SCN-CC, caso 0047-11-CN, petición de consulta de norma efectuada por el Juez de lo Civil de Pastaza, de 14 de mayo de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 014-13-SCN-CC, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento N.º 932, de 12 abril de 2013a.

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 001-13-SCN-CC, caso 0535-12-CN (Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en Cuenca), publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento N.º 890, de 13 de febrero de 2013b.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N 003-14-SN CC, de 17 de septiembre de 2014.

---

# **LAS MARCAS DE DISTRIBUIDOR Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR<sup>1</sup>**

LENÍN HURTADO ANGULO<sup>2</sup>

## **RESUMEN**

Las marcas representan una herramienta fundamental en el ejercicio del comercio y, consecuentemente en la competencia económica, muy recientemente en el Ecuador las marcas dejaron de ser una forma de establecer el origen empresarial y se constituyeron sólo en una forma de identificación de productos y servicios en el mercado, todo llevado por el auge de los autoservicios como forma de expendio de productos de una gran variedad. Tales canales de distribución lograron un enorme nivel de penetración en el mercado de expendio de alimentos, razón por la cual hoy es el principal mecanismo de ofrecer y adquirir tales productos. Es en ese escenario que adquieren una posición de dominio y, de acuerdo a nuestro criterio, han abusado y abusan de tal posición, en contraposición de las normas de defensa de la competencia, configurando incluso una tolerada competencia desleal.

## **PALABRAS CLAVE**

Marca, competencia desleal, signo, daño concurrencial

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por el autor el 31 de julio de 2016 y aprobado el 19 de agosto de 2016

<sup>2</sup> Abogado en libre ejercicio profesional especialista en propiedad intelectual

**ABSTRACT**

Brands represent a fundamental tool in the course of trade and, as a result in economic competition, very recently in the Ecuador brands ceased to be a form to establish the business origin and constituted only in a form of identifying products and services on the market, all led by the rise of the supermarkets as a way of dispensing products. Such channels of distribution managed a huge level of penetration in the market of retail sale of food, reason by which today is the main mechanism of offer and purchasing such products. Is in this scenery that they acquire a dominant position and, according to our criteria, they have abused of such position, in contrast to rules in defense of the competition, setting up even a tolerated competition unfair.

**KEY WORDS**

Brand, unfair competition, sign, competitive damage

## INTRODUCCIÓN

En la dinámica comercial actual, los autoservicios<sup>3</sup> han adoptado como mecanismo de comercialización de los productos que expenden, hacerlo con la marca que los identifica como tales, esto es, lo que inicialmente fue un nombre comercial, se ha tornado en una marca de productos.

Ésta, que bien podríamos llamar novedosa estrategia de mercadeo, plantea varias interrogantes al Derecho, muy particularmente al Derecho de la competencia, pues es innegable que los autoservicios utilizan su posición en el mercado, para ofrecer al público consumidor, productos con su identificación de marca, en condiciones de evidente ventaja frente a aquellos comercializados a través de diversos canales de distribución con un importante componente en sus costos derivados en los necesarios esfuerzos publicitarios.

Pretendemos establecer si el daño concurrencial sufrido por los competidores de los autoservicios, los que son a su vez sus proveedores, en la provisión de bienes al público consumidor es o no lícito, es una de las conclusiones a las que esperamos arribar analizando la naturaleza jurídica de tales marcas frente a los preceptos del Derecho de la Competencia y las normas pertinentes vigentes en el Ecuador.

---

<sup>3</sup> El autoservicio es conocido como una forma de establecimiento en el que los productos están al alcance de las personas para que ellas mismas puedan realizar sus compras sin necesidad de asistencia. <https://catmanservices.wordpress.com/2010/11/02/historia-del-autoservicio-en-el-mundo/> Consultado el 1 de mayo del 2016.

## LA MARCA

Es cualquier signo que permite distinguir los productos y servicios de otros iguales o similares cuya finalidad es ser colector de clientela<sup>4</sup>.

La definición doctrinal propuesta, define la marca a partir de la función que cumple, esto es, la distinción de un producto o de un servicio, de otros iguales o similares en un mercado determinado, indicando además la vital función que desempeña en la lucha concurrencial propia de la competencia económica; de ello podemos extraer algunos elementos que son vitales en la idea que debemos hacernos sobre estos signos:

- Aptitud del signo.- De acuerdo a definición en análisis, no todo signo puede constituirse en marca, debe cumplir con determinados requisitos para tal efecto, el Anexo 1C del Tratado de creación de la Organización Mundial del Comercio (ADPIC), señala: “...Los miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente...”. En otras palabras, cualquier signo que permita su representación gráfica y con capacidad distintiva es apto para constituirse en marca y, por lo tanto, para obtener la protección legal. Será la autoridad nacional competente la encargada de establecer la idoneidad del signo para ser considerada marca, esto se hará mediante el examen de “registrabilidad”, en función de las exclusiones señaladas en las disposiciones legales pertinentes. En primer lugar, se señala que el signo debe poder representarse gráficamente;

---

<sup>4</sup> NAVA NEGRETE, Justo. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 239

“Este requisito viene impuesto por la necesidad de acomodar los nuevos tipos de marcas surgidos en el tráfico económico a los mecanismos y las funciones de un sistema de marcas registradas”<sup>5</sup>, lo anterior se explica en el hecho de que la Autoridad Nacional competente, en el proceso de registro, cuando éste se requiera como forma de constituir derechos sobre los signos, necesita dejar constancia de la existencia del signo, realizando publicaciones para que aquellos terceros que se puedan sentir afectados por la existencia del signo, puedan ejercer su derecho a oponerse motivadamente a que se admita tal registro o que se lo cancele cuando se lo ha concedido en violación de derechos que reclame como propios el opositor.

- La Función Distintiva del signo.- El poder o carácter distintivo de un signo, es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca<sup>6</sup>. En definitiva es la posibilidad del signo de distinguir un producto o un servicio, todo en defensa de un público consumidor que, luego de haber probado el producto o de haber disfrutado del servicio, ha decidido que ese es el que cubre sus particulares expectativas, de allí que se sostiene que un signo puede tener distintividad desde un principio o adquirirla con posterioridad a su registro, lo que sí debe tener como requisito previo a su registro es capacidad distintiva. En conclusión, como consecuencia de esa necesaria capacidad distintiva que se exige de los signos a registrar como marca, no es posible la coexistencia de dos signos iguales para

---

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, y otros, *Manual de la Propiedad Industrial*, Editorial Marcial Pons. Madrid, 2013, p. 505.

<sup>6</sup> OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pag. 27.

identificar productos o servicios iguales o similares. Este requisito está íntimamente ligado con la función básica de la marca; a saber: indicar el origen empresarial de los productos o servicios. En efecto, esta función tan sólo puede ser desempeñada por los signos que tienen aptitud (intrínseca o adquirida como consecuencia del uso) para diferenciar en el mercado los productos o servicios de una empresa frente a los productos o servicios de las restantes empresas. Debe señalarse que el carácter distintivo es un concepto jurídico indeterminado que tiene que concretarse caso por caso<sup>7</sup>.

- Límite territorial del derecho.- Pese a que la definición doctrinal inicialmente propuesta, no lo señala expresamente, la protección brindada por el registro marcario, tiene una limitación espacial (territorial), así lo reconocen la mayoría de las legislaciones en materia de marcas; el Art. 134 de la Decisión 486 de la CAN, señala que la distinción del producto o del servicio tendrá lugar en “un mercado determinado”, tal expresión tiene una connotación territorial, es decir, cuando se obtiene un registro de un signo como marca, la protección que se logra tiene limitaciones geográficas, esto es, tal registro tendrá validez únicamente en el país registrante. Lo previamente señalado, sin perjuicio del derecho consagrado en el Art. 142 ibídem, que señala: “Cuando el solicitante deseara prevalerse del derecho previsto en el Artículo 6 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, deberá presentar el certificado de registro de la marca en el país de origen dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud”, la disposición del Convenio de

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, y otros, *Manual de la Propiedad Industrial*, op. cit. p. 506

Paris aludida en la norma comunitaria, señala: “Toda marca de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión, salvo las condiciones indicadas en el presente artículo. Estos países podrán, antes de proceder al registro definitivo, exigir la presentación de un certificado de registro en el país de origen, expedido por la autoridad competente. No se exigirá legalización alguna para este certificado.

Visto lo expuesto, podríamos afirmar que sería posible que dos signos coexistieran, siendo idénticos o similares, si identificaran productos o servicios en clases internacionales<sup>8</sup> diferentes, con lo cual la posibilidad de confusión en el público consumidor sería remota, es lo que se denomina principio de especialidad. Asimismo, podrían coexistir signos iguales o similares, identificando productos o servicios en la misma clase internacional, pero en mercados diferentes, es decir, en diferentes países, con la salvedad a señalar infra en relación con las marcas notorias y las renombradas. En los derechos de propiedad industrial, por último, existe una dificultad adicional para que puede atribuirse efectividad en un país a la exclusiva otorgada por un Estado extranjero; y es el carácter estrictamente territorial del acto concesional al que se vincula tal exclusiva, que nace como un acto administrativo de un Estado concreto que, por su propia naturaleza, sólo puede tener valor y ser actuado dentro de su propio territorio. De ahí que la protección no pueda exceder esos límites territoriales y que, por tanto, la concesión

---

<sup>8</sup> Clasificación internacional de productos y servicios establecida en virtud del arreglo de Niza, suscrito en dicha ciudad, el 15 de junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en Ginebra el 13 de mayo de 1977

administrativa otorgada por un Estado no pueda tener virtualidad en los demás países<sup>9</sup>

Todo el esquema descrito se podría afirmar que constituye la regla general, en consecuencia, existen excepciones a la misma, que están dadas, en primer término, por las llamadas marcas notorias, definidas en el Art. 224 de la Decisión 486 de la CAN como: “Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido”; y, en segundo término, por las llamadas marcas de alto renombre, definidas en el segundo inciso de la letra e) del Art. 196 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana: “Se entenderá que un signo es de alto renombre cuando fuese conocido por el público en general en el país o internacionalmente”.

En los casos señalados, pese a que los signos identificaran productos o servicios diferentes o se encontraran en países distintos, se excluye su registro por considerarse que, entre otras razones, se estaría aprovechando del prestigio ganado por el producto o servicios que identifica el signo notorio o de alto renombre.

Tratándose de marcas notorias, este carácter les otorga una protección incrementada que constituye excepción a la regla de la especialidad de la marca; al margen de ello, y en lo que se refiere al análisis objetivo del signo, se impone la aplicación de un criterio riguroso

---

<sup>9</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 660.

para admitir la inscripción o el uso de marcas que se le aproximen; de lo contrario, se aceptaría no sólo un indebido aprovechamiento del prestigio ajeno, sino que se induciría a fácil confusión, al menos en cuanto al origen de los productos, al público consumidor<sup>10</sup>

Sobre este tipo de signos, el Tribunal Andino de Justicia ha señalado:

Este Tribunal caracteriza a la marca notoria como aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida entre dicho grupo. Asimismo el Tribunal ha manifestado “(...) la protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida se extiende –caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo pendiente de registro- con independencia de la clase a que pertenezca el producto de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir el aprovechamiento indebido de la reputación de la marca notoria, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla. (Proceso 143-IP-2004, publicado en la G.O.A.C.

---

<sup>10</sup> BERTONE, Luis Eduardo – CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de Marcas / 2 Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, p. 84.

Nº 1147, de 3 de diciembre de 2004, marca: BONITO+GRÁFICA).

La notoriedad de la marca no se presume, debe ser probada, por quien alega ese estatus. Al respecto el Tribunal recogiendo criterios doctrinarios, ha sentado la siguiente jurisprudencia: “En la concepción proteccionista de la marca notoria, ésta tiene esa clasificación para efectos de otorgarle otros derechos que no los tienen las marcas comunes, pero eso no significa que la notoriedad surja de la marca por sí sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que precisamente han dado a la marca ese status”. (Proceso 08-IP-95, publicado en la G.O.A.C. Nº 231, de 17 de octubre 1996, marca: LISTER).

Por su parte el literal h) del artículo 136 de la Decisión 486 prohíbe el registro como marca de un signo que reproduzca, imite, traduzca, translitere o transcriba un signo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo, es decir, por fuera de la especialidad cuando su uso pueda causar un riesgo de confusión o de asociación, aprovechamiento injusto del prestigio del signo o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial<sup>11</sup>

Finalmente, es conveniente señalar que puede ocurrir que un signo no tenga inicialmente capacidad distintiva, pero lo adquiera con posterioridad con el uso intenso en el comercio, situación que la doctrina denomina: distintividad adquirida o “*secondary meaning*”.

---

<sup>11</sup> -7-X-2008 (Proceso No. 086-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina)

Por otra parte, si bien la inscripción en el registro, visto su efecto constitutivo, configura el único modo de adquisición de la marca y del derecho a su uso exclusivo, el signo puede alcanzar aptitud distintiva, en relación con el producto o servicio a que se refiera, como consecuencia de su uso constante y, en tal caso, hacerse registrable. Así se desprende del tenor del artículo 135, último párrafo, según el cual un signo podrá ser registrado como marca si, a pesar de no ser distintivo ab initio, o de ser descriptivo, o genérico, o común o usual, o de consistir en un color no delimitado por una forma específica, quien solicita el registro, o su causante, lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo hubiese adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica. En la doctrina se explica que ‘un término originariamente genérico puede llegar a serlo y adquirir el carácter distintivo típico de una marca. Es el supuesto conocido en el Derecho norteamericano como de adquisición por el término genérico de un ‘secondary meaning’ (significado secundario) que confiere al signo el carácter distintivo propio de la marca’. (BERCOVITZ, Alberto; ob.cit., p. 471)’. (Proceso 92-IP-2004. Caso: denominación “UNIVERSIDAD VIRTUAL”, publicado en la Gaceta Oficial N° 1121, de 28 de setiembre de 2004). TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA PROCESO 150-IP-2013

## MARCAS DE DISTRIBUIDOR

Durante los últimos años, los precios de los productos de consumo han sufrido un fuerte incremento, al reflejarse en ellos los efectos de la política tributaria implementada en el Ecuador. Como consecuencia de este hecho, los consumidores sufren cada vez más dificultades a la hora de realizar sus compras, razón por la que buscan diferentes alternativas con el fin de reducir gastos. Una de estas alternativas consiste en la adquisición de los productos identificados con las llamadas marcas blancas o de distribuidor.

Las marcas de distribuidor son las que han sido fabricadas por un determinado industrial y son ofrecidas al consumidor bajo el nombre o marca de la empresa distribuidora y no con el de la compañía que realmente los ha elaborado<sup>12</sup>.

No cabe duda alguna que, lo que originalmente fue un nombre comercial, entendido éste como la designación de un establecimiento de negocios, se convirtió en otro tipo de signo, es decir, en una marca de producto y más aún, se convirtió en un signo notorio, pues los autoservicios que han adoptado tal alternativa de comercialización de bienes son aquéllos que han captado un muy importante segmento en el mercado de consumidores de productos de consumo masivo.

En el Ecuador, las mayores cadenas de autoservicios, tales como: Supermaxi, Mi Comisariato, Tía, entre otras; han adoptado este mecanismo de comercialización de productos diversos en el afán

---

<sup>12</sup> [http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?id\\_pagina=22&id\\_tribuna=12](http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?id_pagina=22&id_tribuna=12). Consultado el 1 de mayo del 2016

de captar un mercado de personas ávidas de adquirir productos con la mejor relación posible entre calidad y precio.

Podemos afirmar que las marcas de distribuidor o marcas blancas, no son un concepto jurídico, son más bien un concepto comercial derivado de una necesidad concreta del mercado, vale decir, de la necesidad de los consumidores de adquirir productos de menor precio sin desmejorar la calidad.

Las marcas propias no son un tipo distinto de marcas, constituyen tan sólo un uso novedoso de estos signos, una manera distinta de concurrir al mercado por parte de quienes lo hacían previamente con una estrategia distinta. Si tal estrategia constituye o no abuso de posición de dominio, deberá establecerse mediante la revisión de cada caso concreto, mediante parámetros que se propondrán infra.

### **FUNCIONES DE LA MARCA**

Una vez que se ha verificado que un signo reúne las condiciones para ser utilizado como marca, es decir, se puede representar gráficamente y tiene capacidad distintiva; puede desempeñar las funciones propias de dichos signos. Tales funciones son: indicadora del origen empresarial, indicadora de la calidad, condensadora del *goodwill* o buena reputación y la función publicitaria.

De otro lado, “la ley persigue dos finalidades a la hora de regular las marcas. Una de estas finalidades está ligada a la competencia comercial que intenta promover cualquier Estado, esto es, una sana competencia comercial. La otra finalidad es la protección del consumidor, quien necesita de un sistema en el cual los

competidores de bienes y servicios le permitan distinguir sin mayores inconvenientes, a través de las marcas, quiénes son los oferentes de esos bienes y servicios –para luego premiarlos o castigarlos mediante su decisión de compra o consumo”.<sup>13</sup>

La función indicadora del origen empresarial, en opinión generalizada en la doctrina marcaria, es la función primordial de la marca. Cuando una persona ve un producto o se le ofrece un servicio identificado con una determinada marca, inmediatamente lo asocia a una empresa y a todos los productos o servicios que ésta comercializa.

Esta función se apoya directamente en las reacciones del público de los consumidores y se basa de modo inmediato en la propia estructura del derecho de marca. En efecto, al contemplar una marca puesta en relación con un producto o un servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa; de aquella empresa de la que proceden todos los demás productos o servicios de la misma clase que están dotados de la misma marca. En este sentido la marca desempeña un papel informativo; atestigua ante el público de los consumidores que todos los productos de una misma clase y portadores de una misma marca han sido fabricados o distribuidos por una misma empresa<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> VIBES, Federico. *Derechos de Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2009, p. 96.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos y otros, *Manual de Propiedad Industrial*, op. cit. p. 507

En lo relacionado a la función indicadora de la calidad, normalmente los consumidores por haber experimentado con un producto o servicio, por haber estado expuestos a la publicidad, que lo induce a pensar que un determinado producto o servicio es de calidad aún antes de haberlo adquirido y verificado por sí mismo o por referencias de personas que sí han consumido el producto o utilizado el servicio. Sea cual fuere el motivo por medio del cual se establezca la asociación en el consumidor del producto o servicio con un nivel de calidad, es innegable que ocurre tal proceso de relación. Algunos industrialistas, como Jorge OTAMENDI, sostienen que ésta es la verdadera función fundamental de las marcas, que la determinación del origen empresarial no es consustancial al signo<sup>15</sup>.

La buena reputación de un producto o servicio es algo que se construye con muchos elementos, tales como: la calidad de los mismos, la atención que se brinde a los potenciales clientes.

Es algo que se construye con gran esfuerzo y se pierde con enorme facilidad. “La función condensadora del *goodwill* o buena reputación, desde la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es la de constituir un mecanismo en el que va sedimentándose progresivamente la eventual buena reputación (*goodwill*) de que gocen, entre el público de los consumidores, los productos o servicios diferenciados por la marca. Goodwill o buena fama que presupone la preferencia que el público de los consumidores otorga a los productos dotados con la marca; y entraña la expectativa razonable de que el producto será reiteradamente comprado porque cuenta con el favor del público.

---

<sup>15</sup> OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, op. cit., 2003, p. 9.

La función condensadora del *goodwill* es singularmente palpable en el supuesto de la marca renombrada que es aquel tipo de marca que se caracteriza por ser portadora de un acrecentado prestigio; prestigio que es el fruto de la alta calidad de los productos o servicios; de la intensa publicidad realizada en torno a la marca; y a veces de la fuerza sugestiva (*selling power*) del propio signo constitutivo de la marca”<sup>16</sup>

Finalmente, la función publicitaria es lo que permite que el producto o servicio identificado mediante la marca sea conocido por el público consumidor, no existe forma en que un producto o servicio sea conocido por sus eventuales consumidores, sino tiene un signo que permita su ofrecimiento a dicho público. De tal manera, que la función publicitaria de la marca, es la vía usada para hacer conocer las características del producto o servicio, para lograr el daño concurrencial lícito en el ejercicio del comercio, objetivo central de la competencia. Cuando un comerciante, piensa en un signo que luego registrará como marca, lo hace pensando en el potencial publicitario de tal signo, con frecuencia recurre a las marcas evocativas<sup>17</sup> para lograr tal objetivo.

“La marca es el único nexo que existe entre el consumidor de producto o el servicio y su titular. Es a través de la misma que su titular recogerá los beneficios, o no, de su aceptación por parte del público consumidor. Esa marca es lo que el comprador ha de pedir y es lo que el titular de la misma tratará que pida”<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos y otros, *Manual de Propiedad Industrial*, op. cit. p. 509.

<sup>17</sup> Se designan así a aquellas marcas que proporcionan al consumidor una idea de las características - o por lo menos algunas de ellas - de los productos o servicios identificados por el signo

<sup>18</sup> OTAMENDI, Jorge. Ob. Cit. p. 11

Con todo lo señalado a propósito de las funciones de las marcas, debemos indicar que las marcas de distribuidor, es decir aquellos signos incorporados a productos que no provienen de ordinario de los titulares del signo, en consecuencia, la función indicadora del origen empresarial no se cumpliría, sólo observamos el cumplimiento de las funciones de calidad y de buena reputación o *goowill*, dado que de ordinario los autoservicios que le dan a su denominación comercial, el uso de marcas de los bienes que expenden, han adquirido notoriedad en el mercado de consumidores de productos de primera necesidad.

#### **NACIMIENTO DE LOS DERECHOS SOBRE EL SIGNO**

Se han establecido mecanismos de obtener derechos sobre las marcas y demás signos distintivos. Las legislaciones marcarias han señalado que los derechos sobre los mismos, se adquirirán por el uso inicial y, una vez que el público consumidor haya relacionado el signo con los productos o servicios que identifica, puede procederse con su registro, a tal Principio se lo denomina

“Declarativo o de Prioridad por el uso. “Conforme a este principio, el derecho sobre la marca se adquiere originariamente a través de la utilización efectiva del correspondiente signo en el mercado; el derecho sobre la marca pertenece a quien la usa por primera vez para designar sus productos. Basándose en ciertos precedentes del Derecho común medieval, la doctrina francesa clásica mantenía en este punto que la propiedad de la marca corresponde al primer ocupante de la misma”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons,

Por otro lado, existen legislaciones – como la ecuatoriana – que disponen que el derecho sólo se adquirirá con el registro y sólo a partir de tal acto, es el Principio Registral. “Con arreglo a este principio, el nacimiento del derecho sobre la marca tiene lugar mediante la inscripción del signo en el Registro de Marcas. A través de la inscripción el titular adquiere un derecho de exclusiva sobre la marca, el cual le legitima para prohibir a los terceros el uso de signos idénticos o similares. De esta suerte, el nacimiento del derecho sobre la marca se produce mediante una inscripción registral y con independencia de que el correspondiente signo se hubiese usado anteriormente en el mercado a fin de diferenciar los productos o servicios del titular”<sup>20</sup>

#### **DURACIÓN DEL DERECHO SOBRE LA MARCA**

El Art. 152 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones señala: “El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años”. Del texto de la norma transcrita, se pueden inferir varios hechos:

- El período de vigencia de la marca es, en efecto de diez años<sup>21</sup>, pero contados a partir de la fecha de la concesión de tal registro, lo cual difiere de lo que otras legislaciones señalan al respecto, el Art. 31 de la Ley de Marcas de España señala que el periodo de vigencia del registro que en ese país también

---

Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004, p. 79.

<sup>20</sup> Ibidem

<sup>21</sup> Desde luego tal plazo podría reducirse si antes el registro caduca, se declarase su nulidad y, desde luego, por renuncia realizada por su titular del signo registrado

es de diez años y se contará a partir de la presentación de la solicitud de registro del signo: “El registro de una marca se otorga por diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años”;

- El derecho de exclusividad en el uso del signo, puede extenderse de manera indefinida, si es que se ejerce el derecho de renovar el registro de manera consecutiva de la forma establecida en las disposiciones legales.

Sobre la renovación del registro del signo, la norma comunitaria señala al respecto en su Art. 153: “El titular del registro, o quien tuviere legítimo interés, deberá solicitar la renovación del registro ante la oficina nacional competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. No obstante, tanto el titular del registro como quien tuviere legítimo interés gozarán de un plazo de gracia de seis meses, contados a partir de la fecha de vencimiento del registro, para solicitar su renovación.

A tal efecto acompañará los comprobantes de pago de las tasas establecidas, pagando conjuntamente el recargo correspondiente si así lo permiten las normas internas de los Países Miembros. Durante el plazo referido, el registro de marca mantendrá su plena vigencia. A efectos de la renovación no se exigirá prueba de uso de la marca y se renovará de manera automática, en los mismos términos del registro original. Sin embargo, el titular podrá reducir o limitar los productos o servicios indicados en el registro original”. La norma en análisis establece las condiciones mediante las cuales se puede renovar el registro, podemos señalar las siguientes:

- Puede presentar la solicitud de renovación del registro del signo, no sólo el titular del registro del signo o sus derechohabientes, sino también aquel tercero que demuestre legítimo interés en la vigencia del registro, éste podría ser el licenciataria interesado en preservar el derecho objeto del contrato de licencia;
- Se puede presentar la solicitud de renovación del registro desde seis meses antes del cumplimiento de su periodo de vigencia, hasta seis meses después de expirado dicho periodo, en este último caso, pagando las tasas establecidas por la autoridad nacional competente en la materia;
- A efectos de renovar el registro del signo, no se requiere justificar el uso que se esté haciendo del mismo, hecho que sí ocurría en algunas legislaciones como la Ley española de marcas de 1988, la que señala en su Art. 7.2: “La solicitud de renovación del registro de la marca deberá ir acompañada de una declaración en documento público de uso de la misma, indicando los productos o servicios en relación con los cuales la marca ha sido usada”;
- Finalmente, cumplidos los requisitos de oportunidad y aquellos formales, como el pago de las tasas correspondientes; la renovación es automática en iguales condiciones que el registro original, pudiendo el titular del registro o su derechohabiente limitar los productos o servicios que el signo identifica, tal derecho a nuestro entender, no lo puede ejercer un tercero interesado que eventualmente solicite la renovación en cuestión.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los retos que la producción en serie propuso a las economías mundiales se derivan de la enorme oferta de bienes e incluso servicios que inundaron los mercados. Importante es aclarar que esta disciplina no hizo su aparición sólo en nuestros días, en realidad las actitudes colusorias de determinados comerciantes o alguno de ellos individualmente considerados, hicieron su aparición desde los mismos orígenes de la civilización. “Así ya Aristóteles denuncia los amaños entre comerciantes en la Antigua Grecia que tendían a la elevación abusiva de los precios mediante acuerdos más o menos evidentes”<sup>22</sup>

“El Derecho de la Competencia tiene la función de garantizar el libre mercado, como mecanismo económico mediante el cual los consumidores y las empresas fijan los precios como consecuencia del juego de la oferta y demanda de los bienes y de los servicios”<sup>23</sup>

La libre competencia se expresa como la lucha por la captación de compradores de bienes y servicios, en un escenario donde éstos son excedidos cuantitativamente por la oferta, por lo tanto, tiene lugar una disputa de ellos por parte de los oferentes que concurren al mercado a disputárselos.

“La elección de los consumidores puede desarrollarse dentro de márgenes más o menos amplios, puede estar

---

22 LOMA OSORIO LERENA, Diego. “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, Loma-Osorio, Diego (coord.) en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 40.

23 *Ibidem*, p. 34

más o menos coartada por una serie de circunstancias diversas –el lugar de residencia, la urgencia de la necesidad a satisfacer, la influencia de la propaganda, y tantas otras más-; pero ha de existir para que podamos decir que se da el fenómeno de la competencia<sup>24</sup>

En aquella disputa concurrencial se ve reflejada el ejercicio del derecho de los oferentes de bienes y servicios a la libertad de competir; pero ésta debe encuadrarse en los parámetros propios de la competencia, esto es, la libre fijación de los precios con base en la oferta y la demanda; la libertad de elección de los compradores; y, que las empresas que concurren, no basen en su sola voluntad sus políticas industriales, comerciales y de ventas, que éstas se basen en la interdependencia de los diferentes actores económicos.

Es esencial para la existencia de la competencia que los precios sean invariablemente producto de la relación oferta – demanda, ningún competidor debe tener la posibilidad de evadir de manera absoluta tal principio en la fijación de los precios, de lo contrario habría adquirido un poder tal que haría inexistente la competencia misma.

En lo relacionado a la libre elección de los compradores, debemos señalar que esta condición de existencia de la competencia en un mercado determinado, se podría decir que es relativa, debido a que, en la lucha por distinguirse en el mercado, un oferente

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “La Competencia como fenómeno económico y como situación de mercado”, en BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Baylos Morales (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 301.

de un producto o un servicio adopta una determinada política de publicidad o de mercadeo que produce en los compradores una identificación con él, que lo mueve a aceptar su oferta; si tal resultado, es producto de su creatividad y esfuerzo empresarial, el daño concurrencial que le produce a sus competidores, sería absolutamente lícito.

Finalmente, ningún competidor, puede abstraerse de la actuación de los demás en la fijación de sus políticas industriales o de ventas, éstas deben estar basadas en la situación del mercado y a las actuaciones de los demás actores, deben ser una respuesta a ellas.

Es importante destacar que el Derecho de la Competencia, tiene dos aspectos fundamentales, podríamos decir que el primero tiene por finalidad el establecer los mecanismos idóneos en los que se deberá proponer la lucha concurrencial, esto es, el Derecho de Defensa de la Competencia, al que se le atribuye, podríamos concluir, una labor promotora de la pulcritud en la lucha concurrencial en beneficio del mercado; mientras que en segundo lugar aparecen las normas de la Competencia Desleal, las que están llamadas a sancionar las conductas socialmente reprochables en el ejercicio de la competencia.

mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentar limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se vean atraídos no

por el mejor empresario, sino por aquel que utilizó medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados<sup>25</sup>

## LICITUD DEL DAÑO CONCURRENTIAL

Como se ha mencionado supra, quienes ejercen actos de comercio, vale decir, quienes en la provisión de bienes y servicios en un mercado determinado concurren a él, pugnan por lograr la preferencia de los consumidores hacia los que ofertan, cada ocasión en que tienen éxito, es un fracaso para sus competidores, es el denominado *daño concurrential*, lo que es perfectamente legítimo, si para lograrlo se ha empleado mecanismos empresarial y socialmente válidos, caso contrario se adecuaría a lo que en Derecho de la Competencia se denomina: Competencia Desleal.

“La actividad concurrential se manifiesta, pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme un núcleo de compradores eventuales que se denomina clientela”<sup>26</sup>

Es de destacar que la competencia tiene implícitos al mismo tiempo, valores individuales como sociales. Individuales, pues todo comerciante oferente de bienes o servicios, persigue el objetivo de aumentar su patrimonio mediante su actividad, pero sólo lo ha de lograr al cumplir el objetivo social de satisfacer a los compradores en la provisión de los bienes o servicios que requiere.

---

<sup>25</sup> GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 22.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 304.

Es evidente que al empresario le moverá el objetivo de obtener la mayor ganancia posible, es decir, un estímulo egoísta. Pero para conseguirlo, ha de tener compradores, han de lograr captarse las preferencias del consumidor, a cuya elección quedará sometido. Quien logre ese favor, habrá conseguido su objetivo egoísta, pero ello querrá decir que ha acertado a satisfacer las exigencias de los consumidores, es decir, las necesidades sociales (...). De aquí se desprende que es consustancial con un régimen económico de esta clase la existencia del riesgo empresarial, de esa posibilidad de enriquecimiento o de ruina, dependiente de modo fundamental del juicio y de la elección de los consumidores. Si el éxito o el fracaso, en lugar de depender de haber sabido o no lograr tales preferencias, puede atribuirse a otros factores extraños, el sistema económico se resentirá en sus propios fundamentos y el sometimiento de la producción a un fin social propio habrá de ser encomendado a otros resortes<sup>27</sup>

## **POSICIÓN DE DOMINIO**

Es evidente que los factores de la competencia señalados se mueven entre lo que bien podríamos llamar un franja de tolerancia en donde en un extremo se encuentra el ideal cumplimiento de todos ellos, lo que podríamos llamar Competencia perfecta y, en el otro, el Monopolio. Lo que ocurre de corriente, es que el mercado posibilita observar, por parte de los concurrentes, conductas intermedias, es decir, se cumplen en la medida de lo posible, permitiendo que logren, basados en su habilidad

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 311.

y creatividad empresariales, posiciones de dominio donde pueden consolidar en su beneficio un segmento del mercado, en una suerte de *monopolio condicionado*, es decir, se origina la Competencia Imperfecta, donde los precios no se fijan solamente en la interacción entre la oferta y la demanda, sino que bien pueden intervenir otros factores, tales como, la eficiencia en el uso de los recursos que permita una elevada productividad, uso de tecnologías que deriven en la disminución de los costos, etc.<sup>28</sup>

Asimismo se admite canalizar, con técnicas publicitarias, la voluntad de los consumidores de manera que adquieran los productos o servicios de un oferente en lugar de los de otros; y, desde luego, puede ocurrir que ocasionalmente, los competidores puedan incidir en el mercado, de manera que, sus políticas industriales o de ventas, sí sean derivadas de su posición de dominio, sin que éstas prácticas puedan ser consideradas abusivas.

De todo lo anterior, se puede inferir que el problema no es disfrutar de una posición de dominio en el mercado, en tanto ésta sea producto de usar las reglas de juego empresarialmente aceptables y que tal posición no se ejerza abusivamente en el mercado en contra de la competencia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM)<sup>29</sup>, en su Art. 7, define lo que se debe entender como

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, *La competencia como fenómeno económico*, op.. cit., pp.. 315-324.

<sup>29</sup> Publicada en el Suplemento del Registro Oficial # 555 del 13 de octubre del 2011

Posición de Dominio: “Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado”

La norma antes referida, reitera que no es la existencia de la posición de dominio la que atenta contra a la competencia, señala expresamente que es su abuso lo que trasgrede sus preceptos:

“La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”

En el Ecuador, no cabe duda, por la extendida aceptación entre los consumidores del mecanismo de compra de bienes diversos que constituyen en la actualidad las compras en los autoservicios, éstos ejercen una posición de dominio en los términos definidos por la Ley. Lo que se debe determinar es si el uso de sus marcas, puede adecuarse a lo que también normativamente se tipifica como abuso de tal posición (Art. 9 LORCPM)

Cuando los autoservicios utilizan marcas propias para la comercialización de productos de la más variada naturaleza, lo hacen prevalidos de una posición de privilegio que han

alcanzado luego de que el mecanismo de expendio de tales productos, ha sido adoptado masivamente por la población. Son muy pocas las personas que no han experimentado el comprar en un autoservicio.

Desde el 2011 luego de la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, se creó la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, este organismo se encontró con una situación que bien podría considerarse como una distorsión del mercado: los productores y proveedores de los autoservicios estaban perdiendo su participación en el mercado, como consecuencia de que el canal de distribución que habían considerado como el óptimo, estaban siendo usados en su contra, a tal extremo que el naciente organismo de control del poder del mercado, tuvo que emitir una resolución para enfrentar tal situación. El 29 de agosto del 2014, se dictó la Resolución # SCPM-DS-057-2014, que contiene el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores; mediante la cual se pretende normar las relaciones entre los autoservicios y sus proveedores.

Los autoservicios en el normal desarrollo de su actividad comercial, acumulan una gran cantidad de información relacionada a la rotación de los productos que expenden. Tal información es usada comúnmente para establecer qué productos se identificarán con su marca (marca propia), aún más, posee información sobre qué presentación de tales productos tienen mayor rotación (venta).

De forma similar pueden establecer una especie de política de manejo de inventarios, pues conocen los productos que se

venden en mayor volumen y las épocas en que los consumidores los buscan con más frecuencia. Podemos decir sin sombra de duda, que los autoservicios llegan a un mercado ya abierto por los productores de bienes que se han ganado la confianza de los consumidores y se aprovechan del novedoso servicio que brindaban y en el camino introducir, en tales condiciones, los productos adquiridos a los fabricantes y venderlos con su marca, con una inversión significativamente menor.

De lo anterior podemos afirmar que los autoservicios establecen sus políticas de venta sin que para ello incidan los demás actores económicos y, con ello, los precios de venta de los productos identificados con sus marcas, tienden a ser de menor precio que aquellos de la competencia.

## CONCLUSIONES

Las marcas de distribuidor o blancas, cumplen con todos los requisitos exigidos a este tipo de signos pese a que inicialmente se limitaban a distinguir locales comerciales, es decir, eran nombres comerciales en el sentido jurídico del término que posteriormente se emplearon para distinguir productos.

Es incuestionable que los autoservicios acumulan una gran cantidad de información sobre el comportamiento del mercado, vale decir, sus principales hábitos en la adquisición de productos de toda naturaleza y esa información es usada en la fijación de sus políticas de ventas, lo cual trasgrede seriamente uno de los principales preceptos del Derecho de Defensa de la Competencia (*Vid supra*), es decir, que dicha política debe ser producto de la interrelación entre los agentes económicos.

También ha quedado claro que los autoservicios, de ordinario, gozan de una posición de dominio en el mercado, la cual es utilizada en detrimento de la competencia, esto es, sus propios proveedores o los fabricantes de los productos que expenden con sus marcas. Todo lo anterior pese a los intentos regulatorios contenidos en las normas del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, aprobado por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, así definido en el Art. 9.7 de la LORCPM. Dado lo difícil de la regulación de las prácticas identificadas como de abuso de posición de dominio por parte de los autoservicios, toda esta situación es tolerada por el mercado y desde luego por las autoridades llamadas a impedir que se materialicen, pues finalmente el consumidor, razón primigenia de las normas sobre el derecho de la competencia, es el beneficiado al adquirir productos de calidad a precios muchos menores que los de los productos identificados con las marcas de los productores.

La afirmación anterior no puede ser óbice para enfrentar el problema en ciernes, puesto que puede, sin problema alguno, derivar en la formación de un oligopolio de autoservicios, lo que derivaría en la total destrucción de la competencia, escenario que sí implicaría una afectación al consumidor al eliminar su derecho a escoger con libertad los productos que desea consumir.

**BIBLIOGRAFÍA**

**BAYLOS CORROZA**, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª edición, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009.

**BERTONE**, Luis Eduardo y **CABANELLAS DE LAS CUEVAS**, Guillermo. *Derecho de Marcas/2 Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales*, 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Juan Manuel. “La Competencia como fenómeno económico y como situación de mercado”, en *Tratado de Derecho Industrial*, **BAYLOS CORROZA**, Hermenegildo, **ARAZANDI María** (coords.) 3ª edición, Pamplona: sd., 2009.

**FERNÁNDEZ-NOVOA**, Carlos; **OTERO LASTRES**, José Manuel; **BOTANA AGRA**, Manuel. *Manual de la Propiedad Industrial*. Segunda Edición, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013.

**FERNÁNDEZ-NÓVOA**, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Segunda edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

**GARCÍA MENÉNDEZ**, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. 1ª edición, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

**LOMA-OSORIO LERENA**, Diego. “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, LOMA-OSORIO (coord.), Diego, 1.º edición, Pamplona: Aranzadi, 2013.

**NAVA NEGRETE**, Justo. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª edición, México: Editorial Porrúa, México, 2012.

**OTAMENDI**, Jorge. *Derecho de Marcas*, 5.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2003.

**VIBES**, Federico. *Derechos de Propiedad Intelectual*. 1ª edición, Ad-Doc, Buenos Aires – 2009

[http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?id\\_pagina=22&id\\_tribuna=12](http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?id_pagina=22&id_tribuna=12).

---

**LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN  
NACIONAL SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS,  
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS Y EN ARGENTINA<sup>1</sup>.**

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN<sup>2</sup> y  
MARÍA SOL BUCETTO<sup>3</sup>

**RESUMEN**

El margen de apreciación nacional es una pauta hermenéutica nacida en el sistema europeo que profiere a los Estados un margen de deferencia para que interpreten las normas convencionales, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil. Los alcances de esta teoría han trascendido las fronteras hasta ser receptados por el sistema interamericano y el Estado argentino, en particular. Las diferencias contextuales permiten realizar una comparación que muestran al sistema interamericano en una posición más retrasada respecto a su par europeo. En el caso argentino, se ha reconocido la teoría pero no ha alcanzado un fructífero desarrollo.

**PALABRAS CLAVE**

Margen de apreciación nacional, jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, jurisprudencia argentina.

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por el autor el 29 de julio de 2016 y aprobado el 6 de septiembre de 2016

<sup>2</sup> Docente Universidad de Buenos Aires, Argentina

<sup>3</sup> Docente Universidad de Buenos Aires, Argentina

**ABSTRACT**

The national margin of appreciation is a hermeneutic rule born in the European system, which gives States a margin of deference to interpret conventional standards, taking the most direct contact national authorities have with civil society. The scope of this theory has transcended its primitive borders to be adopted by the inter-American system and Argentina, in particular. Contextual differences allow a comparison that shows the inter-American system in a rear most position relative to its European counterpart. In Argentina, this theory has been recognized, but has not reached a successful development.

**KEY WORDS**

National margin of appreciation, jurisprudence of the European system of human rights, jurisprudence of the inter-American system of human rights, jurisprudence of Argentina.

## **INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo pretendemos abordar la cuestión de la doctrina del margen de apreciación nacional, desde su creación jurisprudencial por parte de los organismos del sistema europeo de derechos humanos, hasta su recepción en el continente americano.

Para ello, comenzaremos por realizar una conceptualización de la teoría, a fin de poder identificar sus elementos constitutivos y alcance.

Más adelante, estudiaremos la trascendencia que ha tenido esta doctrina y su reflejo en el sistema interamericano, con el objeto de poder realizar una comparación aproximada entre ambos sistemas regionales.

Por último, realizaremos un breve recorrido por las decisiones jurisprudenciales argentinas en las que se ha recurrido a la doctrina del margen de apreciación nacional, procurando una evaluación de la situación que defina si es posible una mayor apertura hacia los preceptos del sistema europeo en nuestro país.

## **LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN CONFORME EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al ser un concepto jurídico de

construcción pretoriana, su alcance es aún indeterminado, por lo cual resulta inevitable recurrir a los precedentes jurisprudenciales para poder lograr una cabal comprensión de su significado.

En orden de procurar una primera aproximación, tomaremos en cuenta que esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales (GONZÁLEZ VEGA, 178). Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada (BARBOSA DELGADO, Francisco R., 53).

El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del Convenio Europeo, se trata más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos (SAGÜÉS, Néstor, 219).

Este poder de deferencia del tribunal regional hacia los estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal, refuerza el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional, que sólo interviene sobre eventuales violaciones de derechos humanos, tras el agotamiento de los recursos internos y bajo el presupuesto de que el Estado se encuentra en mejor posición que los

organismos internacionales para resolver sobre determinados aspectos del caso.

Así ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad, cuando recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “[...] las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención [...]” (BARBOSA DELGADO, 57, citando TEDH, 1968, Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica: 10).

Esta doctrina surgió cuando los órganos del sistema europeo se vieron obligados a interpretar el artículo 15 de CEDH. El mismo establece la posibilidad de suspender ciertos derechos ante una situación de peligro público. En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica de discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas (GARCÍA ROCA, 122).

Los primeros antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos Grecia c. Reino Unido<sup>4</sup>, Lawless c. Irlanda<sup>5</sup>, y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CEDH, Grecia c. Reino Unido, dictamen del 26 de septiembre de 1958.

<sup>5</sup> CEDH, Lawless c. Irlanda, dictamen del 19 de diciembre de 1959. Este caso fue luego resuelto por el TEDH, en 1961, retomando los conceptos vertidos por la Comisión.

<sup>6</sup> CEDH, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, dictamen del 5

El Tribunal Europeo fue más reticente en la utilización de la doctrina, ya que no fue sino hasta, en el caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971, en el que utilizó por primera vez la expresión “*margen nacional de apreciación*”, en el cual indicó que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no había vulnerado el artículo 8.2 de la CEDH, toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros (BARBOSA DELGADO, 52, citando TEDH, 1972, De Wilde, Oms et Versyp contra Bélgica)<sup>7</sup>.

Como mencionamos precedentemente, los primeros asuntos en los que la Comisión hizo uso de esta doctrina planteaban supuestos recubiertos de cierta excepcionalidad, ya que se enjuiciaban medidas de derogación de los derechos reconocidos en el Convenio, adoptadas por los Estados en virtud de lo previsto en el artículo 15 CEDH. Sin embargo, la doctrina del margen sería incorporada posteriormente a asuntos en los que se debatían eventuales vulneraciones de otros preceptos del CEDH, como por ejemplo, el derecho a la educación, en el caso Lingüístico Belga<sup>8</sup>, o la libertad de expresión, en el asunto Handyside<sup>9</sup> (DÍAZ CREGO, 2011, 2).

---

de noviembre de 1969.

<sup>7</sup> Previo a esto, el TEDH resolvió otros casos utilizando la doctrina del margen de apreciación, pero sólo haciendo referencia a lo dicho previamente por la Comisión. Sirva de ejemplo para ello el caso Lawless c. Irlanda mencionado anteriormente.

<sup>8</sup> TEDH, Lingüístico Belga, sentencia del 24 de junio de 1965.

<sup>9</sup> TEDH, Handyside v. United Kingdom, sentencia del 7 de diciembre de 1976.

El TEDH mantuvo esta línea de pensamiento en el caso Irlanda contra el Reino Unido, en el cual el señaló:

[...] Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo... las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación [...] (BARBOSA DELGADO, 58, citando TEDH, 1976, Irlanda vs. Reino Unido)

Ahora bien, existe un aspecto fundamental que no debe pasar inadvertido: el hecho de que el ejercicio del margen de apreciación nacional encuentra límites intrínsecos y extrínsecos. En primer término, las autoridades nacionales deben honrar las obligaciones asumidas al momento de ratificar los tratados de derechos humanos. En el caso europeo, la CEDH no establece de forma expresa las obligaciones a las que someten los Estados cuando la ratifican. Sin embargo, de la lectura del artículo 1º se desprende que los Estados deben reconocer a toda persona, independiente de su jurisdicción, los derechos y libertades consagrados en la Convención (BARBOSA DELGADO).

Asimismo, aquel margen de apreciación otorgado a los Estados nunca podrá ser absoluto y deberá someterse al control de proporcionalidad por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos. En este sentido, los Estados podrán establecer restricciones a los derechos mientras sean

conformes con los estándares de la necesidad de la medida adoptada y la idoneidad de los instrumentos utilizados para ponerla en práctica<sup>10</sup>.

El propio margen de apreciación nacional es un ingrediente más de ese juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales y todo ello no resulta irrazonable a la Corte (GARCÍA ROCA).

La idea básica es, pues, que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea (GARCÍA ROCA 122).

En el mismo orden de ideas, el TEDH sostuvo que, además de los parámetros bien definidos de la proporcionalidad, el margen de apreciación también dependerá de varias circunstancias inherentes a los derechos protegidos, que pueden oscilar

---

<sup>10</sup> El TEDH sostuvo la idea del control europeo en base a los estándares de proporcionalidad y justificación en los asuntos *Eweida v. Reino Unido* y *Animal Defenders International v. United Kingdom*, entre otros. (Véase TEDH, *Eweida v. Reino Unido*, sentencia del 15 de enero de 2013 y TEDH, *Animal Defenders International v. United Kingdom*, sentencia del 22 de abril de 2013)

en función de las particularidades que cada caso contempla (PASCUAL VIVES, 237, citando TEDH, 1984, Rasmussen v. Denmark, 40).

### **LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos no ha quedado exento del progresismo propuesto por los organismos europeos respecto de la doctrina del margen de apreciación. Si bien su aplicación ha sido menos profusa, es posible mencionar algunos casos en los que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recurrido a esta teoría.

Los instrumentos de este sistema regional, al igual que el europeo, no receptan expresamente la doctrina en cuestión. No obstante, la CADH fue más precisa en cuanto a la enunciación de las obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; junto a la previsión de tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno a las normas de la Convención (arts. 1 y 2 respectivamente) Esta última disposición permite inferir que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación del articulado de la Convención Americana dentro de su jurisdicción.

Como lo explica FAÚNDEZ LEDESMA:

[...] La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo,

por lo menos con mucha precaución; sin embargo es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones [de la CADH] [...] (2004, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* 57)<sup>11</sup>.

En la Comisión Interamericana se han destacado algunos informes de admisibilidad, como son los casos Álvarez Giraldo<sup>12</sup>, Sánchez Villalobos<sup>13</sup> y Cháves Cambronero<sup>14</sup>. En los tres casos, la CIDH restringió el margen nacional de apreciación de los Estados y protegió el derecho de ciertas minorías con el argumento que no puede extenderse concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano (BARBOSA DELGADO 58).

Del mismo modo, en el caso Efraín Ríos Montt c. Guatemala, la CIDH aplicó el principio reconociendo la variabilidad de las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular. Sobre el punto ha dicho:

---

<sup>11</sup> En contraposición a esta postura, Antonio CANÇADO TRINDADE, ha sostenido que “[...] [a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]” (Véase CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 389)

<sup>12</sup> CIDH, Informe Núm. 71/99, caso núm. 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, 4 de mayo de 1999.

<sup>13</sup> CIDH, Informe Núm. 25/04, petición núm. 12.361 Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

<sup>14</sup> CIDH, Informe Núm. 50/05, petición núm. 369-04 Admisibilidad, Jorge Luis Cháves Cambronero vs. Costa Rica, 12 de octubre de 2005.

[...] [E]l contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional [...] (CIDH, 1993, Caso José Efraín Montt vs. Guatemala, 24)

A mayor abundamiento, la CIDH remarcó que esta doctrina es de aplicación restrictiva y excepcional, dado que encuentra límites precisos en cuanto a un contexto temporal y espacial determinado. Estas fueron sus palabras:

[...] Al respecto recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos [...] (CIDH, 1993, Caso José Efraín Montt vs. Guatemala, 31)

De igual manera, la CIDH, en el caso Robelo González, consideró que la definición de la nacionalidad es otra de las atribuciones retenidas por cada autoridad estatal. Ha dicho:

[...] La regulación y determinación de la nacionalidad es competencia de cada Estado soberano; a éste le corresponde regular con sus leyes la adquisición de la propia nacionalidad, como así también la nacionalidad

por naturalización. En efecto, cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad [...] (CIDH, 2001, Caso Álvaro Robelo González vs. Nicaragua, 49)

En lo que respecta a la actuación de la Corte Interamericana, es dable afirmar que desde temprano ha receptado la doctrina del margen de apreciación nacional. Como primer punto, debemos mencionar la Opinión Consultiva 4/84. La Corte fue llamada a interpretar la compatibilidad de las disposiciones de la CADH, en particular las garantías de igualdad y no discriminación, con referencia a un proyecto de reforma de la Constitución Política de Costa Rica, que estipulaba condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de ciertos grupos de extranjeros y en detrimento del resto.

Al evaluar la situación, el Tribunal concluyó que el Estado goza de un margen de apreciación para el establecimiento de requisitos para la naturalización de extranjeros o para precisar los imperativos del bien común, al momento de realizar una distinción de trato. Sin embargo, dejó a salvo que la decisión tomada a la luz del margen de apreciación no debe ser ilegítima, conforme el principio de proporcionalidad que debe guiar el accionar estatal. Así lo ha expresado:

[...] No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas [...]

[...] Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una

situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso [...] (Corte IDH, 1984, Opinión Consultiva OC-4/84, 57 y 58)

Para mayor claridad respecto de los límites del margen de apreciación, la Corte Interamericana prosiguió:

[...] Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados [...] (Corte IDH, 1984, Opinión Consultiva OC-4/84, 62)

En relación con los casos contenciosos, la idea del margen de apreciación ha tenido su mayor desarrollo en cuanto al derecho a los recursos (contemplado en el artículo 8 de la CADH). Al respecto, vale citar el caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, a través del cual la Corte reconoce la existencia del margen de apreciación

para establecer regulaciones a los recursos disponibles en el orden interno, pero lo circunscribe a la imposibilidad de limitar la esencia del derecho<sup>15</sup>.

[...] Si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos [...] (Corte IDH, 2004, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 161)<sup>16</sup>

Otro de los temas ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana ha sido el de las restricciones al derecho a la libertad de expresión. Sobre este punto, se ha reconocido un margen de apreciación muy reducido, ya que este derecho es considerado como un pilar básico para la constitución de una sociedad democrática. A razón de ello, el test de proporcionalidad aplicado para declarar conforme a la Convención una restricción de la libertad de expresión es muy riguroso y ha sido detalladamente explicitado por la Corte.

---

<sup>15</sup> En el caso Chaparro Álvarez y Lapo contra Ecuador, referido a la libertad personal, la Corte IDH también se refirió al principio de proporcionalidad y racionalidad al momento de establecer restricciones. Véase Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, 107.

<sup>16</sup> Véase también en Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, 90.

A fin de no excedernos del marco de este trabajo, sólo diremos que los Estados podrán apelar al margen de apreciación para establecer restricciones en esta materia siempre que la limitación esté prevista legalmente (expresa y taxativamente en una ley en sentido formal), sea necesaria en una sociedad democrática, esté orientada a satisfacer un interés público imperativo, no limite más de lo estrictamente necesario el alcance pleno de la libertad de expresión y no se convierta en un mecanismo de censura<sup>17</sup>.

Por último, mencionaremos el caso *Castañeda Guzmán contra México*, referido a los derechos políticos (contemplados en el art. 23 de la CADH) y los sistemas electorales. Al respecto, la Corte estipuló que el sistema interamericano no protege un determinado sistema electoral, ya sea de partidos o candidaturas independientes, sino que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación para establecer los requisitos para ejercitar los derechos políticos, siempre y cuando las regulaciones y restricciones superen el estándar de razonabilidad. En claras palabras del Tribunal:

---

<sup>17</sup> Sobre este tema véase Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte IDH. Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, entre otros.

[...] El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos [...] (Corte IDH, 2008, Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 166)

Como se observa en estas decisiones, el tribunal expone los límites del Estado en cuanto a la protección de la libertad de expresión, libertad personal y a los derechos políticos, otorgándole un espacio para que pueda tener una visión propia —*margen de apreciación*— dentro de los estrictos límites fijados por la Corte. Esta posición evidencia la manera como se reconoce el margen nacional de apreciación por parte de la Corte IDH (BARBOSA DELGADO 60)

Con todo, es posible apreciar ciertos paralelismos que auguran, como en otras materias, una progresiva recepción de esa técnica de adjudicación. Sin el ánimo de ser exhaustivos, pueden identificarse someramente seis áreas en las que se ha aplicado de alguna forma la doctrina en estudio. Se trata, en particular, de las siguientes situaciones: **a.** el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH; **b.** la configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención; **c.** la valoración

de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención; **d.** la regulación de los derechos no reconocidos en la Convención; **e.** el alcance de la jurisdicción de la Corte IDH en los casos contenciosos, y **f.** el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH (NÚÑEZ POBLETE 22-23).

### **PUNTOS DE CONTACTO Y DIFERENCIAS EN LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

A la hora de realizar una comparación entre la recepción de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte de ambos sistemas regionales de protección, lo primero que debe tenerse presente es que los contextos no son los mismos y, por consiguiente, que los pensamientos jurídicos no evolucionan del mismo modo dentro de ambientes políticos y sociales heterodoxos.

En este sentido, la aplicación de esta doctrina por parte de los organismos europeos presenta ciertas singularidades, debido al propio alcance del proceso de integración regional; mientras que el desarrollo en la jurisprudencia americana ha sido menos prolífico, debido a que los primeros casos sustanciados ante la Corte Interamericana planteaban fundamentalmente situaciones relacionadas con el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y el ejercicio de la libertad personal; unos derechos que orbitan en torno al núcleo duro del Derecho Internacional de los derechos humanos y que se encuentran más alejados del ámbito de aplicación de la noción del margen de apreciación nacional (PASCUAL VIVES 222).

Sin embargo, este último dato estadístico no resulta eficaz al momento de evaluar el grado de recepción de la doctrina en cada sistema, sino que lo que debe tenerse en cuenta son las ocasiones en las que la Corte Interamericana pudo haber recurrido a la utilización de esta doctrina y no lo hizo.

Entre las similitudes, podemos mencionar que, tanto el TEDH como la Corte IDH, se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales, y recurren al principio de proporcionalidad como nexo entre el control judicial y el margen de apreciación nacional.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de cada derecho, señalaremos que respecto de la jurisprudencia sobre la exclusión de las amnistías parece haber coincidencia entre la Corte IDH y el TEDH, en orden a no admitir la aplicación de leyes de amnistías autoconcedidas para obtener la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Los principios desarrollados en los casos *Almonacid*<sup>18</sup> o *Barrios Altos*<sup>19</sup> por la Corte IDH y en *Ely Ould Dah vs. Francia*<sup>20</sup> por el TEDH, son notoriamente similares, en el sentido que las señaladas amnistías —como modos de restringir el derecho a la verdad, a la tutela judicial y a la reparación— quedan fuera de cualquier posibilidad de reconocimiento del margen de apreciación estatal (NÚÑEZ POBLETE 35-36).

---

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

<sup>20</sup> TEDH, caso *Ould Dah vs. Francia* (caso núm. 13.113/03), decisión de admisibilidad del 17 de marzo de 2009.

Entre los casos donde no se advierte sintonía ocupa un lugar especial la jurisprudencia relativa a las restricciones a la libertad de expresión. En efecto, si se comparan los criterios seguidos por la Corte IDH en el fallo de la Última Tentación de Cristo<sup>21</sup> con la argumentación del TEDH en los casos Wingrove<sup>22</sup> u Otto-Preminger<sup>23</sup> (en los cuales hay expresa referencia a la doctrina del margen de apreciación), es posible advertir cierta reticencia por parte de la Corte IDH para admitir que, bajo ciertas circunstancias, las autoridades nacionales están mejor capacitadas para decidir cuándo una determinada obra del intelecto ofende los sentimientos religiosos predominantes en una comunidad (NÚÑEZ POBLETE 36-37).

---

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

<sup>22</sup> TEDH, Wingrove vs. Reino Unido (caso núm. 17.419/90), sentencia del 25 de noviembre de 1996.

<sup>23</sup> TEDH, Otto-Preminger Institut vs. Austria (caso núm. 13.470/87), sentencia del 20 de septiembre de 1994.

## **LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

En los acápites anteriores nos referimos a que la doctrina del margen de apreciación nacional tuvo sus orígenes y fue aplicada por los organismos internacionales de protección (del sistema europeo, en mayor medida)

En Argentina, el Estado nunca invocó esta teoría ante los organismos interamericanos que han tomado intervención en casos que lo tenían como sujeto demandado, sino que se limitó a utilizar la fórmula de la cuarta instancia, persiguiendo la inadmisibilidad del asunto sin entrar en el análisis de fondo y sin llegar a evaluar si correspondía recurrir al margen de apreciación nacional.

Por otra parte, en lo que hace a los antecedentes jurisprudenciales de casos resueltos a nivel interno, es posible observar que usualmente la doctrina es mencionada para uno de estos dos fines: negar que, en el tipo de supuesto de que se trate, exista margen alguno de apreciación para los Estados (por ejemplo, por el tipo de derechos que están en juego), o señalar que, dadas las características concretas del caso, cualquiera que sea el margen de apreciación que se conceda, la medida enjuiciada es inválida (ELIAS y RIVERA 127-128).

Así ha sucedido, en el caso Alianza Frente para la Unidad -de septiembre de 2001- cuando el Dr. Petracchi utilizó el concepto del margen de apreciación en sentido negativo, ya que la causa implicaba el análisis de la legitimidad de criterios discriminatorios. Al respecto, la CSJN entendió que la condición de inocentes de

las personas detenidas pero no condenadas en un proceso penal, determina que no se pueda afectar su derecho a ser elegido en los comicios<sup>24</sup>, sin que exista sobre ello margen de apreciación nacional posible, dado que se encontraba involucrado un criterio de discriminación expresamente prohibido por la Convención Americana de Derechos Humanos, regla que el Estado debe respetar en pos de un adecuado control de convencionalidad. Así lo ha expresado el magistrado:

[...] [R]esulta inaceptable la afirmación del tribunal correntino, en el sentido de que la norma electoral provincial establecería una distinción que no importaría una discriminación arbitraria entre quienes se encuentran procesados detenidos y quienes gozan de libertad. En efecto, cuando un criterio discriminatorio está expresamente vedado -como resulta del art. 23 in fine del pacto- no existe margen de apreciación alguna para el legislador de rango inferior, el que debe limitarse a respetar la prohibición constitucional.

El Pacto de San José [...] sólo autoriza a “reglamentar” el ejercicio de los derechos políticos respecto de los condenados, categoría a la que no puede asimilarse la de los procesados, sea que estén o no detenidos [...] (CSJN, 2001, “Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador,

---

<sup>24</sup> En este caso se solicitaba a la Justicia Electoral de la Provincia de Corrientes la habilitación de la candidatura a gobernador de Raúl Romero Feris, quien en ese momento se encontraba privado de la libertad sin condena. Para ello, se solicitó que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 3º, inc. d, del Código Electoral Provincial y de los arts. 53 y 57 de la Constitución de la provincia.

diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos”, considerando 10 del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi)<sup>25</sup>

Por otro lado, es importante traer a colación un momento histórico en el que el Estado argentino se encontró en una encrucijada entre lo establecido por el ordenamiento local y lo normado por un Tratado del cual es parte. Ante aquella situación, la doctrina del margen de apreciación fue utilizada –en disidencia- para respaldar una solución jurídica que diera preeminencia a una interpretación de normas constitucionales en aparente colisión con instrumentos internacionales.

Esto sucedió cuando el país decidió ser parte y otorgar jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El conflicto normativo presentado en el caso Arancibia Clavel se suscitó entre la aplicación retroactiva prevista por el instrumento y el principio de legalidad –receptado en el art. 18 de la Constitución Nacional- que impide imponer una pena en base a una ley que no fuera previa al hecho. Como cuestión anterior al

---

<sup>25</sup> En el mismo sentido, en el caso Reyes Aguilera, donde se cuestionaba la validez de un requisito de residencia de 20 años en el país para los extranjeros que quisieran acceder a una prestación de la seguridad social por invalidez total, los jueces Fayt y Zaffaroni sostuvieron que: “[...] [P]or mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años –aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos–, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida [...]” (CSJN, Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional, sentencia del 4 de septiembre de 2007, considerando 7)

análisis del caso, vale recordar que nuestra Carta Magna –en el artículo 27- dispone que los tratados deban ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

Ante estos hechos, la mayoría de la Corte consideró constatada la existencia de una costumbre internacional respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, razón por la cual no se estaría aplicando retroactivamente el Tratado.

No obstante ello, es muy valioso el argumento esgrimido por el Dr. Fayt en su voto en disidencia. Entre los aspectos constitucionales e internacionales mencionados, se refiere al “margen nacional de apreciación”, atreviéndose a esbozar no sólo una definición de la doctrina sino también su aplicación al caso concreto. En base a este análisis, el magistrado concluye que el artículo 27 previamente mentado no entra en colisión con esta teoría internacional y su aplicación permitiría la armonización entre el texto constitucional y la Convención. Sirvan los siguientes párrafos de ilustración:

[...] [E]n absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC-4/84 del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de

decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional [...]

[...] Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado (en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional) se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales.

De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales.

Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional (con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales) sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino [...]

[...] [L]a vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la

posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 De la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país [...] (CSJN, 2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-.”, considerandos 18 y 19 de la disidencia del Juez Fayt)

La cuestión de la prescripción de las acciones penales no acabó con aquel fallo. En 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió entender en el caso Espósito, luego de que éste fuera llevado ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>26</sup>.

En la instancia local, en junio del 2001, fue declarada la prescripción de la acción penal por el juez de primera instancia y confirmada por la Cámara de Apelaciones en noviembre de 2002. Paralelamente, el caso había arrancado su rumbo en el Sistema Interamericano en 1997 y en Septiembre de 2003 la Corte Interamericana concluyó que el Estado Argentino era responsable

---

<sup>26</sup> En aquella instancia el caso fue nominado *Bulacio Vs. Argentina* (Véase Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100)

internacionalmente y, aplicando la doctrina sentada en el caso “Barrios Altos”, determinó que debía proseguir la investigación y sancionar a los responsables, ya que una disposición de prescripción no podía obstar a esta obligación.

Es así como, cuando el caso llega a la Corte Suprema, ésta debía resolver, por un lado, si la acción penal en contra de Espósito estaba prescripta y, si así fuera, si debía considerar inaplicable la disposición de prescripción en razón de la sentencia de la Corte Interamericana. La resolución del Alto Tribunal fue que el juicio penal contra el comisario Espósito debía continuar, ya que la acción penal no estaba prescripta.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, el argumento fue empuñado por el Dr. Boggiano, al entender que, si bien es cierto que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado argentino, por haber reconocido su competencia contenciosa, no es menos cierto que el Estado goza de un “margen de apreciación razonable” para definir cómo dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal internacional. En sus propias palabras:

[...] [L]a solución a la que se arriba en cuanto a la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa, como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino, resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias particulares de la causa, y a las normas de la Convención según la inteligencia que le ha otorgado esta Corte por referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutive 4 caso “Bulacio vs. Argentina”). En este sentido, existe un margen de

apreciación razonable de los estados parte respecto al modo de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Por ello no sería posible adoptar disposiciones de imprescriptibilidad para crímenes no alcanzados por las reglas de derecho internacional referidos por nuestro ordenamiento jurídico (Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad). El principio de imprescriptibilidad derivado, tanto del derecho internacional consuetudinario, cuanto de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha sido reconocido por esta Corte para los delitos de lesa humanidad [...] (CSJN, 2004, “Espósito, Miguel A.”, considerando 15 del voto del juez Boggiano)

Ahora bien, existe un único caso en el que la doctrina del margen de apreciación nacional se utilizó para rechazar una pretensión jurídica con base en disposiciones de tratados que gozan de jerarquía constitucional. Esto sucedió en 1999, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue llamada a expedirse respecto de un caso que analizaba la falta de legitimación activa de una madre para deducir por derecho propio la acción de impugnación de paternidad matrimonial, conforme el art. 259 del Código Civil. En aquella ocasión, el Tribunal entendió que los regímenes que regulan las instituciones de la maternidad y la paternidad son disímiles y se rigen por presunciones legales diferentes. Por esta razón, no merecen igual tratamiento legal y suponen una habilitación en cabeza de las autoridades estatales para establecer legítimas distinciones en base al orden jurídico y social establecido. En palabras de la Corte:

[...] [E]l Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. En este orden de ideas, la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Código Civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal -que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Código Civil)- a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena [...] (CSJN, 1999, D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad, considerando 14)

Para así entender, la CSJN se apoyó en la doctrina sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kroon and others v. The Neherlands*<sup>27</sup>, tomando como variable a considerar para el momento de la actividad legisferante los valores vigentes en la sociedad y el apropiado equilibrio procesal de las partes –en este caso, madre y padre.

---

<sup>27</sup> TEDH, *Kroon and others v. The Neherlands*, sentencia del 27 de octubre de 1994.

[...] [L]a doctrina del caso “Kroon and others v. The Netherlands”, fallado el 27 de octubre de 1994 por la Corte Europea de Derechos Humanos, que cita el señor Procurador General en su dictamen -fs. 341-, corrobora la idea de que las autoridades de los Estados tienen un razonable margen de apreciación para adoptar la política legislativa que estimen apropiada para asegurar el respeto a la vida familiar y permitir la formación de vínculos familiares perfectos, dentro de un estándar medio de protección. En el citado caso, la Corte de Estrasburgo apoyó el criterio de la Comisión, en el sentido de que constituía una falta de respeto a la vida privada y familiar -y un incumplimiento por parte del Estado a sus obligaciones internacionales- la circunstancia de que el derecho holandés impidiese la impugnación de paternidad a toda persona distinta del marido de la madre. Esta limitación permite distinguir el caso citado a fs. 341, de la controversia sub examine, en que se halla en juego el art. 259 del Código Civil, que, como se ha dicho, atribuye legitimación activa, no sólo al marido sino, además, al hijo, y en todo tiempo [...]

[...] [U]na distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el Poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia, como lo han hecho, por ejemplo, ordenamientos legales vigentes en otros países, que no extienden a la madre la acción de impugnación de la paternidad -lo que resultaría absurdo a la luz de lo expresado en el precedente considerando 14 - sino que le confieren una acción diferente, configurados

determinados requisitos (art. 318 del código francés vigente). De *lege lata*, cabe concluir que el art. 259 del Código Civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional [...] (CSJN, 1999, D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad, considerando 16 y 17).

## CONCLUSIONES

La doctrina del margen de apreciación nacional se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional.

En aquellos casos, los tribunales regionales han entendido que las particularidades propias del país donde fue invocado el derecho juegan un papel trascendental al momento de interpretar el alcance del mismo. En este sentido, se tiene en cuenta el contexto social, económico y jurídico nacional, valorando el lugar de subsidiaridad que debe guardar el derecho internacional de los derechos humanos frente a la soberanía estatal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que este margen de apreciación no es absoluto, y se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del tratado del que es parte, como por la vigilancia que ejercen los organismos de control a partir de un estricto test de proporcionalidad.

Si bien el origen de la doctrina se remonta a la jurisprudencia del sistema europeo de protección de derechos humanos, su alcance ha trascendido las barreras regionales y ha encontrado una lábil aplicación por parte de los órganos del sistema.

Conforme lo analizado, en el caso del sistema interamericano, se trata por el momento de una figura muy débil, incluso residual debido a que, hasta la fecha, los casos que llegaban a la Corte eran de tal gravedad (lo que se conoce como *gross violations*

como las violaciones del derecho a la vida, integridad personal, etc.) que el *self restraint* no tenía ninguna cabida. Aun así se trata de una figura jurisprudencial en auge que está, cada vez más, en sintonía con el mundo académico latinoamericano (SÁNCHEZ-MOLINA 229).

Sobre este punto, es interesante tomar la idea de la profesora chilena María Angélica BENAVIDES, quien propone la existencia de cierta tendencia de la Corte IDH hacia el universalismo, el reducido desarrollo democrático de la región y la juventud relativa del sistema interamericano (BENAVIDES 308 y 309)

En el mismo sentido, se observa el conflicto que existe entre la tendencia universalista de los derechos humanos como posiciones morales con pretensiones universales y el relativismo moral que de una manera u otra define a una determinada comunidad política. Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el Margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante que influye en la interpretación, delimitación, restricción y protección de un derecho convencional (REYES-TORRES 2).

Tal es así que en el repaso de las decisiones del TEDH y la Corte Interamericana es posible concluir que la defensa del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos constituyen los principales objetivos perseguidos al invocar el concepto del margen de apreciación nacional.

En el caso argentino, en particular, se observa una recepción cautelosa de esta doctrina. La Corte Suprema de Justicia de

la Nación ha recurrido a antecedentes del Tribunal Europeo para hacer lugar al espacio discrecional que corresponde al Estado frente a sus obligaciones internacionales. Sin embargo, consideramos que el alto Tribunal debiera adoptar una postura más progresista, acorde a los estándares establecidos por la jurisprudencia europea.

Los detractores de esta doctrina temen que a través de ella se conculque la esencia misma de la protección internacional. Al respecto opina SAGÜEZ que si bien es importante reconocer que ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales. Para el citado autor, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible (TRUCCO 19-22)

Debe tenerse presente que el margen de apreciación nacional no da lugar a una reserva de inmunidad a favor de los Estados, sino que refleja el principio de subsidiaridad y permite que el Estado actúe para responder a su realidad. El margen de apreciación es, de esta forma, la deferencia a favor del Estado respecto a tensiones generadas por realidades jurídicas-sociales (REYES-TORRES 1-2)

Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho

a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual son temas en los cuales los tribunales regionales, especialmente el Europeo, han aplicado esa noción (BARBOSA DELGADO 60).

Por último, referiremos que es nuestra opinión que la actual renovación de los magistrados de la Corte Suprema de la Nación brinda un escenario propicio para la apertura hacia la doctrina del margen de apreciación, conforme los alcances definidos por el Tribunal Europeo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARBOSA** Delgado, Francisco R. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 51-82, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf>> [Consulta: 29/07/2016]
- \_\_\_\_\_. “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales.”, *Revista Derecho del Estado. Nueva serie* 26 (2011), <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881/3041>> [Consulta: 29/07/2016]
- BENAVIDES**, María Angélica. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis* 15/1 (2009).
- CANÇADO TRINDADE**, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- DÍAZ CREGO, María. “Margen de apreciación”. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y fundamentales*. España: Universidad de Alcalá. AECID, 2011, <[http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_publication/view/94](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_publication/view/94)> [Consulta: 29/07/2016]
- ELÍAS, José Sebastián y RIVERA, Julio César (h). *La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 85-135, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/8.pdf>> [Consulta: 29/07/2016]
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración.” *Teoría y Realidad Constitucional* 20, 2007: 117-143.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. “Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”. *Revista Española de Derecho* LVI -1, enero 2004.
- LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos*

*humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 3-49, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/6.pdf>> [Consulta: 29/07/2016]

**PASCUAL VIVES**, Francisco José. “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 29, 2013: 217-262

**REYES TORRES**, Amaury A. *Una cuestión de apreciación: el margen de apreciación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, Working Paper 1/2015-AART, <[https://www.academia.edu/10416869/Una\\_cuesti%C3%B3n\\_de\\_apreciaci%C3%B3n\\_El\\_margen\\_de\\_apreciaci%C3%B3n\\_en\\_la\\_Corte\\_Interamericana\\_de\\_los\\_Derechos\\_Humanos](https://www.academia.edu/10416869/Una_cuesti%C3%B3n_de_apreciaci%C3%B3n_El_margen_de_apreciaci%C3%B3n_en_la_Corte_Interamericana_de_los_Derechos_Humanos)> [Consulta: 29/07/2016]

**SAGÜEZ**, Néstor P. “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”. *Anticipo de “Anales”* Año XLII – Segunda época – Número 36, Buenos Aires: Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998.

\_\_\_\_\_. “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9 núm. 001, 2003.

**SÁNCHEZ-MOLINA**, Pablo. “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9, octubre 2015 – marzo 2016: 224-231.

**TRUCCO**, Marcelo F. *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, <<https://www.uai.edu.ar/investigacion/>

- contenidos/ganadores/ganadores-2013\_El% 20 control% 20de% 20convencionalidad% 20en% 20la% 20 interpretaci% C3% B3n% 20de% 20la% 20Corte% 20 Interamericana% 20de% 20Derechos% 20Humanos.pdf-> (Consulta al 29/07/2016)
- CEDH, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, dictamen del 5 de noviembre de 1969.
- CEDH, Grecia c. Reino Unido, dictamen del 26 de septiembre de 1958.
- CEDH, Lawless c. Irlanda, dictamen del 19 de diciembre de 1959.
- TEDH, Animal Defenders International v. United Kingdom, sentencia del 22 de abril de 2013
- TEDH, Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968.
- TEDH, De Wilde, OOMS et Versyp contra Bélgica, del 10 de marzo de 1972.
- TEDH, Eweida v. Reino Unido, sentencia del 15 de enero de 2013.
- TEDH, Fedorenko contra Ucrania, de 1 de junio de 2006.
- TEDH, Handyside v. United Kingdom, sentencia del 7 de diciembre de 1976.
- TEDH, Irlanda vs. Reino Unido, sentencia del 25 de enero de 1976.
- TEDH, Kroon and others v. The Netherlands, sentencia del 27 de octubre de 1994.
- TEDH, Lingüístico Belga, sentencia del 24 de junio de 1965.
- TEDH, Otto-Preminger Institut vs. Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994.
- TEDH, Ould Dah vs. Francia, decisión de admisibilidad del 17 de marzo de 2009.
- TEDH, Rasmussen v. Denmark, 28 November 1984.
- TEDH, Wingrove vs. Reino Unido, sentencia del 25 de noviembre de 1996.

- CIDH, Informe núm. 25/01, caso núm. 12.144, Álvaro Robelo González vs. Nicaragua, 5 de marzo de 2001.
- CIDH, Informe Núm. 25/04, petición N.º 12.361 Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.
- CIDH, Informe núm. 30/93, caso N.º 10.804, José Efraín Montt vs. Guatemala, 12 de octubre de 1993.
- CIDH, Informe Núm. 50/05, petición N.º 369-04 Admisibilidad, Jorge Luis Cháves Cambronero vs. Costa Rica, 12 de octubre de 2005.
- CIDH, Informe Núm. 71/99, caso N.º 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, 4 de mayo de 1999.
- Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N.º 4.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N.º 206
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N.º 100.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N.º 184

- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N.º 170
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N.º 177.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 135.
- Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 195.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N.º 111.
- Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A N.º 5.
- CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N.º 259-.”, sentencia del 24 de agosto de 2004.
- CSJN, “Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27 de septiembre de 2001.
- CSJN, “Espósito, Miguel A.”, sentencia del 23 de diciembre de 2004.

CSJN, “D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad”,  
sentencia del 1° de noviembre de 1999.

CSJN, “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, sentencia  
del 4 de septiembre de 2007.

---

# LA FUNCIÓN DEL *COMPLIANCE* EN EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA<sup>1</sup>

STALIN RAZA CASTAÑEDA<sup>2</sup>

## RESUMEN

En el presente ensayo se analizarán 6 aspectos fundamentales:

1. El estado de la cuestión en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde un abordaje tanto teórico como práctico;
2. La compatibilidad constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas;
3. Los modelos de imputación de las personas jurídicas conocidos hasta la actualidad;
4. Los problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Dogmática Penal estándar;
5. Las funciones del *compliance* para evaluar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y,
6. La necesidad o no de elaborar una nueva Dogmática Penal para los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las funciones del *compliance* en tal dogmática.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance*, culpa por defecto de organización, autorregulación, heterorregulación.

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por el autor el 12 de junio de 2016 y aprobado el 11 de septiembre de 2016.

<sup>2</sup> Docente Universitario Universidad Central del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar e Instituto de Altos Estudios Nacionales

**ABSTRACT**

The following essay will contain 6 fundamental aspects:

1. A theoretical and practical approach to the state of art for attributing criminal responsibility to legal entities.
2. How attributing criminal responsibility to legal entities is compatible with law governed constitutional democracies.
3. The known models of attributing criminal responsibility to legal entities.
4. An analysis of the conflict between attributing criminal responsibility to legal entities and the existing structure of criminal law and criminal procedures.
5. Compliance's role in determining criminal responsibility to legal entities.
6. An evaluation of whether or not it is necessary to improve the structure of criminal law and criminal procedures so that they can be applied in affairs of criminal responsibility to legal entities; and if it is the case, how compliance will support the new structure.

**KEY WORDS**

Liability criminal of the legal persons, compliance, guilt by defect of organization, self-regulation, hetero-regulation.

## INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo presupone que tanto las nociones del *compliance* en sentido general, como del específico *compliance* penal -si acaso puede hablarse de él- son conocidas por haber sido objeto de un tratamiento doctrinario medianamente exhaustivo; sin embargo de lo cual, se considera indispensable dedicar una primera parte a una breve reseña de lo que se conoce como “estado de la cuestión”, en la que especialmente se dará cuenta de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su compatibilidad con los principios fundamentales de un Derecho Penal acorde con la noción del Estado Constitucional (acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*), para concluir identificando los dos principales modelos de imputación actualmente aceptados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada, con el propósito de determinar cuál de ellos satisface de mejor forma tales principios.

Una vez hecha tal determinación, la segunda parte del trabajo, que constituye su objeto central, partirá de otro supuesto general, que es la necesidad de contar con un *compliance* como instrumento para analizar el comportamiento *conforme a Derecho* de la persona jurídica y de esta manera establecer si su organización interna ha sido o no defectuosa, instrumento que ayudará a determinar su grado de participación en la comisión de delitos desde su estructura empresarial. En tal sentido, esta parte del trabajo buscará ensayar algunas respuestas a las siguientes preguntas: **1.** ¿Qué función tiene el *compliance* en el modelo de responsabilidad penal escogido?; **2.** ¿Cuáles son los problemas que enfrenta el *compliance* en relación con las categorías de la dogmática penal estándar?; y, **3.** ¿Cuál es la función del *compliance* al momento de evaluar la responsabilidad penal de la persona jurídica?

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE:**

Como ya se anticipó, resulta indispensable tener en cuenta que la causa necesaria y suficiente para la existencia del denominado *compliance* aplicado al ámbito penal, es la aceptación teórica y la constatación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; aspecto doctrinariamente polémico y por ello, ampliamente debatido, sobre el cual la teoría estándar da cuenta, recurriendo a dos grupos de argumentos, unos a favor; y, otros en contra de esta forma de imputación penal.<sup>3</sup>

En el primer grupo destacan argumentos de carácter utilitarista relacionados con la complejidad y globalidad de las actividades de la empresa, así como con la necesidad de proveer respuestas jurídicas idóneas a un fenómeno que parece haber superado las capacidades explicativas de las categorías dogmáticas hasta ahora existentes<sup>4</sup>; y en el segundo, objeciones relacionadas con el sentido del “injusto” penal, del que desde KANT han sido sujetos de imputación exclusivos las personas físicas, bajo la premisa de autonomía de la voluntad y consecuentemente, de individualización del reproche<sup>5</sup>; así como objeciones de corte igualmente utilitarista relacionadas con la finalidad preventiva del Derecho Penal, de acuerdo con las cuales, las penas impuestas a las personas jurídicas no pertenecen al ámbito estrictamente penal, sino cuando más, al derecho administrativo sancionatorio;

---

<sup>3</sup> Sobre una completa referencia de estos argumentos, véase BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 99-120

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 103.

y en tal sentido, hablar de una supuesta responsabilidad penal de la persona jurídica no acredita la finalidad preventiva de la pena *strictu sensu*, sino que por el contrario, configura una suerte de responsabilidad objetiva, mucho más cercana a la noción anglosajona de la *strict liability*.<sup>6</sup>

En la línea de justificar la necesidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, merecen destacarse los intentos de fundamentación que se han hecho a partir de la denominada “Teoría de sistemas” de Niklas LUHMANN<sup>7</sup> por autores que la han utilizado para caracterizar a la organización de la empresa como un sistema autopoietico capaz de generar relaciones comunicativas que configuran una verdadera autonomía funcional de los entes ficticios, dotándolos de capacidades cognitivas propias que los convierten en “máquinas históricas no triviales”, a partir de lo cual deducen su competencia como sujetos de imputación en general y de imputación penal, en particular<sup>8</sup>.

Dada la capacidad explicativa de esta teoría, se abundará sobre ella y se la utilizará más adelante como referencia fundamental cuando se analice la posibilidad de construir<sup>9</sup> una dogmática

---

<sup>6</sup> En la cultura jurídica anglosajona la noción de *strict liability* en materia de reparación de daños es mucho más integral y no tiene una diferenciación tan rígida en responsabilidad administrativa, civil y penal como la tiene la tradición jurídica europeo-continental.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998.

<sup>8</sup> GÓMEZ-JARA Díez, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006. <http://criminet.ugr.es/recpc->

<sup>9</sup> El uso del término “construir” en esta parte no es casual, dado que precisamente se considera a la Teoría de Sistemas Sociales de LUHMANN y a su aplicación al análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

penal específica para la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como para la existencia y funciones del *compliance*, sin dejar por supuesto de advertir las diferentes objeciones que se le puedan hacer.

En la misma línea pero como alternativa a estos grupos de argumentos, se considera también la posibilidad de fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas teniendo en cuenta los contenidos axiológicos de lo que se conoce como “Constitución económica”, cuyos alcances estarán condicionados por el énfasis más liberal o más intervencionista que pongan los estados en la actividad económica; y es así que existen constituciones en América Latina, como la ecuatoriana que han optado por sistemas de economía centralizada, que tratan sin embargo de conciliarse con declaraciones holísticas referidas a nociones como la “*pacha mama*”, el “buen vivir” o los “derechos de la naturaleza”, para justificar una caracterización del sistema económico como “social y solidario”, “funcional al ser humano”, reconociéndolo como “sujeto y fin” y propendiendo a un equilibrio entre “sociedad, estado y mercado”<sup>10</sup>, pero al mismo tiempo, enfatizando en la importancia de un régimen de desarrollo “planificado”, que entre otros ha de perseguir como objetivos, “...la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y la generación de trabajo digno y estable... ”<sup>11</sup>, para cuyo efecto impone al estado la obligación de “... Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante

---

como tributarias del Constructivismo Filosófico y Sociológico, aunque existen autores que consideran que Luhmann es “inclasificable”

<sup>10</sup> *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 283.

<sup>11</sup> *Ibidem*, artículo 276.2

un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan...”<sup>12</sup>.

Estos principios, sumados a los mecanismos de democracia directa y participación ciudadana, así como al cambio de paradigma epistémico que podría constituir el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y la responsabilidad intergeneracional, bien podría decirse que representan el núcleo duro de una Constitución económica que sin lugar a dudas asigna al estado un rol muy diferente de aquel que tendría en un diseño de “economía social de mercado” o cualquiera otro de corte más liberal, imponiéndole claras obligaciones de intervención y regulación orientadas a alcanzar ese deseable “equilibrio” entre sociedad y mercado; obligaciones que no derivan ya meramente de un programa político, sino de la fuerza vinculante de la propia Constitución.

Estos anclajes interpretativos que encuentran amplia repercusión práctica dado el carácter normativo directo de los contenidos axiológicos de la Constitución en un estado Constitucional de Derecho, sumados al nuevo paradigma de la titularidad de los derechos –y valga anticipar, también de las obligaciones-, de acuerdo con el cual, el ser humano deja de ser titular exclusivo de los mismos para compartir ese espacio con las comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y aún, la propia naturaleza<sup>13</sup>, bien puede considerarse como una habilitación tanto teórica como metodológica que permita justificar la incorporación al ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a partir de la constatación de que su atípica condición de

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, artículo 277.5

<sup>13</sup> *Ibidem*, artículo 10

ente ficticio no invalida la posibilidad de construir un igualmente atípico juicio de reproche apartado de consideraciones ontologistas sobre la “naturaleza” de los atributos y consecuencias resultantes de su denominación como “persona”, para lo cual es necesario superar las limitaciones del lenguaje y las restricciones de los conceptos que en casos como estos, podrían oscurecer el alcance de los significados.

Esto no quiere decir en absoluto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre vedada en aquellos estados de corte más liberal o menos intervencionista, pues tal afirmación contradiría la evidencia empírica que se presentará más adelante respecto de casos paradigmáticos de grandes fraudes que se produjeron justamente en estados que bajo ningún concepto podrían considerarse como intervencionistas. Lo único que se intenta con este argumento es mostrar que la justificación de tal forma de responsabilidad penal encuentra mayor facilidad en aquellos diseños institucionales donde además de criterios doctrinarios, existen normas jurídicas de la mayor jerarquía que pueden convertirse en el fundamento de dicha responsabilidad, afirmación que se la hace desde una perspectiva estrictamente descriptiva, quedando para el ámbito prescriptivo evaluar la legitimidad y conveniencia de normas constitucionales como las citadas, donde inevitablemente aparecerá el debate de hasta dónde resulta lícito injerir en la autonomía individual bajo el argumento de proteger intereses colectivos.

Por otra parte, es casi unánime el actual reconocimiento que se hace sobre la titularidad de las personas jurídicas de ciertos

derechos, ya sean de carácter económico<sup>14</sup> o de carácter instrumental como los de tutela judicial efectiva o debido proceso, estos últimos justificados por servir a fines que tienen que ver más bien con la vigencia del Estado del Derecho<sup>15</sup> que a las características particulares de las personas jurídicas, lo que haciendo un ejercicio de razonamiento analógico en la modalidad del argumento *a contrario*, bien puede llevarnos a reflexionar que es posible también, por razones igualmente instrumentales construir juicios de imputación acerca de las mismas personas jurídicas, teniendo presente que son razones exclusivamente normativas las que fundamentan la necesidad de proteger bienes jurídicos, ante lo cual, se considera que no existen impedimentos de carácter lógico, teórico ni metodológico para que se pueda también construir normativamente un modelo de imputación propio de los entes ficticios<sup>16</sup>.

Para finalizar este análisis de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta indispensable considerar las objeciones provenientes del denominado Garantismo Penal, en tanto corriente de pensamiento jurídico que se opone a toda expansión del ámbito de actuación del Derecho Penal y postula la necesidad de un

---

<sup>14</sup> Sobre una propuesta de diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales veáse por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>15</sup> Sobre el particular, un interesante análisis de Raúl NÚÑEZ MARÍN, respecto del estado de debate de este tema en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como en otros sistemas, como el europeo. disponible en <http://perspectivasinternacionales.javerianacali.edu.co/pdf/6.1-07.pdf>

<sup>16</sup> Precisamente la Teoría de la Imputación Objetiva enfatiza en las consideraciones de carácter normativo por sobre aquellas de carácter “causal” o “final” para sustentar todo su esquema teórico.

Derecho Penal mínimo (y en algunas variantes con tendencia al abolicionismo), opuesto incluso a que reivindicaciones como las de género o las ecologistas utilicen la herramienta del Derecho Penal para procesar sus conflictos<sup>17</sup>, para lo cual se remiten casi siempre a la denominada “esfera de lo indecidible”<sup>18</sup> que estaría constituida por los derechos en general; y el de libertad personal, en particular.

A visiones como estas, bien podrían oponerse objeciones que podrían provenir de quienes defiendan la noción de Democracia Deliberativa, pues ellos afirmarían que no existe tal “esfera de lo indecidible” sino que por el contrario todos los aspectos que interesan a una sociedad y dentro de ellos, especialmente los relacionados con el Derecho Penal, pueden y deben someterse a un debate amplio e inclusivo que contemple y trate de conciliar los intereses de todos los involucrados<sup>19</sup>, sin que esto contraríe la noción de *ultima ratio* del Derecho Penal, ni que aliente políticas de “mano dura” o “populismo penal”, sino que por el contrario se convierta en una herramienta de racionalización del Derecho Penal pero teniendo en cuenta las particularidades históricas, económicas, políticas y culturales de cada sociedad para determinar cuáles han de ser los bienes jurídicos objeto de protección en ese contexto y evitar así trasplantes normativos

---

<sup>17</sup> ÁVILA Santamaría, Ramiro, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, p. 29.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2008, pp. 337-343, disponible en [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano6\\_1/Laesfera17.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf).

<sup>19</sup> GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

acríticos de otras realidades, que aplicados al caso concreto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puedan o no determinar en su necesidad, teniendo presente que responder a dinámicas empresariales de emporios globalizados como los que ocasionaron los grandes fraudes que se verán a continuación requiere de herramientas jurídicas de una intensidad diferente a las que deben utilizarse en contextos donde la estructura societaria de las empresas sigue siendo cerrada y los sistemas de toma de decisiones, altamente concentrados.

Por otra parte, es necesario advertir que existen dos perspectivas desde las que se puede abordar tanto el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como del *compliance*: la primera relacionada con los aspectos teóricos que han ocupado la atención de la dogmática penal desde hace más de cien años, referidos como se dijo, a la posibilidad o no de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y en caso de ser así, el rol que desempeñaría el *compliance* dentro del particular modelo de imputación que habría de construirse; y la segunda, desde un carácter mucho más empírico y pragmático, referida a la constatación de casos emblemáticos ocurridos en las postrimerías del siglo pasado e inicios del presente, que mostraron la necesidad de incorporar esta forma de responsabilidad a los ordenamientos jurídicos, así como la insuficiencia de las herramientas tradicionales del Derecho Penal para explicar tanto los fenómenos delincuenciales que se produjeron utilizando los aparatos empresariales, como las formas más idóneas de respuesta que permitan imputar responsabilidad penal, determinar sanciones y reparar los millonarios perjuicios ocasionados por los fraudes cometidos por y a través de grandes empresas, que se erigieron como actores muy distintos a los sujetos activos de delitos conocidos hasta entonces por la teoría penal estándar.

Resulta entonces paradójico que a pesar de la controversia teórica aún mantenida, en el ámbito práctico esta discusión haya sido largamente superada y que actualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre contemplada en la mayoría de legislaciones del mundo; así, en Europa en los códigos penales de Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Finlandia, Portugal, Suecia, Italia, Holanda; en EEUU, en las leyes *Sarbanes Oxley Act* y *Foreing Corrupt Practice Act*; y en Latinoamérica, en el Código Penal chileno<sup>20</sup> o la Ley 1474 de Colombia; al tiempo que haya sido también desarrollada por los Tribunales Supremos de Alemania, España y Argentina<sup>21</sup>, que realizan importantes aportes desde la fuente jurídica del Derecho Jurisprudencial.

Precisamente por esto, se considera necesario abordar esta segunda perspectiva (práctica), para lo cual, se ofrece una síntesis de los hechos de seis casos que se asumen como relevantes para mostrar cómo la dinámica de la actividad empresarial y la complejización de los instrumentos financieros superaron con creces los debates doctrinarios acerca de la aceptación o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica; y aún más allá, de la empresa en tanto actividad económica organizada, como sujeto capaz de ocasionar fraudes de gran magnitud, afectando bienes jurídicos a gran escala y con carácter transnacional.

---

<sup>20</sup> BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

<sup>21</sup> En Alemania se pueden mencionar los casos “Kanter/Weyrauch” (2006) y “Siemens/KWU” (2008), en España, el caso del “síndrome tóxico o del aceite de colza” (1992); y en Argentina, el caso “Fly Machine” (2006).

## CASOS PARADIGMÁTICOS

El primero y más citado debido al escándalo que causó es el caso de ENRON<sup>22</sup>, emporio norteamericano dedicado a las industrias de gas y electricidad que hizo crisis en el año 2001, ocasionando pérdidas económicas aproximadas de USD 690 millones y deudas por la estratosférica suma de USD 150 billones. Los problemas de Enron se presentaron principalmente debido al manejo especulativo de un producto denominado “derivados financieros”, que fue trasplantado desde la actividad bursátil a la industria del gas y la electricidad, por un sofisticado y hasta entonces reputado como altamente exitoso equipo de técnicos, encargados de manejar lo que ellos denominaron el “Banco del Gas”.

El procedimiento funcionaba mediante la intermediación especulativa entre vendedores y compradores de gas y electricidad, a través de la suscripción de contratos “a futuro” en los que Enron garantizaba a los partícipes de la industria un precio fijo durante un número determinado de años -generalmente diez o veinte-, asumiendo por su cuenta el riesgo por fluctuación, que consideraba minimizado por su presencia monopólica en el mercado. El problema empezó a acumularse cuando titularizó estos contratos a futuro (swaps)<sup>23</sup> y los registró como activos

---

<sup>22</sup> Los hechos de este caso han sido consultados en [http://www.academia.edu/3480864/El\\_caso\\_Enron\\_Fracaso\\_de\\_una\\_de\\_las\\_empresas\\_mas\\_poderosas\\_de\\_estados\\_unidos](http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos).

<sup>23</sup> La noción de los “derivados financieros” (swaps) es ampliamente conocida en el Derecho Bancario como uno de los contratos más complejos de tal actividad. Sobre el particular, FERRI-RICCHI, Amedeo, *El Contrato de Swap como tipo de derivado*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en <http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf>.

de la empresa, utilizando el sistema de valoración denominado *mark-to-market* para lo cual empleó su gran influencia política y consiguió presionar al órgano regulador, la *Securities and Exchange Commission*, que autorizó el uso de este sistema en una industria distinta al mercado bursátil. Antes de la adopción de este sistema, la empresa podía registrar como activos en su balance, únicamente el dinero efectivamente ingresado como resultado de los cobros de los contratos a futuro; sin embargo, con el nuevo sistema, se podían registrar en una sola operación inicial, la totalidad de valores que se estimaba recibir durante los plazos de vigencia de tales contratos, estableciendo discrecionalmente los valores por fluctuaciones de mercado, lo que determinaba a su vez, que los activos reflejen valores sobredimensionados y ficticios, pues los cálculos se hacían en base a estimaciones inciertas sobre los precios futuros del gas y la electricidad.

Una vez articulado este mecanismo, el siguiente paso era la creación de las denominadas “sociedades de propósito específico”, cuyos activos estaban conformados en su totalidad por paquetes de contratos a futuro titularizados y valorados según el sistema contable antes descrito, para de esta manera presentar balances inflados, en base a los cuales dichas sociedades obtenían créditos de dinero fresco que permitía mantener los flujos de liquidez necesaria para mantener las operaciones; al tiempo que permitían sobrevalorar la cotización de las acciones en bolsa, tanto de Enron como de sus sociedades de propósito específico a nivel mundial, generando un efecto de altísima demanda para la compra de esas acciones, lo que a su vez les permitió ofertar otro producto financiero consistente en las denominadas “opciones de compra de acciones”, por medio del cual, grupos de inversionistas, generalmente fondos de pensiones de jubilados pactaban con las empresas adquirir paquetes accionarios a futuro en un valor estimado del precio de

la acción para cuando llegue la fecha de realización de la opción, mecanismo que les permitía igualmente apalancarse con recursos frescos provenientes de estas inversiones.

Uno de los signos inequívocos de la crisis de Enron fue en un primer momento la ejecución de las opciones de compra y a su vez, la venta de acciones de las que eran titulares los principales directivos de la empresa, pero al mismo tiempo, el impedimento de que puedan hacer lo mismo los empleados de inferior rango, lo que despertó las alarmas en un primer momento, del propio comité interno de auditoría, luego de la misma *Securities and Exchange Commission* y finalmente, del Departamento de Justicia de los EEUU que inició una investigación formal y presentó cargos criminales contra los principales personeros de Enron, así como de la firma auditoria Artur Andersen, a quien le imputaron responsabilidad como cómplice, entre otras cosas, por la omisión en sus deberes de vigilancia y control al momento de dictaminar sobre los balances, pero además, por la destrucción de registros contables de gran parte de las operaciones, una vez que se conoció del proceso de investigación llevado a efecto.

El caso adquirió características de escándalo mediático debido al descubrimiento de las relaciones de Enron con el financiamiento de campañas políticas de importantes personajes, entre los que figuraba el propio George W. Bush, así como su Vicepresidente, Dick Cheney y por el sospechoso suicidio del Vicepresidente Ejecutivo de la empresa. Luego de una ardua batalla judicial, el caso concluyó con una sentencia a sus principales personeros, así como a los personeros de la firma auditora, a veinte y cuatro años de privación de libertad, reducida a catorce en el caso del principal administrador sobreviviente, pues varios de ellos murieron durante el juicio.

Otro de los casos paradigmáticos de fraudes económicos a gran escala fue el de la empresa norteamericana de telecomunicaciones WORLDCOM<sup>24</sup> ocurrido en el año 2002, que presentó distorsiones contables por USD 11,000 millones y ocasionó pérdidas a sus accionistas por un monto de USD 180,000 millones. El mecanismo utilizado en esta ocasión fue el maquillaje contable de las cuentas de ingresos a través del registro de valores que correspondían a gastos, como si en realidad se tratara de inversiones, para de esta forma obtener de manera fraudulenta créditos bancarios en base a una situación patrimonial falsa y al mismo tiempo, utilizando esa posición financiera adulterada, cotizar sus acciones en bolsa con precios sobrevalorados.

De manera similar al caso Enron, los principales adquirentes de los paquetes accionarios fueron fondos de pensiones de trabajadores y jubilados, que sufrieron un perjuicio estimado de USD 1.000 millones; así como el despido de 20.000 trabajadores de la empresa nivel global. Se formularon cargos criminales por fraude y conspiración contra sus principales administradores, directores y la firma auditora externa que coincidentalmente fue también Artur Andersen y se establecieron sentencias que oscilaron entre los diez y veinte y cinco años.

En Europa son célebres los casos PARMALAT<sup>25</sup> y SIEMENS<sup>26</sup> ocurridos en Italia y Alemania, respectivamente. El primero de

---

<sup>24</sup> <http://fraudescontables.blogspot.com,y>  
<http://escritosderechopenalcamiloencisov.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html>.

<sup>25</sup> <http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art-Parmalat.htm>

<sup>26</sup> [http://www.academia.edu/3667747/Caso\\_Siemens](http://www.academia.edu/3667747/Caso_Siemens)

ellos en el año 2003 con un agujero contable reportado de 4.000 millones euros, así como la falsedad en los balances cometida durante quince años que reportó un monto de 14.000 millones de euros en activos inexistentes. El caso se descubrió cuando se pretendió entregar como contragarantía de un crédito por 496,5 millones euros, un certificado de inversión en el Bank of América por 3.950 millones euros, que tenía como titular a una firma subsidiaria llamada Bonlat, domiciliada en la Islas Cayman y que resultó ser falsificado. Las investigaciones establecieron que se distrajeron dineros de Parmalat a empresas de familiares principal ejecutivo, Calisto Tanzi, quien recibió una sentencia de dieciocho años dictada por un tribunal de Parma, que lo declaró culpable de quiebra fraudulenta y asociación ilícita, junto con otros trece ex ejecutivos.

El caso Siemens<sup>27</sup> se conoció en el año 2007 y ocasionó un perjuicio patrimonial estimado de 2.000 millones de euros que fueron desviados a lo que se denominó como “cajas negras”, consistentes en cuentas radicadas en paraísos fiscales, cuyos fondos servían para pagar sobornos a funcionarios gubernamentales de diferentes países, con el objeto de conseguir contratos para la firma. El Tribunal Federal Alemán condenó penalmente a los administradores por el delito de administración desleal ocasionada por violación de sus deberes de cuidado<sup>28</sup> y

---

<sup>27</sup> El caso central, puesto que existen otros procesos en los diferentes países donde se acusa a la empresa de haber entregado sobornos a cambio de contratos con los Estados. Precisamente uno de esos casos se radicó en Argentina, donde Siemens fue beneficiario de un millonario contrato para la elaboración de los DNI.

<sup>28</sup> En este caso, el Tribunal Federal Alemán por primera vez se pronunció en el sentido de que existe perjuicio patrimonial aunque los recursos desviados se hayan utilizado para beneficio de la propia empresa a través de la obtención

en los EEUU se condenó además a la empresa a pagar multas por aproximadamente USD 600 millones.

Finalmente conviene referirse a los casos JP MORGAN<sup>29</sup> y BANK OF AMERICA<sup>30</sup>, el primero tiene que ver con operaciones de alto riesgo realizadas por un operador del banco, llamado Bruno Iskil, conocido también con el seudónimo de “la ballena de Londres”, precisamente por la temeridad de sus operaciones y por haber llegado a tener una posición en bonos de hasta USD 100 millones precisamente para esta operación, que consistía en la venta de *Credit Swaps Defaults* (CDS), derivados financieros que conformaban paquetes de bonos emitidos por empresas de alto rendimiento y bajo riesgo, que por lo mismo debían mantener razonablemente su precio en el mercado de valores; transacción por la que el vendedor cobraba a los compradores una prima a cambio de asumir el riesgo de cubrir el diferencial de cambio en caso de que los precios bajen, que fue lo que precisamente ocurrió, debido entre otras causas, a los coletazos de la crisis de la deuda europea y a lo inusual del monto de la operación, que generó nerviosismo en los mercados y produjo una pérdida estimada de USD 2 billones, así como el inicio de procesos penales contra sus principales directivos bajo los cargos de fraude de valores, fraude electrónico, conspiración, realizar falsas presentaciones a la Comisión Nacional de Valores de Estados Unidos (SEC) y falsificar libros y registros, lo que forzó a que deba llegar

---

de contratos que le reportaban utilidades, bajo el criterio de que el uso de esos recursos en propósitos diferentes a los que fueron oficialmente asignados, constituye en sí una forma de perjuicio patrimonial. Sobre el particular, BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, pp. 165-171.

<sup>29</sup> <http://queaprendemoshoy.com/el-caso-jp-morgan-que-fue-lo-que-sucedio-realmente-ii/?preview=true#.T7wjX0Vp5nA>.

<sup>30</sup> <http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html>.

a acuerdos tanto con la Fiscalía como con la SEC, la Reserva Federal y la Oficina de Control de la Moneda, así como con el supervisor financiero de Reino Unido para pagar multas por montos que oscilaron entre USD 700 y 800 millones<sup>31</sup>.

En cuanto al Bank of America, en la actualidad se encontraría negociando con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, acuerdos reparatorios por montos que oscilan entre USD 16.000 y 17.000 millones, para evitar los cargos de fraude proveniente del engaño a sus clientes por omitir información sobre el respaldo de bonos garantizados con créditos hipotecarios altamente riesgosos por la falta de pago resultante de la crisis de 2008, conocida como “burbuja inmobiliaria” en los Estados Unidos.

Como se puede ver, en todos estos casos entró a debate la suficiencia o no de las modalidades de responsabilidad conocidas y por supuesto, el alcance de la responsabilidad penal, que aprovechando las peculiaridades del sistema anglosajón permitió tanto la imputación de delitos a las personas físicas, como la de cargos criminales a las propias empresas, imponiéndoles multas cuantiosas u obligándoles a celebrar acuerdos con los perjudicados. No ocurrió lo mismo en los casos de Parmalat y Siemens, pues tanto en Alemania como en Italia, países de cultura jurídica europeo-continental como era previsible, se generó un intenso debate dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que desembocó en el primer caso, en la elaboración de varias sentencias que trataron de fundar esta modalidad de responsabilidad; y en el segundo, en la regulación exhaustiva de la misma por vía legislativa.

---

<sup>31</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/economia/1379407595.html>.

## COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA Y MODELOS DE IMPUTACIÓN:

Es conocido que para hablar de un Derecho Penal compatible con un modelo de estado constitucional deben satisfacerse al menos cuatro principios fundamentales: acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*. Puesto que se han analizado ya los argumentos teóricos a favor y en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como que se ha dado cuenta de que en los hechos, dicha responsabilidad existe en la mayoría de legislaciones del mundo y es progresivamente reconocida también mediante fuente jurisprudencial, corresponde ahora contrastar si tal modalidad de responsabilidad penal resulta o no compatible con dichos principios.

Como se sabe, según el principio de acto, en un estado democrático y constitucional solo se puede atribuir responsabilidad penal a alguien por sus “actos” cometidos y no por sus condiciones personales, en esto precisamente se diferencia el Derecho Penal “de acto” del denominado Derecho Penal “de autor”. Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la primera interrogante que surge es si ellas pueden o no cometer “actos” en el sentido penalmente relevante y este es uno de los aspectos que más controversia ha causado, pues de acuerdo con las teorías vicarias del Derecho Penal, el acto constituye una manifestación de la conducta y de la voluntad estrictamente humanas<sup>32</sup>, convirtiéndose

---

<sup>32</sup> En este punto utilizo el término “teorías vicarias” para abarcar el conjunto de análisis que van desde las formulaciones clásicas, en sus versiones naturalista y neokatiana (causalistas), hasta las finalistas con su noción de “acción final”, pues todas ellas coinciden en caracterizar a la acción como un acto fundamentalmente humano, para lo cual, tomo como referencia a JESCHECK en su *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Comares, Granada

en el elemento del delito que por antonomasia es privativo de las personas físicas y no de los entes ficticios; pero aún más, en el elemento central de la teoría del delito, respecto del cual, todos los demás constituyen meros predicados.

Efectivamente, si se analiza el concepto de acción desde esta perspectiva, resulta evidente la imposibilidad teórica de imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, pero nuevamente, tanto la evidencia práctica, como nuevos desarrollos dogmáticos permiten hacer frente a esta objeción desde varias perspectivas, de las cuales se extraerán únicamente dos que permiten reflexionar sobre este punto. La primera tiene que ver, como se dijo con la evidencia fáctica de que el vertiginoso desarrollo de la ciencia y de la técnica sorprende cada día con la elaboración por ejemplo, de prototipos robóticos dotados cada vez de mayor autonomía, no solo de movimientos sino también de ciertas capacidades de discernimiento, así como la existencia de modelos de ordenadores con inteligencia artificial<sup>33</sup> capaces de tomar decisiones, muchas de las cuales difícilmente podríamos sostener que no constituyan “actos”.

Desde la perspectiva dogmática, conviene referirse a la ya mencionada Teoría de Sistemas de LUHMANN, que bien puede ser criticada por su fundamentación y alcances políticos, pero que constituye lo que se podría considerar como una “buena teoría”

---

2002, pp 209-240.

<sup>33</sup> En este sentido puede apreciarse la reducción de la brecha antes infranqueable entre la realidad y la ciencia ficción cinematográfica. Ejemplos de ello son los ya clásicos filmes “Inteligencia Artificial”, “Matrix” o “Yo Robot” y últimamente, el interesantísimo “Ella” con la magistral actuación de Joaquín Phoenix, que da cuenta de la increíble capacidad de autonomía y autodesarrollo de un sistema informático, capaz incluso de producirle una decepción amorosa.

para explicar el funcionamiento de las diferentes estructuras sociales, sus nexos de comunicación y sus capacidades de reproducción a partir de lo que se conoce como “autopoiesis”, categoría tomada de las investigaciones realizadas por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela a inicios de los años setenta del siglo pasado, para explicar la forma de conservación y reproducción de las células vivas.<sup>34</sup>

De acuerdo con esta teoría<sup>35</sup>, la sociedad funciona no tanto como una suma de individuos, sino como un entramado de sistemas complejos que se *producen y reproducen* a sí mismos, dentro de los cuales se encuentran precisamente las empresas, organizadas o no bajo la figura de personas jurídicas. Estos sistemas generan mecanismos de comunicación que permiten su desarrollo y evolución constante, lo que les permite establecer verdaderos sistemas de toma de decisiones que dan lugar a su vez a sistemas organizativos independientes de sus integrantes (personas físicas), conformando así la denominada “cultura organizacional” que posee una dinámica y valores colectivos propios, articulando mecanismos de identidad, pertenencia y exclusión que vinculan a sus integrantes, convirtiéndose así en entidades dotadas de verdadera autonomía y capacidad cognitiva, no psíquica (en lo que se diferencian de los seres humanos), pero si organizativa.

---

<sup>34</sup> VARELA, Francisco J.; & Maturana, Humberto R., *De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1973.

<sup>35</sup> Las características fundamentales de la Teoría de Luhmann y la autopoiesis han sido tomadas de GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, num 8-05, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

Para cumplir con estos ciclos de existencia y desarrollo, realizan operaciones tanto auto como heteroreferenciales, las primeras consistentes en la construcción de programas de decisión que bien pueden analogarse con los planes de vida de las personas físicas, así como vías de comunicación idóneas con otros sistemas para así permitir la realización de tales planes; y las segundas consistentes en las rutinas cognitivas que deben ejecutar para mantenerse interrelacionadas con su entorno, motivándose a su vez y reaccionando frente a las rutinas cognitivas de los otros sistemas sociales, dentro de ellos, el normativo, todo lo cual resulta en una suerte de “conciencia” organizacional que desde una perspectiva constructivista de la personalidad jurídica, reúne todos o casi todos los atributos que se le pueden exigir a una persona física para que adquiriera el rango de “persona” en el sentido normativo del término<sup>36</sup>. No debe olvidarse además que incluso a las personas físicas se les exige cierto grado de competencia (imputabilidad) para considerar que aquello que hacen constituye efectivamente un “acto” penalmente relevante.

De lo dicho hasta ahora, resulta entonces que la noción de “acto” de la que parte la teoría estándar del Derecho Penal resulta insuficiente para abarcar los supuestos antes mencionados de la existencia de “máquinas inteligentes” o de “organizaciones autopoieticas” como ciertas empresas organizadas bajo la figura de personas jurídicas, cuya “autonomía cognitiva” bien puede desembocar en la realización de auténticos actos penalmente relevantes, encontrándose en este sentido satisfecha la exigencia

---

<sup>36</sup> Sobre el conjunto de requisitos que un individuo de la especie humana debe reunir para ser considerado “persona” en el sentido normativo del término, véase el artículo de FEINBERG, Joel, “Abortion”, disponible en <http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html>.

constitucional en cuanto a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Esto tiene a su vez consecuencias respecto de las otras exigencias constitucionales, pues a partir del reconocimiento como entidades competentes a las organizaciones autopoieticas, se puede aceptar sin dificultades que sus actos pueden ocasionar daños a terceros desde una perspectiva penal (principio de lesividad)<sup>37</sup>; así como de que en consideración a su capacidad cognitiva autónoma, que las convierte en “entes no triviales”, dotados de una suerte de “conciencia propia”, se pueda fundar juicios de culpabilidad por el cometimiento de esos actos (principio de culpabilidad), observando desde luego los requisitos tanto procedimentales como sustanciales para la construcción de tales juicios; más todavía si como se dijo, aún las teorías de la culpabilidad tradicionales excluyen de los juicios de atribución penal a determinados individuos (los inimputables), precisamente porque no reúnen las exigencias normativas que el ordenamiento jurídico impone para que pueda hablarse de verdaderos “sujetos de imputación penal”.

Por último, la exigencia de *ultima ratio* puede también encontrarse satisfecha si se considera que la extensión de tal principio supone que se encuentren alcanzadas por el Derecho Penal aquellas conductas -que como se ha visto, bien pueden ser cometidas por las personas jurídicas- estrictamente necesarias para precautelar bienes jurídicos básicos de una sociedad histórica y culturalmente determinada, aunque se reconoce que efectivamente resulta problemático conciliar la necesidad de

---

<sup>37</sup> Desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, nadie discute la posibilidad de imputar responsabilidad por daños a las personas jurídicas.

una mínima intervención penal con los criterios de imputación expuestos, pues los mismos se encuentran basados en supuestos hipotéticos y de ocurrencia futura, como los planteados tanto en los avances científico-técnicos a los que se ha aludido, así como en los de estructuras organizativas autopoieticas, que solo podrían verificarse en grandes complejos empresariales, donde tanto la composición accionaria, como la diversificación del trabajo y fundamentalmente, la toma de decisiones se encuentre suficientemente diversificada.

Por todo lo expuesto, se considera que a pesar de algunas tensiones con los principios fundamentales antes analizados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en términos generales no es contraria a los presupuestos de un Derecho Penal compatible con el estado constitucional de Derecho, aspecto que sin embargo, se encuentra condicionado por el modelo de imputación que se utilice y al respecto, conviene analizar los diferentes diseños que conoce la doctrina contemporánea.

El primer modelo conocido es el denominado “modelo de transferencia”, que básicamente consiste en la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por aquellos actos cometidos por sus socios, representantes legales o administradores, ya sea que las actividades ilícitas de la persona física se realicen a nombre o por cuenta de la persona jurídica o que de ellas resulte un beneficio para la misma<sup>38</sup>. Como puede apreciarse, un modelo de

---

<sup>38</sup> Sobre el “modelo de transferencia” puede consultarse una explicación muy didáctica en CASAS, Ismael CLEMENTE y Álvarez FEIJO, Manuel. “Sirve de algo un programa de compliance penal?”, *Revista electrónica Actualidad Jurídica Uria Menéndez* / 28-2011.

estas características presenta múltiples problemas, aún partiendo de la atípica forma de imputabilidad de la persona jurídica que aquí se ha propuesto y que dichos problemas se presentan tanto en el orden constitucional si se lo analiza a la luz a los principios de acto, lesividad y culpabilidad antes expuestos; así como en el dogmático, si se lo analiza desde las categorías de la causalidad, culpa y autoría, así como desde las finalidades mismas de la pena.

Frente a este estado de cosas, surge el modelo denominado de “culpa por organización” o más propiamente, de “culpa por defecto de organización”, que formula la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por actos cometidos en su propio beneficio o realizados por las personas físicas que actúen en su representación, teniendo siempre como presupuesto, las deficiencias verificadas en su estructura organizativa para prevenir, controlar y sancionar actos delictivos que puedan cometerse en el desarrollo de sus actividades, convirtiéndose este defecto de organización en un elemento normativo que opera como “presupuesto de la responsabilidad penal”<sup>39</sup>, cuya función es racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*. A partir de esto se establece la necesidad entonces de prevenir y corregir los defectos de organización, para lo cual, las empresas pueden o deben –y este será precisamente el dilema a resolver- elaborar planes de cumplimiento normativo, denominados *compliance* de acuerdo con el término anglosajón aplicado para este propósito, luego de los casos emblemáticos a los que se ha hecho alusión.

El modelo de culpabilidad por organización aparece entonces como más compatible con los principios constitucionales del

---

<sup>39</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, p. 129.

Derecho Penal en un estado constitucional, así como con las categorías dogmáticas de la Ciencia Penal estándar, pues es el único que posibilita una lectura “conforme a la constitución”<sup>40</sup> de las normas que regulan la responsabilidad penal de la persona jurídica, al tiempo que es el único que permite fundar tanto el juicio de reproche penal por actos cometidos por “otros”, como los socios, administradores, empleados, etc, con lo cual se podría satisfacer el fundamento de la culpabilidad y explicar la función preventiva de la pena, de manera coherente con el principio de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal, partiendo de la premisa –y aquí se acude a categorías de la imputación objetiva- de que el déficit de controles adecuados en la estructura de la empresa ocasiona el incremento del riesgo permitido. Pese a la aparente suficiencia explicativa de este modelo, pocos han sido los ordenamientos jurídicos que se han ocupado de hacer explícita su adopción, aspecto del que a fuerza de necesidad se ha ocupado más bien la jurisprudencia y la doctrina.<sup>41</sup>

### DEFINICIÓN Y FUNCIONES DEL *COMPLIANCE*.

Como se anticipó, el término *compliance* es un anglicismo que a pesar de su uso creciente en el mundo de la empresa, no se encuentra todavía oficialmente contemplado por la Real Academia de la Lengua Española<sup>42</sup> y ello posiblemente obedezca a que la no-

---

<sup>40</sup> La interpretación conforme a la Constitución forma parte del “Principio de Conservación del Derecho” que a su vez garantiza un adecuado equilibrio entre la regla de mayoría y el principio contramayoritario.

<sup>41</sup> Excepción hecha de las leyes penales italiana y chilena que como consecuencia de su aplicación han llegado incluso a formular la obligatoriedad del *compliance* y aún, a regularlo exhaustivamente.

<sup>42</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22<sup>o</sup> publicación, 2001, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

ción del *compliance* ofrece varias dificultades, la primera de ellas desde su traducción al español, que en términos generales sería la de “cumplimiento” o “conformidad”<sup>43</sup>, que aplicada al ámbito jurídico sería “cumplimiento del derecho” o “cumplimiento de las normas”. Otra de las dificultades es que constituye un término polisémico, cuyos distintos significados pueden rastrearse en disciplinas como la medicina por ejemplo, donde desde hace mucho tiempo se lo entiende como la adecuación de los procedimientos médicos a los respectivos protocolos que conforman la *lex artis*; y en el ámbito del *managment* como una estrategia de buenas prácticas empresariales<sup>44</sup>. Desde una perspectiva jurídica, pero que necesariamente debe contemplar una visión transdisciplinaria, la noción de cumplimiento del Derecho aludida tiene que ver también con aspectos como la elaboración de programas de autorregulación empresarial que propendan a la denominada *due diligence*, como instrumento de valoración de empresas que cotizan en mercado de valores, por ejemplo; o en general, con parámetros de evaluación por parte de quienes hacen negocios con empresas, donde finalmente se ha incorporado también al estado, en tanto se constituye en un importante agente económico, ya sea por su intervención directa en la economía o por ser el mayor requirente de bienes y servicios que son provistos por las empresas y en tal sentido, se han generado también políticas de evaluación de esta *due diligence* por parte de organismos multilaterales de financiamiento como el Banco Mundial<sup>45</sup> o el Banco

---

<sup>43</sup> Sobre esta noción, véase Bock, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia de la empresa”, en *Compliance y Teoría del Derecho Pena*. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 107.

<sup>44</sup> Revista *Compliance insider*, N.º 8, enero de 2014, p. 10.

<sup>45</sup> Banco Mundial, “Guidelines on preventing and combating fraud and corruption in program for results financing”, febrero de 2012, tomado de Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, VV.AA, *Compliance y teoría del Derecho*

Europeo de Inversiones<sup>46</sup>, en forma previa a validar los proyectos presentados por los estados, así como a efectuar el desembolso de los créditos; construyendo una práctica que se ha dado en llamar “gobernanza global” o *global law*.

En el *compliance* así entendido, deben considerarse aspectos tales como la legislación en sus diferentes ámbitos de regulación, como prevención riesgos laborales, protección datos, blanqueo capitales, derecho de la competencia, mercado de valores, etc, que conforman un entorno normativo denominado como “autorregulación regulada”; así como deben considerarse también reglas sobre el buen gobierno corporativo donde se contemplen controles gerenciales y administrativos de arriba hacia abajo y viceversa; códigos éticos relacionados con la lucha contra la corrupción, responsabilidad social, auditorías y certificaciones de calidad; y, finalmente, comprende también la responsabilidad penal de la persona jurídica, como corolario de todo lo anterior, cuya existencia constituye de por sí un sistema de heteroregulación propiamente dicha<sup>47</sup>, aunque matizada luego precisamente por la función del *compliance*, dando lugar a un sistema que bien podría designarse como “autorregulación heteroregulada”.

Como podrá apreciarse, el alcance de las nociones del *compliance* es diverso, según se trate del ámbito normativo al que se lo aplique, sin embargo, para los efectos de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos autores hablan de la necesidad

---

*Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23.

<sup>46</sup> Banco Europeo de Inversiones, *Guide to Procurement*, octubre de 2001, tomado *ibid*.

<sup>47</sup> En todo esto, se sigue el esquema propuesto por NIETO MARTÍN, Adán, *Op. Cit.*, pp. 23-26.

de un *compliance penal* específico<sup>48</sup> que contemple entre otros elementos, mecanismos de prevención, control y sanción de ilícitos estrictamente penales como los relacionados con el lavado y blanqueo de dinero, la corrupción entre particulares y los delitos bancarios, societarios, bursátiles y ambientales. Otros autores sin embargo, consideran que una vez estructurados los programas de *compliance* relacionados con las buenas prácticas en general, resulta innecesario hablar de una forma más (*criminal compliance*) sino que simplemente debe efectuarse una lectura y organización de los mismos pero en clave del Derecho Penal.<sup>49</sup> Particularmente se considera que esta resulta la posición más acertada si se tiene presente que existe una necesaria relación entre los programas de cumplimiento normativo y todo el entramado de actividades empresariales, así como la necesaria vinculación que tiene la prevención de riesgos de responsabilidad penal con otros riesgos de responsabilidad normativa propios de otras áreas del Derecho, a las que el Derecho Penal económico remite constantemente.

Establecida de esta forma la definición y alcance del *compliance*, es necesario entonces analizar cuál es su función dentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, tarea para la cual resulta indispensable en primer lugar, ubicar en qué aspecto de la teoría del delito se sitúa el que hasta hoy hemos denominado “modelo de imputación de la culpa por defecto de organización”, pues se considera que solo a partir de ello se puede buscar la justificación funcional del *compliance*, así como

---

<sup>48</sup> Entre los autores que abogan por la construcción de programas de tal naturaleza podemos encontrar a BACIGALUPO, TIEDEMANN y ROTSCH, bajo cuya dirección incluso existe en la Universidad de Ausburgo el *Centre for Criminal Compliance*

<sup>49</sup> Partidarios de esta tesis son el mismo NIETO Martín, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ.

las consecuencias de su inaplicación o deficiente ejecución. Al respecto podemos apreciar que este constituye uno de los debates contemporáneos más necesarios, pues la doctrina no ha profundizado y mucho menos ha llegado a un acuerdo sobre el *status* de tal “modelo de imputación”. Particularmente se considera que el mismo puede analizarse desde el injusto penal, ya sea como elemento normativo del tipo; o desde la culpabilidad como consecuencia estructural de la defectuosa capacidad de la persona jurídica de motivarse frente a la norma; o finalmente, desde la punibilidad como un requisito objetivo de ésta.

En tanto elemento normativo del tipo penal se puede sostener que la referencia al “defecto de organización” efectivamente remite a un concepto jurídico valorativo que proporciona sentido a la descripción de la conducta antijurídica<sup>50</sup>, condicionándola de tal manera que frente a su ausencia, el hecho imputable a la persona jurídica quedaría fuera del ámbito de la antijuridicidad<sup>51</sup>; es decir, en caso de verificarse que no existió el defecto de organización, especialmente por la existencia y cumplimiento de un programa de *compliance*, entonces no se encontraría acreditado este elemento normativo del tipo penal y el hecho atribuido a la persona jurídica no sería típicamente antijurídico.

Se puede sin embargo, contraponer como objeción sólida a este argumento el hecho de que los elementos normativos del tipo

---

<sup>50</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 289, quien a su vez toma estas nociones de elementos normativos del tipo, de ENGISCH, MEZGER y SCHLUCHTER

<sup>51</sup> En este sentido se adopta la noción de “Tipo” como “tipo de injusto” y desde una perspectiva material que supera la definición puramente formal de BELING y resulta más cercana a posturas como las de HERGLER, SAUER, MEZGER Y WOLF.

penal, así como los descriptivos y aún los subjetivos, deben encontrarse explícitamente contemplados en la norma, para de esta manera cumplir con el subprincipio de *lex scripta* del principio de legalidad y esto lamentablemente no ocurre en la gran mayoría de leyes que instauran la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino que por el contrario, el modelo de imputación de la culpa por defecto de organización ha sido más bien una construcción pretoriana y aunque se reconoce que en muchos casos la valoración sobre la existencia o no de los elementos del tipo penal se encuentra librada a la tarea de determinación de los jueces, debido a la inevitable apertura del lenguaje jurídico, asumir en abstracto una justificación como esta, sería incompatible con la necesidad de insistir en la mayor taxatividad posible de las leyes penales en consideración a dos aspectos fundamentales: la importancia de los derechos que se encuentran en juego y la necesidad de controlar el poder punitivo del estado, que en tanto poder, tiende siempre a conservarse y expandirse.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, ya sea que se adopten criterios subjetivistas, normativistas o funcionalistas de la misma<sup>52</sup>, lo cierto es que con ciertas reformulaciones, las categorías de “libertad de voluntad” y “exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho”<sup>53</sup> han sido estables o en

---

<sup>52</sup> Como precursores de la teoría subjetiva se pueden citar a VON LITZ-BELING, entre los normativistas, a una amplia gama de autores, siendo los más relevantes FRANK, KOHLRAUSCH, WELZEL, HIRSCH y STRATENWERTH; y entre los funcionalistas desde luego, ROXIN, JAKOBS y ROTH.

<sup>53</sup> Tomo en esta parte las expresiones de PASTOR R, Daniel, “La discusión actual en torno de la culpabilidad”, en *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal*, VV.AA, Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2010, pp.614-617 donde distingue el alcance político de la expresión “libertad de voluntad”,

su defecto, inevitables para todos los ámbitos de la doctrina que se han ocupado de ella, desde las nociones originales de libre albedrío hasta las de instrumento necesario para el cumplimiento de los fines de prevención general de la pena, pero más todavía si se la considera como elemento fundamental para la regulación del poder punitivo dentro de un estado constitucional, donde se ha reivindicado a la autonomía como fuente tanto de derechos como de obligaciones y en este último sentido, la exigibilidad *prima facie* de que todas las personas se motiven frente a las normas penales, cuya transgresión implica un reproche legítimo, salvo por las excepciones conocidas de incapacidad, error o exculpación.

Aplicando estos criterios a la responsabilidad penal de la persona jurídica, el rol del *compliance* bien podría ser equiparado a esas pautas de comportamiento conforme a Derecho que se exigen a las personas físicas como presupuesto de la culpabilidad y al defecto de organización, precisamente como esa deficiente capacidad de motivación frente a las normas, que puede ser evaluada de manera así mismo análoga a la forma en que se lo hace con la libertad de voluntad para construir el juicio de reproche propio de la culpabilidad.

Podrían asumirse como condición objetiva de punibilidad tanto el defecto de organización como el *compliance*, si se considerase que nada aportan ni al injusto penal ni a la culpabilidad de la persona jurídica, ya sea porque los mismos se consideren suficientemente acreditados, el primero por las referencias típicas constantes en las normas penales que establecen dicha responsabilidad realizadas ya sea con dolo o con imprudencia;

---

del meramente natural "libertad de acción".

o porque la obligación de comportarse conforme a Derecho se encuentra derivada de otras normas del ordenamiento jurídico, especialmente de carácter constitucional y por ello resulte sobreabundante elaborar otro tipo de normas y mucho menos provenientes de un sistema de autorregulación como el *compliance*, pero que sin embargo de ello, sea necesario acudir a estos dos conceptos (defecto de organización y *compliance*) exclusivamente con propósitos instrumentales que permitan compatibilizar la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas con los principios de aplicación del Derecho Penal en el estado constitucional, de lo que se sigue que en caso de ausencia de tal defecto de organización no sería posible la imposición de pena. Como se verá, dentro de esta concepción, la función del *compliance* sería meramente contingente, pues bastaría con que se acredite el defecto de organización por cualquier otro medio para que se considere satisfecha la condición objetiva de punibilidad.

Finalmente, desde la teoría de la imputación objetiva podría también considerarse al defecto de organización como un caso prototípico de incremento del riesgo permitido cuya constatación permitiría atribuir “objetivamente” el resultado a la persona jurídica y fundar de esta manera la caracterización del injusto penal. Bajo esta perspectiva, la función del *compliance* bien podría ser la de delimitar ese riesgo permitido en base a los materiales normativos y organizativos proporcionados por el principio de confianza<sup>54</sup>.

En el mismo sentido, podrían considerarse como funciones tanto del *compliance* como del defecto de organización, convertirse

---

<sup>54</sup> JAKOBS, Gunther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, junio de 2009.

en los pilares sobre los que puede construirse satisfactoriamente la tan anhelada normativización de la imputación objetiva, que permita superar la noción eminentemente causalista representada fielmente por el modelo de transferencia, criticado por otras razones en páginas anteriores.

Cualquiera sea la función que tenga el *compliance* en la Teoría del Delito, resulta indispensable llamar la atención en el sentido de que su presencia incide definitivamente en la denominada Teoría del Error, pues acarrea consecuencias como limitar y de manera significativa, la posible discusión acerca del error de tipo o del error de prohibición, haciendo poco probable que cualquiera de ellos pueda reunir la condición de invencible, con los efectos que de ello se siguen igualmente en los ámbitos de la tipicidad, la culpabilidad o la imputación objetiva.

### **PROBLEMAS DEL *COMPLIANCE* FRENTE A LA TEORÍA PENAL ESTÁNDAR**

Como se ha visto, tanto la noción misma del *compliance*, como su ubicación en la teoría del delito y sus funciones son de por sí problemáticas y a ello se suman a su vez, problemas relacionados con diversos ámbitos del Derecho Penal General y también con el Derecho Penal Económico en particular, que tienen que ver principalmente con aspectos como como causalidad, autoría y participación; o, con las finalidades de la pena, cuyo tratamiento desde las categorías tradicionales de la dogmática penal parece insuficiente y su análisis corresponde a una pretensión investigativa mucho más exhaustiva, que supera los objetivos del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello y dado que se considera que una profundización teórica acerca de las insuficiencias de la teoría estándar satisface inquietudes estrictamente académicas cuyo objetivo final sería precisamente demostrar tal insuficiencia, se considera que desde una perspectiva igualmente académica pero mucho más instrumental, es posible evaluar algunos problemas del *compliance* con miras a establecer tanto su fundamentación como su necesidad al momento de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica; propósito para el cual se ha elegido como marco conceptual a la Teoría de la Imputación Objetiva y dentro de ella, se han seleccionado a su vez, dos problemas puntuales, el primero relacionado con la noción de riesgo permitido y el funcionamiento del principio de confianza; y el segundo, referido a la posición de garante.

En cuanto al primer problema, como se sabe, la Teoría de la Imputación Objetiva fundamenta el contenido del injusto penal a partir de la noción de riesgo permitido y más precisamente, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cuya determinación se hace acudiendo al ámbito de protección de la norma penal, que a su vez es necesario buscar en la manera en que las sociedades histórica y temporalmente determinadas establecen el grado de aceptación o repudio de ciertas conductas, que por el hecho mismo de ser sociales, es decir, intersubjetivas, implican riesgos, que según lo expuesto, serán permitidos o no permitidos (vale decir, desaprobados); de ahí que se vuelve indispensable para analizar el riesgo desaprobado –o dicho de otra forma, el incremento del riesgo permitido-, analizar correlativamente la forma en que opera el principio de confianza.

Pasando por alto la discusión existente sobre si el principio de confianza es solamente una especie del género riesgo permitido

o si por el contrario, mantiene alguna autonomía conceptual, lo que aquí interesa es asumir que dicho principio supone que todos los participantes de la práctica y en este caso, de las prácticas empresariales tienen una expectativa razonable de que sus pares actuarán de manera responsable y conforme a las normas, mucho más si se tiene en cuenta que generalmente son agentes económicos altamente competentes, lo que nuevamente plantea el dilema de la autoregulación o la heteroregulación, que se encuentra fuertemente condicionado por aspectos políticos e ideológicos que definen el modelo de estado.

Por una parte, si se trata de estados de corte más liberal, se tendrá que el principio de confianza y consiguientemente, el ámbito del riesgo permitido deberán rastrearse en normas de autorregulación (si acaso existen) de las empresas, donde los partícipes de las prácticas económicas tienen un campo de acción más flexible, que encuentra por supuesto sus límites en las prohibiciones contempladas en las normas penales; y por otra, en estados más intervencionistas, tanto el principio de confianza como el riesgo permitido estarán sometidos a una intensa actividad reguladora estatal (heteroregulación), donde cobra mayor importancia la necesidad de programas de cumplimiento normativo (*compliance*) para delimitar el ámbito de desenvolvimiento del principio de confianza, así como para fijar el entorno de los riesgos permitidos que posteriormente permitan analizar la existencia o no de defectos de organización frente a la amplia gama de normas jurídicas regulatorias hetero impuestas y dentro de ellas, las normas de prohibición penal. En cualquiera de los dos casos el *compliance* aparece efectivamente como necesario, en el primero dado que la mayor libertad de acción exige igualmente mayor grado de responsabilidad, no solo por exigencias de tipo moral, sino también porque será correlativamente mayor el margen

de discrecionalidad de los jueces para definir aspectos como el incremento y realización de los riesgos permitidos; y en el segundo, dado que el efecto intimidatorio que pueda ejercer un entorno de controles asfixiante exige que las empresas adopten recaudos para prevenir y eventualmente enfrentar los elevados riesgos de responsabilidad normativa.

Desde otro punto de vista, si bien lo afirmado puede resultar fácil de asimilar, no parece serlo en cambio la relación existente entre principio de confianza y *compliance*, pues si aquel se asume en un sentido fuerte, resulta entonces contradictorio agregar al sistema normativo estatal uno adicional autoregulado -que eso viene a ser el *compliance*- pues ello supone más bien un debilitamiento de tal principio de confianza en la medida que al imponérsele mayores regulaciones, lo que se está enviando es precisamente el mensaje contrario, esto es, que existe un grado de desconfianza en la actuación de los partícipes de la práctica jurídico-económica, teniendo entonces que para la gran mayoría de actividades sociales basta que el principio de confianza y los riesgos permitidos sean establecidos en las normas jurídicas que establecen sus límites, pero en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea necesario que esas normas se encuentren complementadas con otras de propia generación empresarial (*compliance*), más todavía si se tiene presente que para su implementación es necesaria la intervención de actores independientes, denominados *compliance officers*. Particularmente se considera que ambos postulados no son incompatibles y que por el contrario, es perfectamente posible superar la dicotomía auto-heteroregulación por un modelo ecléctico que bien podría denominarse de “co-regulación”<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Denominación que se toma de KUHLEN, Lothar, VVAA “Cuestiones

que permite un funcionamiento coordinado de ambas esferas regulativas con el objeto de alcanzar una mejor determinación de los ámbitos del principio de confianza y el riesgo permitido.

No puede dejarse de mencionar que para resolver esta aparente contradicción en la relación entre el principio de confianza y *compliance* puede también acudir a la teoría de los “riesgos especiales”<sup>56</sup>, de acuerdo con la cual, las actividades de empresariales se adecuan a esta categoría, dadas sus particulares organizativas que implican una bien definida distribución del trabajo y de roles; así como sus objetivos concretos de obtención de lucro, para lo cual deben acudir a estrategias de mercado que les permitan ampliar su presencia y eliminar competidores, todo lo cual genera una suerte de ambiente criminógeno propicio para la gestación, aprendizaje y reproducción de actividades ilícitas, tesis que a su vez tiene inspiración en estudios criminológicos como los de SUTHERLAND, con sus teorías de la Asociación Diferencial<sup>57</sup> y de la “delincuencia de cuello blanco”.

Una aplicación de la teoría de los riesgos especiales a la empresa considera que en presencia de estructuras organizadas que presentan elementos criminógenos como los descritos, decae el principio de confianza y se modifican las esferas de competencia de los individuos y en este caso, aún de la propia persona jurídica, las mismas que deben interactuar en base a dos deberes: uno de

---

fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 67-68

<sup>56</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*, op. cit., pp.85-86.

<sup>57</sup> SUTHERLAND Edwin, *Principios de Criminología*, Chicago University Press, Chicago, 1924

conocimiento de los actos y de prevención de las omisiones de terceros relacionados con la actividad de la empresa; y otro, de intervención en las esferas de competencia de esos terceros, con el objeto de evitar la producción de resultados lesivos o peligrosos a partir de sus actos u omisiones. Como se verá, asumir una tesis de estas características implica repensar casi por completo el contenido y funciones de las categorías estándar no solo del principio de confianza, sino además, de la responsabilidad por actos de otros, así como de los deberes de evitación y de competencia de la víctima, especialmente en la modalidad de la omisión. Sobre esto último, se puede afirmar que dada la menor complicación dogmática que representan los delitos comisivos dolosos bien pueden considerarse a ellos como el grupo de “casos fáciles” y los delitos omisivos imprudentes en cambio como el grupo de “casos difíciles”, donde resalta como especialmente problemática la posibilidad de derivar responsabilidad dolosa de la persona jurídica en los casos de defecto de organización o incumplimiento de programas de *compliance* por actuación imprudente de los administradores.

Dos posibles objeciones que pueden hacerse a la aplicación de la teoría de los riesgos especiales son: en primer lugar, que preconcebir a la empresa como una estructura ontológicamente peligrosa presenta problemas de orden constitucional relacionados con los principios de igualdad y presunción de inocencia; y en segundo lugar, que existen también problemas de justificación del argumento al asumir de partida el peligro especial que caracterizaría a la actividad empresarial, pues ello constituye una falacia de petición de principio, donde se presupone aquello que se quiere demostrar, que en este caso es justamente la razón por la que es necesario reformular el contenido del principio de confianza.

El segundo problema a analizar tiene que ver con la posición de garante que asumen tanto la persona jurídica como sus propietarios, administradores y aún más, el denominado *compliance officer* como delegado por la administración para realizar tareas de seguimiento y control de la ejecución del programa de *compliance*. Al respecto, son varios los subproblemas que pueden formularse, de los cuales se extraerán tres: el primero relacionado con la justificación de la posición de garante en cabeza de tales individuos; el segundo con la naturaleza de los deberes asumidos por quienes ostentan la posición de garante; y el tercero, con la posibilidad de delegación de tales deberes hacia terceros denominados *compliance officers*. Finalmente se analizarán las posibles tensiones que podría ocasionar la ejecución del *compliance* con la garantía de derechos y principios constitucionales fundamentales de protección a los trabajadores.

En cuanto a lo primero, bien podría sostenerse de inicio, que establecer una posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún de terceros relacionados con el cumplimiento de las normas que regulan la actividad empresarial puede resultar sobreincluyente pues lo que verdaderamente se está haciendo es asignar de manera genérica obligaciones de control y vigilancia a determinadas personas por lo que hacen o dejan de hacer otras personas, quienes además y esto es determinante, son autorresponsables<sup>58</sup>, lo que supondría desconocer precisamente el principio de autorresponsabilidad, así como el de competencia, éste último entendido desde el ámbito de separación absoluta

---

<sup>58</sup> Aclaración que resulta necesaria pues la doctrina conoce y acepta de manera casi unánime casos donde a ciertas personas se les impone deberes especiales de cuidado respecto de bienes o de otras personas pero que son inimputables. Al respecto, SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia, 1979, pp. 101 y ss. Citado por Silva Sánchez, op. cit., p. 83.

de esferas competenciales específicamente para el campo del Derecho Penal, donde se busca que tales esferas interactúen exclusivamente a través de los deberes de solidaridad; lo cual no ocurre en otros ámbitos del Derecho y de la vida social, donde resulta incluso deseable que las esferas de competencia individual compartan la mayor cantidad de relaciones posibles.

Resulta entonces necesario encontrar una justificación para que esto funcione distinto en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y parecería ser que la teoría de los riesgos especiales a la que se aludió antes proporciona una explicación plausible en el sentido de que puede deducirse sin problemas de la noción de que las actividades empresariales constituyen en sí riesgos especiales, el hecho de que a su vez existan deberes especiales en cabeza de quienes tienen a su cargo la propiedad o administración, quienes al adquirir conocimiento de hechos defectuosos o potencialmente dañosos, tienen la obligación de intervenir en la esfera de competencia de quienes los están realizando y tienen el deber de impedirlos (lo que constituiría el incremento del riesgo permitido) para de esta manera evitar su realización.

Una justificación como esta, si bien supera los estándares de capacidad explicativa y de atractivo intuitivo, parte sin embargo de caracterizar a la empresa como genéticamente peligrosa, asunción que fue objetada antes por la tensión que podría presentar con los principios constitucionales de igualdad y presunción de inocencia, al que además se puede agregar ahora el de daño, lo cual resulta particularmente interesante en este punto, pues nuevamente, se estaría produciendo una mera transferencia de responsabilidad penal ajena hacia personas que si bien tienen deberes de orden laboral como la vigilancia y control, no deberían

por ello ser sobreexigidos con la amenaza de sanciones penales por ese incumplimiento; al tiempo que existen buenas razones para sostener la implausibilidad moral de tal sobreexigencia<sup>59</sup>.

Frente a ello, una posible justificación de la asignación de esta posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún, de los *compliance officers* podría encontrarse más bien en la aplicación normativa de un ejercicio de ponderación entre principios y derechos, según el cual, una ampliación de las nociones tradicionales de la posición de garante resulta equivalente a la necesidad de protección de otros derechos y más concretamente, bienes jurídicos como los que se pretende resguardar imponiendo deberes especiales a individuos que encontrándose previamente advertidos, se colocan voluntariamente en tal posición de garante (competencia por asunción) y reciben como contraparte ya sea las utilidades que reporta la actividad empresarial o una remuneración que se fija precisamente en orden al grado de responsabilidad y consiguientes riesgos que asumen.

En el mismo orden de alcanzar una justificación más acabada sobre estos deberes especiales, algunos autores han intentado diferenciar la naturaleza de ellos, para lo cual los han dividido en deberes de protección y deberes de vigilancia, convirtiendo a los obligados por tales deberes respectivamente en “garantes de protección” o “garantes de vigilancia”<sup>60</sup>, donde los casos paradigmáticos del

---

<sup>59</sup> Al respecto, en la Filosofía Moral son múltiples los debates sobre los denominados “deberes positivos” o también conocidos como “deberes de buen samaritano”, donde la obligación de sacrificarse en beneficio de otros encuentra sus límites en el cuidado de la propia vida, noción que bien podría extenderse también al de la propia libertad personal.

<sup>60</sup> KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Bs. As., 2006, pp. 297.

primer tipo de garantes son los médicos que tienen a su cargo la protección de la vida y la salud de sus pacientes, de manera directa; y el segundo tipo de garantes tienen en cambio a su cargo la vigilancia de la tutela de otros derechos y bienes jurídicos, pero de manera indirecta o a través de estructuras organizativas con una estricta asignación de roles y división del trabajo, como en el caso de las actividades empresariales. Esta tesis ofrece el problema de que no existen criterios materiales que permitan fundar esta distinción, razón por la que se abre la posibilidad de la excesiva discrecionalidad al momento de caracterizar la posición de garante de una u otra manera, según se decida si lo que se están exigiendo son deberes de protección o de vigilancia.

El tercer aspecto a tratar se relaciona con la posibilidad de delegación de los deberes de vigilancia y control de los propietarios y administradores de las personas jurídicas a actores independientes (*compliance officers*) lo cual ofrece al menos dos interrogantes: 1. ¿es posible delegar la posición de garante? y 2. En el evento de aceptarse la posibilidad de la delegación ¿cuáles son sus alcances?

Sobre la primera interrogante, lo que se discute es la fundamentación penal de una posible delegación de responsabilidad, bajo la premisa tradicional del carácter “personalísimo” y por lo tanto, indelegable de la responsabilidad penal. Existen sin embargo posiciones superadoras de este aparente dilema que sugieren la posibilidad de encontrar la fundamentación no de la delegación de la responsabilidad penal, sino de los deberes de control y vigilancia de las actividades empresariales, cuya naturaleza es extrapenal, en normas y principios generales del Derecho que

posibilitan tal delegación<sup>61</sup>, en cuyo caso los terceros delegados (*compliance officers*) adquieren la posición de garante mediante la figura de competencia por asunción, teniendo presente que generalmente en los delitos omisivos e imprudentes, tanto el dominio de la fuente de peligro, como los deberes de evitación de la realización de ese peligro provienen también de normas extrapenales (*lex artis*). Diferente es que se indague sobre la legitimidad de una eventual transferencia de responsabilidad penal propia de los propietarios o administradores hacia los *compliance officers*, así como sobre la necesidad de limitar el eventual exceso punitivo que pudiera suponer la imposición de sanciones tanto al delegante como al delegado de la posición de garante, para lo cual serán necesarios algunos criterios que se analizarán al responder la segunda interrogante.

Precisamente sobre este segundo aspecto, una vez aceptada la posibilidad de delegación de la posición de garante, corresponde delimitar el alcance de la responsabilidad penal de los *compliance officers* y para el efecto se considera que pueden ser útiles dos criterios, el primero relacionado con la teoría del dominio del hecho y el segundo, con la definición específica de su esfera de competencia. El primer criterio como se verá tiene relación con la participación del *compliance officer* en la conducta ilícita, aspecto que se analiza dentro del juicio de culpabilidad, donde habrá que determinarse en cada caso concreto la real capacidad de evitación del ilícito que puede exigirse a este tipo especial de garante, con lo que se abre una gama de posibilidades de atribución de responsabilidad penal, ya sea como autor o partícipe, donde a su vez surgen problemas como la autoría mediata (autor detrás

---

<sup>61</sup> BERMEJO, Mateo G./ PALERMO, Omar, *La intervención delictiva del compliance officer*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 180.

del autor) o la aplicabilidad de la teoría del rol indiferenciado de omitente, según la cual en los delitos de omisión es irrelevante discutir sobre la distinción entre autor y partícipe<sup>62</sup>.

El segundo criterio en cambio se puede analizar desde la perspectiva del injusto (antijuridicidad), a partir de que si bien se puede aceptar esta condición especialmente riesgosa de la actividad empresarial y también la obligación del *compliance officer* de ampliar su esfera de competencia y asumir deberes de conocimiento e intervención en esferas de competencia ajenas, es necesario delimitar el campo de acción de dicha esfera de competencia asumida, restringiéndola a la obligación de “dar conocimiento” a la administración de los hechos detectados, siendo éste por tanto el estricto ámbito de su intervención; limitación que impide entonces cualquier tipo de transferencia automática e indebida de la responsabilidad penal que conserva el propietario o administrador delegante de los deberes de vigilancia y control en cuanto a la ejecución de los programas de *compliance*, con lo cual se ha conseguido también el deseable objetivo de racionalizar el ejercicio del poder punitivo estatal.

Nada de lo enunciado hasta aquí pretende erigirse como solución acabada a los innumerables problemas que apenas se dejan enunciados y que demandarán sin lugar a dudas mayores y más profundas investigaciones, pues como se aprecia, la formulación de justificaciones y soluciones plausibles lo único que hace es abrir nuevas posibilidades de objeciones o conllevan la reformulación de las categorías dogmáticas estándar, al punto de

---

<sup>62</sup> El autor más representativo de esta teoría es ROXIN CLAUSS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Bs. As., 1998, p. 515, aunque reconoce alguna excepciones a esta regla.

quedar la duda de si tales replanteamientos no constituyen más bien una desnaturalización del sentido con el que se formularon.

Un problema final del *compliance* tiene que ver con aspectos que trascienden la mera discusión dogmática, en la que se ha pretendido enfatizar para ubicarse en el debate de aspectos relacionados con la aplicación de principios fundamentales del estado constitucional mismo y que por tanto, no pueden quedar fuera del presente trabajo, aunque no sea sino con carácter ilustrativo y se encuentra relacionado con el alcance de los programas de *compliance* que eventualmente pueden comprometer derechos laborales u otros derechos como la privacidad o el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores sometidos a investigaciones internas (*whistleblowing*), donde el verdadero peligro es que se produzca una expropiación del monopolio estatal de la investigación penal, con la consecuente vulneración en cadena de gran parte de las garantías del debido proceso.

La incorporación de limitaciones y regulaciones de carácter tecnológico en los programas de *compliance* ha llevado por ejemplo a que se presenten intensos debates sobre la esfera de privacidad de los trabajadores dentro de la empresa, a partir de la posibilidad de utilizar cámaras de video, o de mantener interferidas las comunicaciones en aparatos de propiedad de la empresa, así como una amplia capacidad de registro, tanto de pertenencias como de información personal y posteriormente utilizar esta información para legitimar despidos. Por otro lado, la posibilidad de establecer mecanismos de investigación interna compromete seriamente principios como la prohibición de autoincriminarse, de contar con asistencia técnica de un abogado, de guardar silencio y más aún, de ser investigado o juzgado por jueces o funcionarios competentes, en aplicación del principio de

que solo al estado le es lícito ejercer el uso de medios coactivos para el establecimiento de sanciones.

Frente a estos desafíos, se habla de la existencia de dos modelos de *compliance*, uno que resulta más compatible con los principios del estado constitucional y que busca la prevención de actividades ilícitas, a través del fomento de una cultura de cumplimiento del Derecho y de construcción del “buen ciudadano corporativo”; y otro mucho más orientado al control a través de la intimidación y la sanción (panóptico empresarial), que es muy proclive a distorsionar la verdadera función del *compliance*, para convertirse en herramienta de disciplinamiento y persecución, con evidente vulneración de derechos, en los términos antes señalados<sup>63</sup>.

### **A MANERA DE CONCLUSIÓN. ¿UNA NUEVA DOGMÁTICA PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?**

A lo largo del presente trabajo se han planteado los diferentes problemas que ofrece la posibilidad de justificar la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, pero aún aceptada ella, la falta de precisión existente sobre la escogencia del modelo de imputación que ha de regir esta forma de responsabilidad penal y más todavía, en caso de elegirse uno de ellos (el defecto de organización), la indeterminación de su ubicación en la teoría del delito, para finalmente mostrar las posibles tensiones y contradicciones que presenta uno de sus

---

<sup>63</sup> Sobre la distinción entre estos dos modelos, así como las implicaciones de las investigaciones internas (*whistleblowing*) en los derechos de los trabajadores, MASCHMANN, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN, Lothar y otros (edits.) *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 147 y ss.

componentes fundamentales, el denominado *compliance*, tanto con las categorías de la teoría penal estándar como con principios fundamentales del mismo estado constitucional.

Este entorno ha llevado a que cierto sector de la doctrina postule la necesidad de elaborar una dogmática especial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, enfatizando en la noción de “culpabilidad constructivista”<sup>64</sup> que parece ser el escollo más difícil de sortear al momento de hablar sobre responsabilidad penal de los entes ficticios; sin embargo, poco o nada se ha dicho sobre otros aspectos concretos que debería proponer tal nueva dogmática, así como tampoco sobre el rol que desempeñaría el *compliance* y sus funciones dentro de tal teoría. Con este propósito y una vez más, partiendo de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de LUHMANN, se dirá que la empresa, pero no cualquier empresa, sino exclusivamente aquella entendida como un sistema complejo de actividades económicas y humanas ampliamente diversificadas y con un esquema definido de roles para sus diferentes integrantes, siempre que establezca entre tales componentes un conjunto de relaciones de comunicación dinámica, capaz de generar valores propios o sea, autónomos de los valores individuales de sus integrantes y que por tanto definan una identidad propia a través de una cultura organizacional, se encuentra dotada de las características especiales de autoadministración, autoconducción y autoorganización, pues se considera que tal cultura organizacional puede actuar de manera relativamente independiente a los designios de cada uno de sus miembros.

---

<sup>64</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-05-2006.

Si esto es verdad, se genera entonces un sistema de decisiones así mismo relativamente autónomo<sup>65</sup> que a su vez exige de un sistema de vinculación a esas decisiones con las mismas características y ello solo es posible mediante la construcción de una suerte de “código del sistema” basado en determinadas premisas de decisión que se van produciendo y reproduciendo a lo largo del tiempo y con las vicisitudes de la práctica, obviamente condicionadas por las normas heteroimpuestas que regulan la actividad empresarial de que se trate. Estas premisas a su vez operan para la organización de manera análoga a como lo hacen los principios y las reglas de una Constitución para un estado, es decir, dan carta de nacimiento a la organización, la estructuran y establecen el conjunto de prerrogativas, funciones, facultades y límites de sus integrantes y por ello, deben estar dotadas de cierta estabilidad y rigidez que dificulte la posibilidad de que sean cuestionadas y reemplazadas con excesiva facilidad.

Solo si se acepta esta manera de funcionar, se puede avanzar a la consideración del sistema empresarial como un aparato cognitivo verdaderamente autónomo desde el punto de vista organizativo, capaz de expresar actos propios susceptibles de ser jurídicamente valorados mediante imputación penal; es decir, solo así se puede estructurar seriamente la noción del tan repetido modelo de culpa por defecto de organización, donde el *compliance* tenga una función integradora que provea el código del sistema o el análogo a la Constitución si se quiere, pues en él deberían contenerse las premisas de decisión (en lenguaje del código del sistema) o los

---

<sup>65</sup> Se insiste en el término “relativamente” pues genuinamente se considera imposible llevar al extremo un criterio de independencia absoluta del sistema aún en contra de la voluntad de sus propietarios o administradores.

principios y reglas (en términos de Constitución) a los que deben conformarse las actuaciones del sistema en sí mismo, así como de sus integrantes (propietarios, administradores, trabajadores, etc.), cuya fuerza vinculante radique en obligación *prima facie* que tienen todos sus integrantes, de someterse al Derecho –en este caso bajo la forma de coregulación a que se hizo referencia en otra parte de este mismo trabajo- y la correlativa sanción (administrativa, civil o penal) a que se exponen en caso de quebrantamiento de sus previsiones, en el ámbito penal, mediante la constatación de que tal hecho ha dado lugar a una actuación defectuosa en el ámbito de organización, donde además se aprecia con claridad que la función esencial de la pena es la vigencia, tanto de esa norma vulnerada como de la norma social protegida (bien jurídico tutelado), independientemente de las otras funciones conocidas de comunicación de desaprobación social y de pretensión disuasiva.

La construcción de una dogmática penal especial sobre estas bases supondría igualmente un cambio de paradigma epistémico, pues tornaría innecesario analizar, como actualmente se lo hace con las categorías estándar, la ubicación y características de esta forma de responsabilidad penal en la así denominada Teoría del Delito y por otra parte, obligaría a construir nuevas categorías superadoras de los métodos de análisis tradicionales sobre aspectos como la causalidad, autoría e imputación objetiva y en esta última, especialmente sobre los conocimientos especiales y la prohibición de regreso, principalmente cuando deba analizarse la responsabilidad penal de los *compliance officers*.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ÁVILA**, Ramiro. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- BACIGALUPO**, Enrique. *Compliance y Derecho Penal. Prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas*, sd: Hammurabi, 2012.
- BACIGALUPO**, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch, 1998.
- BERMEJO**, Mateo y **PALERMO**, Omar. “La intervención delictiva del compliance officer”, en AA.VV. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BOCK**, Dennis. “Compliance y deberes de vigilancia de la empresa”, en AA.VV. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- CASAS** Ismael y **ÁLVAREZ** Manuel. *¿Sirve de algo un programa de compliance penal?...* disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>.
- FEINBERG**, Joel. *Abortion*, disponible en <http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html>.
- FERRAJOLI**, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N.º 1,

- 2008, pp. 337-343, disponible en [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano6\\_1/Laesfera17.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf).
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2005.
- FERRI-RICCHI, Amadeo. *El Contrato de Swap como tipo de derivado*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en <http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf>.
- GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2008.
- GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, N.º 8-05, disponible en <http://criminet,ugr.es/recpc>
- JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, 4ª. reimpresión, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Granada: Comares, 2002.
- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, trad de la 2.ª edición de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, sd: 2006, p. 297.
- KUHLEN, Lothar. “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en VV.AA. *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, pp. 67-68

- LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*, Barcelona: Anthropos, 1998.
- MASCHMANN, Frank. “Compliance y derechos del trabajador”, en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- NIETO, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en AA.VV. *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- PASTOR R., Daniel. “La discusión actual en torno de la culpabilidad”, en VV.AA. *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 22.<sup>a</sup> publicación, 2001, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998.
- \_\_\_\_\_. *La imputación objetiva en el Derecho penal*, IDEMSA, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en AA.VV. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SUTHERLAND, Edwin. *Principios de Criminología*, Chicago: Chicago University Press, 1924.
- VARELA, Francisco J. y MATURANA, Humberto R., *De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica*, Santiago de Chile: Ed. Universitaria, 1973.

**LINKOGRAFÍA**

[http://www.academia.edu/3480864/El\\_caso\\_Enron\\_Fracaso\\_de\\_una\\_de\\_las\\_empresas\\_mas\\_poderosas\\_de\\_estados\\_unidos](http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos)

<http://fraudescontables.blogspot.com>

<http://escritosderechopenalcamiloencisov.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html>.

<http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art-Parmalat.htm>

<http://queaprendemoshoy.com/el-caso-jp-morgan-que-fue-lo-que-sucedio-realmenteii/?preview=true#.T7wjX0Vp5nA>

[http://www.academia.edu/3667747/Caso\\_Siemens](http://www.academia.edu/3667747/Caso_Siemens)

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/economia/1379407595.html>

<http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html>

<http://perspectivasinternacionales.javerianacali.edu.co/pdf/6.1-07.pdf>,

---

**CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ADOLESCENTES  
PARA TOMAR DECISIONES EN TEMAS  
RELACIONADOS CON SU SALUD,  
SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA<sup>1</sup>**

ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ<sup>2</sup>

**RESUMEN**

Este artículo pretende generar una reflexión legal, desde el marco de los Derechos Humanos y el paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en adolescentes, y su relación con la patria potestad y con los deberes y obligaciones de los Estados, en base al análisis y aplicación de los principios de bienestar superior y autonomía progresiva.

**PALABRAS CLAVE:**

Consentimiento informado, salud sexual, salud reproductiva, bienestar superior y autonomía Progresiva

---

<sup>1</sup> Artículo entregado por la autora el 29 de julio de 2016 y aprobado el 11 de septiembre de 2016

<sup>2</sup> Funcionaria del centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA

**ABSTRACT**

This article aims to create a legal reflection, from the framework of Human Rights and the paradigm of comprehensive protection of the rights of children and adolescents on the issue of informed consent in adolescents, and their relationship to parental authority and the duties and obligations of States, based on the analysis and application of the principles of higher welfare and progressive autonomy.

**KEY WORDS**

Informed consent, sexual health, reproductive health, superior wellness and progressive autonomy

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad en Ecuador, uno de los debates más importantes en materia de Derechos Humanos de los y las adolescentes es su capacidad para tomar decisiones voluntarias, autónomas, informadas sobre sus derechos relacionados con su salud, vida sexual y vida reproductiva, frente a su derecho a la protección por parte de sus padres y del Estado, que se cristalizan en la patria potestad y en las políticas públicas dirigidas a este sector poblacional.

Este es un debate, que en nuestro país, toma mayor importancia, en el contexto actual, en que las políticas públicas sobre salud sexual y salud reproductiva para adolescentes parten de un paradigma que desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho y los plantea como sujetos de control<sup>3</sup>; en que las propuestas legales de códigos intergeneracionales como el llamado “código

---

<sup>3</sup> En diciembre del 2014, el Presidente Correa mediante Decreto Ejecutivo 491 del 12 de diciembre del 2014, transfiere a la Presidencia las funciones de la Estrategia de Planificación Familiar y Prevención del Embarazo en Adolescentes ENIPLA, y la pone bajo control de Mónica Hernández, asesora presidencial con fuertes nexos con grupos religiosos católicos altamente conservadores. Bajo el control de Hernández ENIPLA es transformado en “Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia” más conocido como Plan Familia, una estrategia centrada en la promoción de valores en detrimento de los derechos, el fortalecimiento de la familia, y la educación en abstinencia, que de acuerdo a el borrador de la misma pretende: “lograr un giro significativo en el patrón de comportamiento en adolescentes y jóvenes respecto a la vivencia de la afectividad y la sexualidad, a través del complemento de las políticas públicas en la temática y el fortalecimiento del rol protagónico de la familia” centrandose en accionar en la educación sexual en “valores, de responsabilidad y familia” (HERNÁNDEZ, Mónica, *Versión Borrador Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia*, 2014) <http://www.planfamilia.gob.ec/>

por ciclo de vida”<sup>4</sup> resultan fuertemente regresivas en materia de autonomía progresiva y bienestar superior de niños niñas y adolescentes<sup>5</sup> y en los que cada día existen más barreras para que jóvenes y adolescentes puedan ejercer sus derechos y acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva<sup>6</sup>.

Es entonces que se vuelve de transcendental importancia generar una reflexión legal, desde el marco de los Derechos Humanos y el paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en adolescentes, y su relación con la patria potestad y con los deberes y obligaciones de los Estados.

Este artículo pretende aportar para esta reflexión crítica, partiendo del análisis del marco jurídico nacional e internacional sobre derechos de los y las adolescentes, de recomendaciones de comités internacionales y relatores, y de sentencias de cortes internacionales y de otros países sobre esta problemática.

---

<sup>4</sup> <https://www.dropbox.com/s/4nbf76sp9h7yika/Proyecto%20de%20Ley%20del%20C%C3%B3digo%20de%20Ciclo%20de%20Vida%20T.pdf?dl=0>

<sup>5</sup> El 21 de marzo del 2016, la asambleísta de Alianza País, Zobeida Gudiño, presentó la propuesta de Código por ciclo de vida, la misma que fue fuertemente criticada por varios sectores y archivada al ser catalogada como la forma de transformar códigos y comportamientos morales altamente conservadores en ley. <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/codigo-ciclo-vida-manual-correista-regular-la-vida>

<sup>6</sup> Actualmente las barreras y brechas que adolescentes y jóvenes enfrentan para acceder a servicios de salud, salud sexual y salud reproductiva generan que los mismos no puedan ejercer sus derechos. Para profundizar al respecto de esto puede leer la investigación: *Nuestros Derechos, Nuestras Voces*, realizada en el año 2016 por el Centro de Apoyo y Protección de Derechos Humanos SURKUNA.

Es fundamental aclarar que para el presente artículo distinguiremos entre niños, niñas y adolescentes, como dos situaciones jurídicas diferenciadas. Abordando para el presente análisis únicamente la situación de adolescentes.

Entenderemos a la adolescencia como una edad comprendida entre 10 y 19 años, dónde se evidencian cambios biológicos, psicológicos y sociales en la persona, que marcan la transición de los patrones de la niñez a la adultez y consolidación de su independencia (UNICEF 8-10)<sup>7</sup>. Y que por fines prácticos, las reflexiones que se generan en el presente artículo son válidas únicamente para las y los adolescentes considerados como menores de edad, es decir menores de 18 años<sup>8</sup>.

Esto por cuanto es alrededor de los derechos de los y las adolescentes menores de edad donde se generan los dilemas sobre su capacidad legal de tomar decisiones, debido a que la definición internacional de minoría de edad, tiene un doble propósito, establecer una protección especial para los menores

---

<sup>7</sup> Existe una discusión sobre cuáles son las edades en las que se encuentra comprendida esta etapa denominada como adolescencia, de acuerdo a UNICEF las edades que comprende van de 10 a 19 años, definición que es concordante con la establecida por parte de nuestro MSP cuando aborda el tema de la adolescencia como un ciclo de vida. No obstante nuestro código de la niñez y la adolescencia en su artículo 4, establece que se entiende como adolescente a toda persona comprendida entre los 12 y 18 años, y la Convención por los Derechos de los Niños, dentro de la cual se encuentran comprendidos los derechos de las y los adolescentes, establece como estándar para efectos de la protección que brinda a los 18 años.

<sup>8</sup> La Convención sobre los Derechos de los Niños, constituye el marco normativo más relevante en cuanto al estándar de la minoría de edad. La misma establece en su artículo 1, que para efectos de la protección la minoría de edad va hasta los 18 años. Estándar que es coherente con la mayoría de legislaciones de Latinoamérica y con la legislación del Ecuador.

de modo que sus derechos primen sobre los de otros y sean especialmente protegidos por el Estado, la sociedad y la familia, e imponer restricciones al ejercicio de los derechos y de las obligaciones hasta que se presuma que tienen suficiente madurez para comprender sus decisiones y asumir las consecuencias de sus actos.

Este trabajo está dividido en varios acápite, en el primero se abordara brevemente el tema de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la titularidad de los mismos y principios para su ejercicio; en el segundo se analizara a partir de estos conceptos el consentimiento informado en adolescentes en temas relativos a su salud sexual y su salud reproductiva.

### **DERECHOS DE LOS Y LAS ADOLESCENTES, TITULARIDAD Y PRINCIPIOS PARA SU EJERCICIO**

Existen varios paradigmas sobre derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en la actualidad la más aceptada es la doctrina de protección integral (SIMON 63) de acuerdo a la cual los mismos son titulares de derechos en varias dimensiones: política, económica, social, cultural, sexual, reproductiva, y de derechos colectivos (AGUILAR CARVALLO 229), que ejercen de acuerdo a su madurez y desarrollo progresivo.

La existencia de Derechos Humanos específicos de niños, niñas y adolescentes, desde esta perspectiva, no genera regímenes excepcionales sino que interpreta y adapta el régimen general de los Derechos Humanos a las particularidades de estos rangos etarios, generando un sistema jurídico de protección de niños, niñas

y adolescentes en tanto titulares de derechos tanto en el ámbito internacional como en el local (AGUILAR CARVALLO 228-230).

El principal instrumento internacional en materia de Derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la Convención sobre los Derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, la misma que ha sido firmada y ratificada por 192 Estados (incluido Ecuador), lo cual demuestra su amplio grado de reconocimiento y aceptación a nivel mundial. Esta convención es de obligatorio cumplimiento para el país y forma parte del bloque de constitucionalidad (GARCÍA FALCONÍ 2014).

En cuanto a legislación interna, la constitución de la República constituye un instrumento fundamental en materia de derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes, al igual que el Código de la Niñez y la adolescencia vigente en la actualidad. Los mismos que reiteran lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, reconociendo la titularidad de derechos de niños, niñas y adolescentes; la obligación de protección especial a los mismos por parte del Estado, la sociedad y la familia; y el ejercicio progresivo de estos derechos de acuerdo a su madurez y desarrollo (SIMON 63)

De acuerdo a todos estos instrumentos legales los y las adolescentes menores de edad son titulares de derechos, cuyo ejercicio debe regirse por dos principios fundamentales, el principio de interés superior y el de autonomía progresiva.

El principio de interés superior, es cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el mismo ha sido reconocido a nivel internacional y nacional como un principio

general de derechos<sup>9</sup> y como un principio integrante del sistema jurídico de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (AGUILAR CARVALLO 226-227). El mismo se encuentra establecido en el artículo 3 de la Convención por los Derechos del niño de forma general y en los artículos 9.1, 9.3, 18.1 y 20.1. de la misma Convención en forma específica, y tiene su correlato en nuestra legislación en el artículo 44 de la Constitución de la República y el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Este principio hace referencia a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos (SIMON 319) y establece que sus derechos prevalecen sobre los de cualquier persona; que los mismos requieren de una protección reforzada del Estado, la sociedad y la familia, por la vulnerabilidad fáctica que implica la minoría de edad (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 12) y que las limitaciones que se impongan al ejercicio de derechos por parte de niños y adolescentes no pueden causarles daño, desprotegerlos, ni generarles condiciones de mayor vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 12)

El principio de bienestar superior del niño en su desarrollo y aplicación plantea que las prerrogativas, derechos y garantías del régimen de protección internacional de Derechos Humanos de los niños, pueden ser aplicadas también en ámbitos privados, siendo posible la utilización y consideración del mismo para analizar las relaciones familiares, y el rol de los padres como garantes de derechos (AGUILAR CARVALLO 235).

---

<sup>9</sup> En el sentido dado a los mismos por el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El mismo se formula como un mandamiento amplio y por tanto como un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación requiere de la evaluación de la situación fáctica de niños, niñas y adolescentes para determinar la idoneidad de la misma para el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a su función, este principio es multidimensional (SIMON 79-89 y 319) pues actúa en el desarrollo de derechos, su determinación, su sustentación, su limitación y su aplicación; ya que sirve como principio orientador de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas, y como cláusula de prioridad frente a conflictos que requieran ponderación de derechos.

El principio de autonomía progresiva, por su parte, implica que de acuerdo a sus capacidades evolutivas niños, niñas y adolescentes van ganando autonomía para la toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos y sobre sus vidas. Su implementación requiere del establecimiento de un equilibrio entre el reconocimiento de las y los adolescentes como agentes activos en sus propias vidas que tienen derecho a ser respetados como ciudadanos, como personas y como titulares de derechos con una autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 12-15).

La clave de este principio es la autonomía, la misma que se desarrolla conforme niños, niñas y adolescentes van creciendo, y adquiriendo competencia para tomar decisiones que afecten sus vidas (SIMON 39).

Este principio actúa en dos sentidos, permitiendo y garantizando el ejercicio de derechos por parte de adolescentes cuando existan

las condiciones e impidiendo su adultización prematura (SIMON 475).

Y tiene como objetivo promover el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía de niños, niñas y adolescentes; valorar las contribuciones que ellos y ellas hacen hacia su propia protección; generar de condiciones donde se potencie su participación y la responsabilidad sobre sus decisiones; garantizar su protección especial e impedir injerencias arbitrarias en su vida que puedan convertir su minoría de edad en una condición de vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 18-20).

Este principio se encuentra establecido en el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño y tiene su correlato en el artículo 44 y 347.5 de la Constitución de la República y en el artículo 13 del Código de la Niñez y la adolescencia.

El mismo se complementa con el reconocimiento realizado por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, de que las restricciones a los derechos de las y los adolescentes realizadas supuestamente para su protección no pueden causarles daño, ni afectar sus derechos y su bienestar, pues en caso de hacerlo las mismas se vuelven inválidas por vulnerar la protección de éstos, que son el principio de su existencia y constituirse en injerencias arbitrarias. Tesis que se ve respaldada por el artículo 16.1 de la convención que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de niños, niñas y adolescentes y el establece el derecho a la protección estatal de las y los menores cuando esto suceda.

**Artículo 16 1.** Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su

domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. **2.** El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

Todo lo expuesto anteriormente, nos permite generar un escenario para analizar el tema de derechos de niños, niñas y adolescentes, desde el cual si bien existe un ejercicio limitado de los derechos para estos grupos por temas de protección, existen también en contrapartida limitaciones a patria potestad de los padres y madres, en base a los principios de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de autonomía progresiva; con el objetivo de garantizar que no exista un ejercicio desproporcionado de la autoridad que vulnere los derechos de los menores.

## **CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y BIENESTAR SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

El consentimiento Informado, es un derecho de las personas en salud, que se entiende como la expresión autónoma de su voluntad para elegir, autorizar o negar un determinado procedimiento, posteriormente a una adecuada información proporcionada sobre el mismo, sus riesgos, beneficios, alternativas y posibles cursos alternativos (PACHECO 1).

Su fundamento es el respeto al Derecho Humano a la Libertad, traducido como principio de autonomía y autogestión de las personas de su propia vida de acuerdo a sus valores y deseos (PACHECO 1).

El consentimiento informado tiene dos componentes:

1. Derecho a recibir información clara, veraz y oportuna sobre todos los aspectos del procedimiento objeto del consentimiento; y,
2. El derecho a decidir de manera autónoma, sin interferencias, violencia o coerción sobre si aceptar o rechazar determinado procedimiento.

En Ecuador en materia de consentimiento informado de las y los adolescentes no existe una normativa clara, razón por la que es fundamental analizar el tema de consentimiento informado en adolescentes para tomar decisiones concernientes a su salud a la luz de los principios de bienestar superior y autonomía progresiva, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes. Teniendo en cuenta que existe una tensión entre la posibilidad de que ellos ejerzan sus derechos de forma autónoma, y su derecho a la protección en base a la cual muchas veces sus

derechos son limitados por la patria potestad de sus padres y madres.

En este sentido, es importante reflexionar, como generar un equilibrio ente el reconocimiento de los y las adolescentes como agentes activos en sus propias vidas con autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989).

Al abordar el tema de consentimiento informado en caso de menores de edad, desde la consideración de la regla del menor maduro o autonomía progresiva y la regla del bienestar superior de niños, niñas y adolescentes, implica el reconocimiento de la madurez de las y los adolescentes menores de forma independiente a su edad, sin que esto restrinja la posibilidad de establecer edades límites para la subrogación de la decisión en determinadas prácticas; y la garantía de que las decisiones de sustitución que se tomen sobre la salud de o la menor en caso de ser necesario no le causen daño.

Como regla general, si el menor es capaz de comprender, intelectual y emocionalmente, el alcance de la intervención, es él quien debe tomar la decisión autónomamente. Si el menor no cuenta con estas condiciones el consentimiento lo debe prestar el representante legal, después de haber escuchado su opinión cuando es mayor de doce años. Si el menor tiene más de dieciséis años o está emancipado, no se puede prestar el consentimiento por representación (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN, Juanita, 18).

La comprensión de estos conceptos requiere reconocer que los y las niños, niñas y adolescentes van adquiriendo progresivamente

condiciones para adoptar decisiones autónomas sobre su vida y ejercer los derechos de los que son titulares. Y que por tanto el ejercicio de la protección paternal o maternal, traducida en la subrogación del consentimiento en salud, solo es legítima cuando efectivamente la precariedad del juicio y discernimiento del niño, niña o adolescentes le hace requerir de la misma como una forma de protección.

Esto implica que las capacidades evolutivas de las y los menores de edad pueden ser entendidas como una forma de limitación al ejercicio de la autoridad parental, en favor del ejercicio de sus derechos de las y los adolescentes de acuerdo con su madurez. Esto se cristaliza en la toma de decisiones sobre su salud y vida aun cuando las mismas contraríen las expectativas o deseos de sus progenitores.

El concepto de menor madura/o es la regla a través de la cual se establece el respeto a las capacidades evolutivas de las y los adolescentes. Según esta regla:

(...) cuando este puede comprender la información que se le brinda y el alcance de los actos, sus riesgos y sus consecuencias, debe ser él quien decida,, partiendo de la constatación empírica según la cual los menores adquieren “madurez moral” mucho antes de ser mayores de edad, independientemente de los años cumplidos, aunque algunos se puedan tardar más que otros. Por consiguiente, dicho enfoque supone que los menores pueden ejercer sus derechos desde el momento que pueden gozarlos (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 19).

Tomando en cuenta esto y el principio de bienestar superior del niño, niña y adolescente de acuerdo al cual en cualquier caso la titularidad de derechos de los menores se mantiene sobre las limitaciones que pueden establecerse al ejercicio de los mismos, por lo cual la restricción a los derechos de las y los adolescentes no puede causarles daño, ni afectar sus derechos y su bienestar, en caso de hacerlo se vuelve inválidas por vulnerar la protección de las y los niños, niñas y adolescentes que son el principio de su existencia.

**Art. 11.-** El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código de la Niñez y la adolescencia, 2003)

**Artículo 16 1.** Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales

a su honra y a su reputación. **2.** El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

Retomando estos fundamentos en la discusión del consentimiento informado en niños, niñas y adolescentes, queda claro que las y los adolescentes tienen derecho a dar su consentimiento sobre decisiones concernientes a su salud, de acuerdo a su madurez y de forma progresiva y autónoma. Lo cual implica que se debe propiciar que los y las adolescentes menores tomen la decisión y en caso de que realmente no tengan capacidad para hacerlo, la decisión debe ser sustituida, garantizándose siempre que las decisiones de sustitución que se tomen sobre la vida de los y las adolescentes menores no le causen daño.

En este sentido, el Estado tiene una obligación mucho más amplia en materia de garantía de los Derechos de las y los adolescentes, incluido su derecho a decidir sobre su salud, pues por un lado tiene la obligación de garantizar el ejercicio de estos derechos, conforme los reconoce como titulares de los mismos con autonomía creciente y por otra tiene la obligación de ofrecerles protección especial frente a los diversos grados de vulnerabilidad que puedan dificultar el ejercicio de sus derechos, tanto si estos obstáculos derivan de su falta de madurez suficiente o de un intento de injerencia abusiva de sus padres y madres sobre su vida privada. Por lo cual el Estado en algunas ocasiones tiene la obligación de limitar la patria potestad de los padres y madres, de acuerdo al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y su autonomía progresiva. Esto con el objetivo de garantizar que no exista un ejercicio desproporcionado de la autoridad que vulnere los derechos de los y las adolescentes.

Así, el Estado ecuatoriano debe garantizar que las restricciones a los derechos de las y los adolescentes estén fundamentadas, y que en ningún caso puedan afectar su bienestar.

### **CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LAS Y LOS ADOLESCENTES EN TEMAS DE SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA**

El derecho de las y los adolescentes a consentir sobre temas de salud sexual y salud reproductiva debe ser analizado desde una perspectiva amplia, que nos permita por un lado generar una reflexión sobre los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de las y los adolescentes y su ejercicio; y por otro sobre el consentimiento informado en diversos procesos relacionados con la salud sexual y salud reproductiva de las y los adolescentes.

Para comenzar esta reflexión es necesario plantear que los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos<sup>10</sup>, han sido reconocidos por la comunidad universal como Derechos Humanos en tratados, convenciones y acuerdos aprobados internacionalmente<sup>11</sup>. Y

---

<sup>10</sup> Estos derechos incluyen: tomar decisiones libres, informadas y voluntarias sobre su sexualidad; no ser discriminadas por orientación sexual o identidad de género; derecho a la confidencialidad de la información en salud y sobre su vida sexual; el acceso a servicios de salud basados en los principios de la bioética, que respete las condiciones intergeneracionales, interculturales, de género, con eficiencia, trato digno, calidad y calidez; la autodeterminación reproductiva; el derecho a la integridad personal física, psíquica, moral y sexual; el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado planteándose la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia; y el derecho fundamental de las personas una vida digna.

<sup>11</sup> A partir de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y su Programa de Acción respectivo que se reconoce la existencia de los derechos reproductivos, y acuña el "derecho a alcanzar el nivel más

que los mismos, son reconocidos por nuestra Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 66 y 32 y por nuestra normativa interna en el Art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, como Derechos Humanos Fundamentales e inherentes a la libertad de las personas.

En este sentido y de acuerdo a nuestra Constitución, artículo 11, estos Derechos son de inmediata y directa aplicación sin ningún tipo de discriminación, su contenido no pueda ser restringido y no puede haber regresividad ni en su aplicación ni en su conceptualización. Siendo el rol del Estado respetarlos, proteger su ejercicio y garantizarlos.

Los y las adolescentes en tanto titulares de derechos, son titulares también de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, ya que como lo establece nuestra Constitución, artículo 45, “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.” (Constitución).

Nuestra Constitución además al establecer a este grupo poblacional como prioritario, genera una obligación estatal de

---

elevado de salud sexual y reproductiva” (Naciones Unidas, 1995) Siendo no obstante, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, donde se establece la garantía del Derecho a la salud y los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos como fundamentales para el ejercicio de los Derechos Humanos y el desarrollo, calificando enfoques en todo proceso de comprensión integral de los Derechos sexuales y derechos reproductivos como DDHH y legitimando también los derechos sexuales (Naciones Unidas, 1996). En esta conferencia se generó el documento más completo producido por una Conferencia de Naciones Unidas con relación a los derechos de las mujeres ya que incorpora lo logrado en conferencias y tratados anteriores.

garantizar prioritaria sus derechos, y a la vez de vigilar que los mismos no sean vulnerados.

Sin embargo, cuando hacemos referencias a los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de las y los adolescentes, no debemos olvidar que el ejercicio de los mismos debe estar vinculado a la madurez de los adolescentes, y su bienestar, entendido no desde una lógica adultocéntrica, sino partiendo de un análisis de las condiciones de la o el adolescente y de un diálogo conjunto con él o ella. Siendo que hay ocasiones en que un derecho puede limitarse como una forma legítima de protección y otras en que su limitación implica una efectiva vulneración que no debe ser permitida. Pongamos un ejemplo, negar el acceso de adolescentes a información sobre sexualidad, los expone a tener prácticas sexuales inseguras que pueden generar impactos a largo plazo en sus vidas y por tanto vulneraría sus derechos (JIMBO, Ruth, 2010, Educación sexual versus abstinencia en adolescentes, 6-7), en cambio como contrapartida, permitir la libre asociación sexual de adolescentes menores de 14 años, con adultos generar vulnerabilidad para los primeros pues los expone a formas de manipulación y violencia generadas por la diferencia de edad, y por tanto en este caso es necesario establecer una limitación para este derecho (VALENZUELA y CASAS 45-47).

Uno de los derechos sexuales y derechos reproductivos de la población adolescente es el acceso a servicios de salud en estos ámbitos de forma confidencial y prioritaria, garantizando la posibilidad de que los mismos puedan consentir determinadas prácticas sin necesidad de autorización de sus madres o padres, desde una perspectiva de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y que por tanto tome en cuenta los principios de bienestar superior y autonomía progresiva.

En este sentido debemos analizar, que situación garantiza de mejor manera los derechos de las y los adolescentes: a) que puedan acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva sin autorización de sus padres o b) que tengan limitado su acceso a los mismos y sus decisiones en salud estén supeditadas a la opinión de sus padres.

Para indagar en este dilema, debemos comenzar evaluando cuáles son las consecuencias de no acceder a servicios de atención en salud sexual y salud reproductiva por parte de la población adolescente, y cuál es el papel que juegan padres y madres en la educación sexual de sus hijos e hijas y su acceso a servicios de salud en estos ámbitos.

De acuerdo a múltiples estudios, entre las principales consecuencias de la falta de acceso por parte de adolescentes a servicios de salud sexual y salud reproductiva se encuentra: el aumento de los riesgos de prácticas inseguras y sus consecuencias: embarazos adolescentes, ITS incluido el VIH, Abortos inseguros, mortalidad materna, violencia sexual sistemática (CHRISTOFIDES, la instauración de estilos de vida riesgosos que pueden tener impactos potenciales en la calidad de vida de las personas (MADDALENO, MORELO e INFANTE 133); la restricción de la capacidad de las personas de tomar decisiones reproductivas, lo cual repercute en su incapacidad para planificar sus vidas y cumplir con sus planes de vida (TRIVEDI, BUNN, GRAHAM, WENTZ 49); la reproducción de la inequidad de género y su mantenimiento por el aumento de las disparidades en educación y trabajo para las mujeres. Si la familia es más numerosa, especialmente si hay más de cinco hijos, la probabilidad de que las niñas permanezcan en la escuela disminuye notablemente (INEC 2010) la reproducción de la inequidad social y

económica, potenciando el mantenimiento de los círculos de pobreza y de las desigualdades. El embarazo adolescente ha sido asociado con un bajo rendimiento educacional y con otros factores asociados a pobreza (TRIVEDI, BUNN, GRAHAM, WENTZ 275-291); la interrupción o discontinuación de la educación, muchas adolescentes embarazadas se ven forzadas a abandonar la escuela y con ella sus aspiraciones laborales, bien por la implicación social, la implicación física del embarazo o por expulsión directa por parte del centro. El 59,1% de mujeres que se embarazaron entre 15 y 24 años interrumpió sus estudios a causa del embarazo, de este porcentaje 44, 3% no volvió a retomarlos (ENSANUT 2013); y la “maternización” de niñas que niega su derecho a vivir la adolescencia y las somete a maternidades forzadas, afectando su salud integral (Fundación Desafío 2015).

Como podemos mirar en toda la evidencia esgrimida, el no acceso a servicios y la limitación de las decisiones de adolescentes sobre su salud sexual y salud reproductiva afecta sus derechos sexuales y derechos reproductivos, pero también vulnera otros Derechos Humanos fundamentales de esta población, como lo son su derecho a la salud, a la integridad, a la vida, a la confidencialidad, privacidad, y educación (COOK y DICKENS 20-21). Generando este no acceso que la minoría de edad se convierta en un factor de inequidad, vulnerabilidad y desprotección.

En ese sentido, se debe reconocer que la minoría de edad no puede convertirse en un factor de vulnerabilidad ni se puede utilizar para permitir o causar daños, como la desprotección de los derechos a la salud y la integridad de los menores, lo cual sucede cuando se niega su posibilidad de decidir en relación con su sexualidad y su reproducción (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 12).

Razón por la que puede afirmarse que negar el acceso de adolescentes a estos derechos constituye una injerencia arbitraria en su vida. Siendo que el acceso a servicios de salud y la posibilidad de tomar decisiones sobre estos aspectos de su vida, constituyen medios de protección de sus derechos y de su integridad (COOK y DICKENS 20-21).

El segundo factor de análisis para clarificar este dilema es el papel que juegan padres y madres en la educación sexual de sus hijos e hijas y en su acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva.

De acuerdo a estadísticas, en el Ecuador el medio por el cuál las personas se enteran de temas relacionados con sexualidad es la televisión (20%). Sin embargo, no existen datos sobre el tipo de mensajes que los y las adolescentes adquieren a través de este medio.<sup>12</sup> Siendo otras fuentes importantes de información la escuela o colegio y estando en un lugar muy inferior en cuanto a la información sobre estos temas la familia (FREIRE, RAMÍREZ, BELMONT, MENDIETA, SILVA, ROMERO et al. 272)<sup>13</sup>, hecho que

---

<sup>12</sup> Se conoce, no obstante, que en EEUU los y las adolescentes son receptores de aproximadamente 14.000 referencias anuales a temas sexuales. Sin embargo, solo 165 de estos mensajes se refieren a prácticas sexuales responsables, uso de métodos anticonceptivos, abstinencia y el riesgo de embarazos no planeados o ITS. (UNFPA, Equipo de Apoyo Técnico de América Latina y el Caribe, s/f)

<sup>13</sup> De acuerdo a las estadísticas el 20% de las mujeres entre 15 y 24 años de edad no ha recibido información sobre pubertad; el 17,2% no han recibido información sobre los aparatos reproductores, el 6,8% no han recibido información sobre menstruación; el 13,9% no han recibido información sobre relaciones sexuales; el 15,3% no ha recibido información sobre métodos anticonceptivos; 13,7% no ha recibido información sobre VIH e ITS; y el 47% no ha recibido información sobre anticoncepción oral de emergencia.

se debe a la falta de información en padres y madres para hablar sobre su sexualidad con sus hijos e hijas, a sus sentimientos de vergüenza y actitudes de silencio y desaprobación (UNESCO 11).

Estudios muestran que incluso en los casos donde padres y madres juegan un rol importante en la educación sexual de sus hijos e hijas, la información que estos tienen no siempre es completa, basada en evidencia y adecuada a la edad, lo cual puede influir en que las y los adolescentes vivan su sexualidad a partir de creencias y mitos perjudiciales para el ejercicio de la misma (UNIFEC, Plan Internacional 42 y 68).

En cuanto a acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva, la evidencia muestra que padres y madres suelen tener una fuerte resistencia de llevar a sus hijos e hijas a los mismos por creencias erróneas sobre su papel para promover relaciones sexuales tempranas en adolescentes (UNICEF, Plan Internacional, 39 y 43) y que las y los adolescentes suelen tener sentimientos de vergüenza y miedo de ir a servicios de salud con sus padres y madres pues esto generalmente responde a lógicas de control de su vida sexual y no de protección. (SURKUNA 36 y 37). Esta es la causa por la cual en Ecuador el grupo de adolescentes entre 15 y 19 años es el grupo poblacional que ha asistido a la menor cantidad de consultas por morbilidad en el país y por tanto el más expuesto a los riesgos antes descritos (MSP).

El análisis de esta segunda variable, nos permite afirmar que limitar el acceso de adolescentes a servicios de salud sexual y salud reproductiva al no permitirles tomar decisiones sobre estos aspectos de su vida, repercute en su efectivo no acceso a los mismos y trae como consecuencias todos los impactos negativos

antes mencionados. En este sentido, esta limitación también vulneraría los derechos de las y los adolescentes, y se constituirá por tanto en un injerencia arbitraria en su vida.

Esto implica que al negarse el acceso de adolescentes a servicios de salud sexual y/o salud reproductiva o reducirse este acceso al no permitirles tomar decisiones sobre su salud, su sexualidad y su reproducción, se vulneran todos estos derechos. Constituyendo estas restricciones una injerencia arbitraria en su vida privada, que vulnera su bienestar superior. Todas las limitaciones para decidir de las/los menores de edad deben interpretarse siempre restrictivamente, respetando lo más posible su autonomía y trasladando, a quien se opone a que decida de manera autónoma o considera que carece de condiciones hacerlo, la carga de probarlo. También deben interpretarse como una medida de protección y no como una limitación, por lo que no pueden ser usadas para desproteger a los menores (GARCÍA 181).

En este sentido se puede concluir que es fundamental para la garantía de los derechos de las y los adolescentes, y de su bienestar superior que se les permita acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva y tomar decisiones sobre estos aspectos de sus vidas.

Otro dilema que surge en el marco de esta discusión, es si permitir el acceso de adolescentes a servicios de salud sin autorización de sus padres y madres atenta contra la patria potestad de los mismos y de otros derechos que tienen en su calidad de progenitores.

Para analizar esto debemos empezar por recordar que la patria potestad no puede vulnerar los derechos de las y los adolescentes, pues en ese caso violaría el principio de su existencia, que es la protección de estos. Razón por la cual no puede aducirse vulneración de esta para evitar que adolescentes accedan a servicios de salud sexual y salud reproductiva de forma integral, a menos que se pruebe que la restricción de este acceso es efectivamente un factor de protección del bienestar superior del menor, lo que sucede en muy pocos casos, siendo la regla general como se demostró anteriormente que estas restricciones lesionan sus derechos y los ponen en situaciones de indefensión.

Al respecto, el caso “Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority” (Lords, House of. Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority, 1985), establece una jurisprudencia clara al señalar que las normas que permiten que adolescentes dispongan de planificación familiar y/o anticoncepción no vulneran la patria potestad, pues se basan en los principios de interés superior de los niños y las niñas y autonomía progresiva de los mismos/os.

Así mismo, el Tribunal Constitucional Chileno en el requerimiento de inconstitucionalidad al D.S. 48 del Ministerio de salud, rol 740-07 del 18 de abril del 2008. Niega la acción de inconstitucionalidad presentada contra la prescripción de Anticoncepción Oral de Emergencia y otros anticonceptivos, y en lo concerniente al consentimiento y confidencialidad de adolescentes para acceder al mismo manifiesta:

(...) El Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, y las normas contenidas en la sección D bajo el título “Anticoncepción en Población Específica” en el punto 1 “Anticoncepción en Adolescentes”,

de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, que son parte integrante del mencionado decreto, no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres. Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado (...) (Resuelve) Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres (...)

En este mismo sentido, la Guía de supervisión de la salud de las y los adolescentes emitida por el Ministerio de Salud Pública en el 2014 y el Acuerdo Ministerial 2490 que regla la disponibilidad de métodos anticonceptivos en el Sistema Nacional de Salud del Ecuador establece:

Los profesionales de salud saben que ninguna persona requiere autorización de sus familiares o de su pareja para acceder a atención, a anticoncepción, o asesoría y, por lo tanto deben proveer la atención, información y asesoría que requieran (Acuerdo Ministerial N° 00002490).

La atención a adolescentes debe garantizar: 6. Su derecho a ser respetado en la evolución de sus facultades, lo que se conoce como autonomía progresiva, que se traduce en la posibilidad de formarse un juicio propio, poder decidir por sí y asumir las consecuencias de su decisión. (Salud en adolescentes. Guía de Supervisión, 2014)

En cuanto al planteamiento de que permitir a adolescentes acceder a servicios de salud sexual, y salud reproductiva sin autorización de sus padres y madres puede ser vulneratorio de otros derechos de sus progenitores como la libertad de conciencia, la libertad de educar a sus hijos en sus principios y otros. Es fundamental señalar que garantizar los derechos de los adolescentes no vulnera estos derechos de los padres y madres, pues permitirles acceder a información educación y atención en salud sexual y salud reproductiva no interfiere en la posibilidad de sus progenitores de educarlos conforme a sus valores y creencias. En el supuesto no consentido de que existiera una afectación a los derechos de padres y madres, se debe recordar que por el principio de bienestar superior de niños, niñas y adolescentes, los derechos de estos priman sobre los de cualquier otra persona y se deben tomar las decisiones que sean más favorables a las y los mismos.

Para garantizar que el consentimiento de adolescentes sobre su salud sexual y salud reproductiva resguarde efectivamente sus derechos, es fundamental analizar este tema también desde el principio de autonomía progresiva, pues si bien generalmente el acceso a servicios y su capacidad para tomar decisiones sobre sexualidad y reproducción es un factor protector, pueden haber casos en que se genere una sobrecarga sobre las y los adolescentes al pedirles tomar decisiones para las cuales no tienen la madurez suficiente.

Como no existen pautas claras sobre la edad en que las y los adolescentes pueden consentir, en este artículo esbozare lo que a mi criterio podrían ser tres reglas prácticas en este tema, basadas en el análisis de otras leyes y estándares tanto nacionales como internacionales. Esto sin olvidar que cada caso debe ser analizado de forma particular con el objetivo de garantizar de manera más efectiva los derechos de las y los adolescentes.

La primera regla que en el presente artículo se propone en materia de consentimiento informado para adolescentes, es que a partir de los 16 años, estos pueden tomar cualquier decisión sobre su salud sexual y salud reproductiva, incluso cuando se trata del requerimiento de un aborto legal. Esto pues en Ecuador a partir de esta edad se les ha reconocido la autonomía personal y madurez, al permitirles votar, conducir automóviles y ser imputables penalmente, por lo cual en ninguna circunstancia debería restringirse su posibilidad de tomar decisiones sobre su salud, reproducción y su vida sexual. Este planteamiento es coherente con los estándares internacionales en la materia que determinan también a los 16 años como la edad en que estas decisiones en salud no pueden subrogarse (LANSDOWN 43).

Esto no implica que adolescentes menores no puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y su vida reproductiva, incluyendo la decisión de un aborto legal, caso en que el criterio para tomar la decisión debe ser valorado en base a la madurez de cada adolescente en particular y su bienestar superior (LANSDOWN 22, 43 y 150). Se debe garantizar que el consentimiento prestado por terceros este guiado por el interés superior de las y los adolescentes, entendido como la protección de sus derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la

dignidad, los mismos que se constituyen como un límite para cualquier decisión de subrogación. Para analizar la relación entre el bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres, es fundamental valorar también el alcance invasivo de la decisión que se subroga, su impacto para su potencial vida futura y las condiciones en las cuales se realizará la intervención. Por ejemplo, en caso de que la continuación de un embarazo ponga en peligro la salud o la vida de la adolescente, esto debe considerarse como prioritario frente a la opción religiosa de su padre y madre, por lo que en caso de que la adolescentes no tenga capacidad probada para consentir, y sus progenitores no consientan, se debe acudir a la Defensoría del Pueblo o a la Junta de Protección de Derechos para solicitar autorización judicial para proceder con la intervención, y precautelar el interés superior de la adolescente.

Al respecto existe un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Bellotti contra Baird*, donde al considerarse que la decisión de una interrupción de un embarazo no es postergable y tiene un fuerte impacto en la vida de las menores, la corte decide que las adolescentes menores no casadas de cualquier edad podían obtener autorización judicial para un aborto sin autorización de su padres o madres, de acuerdo a su interés superior (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1979)

Una segunda propuesta es que los y las adolescentes de 14 años o más deberían poder consentir en la generalidad de procedimientos en salud sexual y salud reproductiva, pues de acuerdo al Código Integral Penal, es a partir de esta edad que el consentimiento en menores es válido para aceptar una relación sexual<sup>14</sup>. Lo cual

---

<sup>14</sup> La excepción para la penalización de relaciones con niños, niñas y

implica que estas y estos adolescentes menores deben contar con toda la información, asesoría y herramientas para tomar decisiones sobre su vida sexual garantizando su bienestar superior y el ejercicio de sus Derechos.

Una tercera propuesta es que a partir de los 11 años, las y los adolescentes deberían recibir información, educación sobre sexualidad y anticonceptivos sin requerir ninguna autorización. Esto pues a pesar de que la edad de consentimiento legal para aceptar una relación sexual son los 14 años; estudios de comportamiento sexual en adolescentes muestran que una alto porcentaje de la población juvenil menor de 14 años tiene relaciones sexuales consentidas a muy temprana edad con sus pares adolescentes o con personas adultas (CASAS 44-46). Esta realidad nos plantea la necesidad de pensar la forma de facilitar el acceso de estas y estos adolescentes a asesoría y atención en salud sexual y salud reproductiva, como una forma de prevenir las infecciones de transmisión sexual, embarazos no deseado, realizar vigilancia sobre situaciones de violencia a las que pueda estar expuestos/as y crear un ámbito de confianza y seguridad para que él o la adolescente pueda ir tomando decisiones respecto a la propia sexualidad.

Es por esto, que en el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos, muchos países entre ellos Argentina, Chile, Uruguay, y Bolivia, permiten que muchas decisiones en salud sexual y salud reproductiva las tomen adolescentes menores de 14 años. Pues el bien jurídico a proteger es su bienestar,

---

adolescentes menores a 14 años, es que las mismas hayan sido entre niño, niñas o adolescentes menores a 14 años, pues en ese caso no se podría penalizar a ninguna de las partes.

integridad y salud, y la mejor manera de hacerlo es garantizarles condiciones para evitar riesgos y tomar decisiones en situación de información y seguridad. Reconociendo que la vivencia de la sexualidad no reconoce los límites impuestos por las normas sociales y/o jurídicas.

En Ecuador, la legislación y las normas asistenciales constituyen un marco jurídico ideal para garantizar este derecho en adolescentes menores. Es por esto que la regla general para el consentimiento en menores de 14 años debe ser apreciar la capacidad para tomar decisiones en cada procedimiento, de acuerdo a su madurez y a su bienestar superior. Ya que la madurez de un/a menor para tomar decisiones sobre su salud debe ser apreciada en función del procedimiento específico, pues la autonomía progresiva tiene diversos grados y un/a menor puede ser maduro para tomar determinadas decisiones en un momento de su vida y no otras, pues no todas las decisiones requieren el mismo nivel de madurez (LANSDOWN 43).

Se debe considerar también que un indicio de madurez es que las y los adolescentes busquen servicios de salud, pues este acto implica conciencia del cuidado de sí mismo y de la responsabilidad frente a sus actos<sup>15</sup> (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 20). Por esto es fundamental que se garantice su bienestar superior que se relaciona con la confidencialidad en salud, pues está comprobado que las y los adolescentes prefieren no asistir a servicios de salud que arriesgarse a que se revele información considerada como delicada por ellos/as a sus padres y madres (MSP, 17-22)

---

<sup>15</sup> Sin embargo, que un adolescente no busque servicios de salud no puede considerarse un indicio de inmadurez, pues la existencia de múltiples y diversas barreras de acceso a los mismos explica fácilmente su desconfianza en el sistema de salud y como la misma los disuade de buscar estos servicios.

En el Ecuador de acuerdo a las cifras de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (ENSANUT-2012, 127) únicamente el 79,8% de adolescentes entre 12 y 14 años conoce sobre anticonceptivos. Esto repercute en la existencia de indicadores (INEC 313-315) bastante graves en adolescentes menores de 14 años, registrándose sólo en el año 2014, 228 abortos no especificados, 707 partos por cesáreas, y 1243 partos normales, lo cual nos habla de la brecha existente en la asesoría y atención a este grupo de edad.

Para garantizar los derechos de los adolescentes, y su capacidad de consentir es necesario que los profesionales de salud generen las condiciones para el ejercicio de su autonomía, poniendo a disposición de los mismos, explicaciones claras, completas y oportunas; tomando en serio sus dudas, inquietudes y preguntas; no priorizando sus juicios de valor sobre si les parece o no correcto que un/a adolescente haya o piense iniciar su vida sexual; e incentivando su confianza, pues el contexto en que un adolescente es atendido en el servicio de salud influencia fuertemente su posibilidad de tomar decisiones (COOK y DICKENS, 19-20).

La madurez de los menores para el ejercicio de su autonomía no es únicamente un asunto del desarrollo cognitivo o moral, sino que en gran medida depende del contexto en el que su madurez es evaluada. Un menor que debe decidir en siendo tratado con hostilidad, bajo la amenaza de que sus comportamientos serán divulgados, evaluado a través de preguntas inquisitivas y prejuiciosas, en espacios que no respeten su privacidad, sin hallar respuestas a sus inquietudes, tiene menos posibilidad de adoptar decisiones maduras y autónomas sobre el

ejercicio de sus derechos. Se ha demostrado que los menores tienen una mayor capacidad de demostrar su comprensión de las situaciones en contextos que les resultan familiares, y también que su capacidad de asumir responsabilidades o demostrar su madurez es altamente sensible a la metodología a través de la cual se evalúan estas competencias (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 21)

Por esto la madurez de las y los adolescentes debe considerarse como la posibilidad de construir un dialogo que los empodere y les permita decidir autónomamente. (LANSDOWN 43).

En aquellos casos donde después de haber generado condiciones que promuevan la autonomía de las y los adolescentes, se considere que un menor no tiene madurez suficiente para decidir sobre algún aspecto de su salud sexual y salud reproductiva, en el Ecuador existe un sistema de sustitución de las decisiones y el consentimiento. Este sistema consiste en la asignación de una persona cercana al menor, para subrogar la función de consentir por el o la misma.

En casos de consentimiento subrogado por terceros, se debe garantizar que el mismo este guiado por el interés superior de las y los menores, entendido como la protección de sus derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la dignidad, los mismos que se constituyen como un límite para cualquier decisión de subrogación.

En la implementación práctica del principio de interés superior, es fundamental tomar en cuenta tres premisas fundamentales:

1. La incapacidad de la o el menor no puede convertirse en una desventaja para la protección de su salud y su vida;
2. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa de padres y madres, no está sobre el derecho a la vida, salud e integridad de las y los adolescentes y,
3. Nadie puede adoptar decisiones negativas directas que tengan como consecuencia el detrimento del bienestar de terceras personas.

Además, cuando se considere que los y las menores no tienen capacidad para toma de decisiones autónomas sobre su salud, esto debe estar argumentado y probado antes de proceder a llamar a una persona adulta para que subrogue las decisiones. De otra manera es ilegal romper la confidencialidad de las y los menores. (SURKUNA)

En cualquier caso se requiere el asentimiento informado de las y los menores sobre los procedimientos, que implica que los mismos deben ser escuchados y preguntados sobre el procedimiento y que sus opiniones deben ser una guía para la toma de decisiones y una base para la evaluación de la relación entre bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres frente a un determinado procedimiento (GARCÍA 27).

Para analizar la relación entre el bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres, es fundamental valorar también el alcance invasivo de la decisión que se subroga, su impacto para su potencial vida futura y las condiciones en las cuales se realizará la intervención.

Quando un menor carece de capacidad para decidir directamente en asuntos relativos a la salud, el principio rector que sustituye al de autonomía es la

búsqueda de su bienestar y salud. (...) De allí que se prohíben las decisiones que afectan la salud, integridad física, vida o libertades de los menores, entre muchos otros derechos. Las decisiones que se adoptan en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los menores deben proteger siempre su derecho a la salud sexual y reproductiva, y su salud más ampliamente (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 25)

Como ya lo hemos enunciado, en el caso de adolescentes es fundamental el abordaje integral por parte de los profesionales de salud, pues el componente informativo del consentimiento requiere la constatación de la comprensión de la información y la evaluación del tipo de información y la cantidad de la misma que se suministra.

(...) los profesionales de la salud tienen un papel activo en el suministro de información para el consentimiento en el caso de menores, orientado a garantizar que quien decide este efectivamente informado y ejerce su derecho de manera autónoma (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 27).

El contenido de la información que se entrega a adolescentes, previo su consentimiento informado no debe diferenciarse del suministrado a adultos. Sin embargo, como lo hemos mencionado reiteradas veces es crucial la forma como se ofrece esta información, con el objetivo de generar condiciones para el empoderamiento de los y las adolescentes.

Por lo señalado, se recomienda que se considere que un/a adolescente puede ser más vulnerable a los juicios de valor

negativos, amenazantes o peyorativo; la confidencialidad<sup>16</sup> en salud debe asegurarse incluso frente a sus padres y madres;<sup>17</sup> y que es fundamental que la información sea lo más completa posible, y que se garantice que la misma este basada en evidencia científica (GONZÁLEZ VÉLEZ y DURÁN 28).

Es importante también conocer que no prestar los servicios que los menores con capacidad para decidir solicitan y requieren, vulnera sus derechos y los principios bioéticos en la atención sanitaria. Por lo que una intervención adecuada o la usencia de intervención con el argumento de falta de representante legal, genera responsabilidad legal para los profesionales de salud.

---

<sup>16</sup> Existe evidencia de que la mayoría de las menores que buscan servicios de salud sexual y reproductiva no lo haría si se informara a sus padres que usan anticoncepción, aunque solo el 1% estaría dispuesto a dejar de tener relaciones sexuales y de que los abortos tardíos en adolescentes se deben al miedo de decirles a sus padres sobre el embarazo. (Planned Parenthood Federation of America, 2004)

<sup>17</sup> La importancia de la confidencialidad se acentúa cuando se trata de los padres, pues los comportamientos en materia sexual y reproductiva de las/los menores pueden ser abiertamente contrarios a las creencias de estos, quienes además, pueden estar interesados en disuadir, u oponerse cuando las normas jurídicas así lo permiten, a que las/los menores adopten determinadas decisiones.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a la Constitución Ecuatoriana, Convención sobre los Derechos del niño, y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos, y de acuerdo a sus capacidades evolutivas van ganando autonomía progresiva para la toma de decisiones sobre sus vidas. Esto implica la existencia de un equilibrio entre el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como agentes activos en sus propias vidas que tienen derecho a ser respetados como ciudadanos, como personas y como titulares de derechos con una autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad, constituyéndose la edad en un factor que protección y no de vulnerabilidad. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

El principio de bienestar superior del niño, niña y adolescentes reconocido en la Constitución del Ecuador, en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, establece que en cualquier caso la titularidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes se mantiene sobre las limitaciones que pueden establecerse al ejercicio de los mismos. Las y los adolescentes tienen derecho a ejercer sus derechos sexuales y derechos reproductivos, incluyendo su derecho a acceder a anticoncepción, educación sexual integral, atención en salud sexual y salud reproductiva, en tanto los mismos constituyen medios de protección de sus derechos a la salud, la educación y la vida (COOK 20-21). Constituyendo cualquier intento de restringir este acceso a información, educación y prestaciones de salud una injerencia arbitraria en su vida privada y un ejercicio desproporcionado de su autoridad.

En ningún caso, se debe permitir que se subroge consentimiento por causas de edad, en mayores de 16 años. Pues la mayoría de legislaciones consideran que un adolescente a partir de los 16 años puede tomar decisiones sobre su salud y vida sin ningún problema. Además a esta edad generalmente las y los adolescentes pueden conducir, votar, y ser imputados penalmente, lo cual demuestra que se les reconoce madurez suficiente para tomar decisiones sobre su salud, y mucho más aquellas referidas a su sexualidad y reproducción.

A partir de los 14 años, en Ecuador se reconoce el consentimiento de adolescentes para tener relaciones sexuales. Razón por lo que desde antes de esta edad, se les debe garantizar las condiciones para tomar estas decisiones de forma segura y sin riesgos, para lo cual es fundamental que se garantice su atención e información en salud con confidencialidad y que se les permita tomar decisiones informadas sobre su sexualidad y reproducción.

En el caso de adolescentes menores de 14 años, es fundamental considerar que ellas y ellos están teniendo relaciones sexuales en la actualidad. Por lo cual asegurar su acceso a atención e información en salud sexual y salud reproductiva es fundamental para garantizar su bienestar superior y prevenir riesgos. En este caso se debe valorar individualmente la capacidad de cada adolescente menor para tomar decisiones referentes a salud sexual y salud reproductiva, en relación a cada proceso específico. En casos de información, asesoría y acceso a anticoncepción y anticoncepción oral de emergencia, las y los menores de 14 años pueden consentir libre y voluntariamente sobre los mismos sin la necesidad de un adulto de acuerdo a la normativa interna y los principios del Derechos Internacional de Derechos Humanos.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILAR CARVALLO, G. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*. Año 6 Vol. I, 2008, pp. 223-247.
- BELLOTI contra Baird, 443 US 622 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1979).
- CASAS, Lidia. “Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual en adolescentes” *Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia*, 2009.
- CEPAL. *Panorama Social de Latino América*, 2014.
- CHRISTOFIDES. *Risk factors for unplanned and unwanted teenage pregnancies occurring over two years of follow-up among a cohort of young South African women*. 2014.
- COOK, R. A. “Adolescents and consent to treatment”. *Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2005, sd, pp. 179-184.
- FREIRE WB, R. M. *Encuesta nacional de salud y nutrición 2011-2012*. INEC, 2013.
- FUNDACIÓN Desafío. *Vidas Robadas: entre la omisión y la premeditación*, Quito, 2015.
- GARCÍA, D., Jarobo, y ESPÍLDORA, N. M., & RÍOS, J., *Toma de decisiones en el paciente menor de edad*. Instituto de Bioética, Fundación Ciencias de la Salud, sd, 2001.

- GARCÍA, J.** *Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Diferenciación con otros tratados. Derechos Ecuador*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/01/23/tratados-internacionales-de-derechos-humanos-diferenciacion-con-otros-tratados>.
- GARCÍA, Y.** *Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores. La salud: Intimidad y libertades informativas*, sd, 2006.
- GONZÁLEZ VÉLEZ, A. C., y DURÁN, J.** *Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven*, sd, 2010.
- HERNÁNDEZ, Mónica.** *Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia* (versión borrador), 2014.
- INEC.** Censo, 2010.
- JIMBO, R.** *Educación sexual versus abstinencia en adolescentes*. Quito: MSP, 2010.
- LANSDOWN, G.** *La evaluación de las facultades del niño*, Florencia: Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, 2005.
- LORDS, H. o. Gillik vs. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority**, Reino Unido, 1985.
- MADDALENO, M. P.** “Salud y desarrollo de adolescentes y jóvenes en Latinoamérica y El Caribe: desafíos para la próxima década”. *Revista Salud Pública de México*, vol. 45, 2003.
- MINISTERIO DE SALUD PUBLICA.** *Salud en adolescentes. Guía de Supervisión*. Obtenido de Disponible en: <http://salud.gob.ec>, 2014.

- MSP.** *Datos esenciales de salud: una mirada a la década 2000-2010*, 2011.
- MSP.** *Salud en adolescentes. Guía de Supervisión*. Obtenido de Disponible en: <http://salud.gob.ec>, 2014.
- MSP Y CONASA.** *Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos*, 2007.
- NACIONES UNIDAS.** *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo*, Nueva York, 1995.
- NACIONES UNIDAS.** *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer*, Nueva York, 1996.
- OIJ.** *Invertir para transformar: la juventud como protagonista del Desarrollo*, 2014.
- PACHECO, V. M.** *Consentimiento Informado* (fundado), 2015.
- PLANNED PARENTHOOD FEDERATION OF AMERICA.** *Adolescentes, aborto y leres de instrusion del gobierno*, New York: Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic, 2004.
- R. COOK, B.** *El reconocimiento de “la evolución de las facultades” de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva*, 2009.
- SAVE THE CHILDREN.** *Diagnóstico sobre la situación de niños, niñas y adolescentes en 21 países de Latinoamérica*, 2003.
- SIMON, F.** *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Jurídica Cevallos, 2008.

- \_\_\_\_\_. “Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia”, en R. y. Ávila, *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito, 2010, pp. 441-484.
- TRIVEDI D, B. F. *Update on review of reviews on teenage pregnancy and parenthood*. Centre for Research in Primary and Community Care University of Hertfordshire, 2007.
- UNESCO. *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad*, sd, Santiago de Chile, 2010.
- UNFPA. *Estado de la población Mundial: El poder de 1,800 millones: Adolescentes, jóvenes y la transformación del futuro*, sd, 2010.
- UNFPA. *Equipo de Apoyo Técnico de América Latina y el Caribe. (s/f). Guía de argumentos para la promoción y defensa de los compromisos de la conferencia internacional de población y desarrollo*. México.
- UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia 2011: La adolescencia una etapa de oportunidades*, 2011.
- UNICEF y Plan Internacional. *Vivencias y relatos sobre el embarazo en adolescentes. Una aproximación a los factores culturales, sociales y emocionales a partir de un estudio en seis países de la región. Informe Final*, Panamá, 2014.
- VALENZUELA, L. C. *La regulación legal sobre la capacidad de los adolescentes en algunos países de América Latina y su impacto en la salud sexual y reproductiva*, 2010.
- WELLER SC, D.-B. K. *Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission: Review*, 2001.

**WHO.** *Adolescent pregnancy –Unmeet needs and undone deeds. A review of the literature and programmes, 2007.*

**Código de la niñez y adolescencia, 2003.**

**Ley Orgánica de Salud. Quito : Registro Oficial.**

**Constitución de la República del Ecuador.**

**Convención sobre los Derechos de los niños. (1989).**

---

## AUTORES

**JORGE O. BERCHOLC**, Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires, Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España; especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires; Diploma en Estudios Avanzados (DEA), Universidad de Castilla-La Mancha, España; postgraduado como especialista en Constitucionalismo y democracia, y en Justicia constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España; Diploma de postgrado, especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires; Profesor catedrático de Teoría del Estado y de postgrado y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesor catedrático de Sociología jurídica y de Metodología de la investigación, Universidad Abierta Interamericana. Investigador, profesor visitante y director de proyectos de investigación en instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España.

Domicilio: Pujol 675 CABA, Argentina

Telf. 4432-9157

Correo electrónico: [estudiobercholc@fibertel.com.ar](mailto:estudiobercholc@fibertel.com.ar)

**RODRIGO DURANGO CORDERO**, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Derecho Internacional, por la American University Washington, DC.;

Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Humanitario, por la American University, Washington, D.C. Profesor de las Universidades de la Américas y Hemisferios, Profesor de la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Actualmente es funcionario de la Procuraduría General del Estado.

Dirección: Av. Amazonas N39-123 y Arízaga,

Telfs. 294-1300 ext. 2258 y 0995620484.

Correo electrónico: rdurangocordero@hotmail.com

**LENÍN HURTADO ANGULO**, ex Asambleísta Constituyente, Profesor contratado de las cátedras de Derecho informático y de Derecho procesal civil de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Doctor en Jurisprudencia, especialista en Propiedad Intelectual, mención en Derecho de autor y Propiedad industrial; Magister en Derecho procesal; maestrante en Propiedad intelectual y doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana. Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y abogado en libre ejercicio profesional.

Correo electrónico: lenhur@yahoo.com

**MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN**, abogado y Doctor en Derecho (Phd) por la Universidad de Buenos Aires; Profesor de grado, posgrado y doctorado en la Facultad de Derecho de dicha universidad. Docente de la materia “Los Derechos Humanos en la Constitución Nacional”, Facultad de Derecho (UBA); Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dirección: Tacuarí N.º 124, 3.º Piso (1071) CABA- Argentina.

Correo electrónico: mlopezalfonsin@yahoo.com.ar

---

**MARÍA SOL BUCETTO**, abogada con orientación en Derecho Público internacional - Diploma de honor. Cursa actualmente la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Docente en la materia “Los Derechos Humanos en la Constitución Nacional” - Facultad de Derecho, UBA.  
Telf. (54911) 3687-6971 / (54911) 3687-6971  
Correo electrónico: solbucetto@yahoo.com.ar

**STALIN RAZA CASTAÑEDA**, Doctor en Jurisprudencia y abogado, Universidad Central del Ecuador; Magister en Derecho Económico Universidad Andina Simón Bolívar, Quito; Especialista Superior en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires; Diploma Superior en Argumentación Jurídica, Universidad Austral, Buenos Aires; Magister en Derecho penal, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires; doctorando en Universidad Austral, Buenos Aires.  
Telf. 3332872 – 0992519620  
Web: razayasociados.ec  
Correo electrónico: stalinraza@hotmail.com

**ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ**, abogada y socióloga con mención en Ciencias Políticas; Master en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Directora ejecutiva del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos (SURKUNA).  
Dirección: República E7-143 y Diego de Almagro  
Telf. 0990462842 / 2502479  
Correos electrónicos:  
a.vera@surkuna.org / surkuna.ec@gmail.com

---

**NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS  
EN LA REVISTA CAPJURÍDICA**

1. La Revista *CAPJurídica* es una publicación de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas actuales del Derecho en el Ecuador y otros países.

2. Los autores, al presentar sus contribuciones a la Revista *CAPJurídica*, declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, los cuales ceden al Colegio de Abogados de Pichincha. Si el autor llegare a presentar un artículo, ya publicado en otra revista, deberá notificar sobre el particular al editor de la revista.

3. El artículo debe ser remitido en soporte digital al correo [revistacapjurídica@gmail.com](mailto:revistacapjurídica@gmail.com) o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito, a la atención de Revista *CAPJurídica*.

4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:

- Los documentos deberán ser colaboraciones inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, el título, un resumen analítico (de cien palabras aproximadamente), además de cuatro a siete

palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con gráficos o figuras, estos se deberán entregar numerados.

- Las colaboraciones para la Revista *CAPJurídica* pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y, deberán contener como mínimo quince páginas y máximo treinta. Esta cantidad puede variar, dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán ajustarse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* (MLA) o del Modelo Editorial Latino (ML) de pie de página.
- Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y los párrafos no tendrán sangría, pero estarán separados por un espacio interlineal.
- En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, su adscripción institucional, correo electrónico y sus números telefónicos.
- Debido a que la Revista *CAPJurídica* se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos para el primer número del año será el mes de junio y diciembre, para el segundo.

- Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
- Los artículos serán revisados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación, basado en el sistema par ciego, quienes resolverán sobre su publicación, conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos, mediante un dictamen que puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”.
- La inclusión de los trabajos aceptados queda sujeta a la disponibilidad de espacio en la publicación correspondiente.