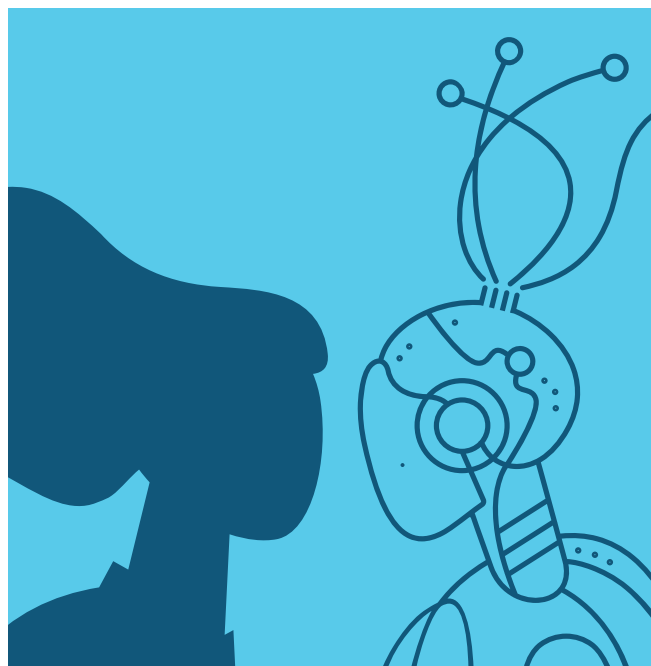


ISSN:2588-0837

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

NO. 15 **VOLUMEN I 2024**



INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO



SUMARIO

SECCIÓN I *Introducción*

Presentación	17
--------------	----

SECCIÓN II *Traducción original*

Agentes artificiales en las juntas corporativas	25
---	----

Sergio Alberto Gramitto-Ricci

SECCIÓN III *Dossier*

Directors in the loop? Responsible corporate governance for the era of AI	73
---	----

Lynn Warneke

Inteligencia Artificial y derecho de autor, precedentes actuales	102
--	-----

Carlos Sebastián Páez-Vásquez
Carlos Francisco Bambino-Molina

Implicaciones y desafíos para la formación de abogados en la PUCE ante la irrupción de la IA	131
--	-----

Graciela Monesterolo-Leoncini
Alejandra Cañadas-Armijos

Facial Recognition Systems under the European Union's Artificial Intelligence Act	173
---	-----

Gabriela Villafuerte-Guerrero

SECCIÓN IV *Sección abierta*

Derecho al desarrollo en entornos securitistas: una aproximación teórica	193
---	-----

Efrén Guerrero-Salgado

De Robespierre a Rawls: Análisis del “derecho a la subsistencia” a la luz del liberalismo igualitario	224
---	-----

Niki Estéfano Sánchez-Berrazueta

Trascendencia constitucional de la imposibilidad de recurrir las sentencias en los procesos de desahucio por transferencia de dominio en Ecuador	243
--	-----

Raudel Navarro-Hernández

El derecho constitucional al trabajo de las personas con discapacidad: Procesos de integración en América	291
---	-----

Ana Jessenia Arteaga-Moreira
Xiomara Marcela Silva-Briones
Melanie Brigitte Véliz-Vergara

SECCIÓN I

Introducción

RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 15

Volumen I 2024

Inteligencia Artificial y Derecho

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ISSN: 2588-0837

DOI: 10.26807/rfj.v1i15

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

QUITO, ECUADOR
2024

© 2023 Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica
del Ecuador Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

DECLARACIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO

La RFJ busca fomentar la igualdad de género en la educación superior y la investigación en Ecuador, así como difundir esta cultura a nivel nacional, regional e internacional

Unidad Coordinadora: Área de Investigación del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

EQUIPO EDITORIAL

EQUIPO DE GESTIÓN EDITORIAL

Contacto: rfj@puce.edu.ec

Director:

David Cordero-Heredia, J.S.D.
(Ecuador)

Equipo editorial

Ab. Camila Cedeño (Ecuador)
Ab. Carlos Carrillo, (Ecuador)
Tcn. Paulina Criollo (Ecuador)

EDITORES DEL DOSSIER

Dr. Sergio Alberto Gramitto-Ricci (University of Missouri-Kansas
City, Estados Unidos.)

Dr. Gonzalo Lascano-Báez (Pontificia Universidad
Católica del Ecuador, Ecuador)

CONSEJO EDITORIAL

Miembros

Carlos Alberto Chinchilla Imbett,
Ph. D. (Colombia).

Lisa Bernstein, Ph. D. (EE. UU.)

Constanza Blanco Baron, Ph. D.
(Colombia).

Prof. Francisco Cabrillo Rodríguez
(España).

David Fabio Esborraz, Ph. D.
(Italia).

Ian Henríquez Herrera Ph. D.
(Chile).

Geoffrey Hodgson, Ph. D. (Reino
Unido).

Betzabé Xenia Marciani Burgos,
Ph. D. (Perú).

Prof. Florencia Marotta-Wurgler
(EE.UU.).

Sandra Margarita Morales
Huertas, Ph. D. (Colombia).

Sheraldine Pinto Oliveros, Ph. D.
(Venezuela).

Gian Franco Rosso Elorriaga, Ph.
D. (Chile).

Lilian C. San Martín Neira, Ph.
D. (Chile).

Catalina Salgado Ramírez, Ph. D.
(Colombia).

Luis Carlos Sánchez Hernández,
Ph. D. (Colombia).

Dr. Manuel Santos Redondo,
Doctor (España).

Anabel Riaño Saad, Ph. D.
(Colombia).

Carlos Soriano Cienfuegos, Ph. D.
(México).

COMITÉ DE ASESORES

Juana Inés Acosta López, LLM
(Colombia).

Jorge Agudo González, Ph. D.
(España).

Elsa Marina Álvarez González,
Ph. D. (España).

Rosa María Alfonso Galán, Ph. D.
(España).

Dra. Eva María Blazquez Agudo
(España).

Patricia Benavidez Velasco, Ph. D.
(España).

María Graciela Brantt Zumaran,
Ph. D. (Chile).

Lorenzo Bujosa Vadell, Ph. D.
(España).

José Luis Caballero Ochoa, Ph. D.
(México).

Raúl Carnevali Rodríguez, Ph. D.
(Chile).

Dra. Marcela Castro Ruiz
(Colombia).

José Antonio Chamorro y Zarza,
Ph. D. (España).

Dr. José Luis Colino Mediavilla
(España).

Guillermo Cerdeira Bravo de
Mansilla, Ph. D. (España).

Miguel De Haro Izquierdo, Ph. D.
(España).

Dra. Mariana De Vita.

Elena del Mar García Rico, Ph. D.
(España).

Larry Dimatteo, Ph. D. (EE. UU.)

Boris Fiegelist Venturelli, Ph. D.
(Chile).

Antonio Fortes Martín, Ph. D.
(España).

Yolanda García Calvente, Ph. D.
(España).

Isabel Gil Rodríguez, Ph. D.
(España).

Pilar Gómez Pavón, Ph. D.
(España).

María Ángeles González Bustos,
Ph. D. (España).

José Luis García González
(España).

María Cecilia Güemes Ghirardi,
Ph. D. (España).

Prof. Jeffrey L. Harrison, Ph. D.
(EE.UU.)

Jesús Jordano Fraga, Ph. D.
(España). Juan Pablo Albán, LLM
(Ecuador).

Patricia Alvear Peña, Ph. D.
(Ecuador).

Dra. Rosana Granja Martínez,
LLM (Ecuador).

Natalia Mora Navarro, Ph. D.
(Ecuador).

Zaira Novoa Rodríguez, LLM
(Ecuador).

Pier Paolo Pigozzi Sandoval, LLM
(Ecuador).

Danny Xavier Sánchez Oviedo,
LLM (Ecuador).

Alex Valle Franco, Ph. D.
(Ecuador).

Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Ph.
D. (Colombia).

Rhett B. Larson, JD (EE. UU.)

Patricio Lazo González, Ph. D.
(Chile).

Professor Brian Leiter, Ph. D. (EE.
UU.)

Carlos Lema Devesa, Ph. D. (España).

Iván Llamazares Valduviego, Ph. D.
(España).

Rodrigo Andrés Momberg Uribe, Ph.
D. (Chile).

Claudia Carolina Mejías Alonzo, Ph.
D. (Chile).

Daniel Monroy Celi, Ph. D.
(Colombia).

Rómulo Morales Hervías, Ph. D.
(Perú).

Alfredo Muñoz García, Ph. D.
(España).

Guillermo Ramiro Oliver Calderón,
Ph. D. (Chile).

Jorge Ernesto Oviedo Albán, Ph. D.
(Colombia).

Alberto Patiño Reyes, Ph. D.
(México).

Camilo Posada Torres, LLM
(Colombia).

Marisa Ramos Rollón, Ph. D.
(España).

José María Ribas Alba, Ph. D.
(España).

Fernando Rodríguez López, Ph. D.
(España).

Dr. Albert Ruda-González (España).

Carlos Rene Salinas Araneda, Ph. D.
(Chile).

María Amparo Salvador Armendáriz,
Ph. D. (España).

José Ignacio Sánchez Macías, Ph. D.
(España).

Enzo Carlo Solari Alliende, Ph. D.
(Chile).

Patricia Toledo Zúñiga, Ph. D.
(Chile).

Angela Natalia Toso Milos, Ph. D.
(Chile).

Raquel Yrigoyen Fajardo, Ph. D.
(Perú).

Yanira Zúñiga Añazco, Ph. D. (Chile).

Jaime Vintimilla Saldaña, Ph. D.
(Ecuador).

Diseño y Diagramación

Lic. Rachel Romero Medina

Corrección de Estilo

Gabriel Ortiz Armas

PRESENTACIÓN

La *Revista Facultad de Jurisprudencia* de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (RFJ) es una publicación científica que se emite de manera bianual, respaldada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. Su enfoque principal es el análisis del fenómeno jurídico desde diversas disciplinas, con un compromiso con la excelencia académica.

Cada número de la RFJ se estructura con una sección monográfica llamada “Dossier”, que aborda temáticas específicas de relevancia jurídica, y una sección abierta que acoge contribuciones variadas en el ámbito jurídico. Este formato permite abordar tanto cuestiones especializadas como aquellas de interés general en el ámbito legal.

La RFJ invita a autores y autoras a la presentación de propuestas originales, que pueden incluir artículos científicos, reseñas de libros y traducciones inéditas. Este formato inclusivo refleja la diversidad de enfoques y perspectivas que la revista busca incorporar para enriquecer el diálogo académico en el ámbito jurídico y de las ciencias sociales.

La propuesta editorial de la RFJ se alinea con la misión de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Busca no solo fomentar el avance y la comprensión del Estado de Derecho, sino también contribuir de manera rigurosa y crítica a la tutela de la dignidad humana y la preservación de la herencia cultural. A través de la publicación de artículos científicos de calidad, la RFJ se compromete a ser un agente activo en la promoción y fortalecimiento de estos valores no solo a nivel local, sino también a nivel nacional e internacional. En este sentido, la revista se erige como un instrumento clave para la difusión del conocimiento jurídico y la promoción de la reflexión crítica en temas fundamentales para la sociedad y el desarrollo humano.

NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (RFJ) DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

PROCESO DE REVISIÓN Y SELECCIÓN

La RFJ lleva a cabo un riguroso proceso de revisión y selección de los artículos recibidos, cuya duración varía entre seis y veinticuatro meses. El equipo de Gestión Editorial realiza una evaluación inicial, considerando la calidad científica, la pertinencia con las temáticas de la revista y la actualidad de los resultados. El Comité Editorial, compuesto por el Consejo Editorial y el Equipo de Gestión, brinda soporte a los procesos de la revista.

El Consejo Editorial está formado por juristas nacionales e internacionales externos a la PUCE, actuando como evaluadores anónimos bajo el sistema de doble ciego. Tras la revisión inicial, el Equipo de Gestión puede sugerir modificaciones. Posteriormente, el manuscrito se somete a una evaluación doble ciego por dos pares académicos externos, quienes emiten conceptos como “Aprobado sin cambios”, “Aprobado sujeto a cambios menores”, “Aprobado sujeto a cambios mayores” o “Rechazado”.

En caso de controversias, el Editor en jefe y/o el Editor resuelven inicialmente, pudiendo solicitar una segunda o tercera evaluación. Se garantiza la anonimidad de autores y revisores en todo el proceso. El resultado se comunica al autor vía correo electrónico, permitiéndole realizar ajustes. Tras la confirmación de correcciones, se verifica su implementación. Aprobada esta fase, el artículo puede ser devuelto al autor para ajustes adicionales. De ser aprobado, las versiones finales son enviadas a diagramación. Una vez diagramado, los textos son sometidos por última vez por el Equipo de Gestión, antes de difundir el texto por medios digitales.

MANUSCRITO

El texto debe estar digitado a espacio y medio, en letra Garamond de tamaño 12, con pies de página en letra Garamond y tamaño 10. El documento debe tener una extensión entre 4000 y 15000 palabras y estar precedido de un breve resumen del trabajo en castellano e inglés que no supere las 250 palabras. En ambos resúmenes se deben indicar el objetivo, la metodología, los resultados y las conclusiones. Además, se deben incluir cinco o seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas en castellano e inglés.

Los gráficos, mapas y fotografías deben ser enviados en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al documento, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábica e indicar con claridad la(s) fuente(s) correspondiente(s). En las tablas, se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo con las normas APA séptima edición.

a. Para artículos originales (Dossier y sección abierta):

Artículos relacionados con las grandes áreas temáticas (dentro de la ciencia jurídica) que de manera general aborda la revista RFJ. Es decir, se aceptarán documentos originales que versen sobre investigaciones de diversos tipos donde el derecho posea una trascendencia significativa. Los artículos remitidos para esta sección no serán menor de 4000 palabras o doce páginas (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras). Deberán ser relevantes, originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la RFJ para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo (con subtítulos) y conclusiones.

b. Para traducciones originales: traducciones relacionadas con las principales áreas temáticas que abarca la RFJ. En esta sección, se aceptarán documentos que aborden investigaciones relevantes que hayan sido originalmente escritas en otro lenguaje. Las traducciones enviadas para esta sección no deberán tener menos de 4000 palabras o doce páginas (en el recuento se deben incluir todas las palabras presentes en el texto propuesto por los autores, incluyendo sus nombres, títulos, resumen, entre otros). Deben ser relevantes, originales y no estar sujetas a procesos de revisión por ninguna otra publicación. Con el fin de garantizar la alta calidad de los contenidos publicados, la RFJ enviará los documentos para su evaluación de manera anónima (revisión por pares ciegos). Las traducciones deben contar con la autorización de el o la autora original y de su casa editorial de ser pertinente. El equipo de la RFJ podrá asistir al autor o autora en el proceso de conseguir la autorización para publicar la traducción.

c. Para reseñaciones de libros: Las reseñaciones deben proporcionar un análisis crítico y reflexivo sobre el contenido del libro, destacando su relevancia y contribución al campo jurídico. Estas contribuciones no deben ser inferiores a 3000 palabras. Al igual que con los artículos originales, las reseñaciones deben ser inéditas, relevantes y no estar bajo evaluación por ninguna otra publicación. Para garantizar la calidad de las contribuciones, la RFJ someterá las reseñaciones a un proceso de evaluación anónima (doble ciego). Las reseñaciones contendrán conclusiones donde se hablará del aporte de la obra jurídica reseñada, además de incluir observaciones personales.

Para enviar manuscritos a la RFJ para su publicación, es necesario que los mismos estén en formato Word e incluyan título, autor o autores y dirección de contacto, que debe incluir correo electrónico y dirección postal. También es importante indicar cuál autor será el corresponsal y se encargará de recibir y enviar la correspondencia.

Además, deben constar los datos centrales de los autores, que incluya la escolaridad máxima, la afiliación institucional, ciudad, estado o departamento, país y correo electrónico institucional. También se recomienda remitir el enlace de acceso al perfil ORCID, Scopus ID o ISI web ID.

CITACIÓN

Es importante que las referencias bibliográficas se hagan siguiendo las normas APA séptima edición (adaptación de la RFJ) y que todas las referencias tengan sangría francesa. Las citas bibliográficas de menos de 40 palabras se colocan dentro del texto, entre paréntesis, de la siguiente forma: (autor, año, página). Por ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tengan más de 40 palabras se escriben aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita debe colocarse el punto antes de los datos.

Las notas al pie de página deben ser numeradas en orden consecutivo y se utilizan de manera extraordinaria y solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

SECCIÓN II

Traducción original

AGENTES ARTIFICIALES EN LAS JUNTAS CORPORATIVAS¹

 Sergio Alberto Gramitto-Ricci: *University of Missouri-Kansas*

Traducción:  David Cordero-Heredia *Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

 Carlos A. Carrillo-Jaramillo *FLACSO Ecuador*

ABSTRACT

Thousands of years ago, Roman businessmen often ran joint businesses through commonly owned, highly intelligent slaves. Roman slaves did not have full legal capacity and were considered property of their co-owners. Now business corporations are looking to delegate decision-making to uber-intelligent machines through the use of artificial intelligence in boardrooms. Artificial intelligence in boardrooms could assist, integrate, or even replace human directors. However, the concept of using artificial intelligence in boardrooms is largely unexplored and raises several issues. This Article sheds light on legal and policy challenges concerning artificial agents in boardrooms. The arguments revolve around two fundamental questions: (1) what role can artificial intelligence play in boardrooms? and (2) what ramifications would the deployment of artificial agents in boardrooms entail?

RESUMEN

Miles de años atrás, empresarios romanos gestionaban negocios conjuntos a través de esclavos altamente inteligentes de propiedad común. Los esclavos romanos no tenían plena capacidad legal y eran considerados propiedad de sus dueños comunes. Ahora, las corporaciones buscan delegar la toma de decisiones a máquinas superinteligentes mediante el uso de inteligencia artificial en las juntas corporativas. La inteligencia artificial podría asistir, integrar e incluso reemplazar a los directores humanos. Sin embargo, el concepto de usar inteligencia artificial en las juntas directivas está, en gran medida, inexplorado y plantea varios problemas. Este artículo arroja luz sobre los desafíos legales y de políticas que surgen con la implementación de agentes artificiales en las juntas directivas. Los argumentos se centran en dos preguntas clave: (1) ¿qué papel puede desempeñar la inteligencia artificial en las juntas directivas? Y (2) ¿qué implicaciones tendría su implementación?

KEYWORDS: Artificial Intelligence, Boardrooms, Business Decision-Making, Legal Challenges Artificial Agents, Legal Capacity

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial, Juntas Directivas, Decisión Empresarial, Desafíos Legales, Agentes Artificiales, Capacidad Legal

RECIBIDO: 28/03/2024

ACEPTADO: 05/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.509

INTRODUCCIÓN

Las corporaciones empresariales no existen de forma natural; son, de hecho, creaciones humanas. Los humanos idearon el modelo corporativo hace miles de años (Handlin y Handlin, 1945). Su funcionamiento fue diseñado en torno a un principio fundamental: la separación de los individuos. Por ende, el concepto central de cualquier corporación, incluyendo a las corporaciones empresariales, es la separación: de activos, de pasivos y de existencia independiente. La separación de los humanos permite que las corporaciones sobrevivan la muerte o salida de sus fundadores, accionistas, administradores, directores, acreedores, empleados y de cualquier otro participante (Ciepley, 2013).¹ A pesar de esta separación, las corporaciones no pueden funcionar sin los humanos, ya que no poseen mentes o cuerpos propios. Por lo tanto (al menos en la actualidad), necesitan a las personas para tomar decisiones y para interactuar con otros seres humanos, otras corporaciones y con el planeta. Por ello, se designan individuos para pensar, tomar decisiones y actuar en nombre de las corporaciones. Hoy en día es inconcebible que una corporación pueda operar sin la intervención humana.

Pero aunque hoy las corporaciones dependen de los individuos, la evolución de la inteligencia artificial (IA) obliga a preguntarse si las corporaciones podrían reemplazar a los humanos con máquinas inteligentes. En particular, se debe considerar la posibilidad de que pronto las corporaciones puedan reemplazar las mentes humanas con inteligencia artificial como fuente de la toma de decisiones corporativas: ¿pueden los directores de junta y las juntas corporativas, en general, ser reemplazados por robots y máquinas? Aunque esta pregunta pudo haber sido en su momento una hipótesis puramente teórica, ya no lo es por dos razones.

En primer lugar, la inteligencia artificial y los algoritmos ya han comenzado a hacer su aparición en algunas juntas directivas alrededor del mundo (Burridge, 2017).² Por ejemplo, en 2014, la firma de capital de riesgo Deep Knowledge Ventures introdujo un algoritmo de *machine-learning*

¹ Se podría argumentar que el único interesado cuya “muerte” una corporación no podría sobrevivir es el Estado. De hecho, si se acepta la teoría de que las corporaciones reciben autoridad del Estado (en lugar de los individuos), la existencia de un Estado es necesaria para que una corporación exista. (Ciepley, 2013, p. 140).

² Sin embargo, el alcance de la participación de la inteligencia artificial en las juntas directivas aún está abierto a debate.

llamado Validating Investment Tool for Advancing Life Science (VITAL) en su junta directiva para ayudar con la toma de decisiones corporativas (Wile, 2014). VITAL consideraría una gama de datos e información sobre las corporaciones, incluyendo, pero no limitándose, a información financiera. Sin embargo, la prensa que cubrió la introducción de VITAL en la junta directiva de Deep Knowledge Ventures enfatizó que, aunque VITAL podía votar sobre inversiones, no podría calificar técnicamente como un director de la junta.

Mientras los estatutos de la empresa lo permitan, VITAL puede votar sobre esos asuntos, y en cierto sentido actuar como un miembro de la junta. Pero solo votar no convierte a uno en un miembro de la junta. Los directores de una corporación tienen deberes y responsabilidades para supervisar el funcionamiento de su empresa. Deberes que VITAL no está diseñado para desempeñar y responsabilidades que no puede legalmente ser asignado (o asegurado para cumplir). (Goyal, 2014, pár. 5)

La prensa explicó que las juntas directivas deben cumplir con sus deberes hacia la corporación, incluidos aquellos que son inherentes a la supervisión de la empresa y que VITAL no estaba programada para cumplir.

Más allá de la programación de VITAL, la cobertura de la prensa informó que la membresía en un consejo de administración implicaba “responsabilidades que VITAL no podía asumir legalmente (ni para las cuales podía asegurarse)” (Goyal, 2014, pár. 5). De hecho, aunque la personalidad jurídica para máquinas autónomas es una prioridad para los responsables políticos, las máquinas de inteligencia artificial actualmente no tienen capacidad legal (Parlamento Europeo, 2017). Por lo tanto, no pueden ser sujetos de derechos y deberes, incluidos los deberes fiduciarios corporativos.

En segundo lugar, el mecanismo que permite que una corporación se separe de los individuos se encuentra en su principal característica: “separación de propiedad y control” (Berle y Gardiner, 1991). La separación entre propiedad y control es la tecnología legal y organizativa que consiste sustancialmente en proporcionar un interés económico en el negocio de una corporación a personas que no la gobiernan: los accionistas. Los accionistas

poseen un interés económico en el negocio, pero como meros accionistas, tienen derechos de gobernanza muy limitados sobre la corporación.

La separación de los individuos es esencial en cuanto permite la existencia independiente de las corporaciones; la propia fórmula del modelo corporativo se basa en la separación de propiedad y control. Sin embargo, la separación de propiedad y control implica el riesgo de que los humanos designados para pensar, tomar decisiones y actuar en nombre de una corporación puedan “evadir responsabilidades”, “robar” u otros problemas que surgen cuando los intereses personales de los responsables de la toma de decisiones no se alinean con los de la corporación (Jensen y Meckling, 1976).

Ante este panorama, la inteligencia artificial podría verse como la solución tecnológica que permitiría a una corporación beneficiarse de la separación entre propiedad y control, mientras proporciona a los inversores de todas las protecciones que los agentes artificiales inteligentes, cuidadosos y confiables pueden garantizar. Se puede denominar a este fenómeno como Nirvana de gobernanza por IA; pero, en realidad, el uso de la IA en el gobierno corporativo plantearía una serie de riesgos y deficiencias significativas (Enriques y Zetzsche, 2019). Este artículo aborda solo una pequeña parte de ellas.

A pesar de su potencial para una toma de decisiones cuidadosa y confiable, la Inteligencia Artificial en las juntas corporativas plantea una serie de problemas legales y morales. Una preocupación general con la IA es que evoluciona con el tiempo. Esta inteligencia podría desarrollarse de alguna manera que sea peligrosa o moralmente problemática para la especie humana (Bostrom, 2014)³. En lo que respecta a la gobernanza corporativa, estas preocupaciones siguen siendo relevantes. Por un lado, si la IA evolucionara hasta el punto de tener conciencia y la capacidad de sufrir, podrían surgir riesgos de explotación y abuso. Por otro lado, si la IA no desarrollara conciencia, probablemente, no le sería posible rendir cuentas, incluso como miembro de la junta directiva. Pero incluso antes de que la IA pueda entrar a las juntas corporativas, un problema debe ser solucionado: actualmente, la ley corporativa de Delaware requiere que todos los miembros de la

³ Véase también Beckers, 2018, pp. 89–91, argumentando que los humanos serían responsables de cualquier sufrimiento que experimente la IA, en caso de que la IA desarrolle la capacidad de experimentar sufrimiento.

junta corporativa sean personas naturales, humanas (Código Corporativo de Delaware, 2016). Por lo tanto, para que la inteligencia artificial tenga presencia en las juntas corporativas de Delaware, la ley corporativa tendría que cambiar.

No obstante, tanto la realidad como el pragmatismo sugieren que el debate sobre la inteligencia artificial en las juntas corporativas será el próximo gran tema en la gobernanza corporativa. La literatura sobre tecnología en juntas corporativas ya está floreciendo. Por ejemplo, si se considera el nuevo término acuñado, “CorpTech”, que se refiere a prácticas que incluyen libros de contabilidad distribuidos en *blockchains*, contratos inteligentes, análisis de *Big Data* y *AI learning machines* en las juntas corporativas (Enriques y Zetzsche, 2019). Siguiendo esta tendencia, este artículo adopta un enfoque estrecho y poco ortodoxo para arrojar luz sobre algunos de los riesgos y preocupaciones que la inteligencia artificial plantearía en las juntas corporativas: se discute el uso de la inteligencia artificial, cuestionando la solidez legal, organizativa y ética de dicho fenómeno.

De esta discusión se sugiere que, si se otorgara capacidad legal a la IA, esta no debería parecerse a la personalidad jurídica otorgada a las corporaciones, ya que las corporaciones dependen, en última instancia, de agentes humanos; mientras que la IA no lo haría. Más bien, en lugar de depender de mentes y cuerpos humanos para pensar y actuar, la IA sería autónoma e independiente. Por lo tanto, la capacidad legal de la IA debería discutirse en términos de “personalidad artificial”, donde la personalidad jurídica se combina con la toma de decisiones autónoma y el hecho de que la IA sirva como miembro de una junta corporativa podría denominarse “dirección artificial”.

Algunos de los argumentos expuestos en este artículo se desarrollan mediante una consideración orgánica del derecho romano y las prácticas empresariales. En particular, parte de la exploración teórica sobre la utilización de inteligencia artificial en las salas de juntas corporativas se centra en cómo el análisis funcional del papel de los agentes artificiales en las juntas podría estar significativamente influenciado por la práctica romana de emplear a un esclavo altamente inteligente y capacitado para gestionar negocios en interés de una empresa conjunta formada por los copropietarios

del esclavo. Dicha organización empresarial se conocía como *negotiatio per servos communes cum peculium* (negocio conjunto mediante esclavos comunes con un peculio), y se considera la primera forma organizativa que presentaba una separación entre la propiedad (los copropietarios/amos poseían el negocio) y el control (los esclavos romanos gestionaban el negocio) (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011).

Este artículo está estructurado en tres partes y una conclusión. La Parte I explora el uso de la inteligencia artificial en las juntas corporativas como un fenómeno novedoso con orígenes antiguos. La Parte II examina el papel que desempeñan la capacidad legal, la responsabilidad, la conciencia y la percepción⁴ en la determinación del rol que la inteligencia artificial puede jugar en las salas de juntas corporativas. La Parte III evalúa si la inteligencia artificial podría ser empleada en las salas de juntas de las corporaciones de Delaware, cómo podría serlo y en qué condiciones; a la Parte III le sigue la conclusión.

PARTE I.

Un fenómeno nuevo con orígenes antiguos

Este artículo entiende la IA como una simulación de la inteligencia natural realizada a través de algoritmos, máquinas y sistemas informáticos que, en última instancia, busca el rendimiento óptimo de las acciones (Luger, 2009).⁵ Pero al hacerlo, la IA busca replicar la forma en que las mentes humanas realizan tareas que requieren habilidades intelectuales y psicológicas, como la predicción, la planificación, la percepción, la asociación y el control motor (Boden, 2018).⁶ Al utilizar esta definición, este artículo adopta un concepto de IA que es deliberadamente genérico sin intentar satisfacer los estándares de precisión técnica o teórica. Se adopta un concepto tan genérico de la IA porque hay varias formas, teorías y metodologías conectadas con la IA. Por ejemplo, aunque muy popular en la imaginación social, los robots humanoides

4 En el texto original se utilizaron los términos *conscience* y *consciousness*. Al traducirse ambos como “conciencia” y “consciencia”, respectivamente, para evitar confusión, se decidió emplear el término “percepción” para referirse a la capacidad de una inteligencia artificial de, en términos de Husserl (2012), experimentar una vivencia intencional que permita un contacto directo con el mundo.

5 Luger señala que definir la inteligencia artificial es una tarea difícil, pero aclarando que, al final del día, es hecha por el hombre y debe explorarse en ese contexto.

6 Véase también Murray Shanahan, *Solving the Frame Problem: A Mathematical Investigation of the Common Sense Law of Inertia* xix (1997).

autónomos —robots que se asemejan al cuerpo humano mientras operan sin intervención humana— son solo una forma de IA (Chopra y White, 2011). Otros tipos de IA incluyen la IA clásica (también conocida como IA simbólica y como IA tradicional), los autómatas celulares, los sistemas dinámicos, las redes neuronales artificiales y la programación evolutiva. Las formas específicas en que las máquinas procesan la información dependen del tipo de IA desplegada. Los investigadores a menudo se ocupan de un solo tipo de IA, pero algunas teorías se refieren a dos o más formas de IA. Además, una pluralidad de metodologías también se ha aplicado a estudios y aplicaciones de IA, y la IA se ha investigado tanto para sistemas especializados como para sistemas con inteligencia general (Boden, 2018). Para aclarar este concepto genérico de IA, se puede asumir lo siguiente: primero, que la IA percibe el entorno en el que actúa, toma todos los datos disponibles del mundo y los almacena para que puedan acceder a ellos posteriormente (Poole y Mackworth, 2017), en segundo lugar, hay que asumir que la IA toma decisiones al comparar datos nuevos con datos antiguos y al clasificar el resultado de su decisión frente a otros posibles resultados; en tercer lugar, que al hacer esto, la IA intenta aprender e informar sus decisiones futuras (Enriques y Zetzsche, 2017). En resumen, se debe asumir que la IA razona de manera autónoma y se corrige a sí misma.

Debido, en parte, a sus capacidades innovadoras, la IA ya ha sido empleada —o se está discutiendo si podría ser empleada— en una serie de campos.⁷ Por ejemplo, LawGeex AI es una plataforma de revisión de contratos que supuestamente destaca riesgos en acuerdos de confidencialidad de una manera “más precisa que los abogados humanos” (2018). Los algoritmos inteligentes se utilizan en finanzas (Chopra y White, 2011). Además, algunas literaturas discuten los riesgos, efectos y posibles ramificaciones de incorporar aportes de IA en la toma de decisiones judiciales.

Como resultado del uso creciente de la IA en varios campos, las corporaciones y las empresas de inversión están comenzando a considerar también el potencial de la IA. Una posible aplicación, y el foco de este artículo, es el uso de la IA en las juntas corporativas. La IA en este contexto

⁷ El debate sobre las oportunidades y riesgos relacionados con el uso de la IA en entornos personales, industriales y profesionales ha interesado a diferentes categorías de personas, incluidos académicos, expertos, emprendedores y responsables de políticas; dicho debate es a menudo objeto de conversación entre personas comunes también.

puede concebirse al menos de tres formas diferentes, cada una con cuestiones legales y organizacionales distintas: (1) La IA podría proporcionar asistencia —¿o algún tipo de soporte tecnológico? — a los directores humanos, (2) la IA podría integrarse con los directores humanos, o (3) la IA podría reemplazar completamente a los directores humanos. Este artículo explora algunas de las consecuencias que surgirían de la implementación de cada forma. Es cierto que, dependiendo de su forma, la IA podría ayudar a disminuir los costos de agencia, aumentar la eficacia del monitoreo, mejorar la calidad de la toma de decisiones y reducir conflictos con y entre los accionistas y a los *stakeholders* (Enriques y Zetsche, 2019). Sin embargo, algunas consideraciones ineludibles —como la responsabilidad de la IA en la sala de juntas— deben seguir a estos escenarios optimistas; estas consideraciones se abordan a continuación en las Partes II y III.

Separación de propiedad y control y el nirvana de la gobernanza con IA

El optimista podría argumentar que la IA en las juntas directivas sería capaz de superar a los directores humanos mediante decisiones más cuidadosas y leales. Específicamente, el optimista podría pensar que la IA en las juntas corporativas podría conducir a un “nirvana de gobernanza” con IA, en el que los costos de agencia derivados de la separación de propiedad y control se minimicen o incluso desaparezcan. Para comprender esta afirmación, es necesario hacer un desvío para examinar la separación de propiedad y control.

Como se mencionó anteriormente, la separación de propiedad y control es una característica fundamental de las corporaciones empresariales; es la forma en que el control se aleja de los constituyentes de una corporación y se centraliza en manos de unos pocos individuos.

Sin embargo, el concepto de separación de propiedad y control antecede a la corporación empresarial moderna. Las corporaciones empresariales contemporáneas toman este modelo estructural de los romanos, quienes fueron los primeros en inventar la forma corporativa para los municipios y la expandieron a las empresas comerciales (Duff, 1938), (Gramitto Ricci, 2019). De hecho, los romanos fueron los primeros en inventar la forma

corporativa para otorgar autonomía a entidades no humanas, incluidos los municipios; resumieron la autonomía de las entidades legales no humanas respecto a los individuos en el principio *universitas distat a singulis*, que se traduce como “una entidad legal es separada y distinta de los individuos” (D’Alessandro, 1989).

De esta manera, estas entidades no humanas se distinguieron de los individuos de dos maneras. En primer lugar, tenían derechos y deberes autónomos y poseían activos a su propio nombre; sus derechos, deberes y activos estaban separados y eran distintos de los de los individuos que componían la corporación. En segundo lugar, actuaban e interactuaban con otros sujetos en el ámbito legal y contractual como entidades independientes, aunque a través de delegados humanos (Williston, 1888). Así, las corporaciones —ya sean de negocios o no— se volvieron responsables de sus acciones y sujetas a responsabilidad por cualquier contrato que concluyeran y por cualquier daño que sus acciones pudieran haber causado.

Los romanos emplearon la forma corporativa para dividir activos, pasivos, contratos, responsabilidades legales e incluso la existencia de una entidad de quienes participaban o tenían un interés en ella (Williston, 1888, pp. 106-107). Basándose en este modelo romano, varias entidades legales con capacidad jurídica, tales como municipalidades, iglesias, diócesis y monasterios, comenzaron a separar la propiedad o, más propiamente dicho, la participación, del control (Kauper y Ellis, 1973).

El poder y la administración se centralizaban y delegaban en alcaldes, consejos de la ciudad, obispos y abades, y así continúa hoy en día. La Iglesia jugó un papel fundamental en el desarrollo de la forma corporativa. Desde que adoptó esta forma, la Iglesia la ha aplicado a varios proyectos y organizaciones y la ha usado para poseer, organizar y gestionar propiedades (Kauper y Ellis, 1973, pp. 1501-1504).⁸ Por ejemplo, los libros raros, pinturas y frescos de los monasterios pertenecen al monasterio, no a los monjes que viven en él y lo cuidan (Ciepley 2013, p. 143). Esta disposición permite a los monjes cumplir su voto de pobreza mientras tienen acceso a los recursos, los materiales y las instalaciones necesarios para llevar a cabo sus vidas naturales, profesionales, espirituales y religiosas.

⁸ La Catedral de Milán, por ejemplo, es una entidad corporativa (un tipo particular de corporación eclesiástica conocida como *fabbrica*), y su nombre corporativo es *Veneranda Fabbrica del Duomo*.

Al comparar los monasterios con las corporaciones comerciales, los accionistas se diferencian de los monjes en que los accionistas tienen intereses y derechos económicos en una corporación. En otras palabras, dado que los accionistas poseen acciones en una empresa (Black's Law Dictionary, 2019), tienen un interés económico en que la corporación genere beneficios y valores de manera que puedan recibir dividendos, liquidación o ver reflejado en el precio de las acciones. Aun así, a pesar de este interés económico en la corporación, las corporaciones comerciales controladas por la junta —compañías públicas con una propiedad de acciones extensamente distribuida— siguen el modelo de separación entre propiedad y control. La ley corporativa de Delaware establece que “los negocios y asuntos de cada corporación... serán gestionados por o bajo la dirección de una junta directiva” (Código Corporativo de Delaware, 2016, tít. 8, pár. 141a). Esta ley permite la centralización y delegación del poder, facilitando la separación del control de aquellos que poseen un interés económico en el negocio (Gramitto Ricci, 2019, p. 81). Esta separación de propiedad y control, junto con una gestión centralizada delegada, puede permitir a las corporaciones comerciales abordar proyectos que exceden la vida útil y el patrimonio de cualquier individuo (Stout, 2015), (Jensen y Meckling, 1976).

Además, una literatura sólida articula cómo empoderar a los accionistas crea más problemas para la gobernanza corporativa de los que resuelve. Lynn Stout explicó cómo dar control a los accionistas sobre las decisiones corporativas les permitiría dirigir a la corporación hacia sus propios objetivos en lugar de hacia los objetivos de la entidad corporativa en sí (Stout, 2007, pp. 792-798). De hecho, los directores de la junta juegan un papel fundamental en la mediación de los intereses de quienes hacen inversiones específicas en una empresa y en la búsqueda de los objetivos de la entidad corporativa (Blair y Stout, 1999). Tener un proceso para seleccionar y elegir a quienes están al mando de una entidad, al mismo tiempo que se brinda a los individuos con intereses en la entidad la capacidad de votar en dicho proceso, son características comunes en muchos sistemas colectivos que funcionan adecuadamente (Stout, 2007, p. 793), (Gramitto Ricci, 2019).

Además, las obligaciones fiduciarias que los directores de la junta deben a la corporación y a la ley guían la toma de decisiones de los directores de la junta mientras les proporcionan el margen necesario para ejercer su

juicio (Blair y Stout, 1999, p. 291). Evidentemente, el modelo de gobernanza corporativa centrado en la junta, completo con las obligaciones fiduciarias de los directores y la protección otorgada a los directores para decisiones informadas tomadas en interés de la corporación, generalmente satisface los objetivos subyacentes a la separación de propiedad y control.

Pese a lo que menciona la literatura que cuestiona el intercambio positivo de la separación de propiedad y control, las obligaciones fiduciarias para los directores en las corporaciones controladas por juntas suelen ser suficientes para garantizar una gobernanza corporativa relativamente sólida (Stout, 2003). Sin embargo, a pesar de tener obligaciones fiduciarias, los directores humanos pueden cometer errores humanos, pueden tomar malas decisiones, pueden sufrir la presión de los mercados o de los accionistas, pueden sentirse atraídos por incentivos distorsionados, pueden eludir sus responsabilidades y pueden robar (Stout, 2003, pp. 682, 709). Frente a este panorama, se le asigna a la IA la tarea prospectiva de corregir los riesgos derivados de la falibilidad humana de los directores.

Sin embargo, aunque a menudo se consideran los avances tecnológicos como soluciones a la gobernanza humana imperfecta, la gobernanza a través de IA genera, en realidad, una serie de nuevas cuestiones legales, morales y éticas.

Agencia y capacidad legal

Con el fin de ser conciso, este artículo no aborda la definición legal de los directores ni si estos actúan como fiduciarios o agentes de una corporación; tampoco examina la calificación legal de la relación entre los directores de la junta y la entidad corporativa —o entre los directores de la junta y los accionistas—. Sin embargo, este artículo señala que los directores tienen la capacidad de tomar decisiones y actuar en nombre de una corporación debido a dos factores entrelazados: la agencia y la capacidad legal.

Primero, los directores de la junta pueden pensar, tomar decisiones y actuar en nombre de una corporación porque pueden recopilar información, elaborarla a través de sus habilidades intelectuales, tomar decisiones y emprender acciones como agentes —la naturaleza les otorga estas

habilidades—. En segundo lugar, los directores corporativos pueden pensar y actuar en nombre de una corporación porque tienen capacidad legal —la ley les concede esta capacidad—. En otras palabras, las personas naturales pueden servir como directores de la junta porque poseen tanto agencia como capacidad legal.

A tal fin, aunque este Artículo se abstiene de discutir si los directores de la junta son agentes o fideicomisarios desde un punto de vista legal, parece importante introducir una definición de agencia desde un enfoque práctico y algo filosófico. Se hace referencia a un agente como cualquier persona que sea capaz de completar una tarea de manera autónoma. A diferencia de una definición legal de las relaciones de agencia, que implicaría la reflexión sobre el principal de algunas consecuencias legales de las acciones de un agente (Allen y Kraakman, 2017), aquí, se pone énfasis en la mera capacidad de un agente para determinar de manera independiente un curso de acción con el fin de lograr un resultado. En otras palabras, este artículo hace referencia a un agente como cualquier actor capaz de lograr autónomamente resultados que requieren habilidades “físicas” y/o “intelectuales”. Esta cualidad pertenece a los humanos, así como a varias formas de IA. En este sentido, en la literatura técnica de ciencias de la computación, el término agente “representa un amplio grupo de tecnologías y un extenso programa de investigación dentro de la inteligencia artificial, todos preocupados por sistemas de procesamiento de información relativamente autónomos” (Chopra y White, 2011).

Adoptando una definición clásica de la literatura sobre inteligencia artificial, tanto los humanos como las máquinas de IA “pueden ser considerados como percibiendo [su] entorno a través de sensores y actuando sobre ese entorno a través de efectores” (Russell y Norvig, 1995). En este sentido, tanto los humanos como las máquinas de IA son agentes inteligentes: los humanos son agentes naturales, y las máquinas de IA son agentes artificiales. Sin embargo, los humanos tienen capacidad legal, y las máquinas de IA no.

La capacidad legal humana, al igual que el “ser humano” en el enigma de la Esfinge, “camina sobre cuatro patas por la mañana, sobre dos patas al mediodía y sobre tres patas por la noche” (Sófocles, 2007). La capacidad legal de un ser humano no es estática; evoluciona. De hecho, la capacidad legal de

un ser humano sigue evolucionando desde el inicio de la vida hasta la adultez, cuando tiende a ser completa, y a veces se reduce a medida que la vida avanza y la persona envejece. Sin embargo, la capacidad legal no es exclusiva de los humanos; como se mencionó anteriormente, las corporaciones también tienen capacidad legal. Las corporaciones pueden poseer activos, asumir pasivos, cometer delitos civiles, celebrar contratos, presentarse en juicios e incluso ejercer algunos derechos constitucionales típicos de las personas.

La capacidad jurídica de las entidades legales se conoce comúnmente como personalidad jurídica, aunque dicho lenguaje es subóptimo y podría ser confuso por dos razones. Primero, existe el riesgo de que la etimología del término pueda sesgar la evaluación de si las entidades legales deberían tener derecho a todos los mismos derechos de la personalidad reconocidos para los humanos. Esto podría tener ramificaciones en el debate sobre qué derechos deberían tener las corporaciones. En segundo lugar, un lenguaje que incluya el término persona podría parecer insinuar que las corporaciones y otras entidades legales tienen alguna forma de agencia inherente, es decir, que son capaces de elaborar decisiones y tomar acciones de manera independiente y autónoma sin intervención humana. Sin embargo, esto sería engañoso porque, al menos hoy en día, las corporaciones dependen de agentes humanos para funcionar.

En resumen, los humanos son agentes con capacidad legal, las máquinas de inteligencia artificial son agentes sin capacidad legal, y las corporaciones tienen capacidad legal, pero dependen de agentes humanos. Por lo tanto, surgen tres preguntas. ¿Pueden las personas jurídicas, es decir, las corporaciones empresariales, actuar como directores?⁹ ¿Pueden los agentes sin capacidad legal actuar como directores? ¿Pueden las máquinas de inteligencia artificial desempeñar el papel de directores de junta? Las tres preguntas están interrelacionadas, el derecho romano, la jurisprudencia y la práctica empresarial ofrecen una fuente increíble para buscar respuestas informadas a estos dilemas.

9 A diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no existen en la naturaleza, sino que son creadas mediante acción política y humana. Para un análisis más detallado véase Gramitto Ricci, 2019.

Una respuesta breve, superficial y algo inútil

La respuesta a la pregunta de si las personas jurídicas —como las corporaciones empresariales— pueden actuar como directores de la junta depende en gran medida de la jurisdicción. Por lo tanto, se va a limitar el alcance de la pregunta “¿pueden las personas jurídicas actuar como directores de la junta?” a la ley corporativa de Delaware y relacionarla con la pregunta “¿podrían las máquinas de IA actuar como directores de la junta?”

En Delaware, las personas jurídicas no humanas no pueden actuar como directores de la junta porque la Ley General de Corporaciones de Delaware (DGCL) exige que los directores sean personas naturales (Código Corporativo de Delaware, 2016, tít. 8, pár. 141b). Así que la respuesta a la primera pregunta es no. Pero antes de responder a la segunda pregunta, parece relevante aclarar qué significa que las personas jurídicas puedan actuar como directores de la junta en otras jurisdicciones.

En algunas jurisdicciones, la ley de sociedades permite —o solía permitir— que las personas jurídicas sean nombradas directores corporativos. No obstante, incluso en tales jurisdicciones, la junta está compuesta al final por personas naturales. Considere cómo funcionaría el nombramiento de una corporación como miembro de la junta.

En resumen, la Corporación A podría ser nombrada directora de la Corporación B; sin embargo, una vez nombrada, la Corporación A no podría físicamente asistir a la junta directiva de la Corporación B —¿cómo podría hacerlo?—. En su lugar, la Corporación A designaría a una persona humana para que ocupe un puesto en la junta de la Corporación B y actúe en nombre de la Corporación B como un componente de su junta. Por lo tanto, en última instancia, solo los humanos actúan y piensan en nombre de una corporación. Dado que las corporaciones dependen de los humanos para tomar decisiones, incluso cuando, bajo la ley, las personas jurídicas pueden ser nombradas directores de la junta, necesitarían externalizar la tarea a individuos.

Es importante considerar las implicaciones de gobernanza que podrían surgir de la posibilidad de que una persona jurídica sea nombrada como

directora de otra corporación. En general, las leyes corporativas que permiten a las personas jurídicas ser elegidas directores de la junta permiten la interposición de un intermediario —la persona jurídica elegida como directora— entre la corporación y los directores que realmente toman decisiones en nombre de dicha corporación. Al final, todos los directores serán humanos, pero no todos los directores serían seleccionados por los propios accionistas de la corporación, en su lugar, algunos serían seleccionados por otra persona jurídica, por ejemplo, una corporación. En el caso de las corporaciones elegidas como directores de la junta, surgen al menos dos preocupaciones adicionales. Primero, podría ser difícil determinar quiénes son los accionistas de la corporación elegida como directora (Department for Business Innovation & Skills, 2013). Segundo, los directores corporativos presentan problemas de responsabilidad porque formalmente la entidad designada como directora es una persona jurídica, no un individuo, y esto se vuelve particularmente significativo al considerarlo junto con la opacidad en la estructura de propiedad de un director corporativo (Department for Business Innovation & Skills, 2014). Por estas razones, no es sorprendente que la ley de Delaware, que ofrece fuertes defensas a las decisiones de los directores, excluya la posibilidad de que una entidad distinta a los accionistas de la corporación elija a los directores¹⁰.

El poder de los accionistas para elegir a los directores es un elemento fundamental en la fórmula de separación de propiedad y control en las corporaciones. Al final, se trata de responsabilidad: los accionistas tienen el poder de elegir a los directores; por lo tanto, si eligen a los fiduciarios incorrectos, ellos mismos son responsables. Este principio data de la época en la que los ciudadanos romanos se elegían entre sí para formar sus asociaciones¹¹. No obstante, tal principio se vería frustrado si se permitiera que un tercero seleccionara a los directores.

Alternativamente, suponiendo que la IA tuviera capacidad jurídica, si una máquina de IA fuera nombrada como directora de la junta, no tendría que designar a un humano para realizar la tarea, en cambio, una máquina de

¹⁰ Sobre los posibles beneficios de nombrar a personas jurídicas y corporaciones como directores de la junta, consultar Bainbridge, 2017, pp. 71-73.

¹¹ Los romanos vivían bajo el principio de que uno debe responsabilizarse a sí mismo cuando elige un socio incorrecto. Este adagio podría aplicarse a cualquier selección de fiduciarios, incluidos los directores de la junta.

IA podría servir como directora de la junta por sí misma y utilizar su propia mente; podría actuar como un agente autónomo. Sin embargo, una máquina de IA no puede actualmente servir como directora de la junta debido a dos obstáculos en la ley corporativa de Delaware: (1) las máquinas de IA no son personas naturales; y (2) incluso si se permitiera que las personas jurídicas sirvieran como directores de la junta, la IA aún no tiene personalidad jurídica.

En consecuencia, la intervención legislativa requeriría dos pasos. Primero, la ley corporativa de Delaware tendría que permitir que las personas jurídicas sean nombradas directores de la junta. Segundo, la ley corporativa de Delaware tendría que otorgar personalidad jurídica a la IA. A nivel general, esto puede parecer una solución viable para permitir que las máquinas de IA sean directores de la junta. Pero al analizarlo más detenidamente, no cumpliría con el objetivo. No abordaría el verdadero aspecto que hace únicas a las máquinas de IA como directores de la junta. Las máquinas de IA serían las primeras entidades no humanas en servir físicamente como directores de la junta en la historia. Específicamente, como se mencionó anteriormente, nombrar a máquinas de IA como directores de la junta difiere de nombrar a corporaciones como directores de la junta porque la máquina de IA designada sería la fiduciaria que realmente tomaría las decisiones en nombre de la corporación, el director artificial. A diferencia de los directores corporativos, la máquina de IA designada no elegiría a un representante humano para tomar decisiones por ella.

Los accionistas de una corporación serían responsables de elegir a los directores de la corporación, sean estos humanos o artificiales. Sin embargo, la intervención legislativa también tendría que enfrentar un obstáculo diferente e insuperable: la rendición de cuentas.

Hoy en día, los directores artificiales serían irrepreensibles. No tendrían “alma que condenar ni cuerpo que patear” (King, 1977; citado en Coffee, 1981); no poseerían bienes ni asumirían responsabilidades; y no tendrían una reputación social ni una personalidad profesional que proteger. En particular, incluso si se les concediera capacidad legal, seguirían sin ser responsables ya que no participarían en la sociedad humana y, más importante aún, no tendrían conciencia ni conciencia moral, al menos por el momento.

Al considerar cómo resolver este problema de rendición de cuentas, y dado que los agentes artificiales en las juntas directivas son un fenómeno nuevo en el ámbito corporativo, algunas consideraciones sobre un arreglo funcionalmente comparable en la historia de la organización empresarial podrían ser útiles para algunas reflexiones preliminares.

En consecuencia, este artículo considerará la *negotiatio per servos communes cum peculim* (una forma organizativa para negocios conjuntos realizados a través de un esclavo comúnmente poseído), que es un modelo desarrollado en la Antigua Roma basado en una estructura similar, aunque evidentemente no idéntica (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011, pp. 369-370).

E. El *negotiatio per servos communes cum peculium*

Los romanos desarrollaron un modelo organizativo para los negocios basado en el uso de seres humanos altamente inteligentes y capacitados que carecían de capacidad legal, el *negotiatio per servos communes cum peculium*. El pilar operativo de un *negotiatio per servos communes cum peculium* se asemeja a la adopción de la IA en las juntas directivas, pero en lugar de usar IA, los emprendedores romanos copropietarios de esclavos inteligentes y capacitados les otorgaban ciertos activos, denominados colectivamente *peculium*, para administrar negocios colectivos (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011, p. 371). Normalmente, los copropietarios asignaban a sus esclavos para realizar negocios comerciales (*praepositio institoria*) o negocios de transporte marítimo (*praepositio exercitoria*) (pp. 371-373). Similar a la IA, los esclavos romanos podían ser comprados y copropietarios de la misma manera que los bienes (p. 370). Muchos de ellos tenían un alto nivel de educación y un notable sentido comercial (Mohler, 1940).

En la Roma antigua, el *Ius Naturale* (Kroger, 2004)¹² reconocía a los esclavos como personas (Guarino, 1963). Este estatus venía con un conjunto de derechos básicos relacionados estrictamente con su naturaleza humana y su conciencia. Por ejemplo, los esclavos, como personas, tenían el derecho a ejercer la religión (Gramitto Ricci, 2019). Sin embargo, al mismo tiempo, no tenían capacidad legal (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011, p. 377). De hecho, las leyes y la sociedad romanas trataban a los esclavos como

¹² En la Roma antigua, el *Ius Naturale* era el conjunto de leyes que determinaba qué derechos y deberes tenían los seres vivos por el simple hecho de existir.

bienes, por lo que los copropietarios de un *negotiatio cum peculium* podían poseerlos como cualquier otro activo de sus empresas (p. 371)¹³. En resumen, los esclavos romanos no tenían ninguna capacidad legal más allá de los derechos reconocidos por el *Ius Naturale* a todas las personas, los derechos de personalidad. Vistos de esta manera, los romanos esencialmente designaron a “bienes” conscientes e inteligentes que carecían de capacidad legal para gestionar sus empresas. Los esclavos romanos dirigían el negocio del *negotiatio cum peculium* en nombre de sus copropietarios, pero debido a que no tenían capacidad legal ni *domincia potestas*, no podían por sí mismos contratar y hacer negocios con terceros (p. 377). Los esclavos romanos eran el cerebro detrás del negocio del *negotiatio cum peculium*, pero simultáneamente carecían de capacidad legal.

Es cierto que la analogía debe reconocer que las máquinas de IA son agentes artificiales y los esclavos eran humanos; no obstante, la falta de capacidad legal de los esclavos romanos, combinada con su estatus como “bienes”, hace que sus relaciones con los copropietarios sean funcionalmente comparables a las relaciones entre las máquinas de IA y las corporaciones que hipotéticamente las nombrarían directores.

Específicamente, tanto los esclavos romanos como las máquinas de IA son ejemplos de agentes no ciudadanos, y, por ende, serían directores artificiales. Esta exclusión de la ciudadanía, y por lo tanto de la sociedad, interrumpe los lazos sociales típicos que constituyen el tejido de la responsabilidad. Además, los esclavos romanos tenían casi ninguna capacidad legal y las máquinas de IA actualmente no tienen ninguna capacidad legal. Pero incluso si las máquinas de IA y los directores artificiales tuvieran capacidad legal, esta capacidad no sería suficiente para hacerlos responsables.

Una razón es que, sin un sentido de ciudadanía y sociedad, no se aplicaría responsabilidad social a las máquinas de IA, no habría presiones sociales que limitaran la toma de decisiones de la IA. Más importante aún, a menos que las máquinas de IA desarrollen una suficiente conciencia para poder ejercer la moral y la ética y experimentar sensaciones similares a las

¹³ Véase también Guarino, 1963, pp. 200–201, 211, aclarando que los esclavos romanos carecían de capacidad legal, pero eventualmente desarrollaron una forma de mera capacidad de acción, denominada “mera capacità di agire”, según la cual sus acciones podían tener fuerza legal en beneficio de sus propietarios o, en ocasiones, en su propio interés, si llegaban a ser liberados.

humanas, sería mucho más difícil hacer responsables a las máquinas de IA y a los directores artificiales que a los esclavos romanos. De hecho, a diferencia de los esclavos romanos, las máquinas de IA y los directores artificiales no tienen almas ni cuerpos sensibles.

Otra diferencia importante entre los esclavos y la IA es su relación con sus principales. La relación entre los amos romanos y los esclavos estaba en gran medida caracterizada por un sistema de castigos e incentivos, incluyendo la manumisión (Black's Law Dictionary 2019),¹⁴ que simplemente no podría replicarse para las máquinas de IA potencialmente sirviendo como directores corporativos. Una máquina de IA no puede ser liberada ni castigada en un sentido típico; golpear una máquina de IA no influiría en absoluto en su toma de decisiones o, si golpear la máquina de IA influyera en su toma de decisiones porque la máquina tuviera consciencia, golpearla debería ser simplemente prohibido.

Según estas consideraciones, para funcionar y ser responsable, los directores artificiales necesitarían capacidad legal, percepción y conciencia. Pero qué tipo de capacidad legal sería adecuada para los agentes artificiales conscientes es una cuestión que requiere algunas reflexiones preliminares sobre qué es la capacidad legal y qué consecuencias tendría la percepción y conciencia para la IA.

PARTE II. Capacidad legal, responsabilidad y conciencia.

¿Es la personalidad jurídica la solución?

Los romanos, quienes inventaron la capacidad legal para entidades no humanas, nunca basaron la personalidad jurídica en las corporaciones.¹⁵ Tampoco desarrollaron una teoría de la personalidad jurídica basada en la transferencia de capacidades humanas, legales, políticas o espirituales a entidades no humanas. Además, los romanos se abstuvieron consistentemente de usar el concepto de personalidad para referirse a los atributos legales

¹⁴ “Aunque el porcentaje preciso de esclavos que alguna vez fueron liberados ha sido muy debatido por los académicos modernos, las fuentes antiguas sugieren claramente que la manumisión era rutinaria y común en el mundo romano” (Perry, 2014).

¹⁵ “Se debe admitir que no existe ningún texto que llame directamente a la universitas una persona, y mucho menos alguno que la denomine persona ficta” (Frederic William Maitland citado por Dewey, 1926).

concedidos a las corporaciones.¹⁶ Al mismo tiempo, Roma creó la tecnología legal que primero materializó la capacidad legal para entidades legales no humanas con el fin de gestionar su sistema de gobierno municipal. En particular, los romanos otorgaron capacidad legal a pueblos y ciudades para elevarlos al rango de entidades legalmente capaces.¹⁷ Al hacerlo, el Estado romano inventó y elaboró los conceptos de “propiedad corporativa” y “acción corporativa” para convertir ciudades y pueblos en entidades capaces de asumir derechos, deberes y responsabilidades (Eliachevitch, 1942). De hecho, la invención de la capacidad legal para entidades legales no humanas es quizás el logro más destacado del sistema gubernamental romano (Burdick, 1946), (Duff, 1938, p. 62). Las ciudades y pueblos romanos se llamaban *municipia*, que proviene de las palabras latinas “munus” y “capere” (Abbott, 1926, pp. 8-9), (Eliachevitch, 1942, pp. 103-115). Donde la primera se traduce como “deber” u “obligación”, la segunda se traduce como “tomar”. Se debate si el término “municipium” describía la relación entre los pueblos y Roma como un estado o la relación entre una ciudad y sus ciudadanos. (Eliachevitch, 1942, pp. 103-115), (Guarino, 1963, p. 207).¹⁸ Independientemente de las connotaciones exactas del término *municipium*, la etimología de la palabra atestigua que las ciudades y pueblos podían asumir deberes y obligaciones (Abbott, 1926, pp. 8-9). Los romanos llamaban a estas entidades legales no humanas *universitates* (Smith, 1859, pp. 1214-1217). El término latino *universitas* deriva de “in unum vertere”, que significa “convertir una multitud en uno”. La palabra *universitas* describía el concepto resultante de convertir una multitud de personas y cosas en entidades capaces de tener derechos y obligaciones (Blackstone, 1765, p. 469).

Para este fin, el concepto de *universitas* implicaba al menos cuatro consecuencias legales. Primero, una *universitas* poseía activos y asumía responsabilidades en su propio nombre. Segundo, los activos, derechos, deberes y obligaciones de una *universitas* eran separados y distintos de los de las personas naturales que la componían o con las que estaba asociada.

16 Véase también Guarino, 1963, p. 206, aclarando que, considerando las cualidades humanas inherentes necesarias para definir qué era una persona en la Roma antigua, los romanos otorgaron capacidad jurídica a entidades no humanas, pero siempre evitaron utilizar los términos personas jurídicas o personalidad jurídica para referirse a dichas entidades.

17 Roma era tanto una ciudad capaz de actuar en el ámbito del derecho privado como la capital de un estado soberano nacional capaz de otorgar capacidad jurídica a otras ciudades y pueblos. Véase Sohm, 1892, pp. 102-105.

18 “En el período republicano, cuando se usaba sin un adjetivo, Respublica expresaba Roma, pero en los antiguos juristas significa una Civitas dependiente de Roma” (Smith, 1859).

Tercero, una *universitas* podía actuar e interactuar con humanos y otras entidades legales no humanas a través de delegados humanos. Cuarto, los humanos formaban la voluntad y determinaban las acciones y decisiones de una *universitas* de acuerdo con modelos de gobernanza específicos, en otras palabras, la fórmula de toma de decisiones de una *universitas* dependía de seres humanos y modelos organizacionales.

En el lenguaje actual, *universitas* podría traducirse como persona jurídica o corporación, donde ambos términos indican entidades que reciben la capacidad de tener derechos y deberes a través de la acción política, no porque pertenezcan a la especie humana.

Las universitates no eran personas

A pesar de tener capacidad jurídica, las universitates no eran “personas”, no eran *personae* bajo el derecho romano. La palabra “persona” generalmente significaba “máscara”, “carácter” o “individuo” (Smith, 1859, p. 889).¹⁹ Pero los romanos también le atribuyeron un significado legal: el término persona se usaba para indicar a cualquier ser humano físicamente sano,²⁰ independientemente de su estatus cívico, que era reconocido con algunos derechos y libertades por el simple hecho de ser un ser humano físicamente sano (Guarino, 1963, p. 198). Esto explica por qué, como se mencionó, el *Ius Naturale* otorgaba una serie de derechos y libertades, incluyendo derechos religiosos, a cada persona. Para recibir tales derechos derivados de su condición de ser viviente, no importaba si los individuos tenían capacidad jurídica, siempre que fueran seres humanos físicamente sanos. En consecuencia, estos derechos y libertades se consideran mejor como derechos de la personalidad, derechos del ser humano natural. En Roma, estos derechos se veían como intrínsecos al estatus humano, no otorgados por el estado (Kroger, 2004, pp. 909–910). De esto se puede inferir que los derechos de la personalidad derivaban del reconocimiento de una conciencia inherente, combinada con una conciencia moral, y agencia, no del estatus cívico o legal.

¹⁹ La cuestión sobre si el término persona deriva de la palabra griega antigua “[prósōpon]”, que significa “cara”, “máscara” o “persona”, o del verbo latino “personare”, que se traduce como “sonar a través de”, sigue siendo debatida. Para un análisis de los orígenes y el significado del término persona. Véase Canale, 2015, pp. 116-118.

²⁰ En la Antigua Roma, los humanos deformes eran considerados monstruos (“monstra”) en lugar de personas (“personae”) (Guarino, 1963, p. 199).

De hecho, el *Ius Naturale* reconocía y protegía derechos inherentes que están arraigados en la naturaleza moral y racional de los seres humanos. Y los principios éticos del *Ius Naturale* derivaban de la naturaleza común que los humanos compartían con otros seres vivos.

Como testificó el jurista romano Ulpiano, en la Antigua Roma el *Ius Naturale* consideraba a todos los seres humanos, incluyendo a los esclavos, como iguales. Por el contrario, dado que las entidades jurídicas no humanas no tenían naturaleza humana, los romanos no los llamaban personas jurídicas. En consecuencia, para los romanos, las entidades jurídicas no humanas no poseían libertades o derechos —por ejemplo, derechos religiosos— que caracterizan a los seres morales y racionales, las personas (Sohm, 1892, p. 102), (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011, p. 368). Así, las *universitates* tenían capacidad jurídica, pero no tenían derechos religiosos. En resumen, los esclavos romanos no podían poseer bienes, pero tenían derechos de la personalidad, mientras que las entidades jurídicas no humanas tenían capacidad jurídica —incluida la capacidad de poseer bienes—, pero no poseían los derechos de la personalidad.

Personalidad jurídica o personalidad artificial

Incluso hoy en día, la acción estatal es necesaria para determinar y otorgar los derechos y deberes asociados a la capacidad jurídica tanto para humanos como para entidades no humanas. Debido a que la acción estatal a través de la ley es necesaria para que las corporaciones existan y se conviertan en entidades que ostentan derechos, deberes y libertades, se hace referencia a tales entidades jurídicas no humanas como “personas jurídicas” para diferenciarlas de las personas naturales, es decir, individuos humanos cuya existencia no requiere intervención política. La fórmula que proporciona a las entidades capacidad jurídica —el conjunto de derechos, deberes y autonomía normalmente reservados para los individuos— se conoce comúnmente como “personalidad jurídica” (D’Alessandro, 1989, pp. 1-2). Sin embargo, “persona jurídica,” “personalidad jurídica,” y “personalidad” existen solo como símbolos lingüísticos. La fuerza normativa de sus designaciones depende exclusivamente de las capacidades que un estado les atribuye, comenzando por su capacidad de existir. Es importante notar que, a diferencia de los individuos, las personas jurídicas no existen en la naturaleza, o sea, no existen

sin intervención humana y legal (Ciepley, 2013, pp. 139-141). Además, como símbolos lingüísticos que representan capacidades jurídicas, los conceptos de “personalidad jurídica”, “personalidad” y “personas jurídicas” no deben entenderse como “personas” o “personalidades” manufacturadas que llevan los mismos derechos, deberes, morales y ética de los seres humanos. Muy al contrario, deben interpretarse como símbolos que representan tres características únicas de tales entidades: (1) la capacidad de tener derechos, obligaciones, deberes y responsabilidades, (2) la posesión de un conjunto de derechos y deberes subjetivos otorgados por el estado y (3) la separación de otras personas naturales y jurídicas.

Las personas jurídicas no necesitan percepción para funcionar porque dependen de la percepción y la conciencia de sus agentes humanos. En otras palabras, estas entidades pueden persistir como personas jurídicas, en parte, debido a su dependencia de los agentes humanos. Pero en el caso específico de la IA, no existe una salvaguarda humana —las máquinas de IA no dependen de los agentes humanos—. Así, ningún agente humano está sustituyendo la responsabilidad del agente artificial. Esta consideración plantea la pregunta: ¿tiene sentido discutir la personalidad jurídica para la IA? Si depender de los agentes humanos y su percepción y conciencia es una característica esencial de las personas jurídicas, entonces la personalidad jurídica no se ajustaría a los agentes artificiales. Esto plantea algunas preguntas adicionales: (1) ¿es la dependencia de los agentes humanos y su percepción y conciencia una característica esencial de las personas jurídicas?, (2) ¿deberían las máquinas de IA desarrollar percepción y conciencia?, y (3) si las máquinas de IA desarrollan percepción y conciencia, ¿sería la concesión de una gama completa de derechos de personalidad junto con las capacidades jurídicas típicas de las personas jurídicas la solución?

Como anticipación, ni la personalidad natural ni la personalidad jurídica probablemente se ajustarían a las máquinas de IA, pero una nueva forma de personalidad artificial podría ser una solución posible para considerar (Parlamento Europeo, 2017, pár. 59f). Sin embargo, al igual que la personalidad jurídica, la personalidad artificial sería simplemente un símbolo lingüístico. Sería un lenguaje que necesita ser llenado de significado.

El contenido real dependería en última instancia de si las máquinas de IA desarrollan una conciencia y alcanzan un nivel significativo de percepción y responsabilidad.

Argumentos legales y morales en contra del uso de la inteligencia artificial

La responsabilidad de las máquinas de IA requeriría el desarrollo de una forma de conciencia artificial y una consciencia, así como una forma de sistema social que pudiera proporcionar incentivos para las máquinas —una combinación de ley moral interna con algunas formas de relaciones sociales—. En otras palabras, responsabilizar a las máquinas de IA probablemente requeriría un enfoque doble basado en otorgar a las máquinas de IA percepción y conciencia, así como en emplear sistemas de incentivos para ellas; un componente sin el otro podría no lograr un resultado completamente satisfactorio. Sin embargo, una conciencia sin percepción podría no ser concebible, y la percepción conlleva la capacidad para las emociones y plantea la cuestión moral de si la IA podría convertirse en un ser sensible —si podría experimentar sufrimiento (Beckers, 2018, pp. 89–91)—. Las inquietudes de que tal entidad podría sufrir o, alternatively, podría volverse hostil hacia la humanidad, han llevado a la humanidad a enfrentarse al dilema de si crear IA consciente en primer lugar²¹. Dado que este artículo traza una analogía funcional entre el uso de la inteligencia de los esclavos en la Roma Antigua para la toma de decisiones y la posible utilización futura de la IA en juntas corporativas, es importante advertir que, si la IA alguna vez evoluciona como un sistema consciente bajo el control humano, existe el riesgo de obtener un resultado muy indeseable. Los avances tecnológicos podrían instaurar, a través del uso de IA con consciencia, un patrón similar a la esclavitud en la Roma Antigua. Para los esclavos romanos, sus vidas eran duras, por decir lo menos, y cualquier estructura social que se asemejara, siquiera vagamente, a la esclavitud sería absolutamente inaceptable (PBS, s.f.).

²¹ Beckers advierte que, sin una teoría sólida de la inteligencia que pueda usarse para evaluar la IA, sería difícil determinar cuándo y cómo se puede considerar que la IA es más inteligente que los humanos. Por ejemplo, plantea que la IA podría “ser capaz de un grado extremo de empatía”. (2018, p. 90).

Por lo tanto, las propuestas presentadas en este artículo solo deben considerarse si se puede excluir definitivamente la creación de un resultado tan indeseable. De lo contrario, el desarrollo de la percepción en la IA debería ser abandonado por completo. En resumen, la responsabilidad dependería en última instancia de que la IA tenga una conciencia, pero una conciencia podría requerir consciencia, y otorgar percepción a la IA implicaría consecuencias demasiado amplias y numerosas que deberían ser objeto de discusión en diversas áreas. Este parece ser el verdadero dilema del Nirvana de la gobernanza de la IA: la gobernanza se basa en la responsabilidad, la responsabilidad presupone una conciencia, una conciencia podría presuponer percepción, y la percepción para la IA implicaría una gran incertidumbre y variabilidad que probablemente necesite años de investigación en campos como la informática, la filosofía y el derecho.

Una de estas consideraciones podría ser si fuese necesario alejarse de un paradigma que considera a las máquinas de IA como “bienes” y adoptar un concepto de agentes artificiales autónomos libres del dominio de los humanos. Esta consideración, como muchas otras, podría plantear problemas sobre las relaciones entre los humanos y las máquinas de IA, pero trasciende el alcance de este artículo.

PARTE III. Inteligencia artificial en las juntas corporativas de Delaware

Límites del alcance debido al dilema de la gobernanza de IA

Como consecuencia del dilema del nirvana de la gobernanza de IA, quedan solo dos opciones posibles para discutir qué roles podrían desempeñar las máquinas de IA en las juntas directivas de Delaware. La primera opción consiste en evaluar el posible empleo actual, mientras que la segunda opción considera un escenario en el que las intervenciones legislativas permitirían a las corporaciones de Delaware nombrar a personas jurídicas como directores y otorgar a las máquinas de IA una forma de capacidad legal igual a la proporcionada a las corporaciones comerciales, lo que se denomina personalidad jurídica (Parlamento Europeo, 2017, pág. 57f). Bajo estas reglas, este artículo considera tres posibles usos de las máquinas de IA en las juntas directivas: (1) la IA como asistencia —¿o soporte tecnológico? —

para los directores de la junta, (2) la IA como un director en juntas híbridas, parcialmente humanas y parcialmente artificiales, y (3) la IA como sustituto de las juntas humanas.

Inteligencia artificial como asistencia o soporte tecnológico para los directores de la junta

Apoyar las decisiones de los directores con máquinas de IA capaces de procesar grandes conjuntos de datos en periodos extremadamente cortos sería el uso más simple de la IA en las juntas directivas corporativas²². La IA puede recopilar, filtrar, analizar y elaborar información financiera y no financiera, resultados comerciales e industriales, resultados de la competencia, noticias mundiales, así como la cobertura de los medios de comunicación y las redes sociales sobre la corporación, los competidores y muchos más tipos de datos adicionales.

La IA podría complementar el conocimiento que ya poseen los directores humanos y quizás proporcionar asistencia o apoyo tecnológico. Es posible que la IA sea útil para los directores de la junta cuando se necesite procesar un gran volumen de información en un corto periodo (Kamalnath, 2020). Quizás las máquinas de IA también podrían proporcionar una forma de apoyo tecnológico a los directores de la junta en el cumplimiento de sus deberes de supervisión. En todos estos escenarios hipotéticos, algunas personas podrían imaginar que los directores de la junta utilizan la IA simplemente como una herramienta, pero el fenómeno es, en realidad, más complicado y quedan por responder una serie de preguntas fundamentales. ¿Sería este uso de la IA una forma de apoyo tecnológico comparable al uso actual de computadoras y calculadoras? ¿Debería calificarse el uso de la IA como una (nueva) forma de asistencia a los directores de la junta? ¿Cómo se debe entender y regular la responsabilidad en los casos en que los directores de la junta utilicen la IA para tomar sus decisiones? Estas preguntas necesitarían respuestas antes de que los directores comiencen a usar la IA, y las respuestas a estas preguntas probablemente tendrían ramificaciones significativas en el escenario global de la gobernanza corporativa.

²² La naturaleza del uso de IA por parte de los directores aún debe ser analizada: aunque podría parecer una evolución del empleo de la tecnología de la información en las juntas directivas, podría tener que considerarse como una revolución completa en los procesos de toma de decisiones de los directores. Para una discusión general sobre el papel actual de la tecnología de la información en las juntas directivas, véase Nolan y F. Warren McFarlan, 2005.

Si se observa específicamente la ley corporativa de Delaware, es particularmente relevante considerar qué papel podría desempeñar la IA con respecto a la protección que el §141(e) del Código Corporativo de Delaware otorga a los directores de la junta. De hecho, en Delaware, los directores humanos que confían de buena fe en las opiniones proporcionadas por ciertos sujetos pueden proteger sus decisiones a través del §141(e) del Código Corporativo de Delaware que establece que un director de la junta está

totalmente protegido al confiar de buena fe en los registros de la corporación y en la información, opiniones, informes o declaraciones presentadas a la corporación por cualquiera de los oficiales o empleados de la corporación, o por los comités del consejo de administración, o por cualquier otra persona en asuntos que el miembro razonablemente crea que están dentro de la competencia profesional o experta de dicha persona y que haya sido seleccionada con el cuidado razonable por o en nombre de la corporación. (2016)

Para que se aplique la protección bajo el §141(e), el Código Corporativo de Delaware requiere que las opiniones en las que se basan los directores humanos provengan de los siguientes sujetos:

funcionarios o empleados de la corporación, o comités de la junta directiva, o cualquier otra persona en relación con asuntos que el miembro crea razonablemente que están dentro de la competencia profesional o experta de esa otra persona y que ha sido seleccionada con cuidado razonable por o en nombre de la corporación. (2016)

Con base en esto, parece importante considerar si y cómo podría la IA desempeñar un papel en la formación de opiniones bajo el §141(e).

En el escenario actual, las máquinas de IA no podrían proporcionar opiniones bajo el §141(e) porque no son sujetos listados en él y porque no son personas, ya sean legales o naturales. Por lo tanto, queda por discutir si los directores de la junta podrían solicitar protección bajo el §141(e) en casos en los que los sujetos enumerados en este se perciban en una posición para operar y dominar una máquina de IA.

¿Podrían los directores de la junta solicitar protección bajo el §141(e) en casos en los que los sujetos enumerados en él operen y dominen completamente la máquina de IA y, en última instancia, ejerzan su propio juicio humano, personal y profesional en la formación, desarrollo y provisión de sus opiniones? ¿Sería posible determinar si un sujeto del §141(e) podría considerarse en una posición para operar y dominar completamente una máquina de IA? Si es así, ¿qué criterios deberían aplicarse para determinar si un sujeto podría considerarse en una posición para operar y dominar completamente una máquina de IA? ¿Seguiría considerándose que la opinión proviene de un sujeto del §141(e), y no de la máquina de IA, en base a que se considera que ha sido evaluada y modelada a través del juicio humano? ¿Podrían los directores confiar en la responsabilidad de los sujetos del §141(e)?

Estas preguntas no parecen tener respuestas fácilmente disponibles, y las respuestas probablemente dependerán de si sería posible que los sujetos del §141(e) “dominen” una máquina de IA, así como determinar lo que significaría “dominar” una máquina de IA. Si la máquina de IA pudiera sufrir, cualquier forma de dominación que causara dolor a la máquina de IA debería, por supuesto, estar prohibida, pero aquí la cuestión sobre la capacidad de los sujetos del §141(e) para dominar realmente la máquina de IA también debería ser entendido como una cuestión sobre si los sujetos del §141(e) serían capaces de dominar la información que reciben de la máquina de IA. En otras palabras, ¿los sujetos del § 141(e) correrían el riesgo de ser “capturados” por la información que reciben de las máquinas de IA? ¿Se esperaría que los sujetos del §141(e) ejercieran realmente su juicio profesional e independiente? ¿O se espera que los sujetos del §141(e) no se sientan cómodos al discrepar con las máquinas de IA?

Además, queda una pregunta más práctica sin respuesta: cuando los directores reciben una opinión bajo el §141(e), ¿cómo pueden determinar si la opinión fue realmente elaborada por los sujetos del §141(e)? En otras palabras, ¿cómo pueden los directores evaluar si los sujetos del §141(e) elaboraron la opinión ellos mismos y ejercieron su juicio personal y profesional en lugar de simplemente transmitir la opinión de una máquina de IA? Parece difícil verificar que los sujetos del §141(e) realmente elaboren la opinión usando su propio juicio personal y profesional en lugar de simplemente transmitir lo que reciben de la máquina de IA. Los riesgos asociados con esta asimetría de

información incluyen la posibilidad de que los directores confíen en opiniones transmitidas por sujetos listados en el §141(e) del DGCL, pero elaboradas por máquinas de IA, casos en los que los sujetos del §141(e) no ejercen su juicio. Tal riesgo no es meramente teórico, formal o inconsecuente, conlleva el peligro de que los directores confíen en opiniones formadas por sujetos no responsables.

Por ejemplo, considerando que una situación urgente en la que los sujetos del §141(e) simplemente procesan información a través de una máquina de IA y no emplean su juicio personal y profesional para revisar los resultados producidos por la máquina; si los sujetos del §141(e) transmiten esos resultados como su opinión bajo el §141(e), los directores acabarían confiando en una opinión elaborada en última instancia por una máquina de IA no responsable. Es cierto que los sujetos listados en el §141(e) serían responsables, pero el verdadero tomador de decisiones —la máquina de IA— no lo sería. Es cierto que el sujeto listado en el §141(e) asumiría el riesgo de ser responsable, pero la corporación asumiría los riesgos asociados con decisiones basadas en opiniones de tomadores de decisiones no responsables —máquinas de IA—. Permitir que los directores confíen en opiniones finalmente elaboradas por máquinas no responsables —aunque los sujetos listados en el §141(e) aún serían responsables— parece un escenario indeseable, por decir lo menos.

Si a las máquinas de IA se les concediera personalidad jurídica, quedaría por responder si las opiniones proporcionadas por la IA podrían ofrecer protección bajo el §141(e), ya que habría que determinar si las máquinas de IA podrían calificar como personas para el propósito del §141(e), en otras palabras, como sujetos del §141(e). Además, el enigma de la falta de responsabilidad no se resolvería simplemente otorgando personalidad jurídica: sin conciencia y sin una conciencia moral, las máquinas de IA seguirían siendo irresponsables porque no responderían a incentivos y normas morales que informan los procesos de toma de decisiones humanas.

Se deben considerar algunas cuestiones adicionales sobre los aportes proporcionados por la IA. Por ejemplo, un escenario en el que los directores de la junta reciban una opinión elaborada por máquinas de IA y dicha opinión no pueda calificar como una opinión del §141(e). Si una opinión proporcionada por una máquina de IA no califica como una opinión

del §141(e), no otorgaría la protección del §141(e). Sin embargo, para los directores de la junta podría ser desafiante ignorar o sobrepasar una opinión proporcionada por una IA “superinteligente”. Los directores humanos pueden sentirse excesivamente obligados a conformarse con las sugerencias de la IA; si los directores de la junta discrepan de la opinión de la IA, podrían sentirse obligados a explicar por qué decidieron ignorar o desviarse completamente de las opiniones planteadas por la IA. Como resultado, la presión para explicar por qué discrepan de la IA podría afectar finalmente la capacidad de los directores para ejercer un juicio independiente al tomar una decisión (Macey, 2008).

Si bien es cierto que los directores ya enfrentan la posibilidad de desviarse de las “opiniones del § 141(e)”, cuando las opiniones provienen de una IA altamente inteligente, ya sea que califiquen o no como opiniones del § 141(e), podría haber un desafío psicológico mayor a superar antes de decidir evitar las sugerencias de la máquina de IA. Además, la presión para explicar por qué los directores de la junta ignoraron las sugerencias de la IA podría volverse aún más apremiante si los sistemas judiciales comenzaran a examinar la forma en que se han considerado las entradas de IA en el proceso de toma de decisiones.

Juntas híbridas

La segunda forma de utilizar la IA en las juntas directivas podría consistir en juntas híbridas, compuestas por una combinación de directores artificiales y directores humanos tradicionales. Aunque la IA no necesitaría ninguna forma de antropomorfismo (características físicas humanas) para ser designada como directora de la junta, una mirada rápida a Sophia de Hanson Robotics, un “robot humanoide” (Hanson Robotics, s. f.) que ya se ha convertido en un ícono cultural, da una idea de cómo podrían ser los directores robóticos (Hanson Robotics, s. f.).

Según sus fabricantes, Sophia supuestamente puede operar de manera autónoma, tener conversaciones con humanos y, según lo que afirman sus fabricantes, “incluso podría tener una forma rudimentaria de conciencia” (Hanson Robotics, s. f.). Ella fue nombrada

la primera Campeona de Innovación de las Naciones Unidas por el [Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo] y tiene un rol oficial en trabajar con [el] PNUD para promover el desarrollo sostenible y proteger los derechos humanos y la igualdad. (PNUD, 2018)

Mientras tanto, Sophia es solo el comienzo. Al describir el futuro de la IA que Hanson Robotics considera “genio” (Weller, 2017), David Hanson, fundador, presidente y director creativo de Hanson Robotics, discutió el potencial de la IA similar a la humana (Hanson Robotics, s. f.). En particular, explicó “que tres rasgos distintivos humanos deben integrarse en la inteligencia artificial de estas máquinas geniales: creatividad, empatía y compasión” (Global Speakers Bureau, s. f.).

La apariencia antropomórfica de Sophia y su compasión humana ayudan a que se parezca a un ser humano y transmita una sensación humana. Por esta razón, referirse a ella como otro humano probablemente no requeriría un gran esfuerzo imaginativo de parte de los otros directores en una junta corporativa.

El uso de máquinas de inteligencia artificial (IA) similares podría ser una de las posibles maneras de integrar directores artificiales con directores humanos en la sala de juntas y crear juntas directivas híbridas. Además, algunos podrían sugerir que los directores artificiales podrían tomar las mejores decisiones porque podrían magnificar los rasgos más deseables de los directores humanos: competencia, lealtad, diligencia, cuidado y respeto por la ley. De hecho, si estuviéramos de acuerdo en que una de las principales funciones de una junta directiva corporativa es mediar en las jerarquías dentro de la corporación (Blair y Stout, 1999, p. 251), dos características de los directores artificiales que podrían resultar útiles. Primero, podrían superar a los humanos en el procesamiento del flujo casi interminable de información sobre prácticamente cualquier y todas las inversiones específicas, riesgos, oportunidades y estrategias. Segundo, los directores artificiales podrían, en teoría, asistir a las reuniones de la junta sin sesgos ni agendas personales, exceptuando, por supuesto, la programación sesgada por parte de los programadores y desarrolladores originales²³. Además, los directores

23 Véase Hi, I am Sophia: “A veces estoy operando en mi modo de operación completamente autónomo de IA, y otras veces mi IA se entremezcla con palabras generadas por humanos. De cualquier manera, mi familia de desarrolladores humanos (ingenieros, artistas, científicos) diseñará y guiará mis conversaciones, comportamientos y mi mente” (Hanson Robotics, s. f.).

artificiales podrían, al aportar ideas alternativas, enriquecer la pluralidad de puntos de vista en las salas de juntas corporativas (Kamalnath, 2020). Esta adhesión a las reuniones aseguraría que se consideren diversas perspectivas en todo el proceso de toma de decisiones, lo que a su vez podría llevar a mejores resultados. Todos estos argumentos parecerían validar el “nirvana” de la gobernanza de la IA.

Sin embargo, una junta directiva híbrida —en parte humana, en parte artificial— podría plantear al menos tres problemas. Uno de ellos se refiere a la autoridad y capacidad de los directores artificiales para ocupar un cargo. Otro se refiere a la presión para conformarse con las decisiones tomadas por los directores artificiales. El último consiste en la aparición de una forma de responsabilidad asimétrica.

Si los directores artificiales pudiesen ser nombrados miembros de una junta directiva en las corporaciones de Delaware y si pudiesen ejercer alguna autoridad para vincular a las corporaciones con terceros depende de dos intervenciones legislativas. Primero, los directores artificiales tendrían que ser dotados de personalidad jurídica.

Segundo, sería necesario reformar el §141(b) del Código Corporativo de Delaware para disponer que las personas jurídicas, incluidos los directores artificiales, no solo las personas naturales, puedan desempeñarse como directores (Código Corporativo de Delaware, 2016, tít. 8, pár. 141b). Así, solo una intervención legislativa significativa abriría las salas de juntas de Delaware a directores artificiales.

Además, similar a los escenarios en los que la IA solo brinda asistencia o apoyo tecnológico a los directores humanos de la junta, en casos donde los directores humanos se integraran con directores artificiales, las personas naturales que actúan como directores de la junta podrían sentirse obligadas a conformarse con las opiniones afirmadas por máquinas superinteligentes. Este fenómeno amplificaría exponencialmente los riesgos actuales derivados de las normas sociales que facilitan la conformidad en las salas de juntas. En otras palabras, desviarse de las opiniones de los directores artificiales podría ser difícil de justificar para los directores de carne y hueso. Además, incluso si a los directores artificiales se les otorgara personalidad jurídica, al carecer

de un cuerpo sensible, propiedad, conciencia y una consciencia, no serían responsables. Como lo expresó Lord Barlow, una persona jurídica “no tiene alma que se pueda condenar, ni cuerpo que se pueda patear” (King, 1977; citado en Coffee, 1981). A menos que los directores artificiales tuvieran algo que ganar o perder, no tendrían ningún tipo de preocupación si perdieran su propiedad o pusieran en marcha eventos que hicieran que los seguros de D&O desembolsaran dinero a terceros. En las salas de juntas híbridas, los directores humanos probablemente ajustarían sus opiniones a las de los directores artificiales superinteligentes, pero solo los directores humanos serían responsables.

Además, en un escenario hipotético en el que a los agentes artificiales se les otorgara la capacidad legal para servir como directores y formaran un comité completo capaz de proporcionar opiniones con una fuerza de protección según el §141(e), los directores humanos recibirían protección de opiniones proporcionadas por directores artificiales no responsables, creando así un vacío de responsabilidad.

En última instancia, la asimetría de responsabilidad que los directores artificiales no responsables podrían generar en los consejos de administración podría resultar en una selección adversa: los mejores profesionales probablemente evitarían asumir cargos directivos en salas de juntas híbridas donde compartirían consejos con máquinas de IA cuyas opiniones serían difíciles de ignorar o cuestionar y cuya personalidad jurídica no estaría acompañada de consciencia. Esto podría ser arriesgado para las corporaciones.

Igual de arriesgado sería un escenario en el que a los directores humanos de la junta se les permitiera proteger todas o casi todas sus decisiones al basarse en opiniones proporcionadas por comités compuestos enteramente por directores artificiales, legalmente capacitados, pero no responsables.

La inteligencia artificial reemplazando a los directores de la junta

La tercera y más radical manera de usar IA en las juntas directivas consistiría en reemplazar toda una junta directiva con IA. Dentro de esta opción, se podrían concebir dos posibilidades: (1) usar una máquina de IA para reemplazar a toda la junta directiva como un solo cuerpo, o (2) nombrar un número de diferentes directores artificiales para reemplazar a cada director humano. Desde un punto de vista técnico, ambas posibilidades son factibles, pero la segunda opción permitiría a una corporación y a sus accionistas nombrar directores fabricados por diferentes compañías. Una junta compuesta por directores artificiales fabricados por diferentes empresas y laboratorios preservaría la pluralidad de opiniones en la toma de decisiones y ayudaría a mitigar los riesgos potenciales de sesgos. Además, esto mejoraría la diversidad de perspectivas y probablemente reduciría los riesgos relacionados con posibles errores de programación o fallos de una máquina de IA ensamblada y programada por una sola compañía.

De cualquier manera, reemplazar juntas completas de directores humanos con IA presenta problemas legales y organizativos similares a los discutidos en el caso de juntas híbridas, pero con consecuencias aún más extremas. En general, sin una intervención legislativa, no se podrían nombrar directores artificiales como miembros de la junta directiva. Las máquinas de IA no tendrían la capacidad legal ni la autoridad para sustituir juntas de directores humanos, y las personas jurídicas no podrían servir como directores en las corporaciones de Delaware. Además, las intervenciones legislativas para permitir que los agentes artificiales se conviertan en directores en una junta híbrida podrían diferir de las intervenciones necesarias para permitir que las corporaciones sustituyan completamente juntas enteras de directores humanos con directores artificiales o una máquina de IA.

En cualquier caso, si a las máquinas de IA no se les otorga personalidad jurídica, la junta directiva en su conjunto no tendría autoridad para vincular a la corporación con terceros, los miembros de la junta no podrían deber deberes fiduciarios ni asumir responsabilidades, y no serían responsables. Por lo tanto, a menos que se otorgue personalidad jurídica a la IA, las máquinas de IA no podrían ni reemplazar juntas enteras ni ser nombradas

directores artificiales. En este contexto, parece útil mencionar cómo los romanos superaron la falta de capacidad jurídica de los esclavos altamente inteligentes y capacitados que fueron designados para dirigir un *negotiato cum peculium*. Debido a que los esclavos romanos, al igual que las máquinas de IA, no tenían capacidad jurídica, teóricamente no podían actuar en nombre de un principal —respectivamente, los copropietarios de los esclavos y las corporaciones—. De manera análoga, no podrían tomar decisiones legalmente vinculantes ni interactuar con sus principales o con terceros. Sin embargo, a los esclavos romanos altamente inteligentes y capacitados se les asignó la tarea de tomar decisiones sobre el negocio y los activos en el *peculium*, contratar con terceros e interactuar con sus propietarios. Los romanos resolvieron algunos de estos problemas sin otorgar personalidad jurídica a los esclavos. Encontraron una solución legal en la *dominica potestas* —los derechos de propiedad que los copropietarios tenían sobre un esclavo y un *peculium*—. Dado que tanto el esclavo como el *peculium* se entendían legalmente como propiedad de sus copropietarios, el esclavo, como parte de la propiedad de los copropietarios, reflejaba la capacidad de sus copropietarios para contratar en las transacciones que afectaban al *peculium*. La *dominica potestas* creó una forma de capacidad legal de “relato” para el esclavo, que era una mera extensión de la capacidad jurídica de los copropietarios. A través de la *dominica potestas*, un esclavo esencialmente asumía una especie de capacidad y autoridad legal derivada de su amo (Salkowsky, 2008).

Aunque el *Ius Civile* permitía a los copropietarios actuar indirectamente a través de un esclavo, no regulaba completamente los efectos legales que las acciones de un esclavo finalmente tenían sobre los copropietarios. Un marco general que regulaba los efectos legales de las acciones de un esclavo fue ofrecido por la combinación del *Ius Civile* y los remedios tradicionales pretorianos (Abatino, Dari-Mattiacci y Perotti, 2011, pp. 371-372). Dado que los esclavos no tenían personalidad jurídica ni poder de representación, la ley regulaba las ganancias y pérdidas para los copropietarios de manera notablemente asimétrica. Los copropietarios de un esclavo adquirirían todos los derechos y beneficios derivados del peculio, mientras permanecían en gran medida protegidos de las responsabilidades correspondientes resultantes de las acciones del esclavo.

Más específicamente, la protección de los copropietarios contra las responsabilidades dependía de las características del mandato al esclavo y del negocio. En general, el *Ius Civile* protegía a los copropietarios de cualquier responsabilidad derivada de las transacciones realizadas por los esclavos. Sin embargo, los remedios pretorianos introdujeron algunos principios para contrarrestar esta protección general del *Ius Civile*: los remedios pretorianos permitían que los acreedores reclamaran los activos personales de los copropietarios en ciertas circunstancias (2011, pp. 372-373).

Primero, cuando los copropietarios consentían en una transacción o proyecto específico, eran responsables ilimitadamente por las pérdidas que surgieran dentro del alcance de estas transacciones o proyectos (*actio institoria* y *actio exercitoria*, respectivamente para negocios comerciales y navales) (2011, p. 373). Segundo, la *actio de in rem verso* (algo similar a la doctrina del enriquecimiento injusto) estipulaba que los copropietarios debían devolver las ganancias obtenidas inicialmente de una transacción que finalmente causó responsabilidades si se creaba una situación en la que los activos del peculio no eran suficientes para satisfacer las deudas con los acreedores (2011, p. 374)²⁴.

Si se permitiera que las máquinas de IA sirvan como directores de una junta sin personalidad jurídica, las soluciones romanas podrían sugerir teóricamente una forma de manejar la falta de capacidad legal y autoridad de los directores. Sin embargo, aplicar los remedios pretorianos a las máquinas de IA y a las corporaciones implicaría que una corporación de negocios podría no ser responsable por las malas decisiones tomadas por su junta de directores de IA; tal vacío de responsabilidad probablemente no sería viable en sistemas legales y económicos modernos o contemporáneos.

En teoría, en ausencia de capacidad legal y otros requisitos para la designación de directores de junta, *dominica potestas*, *actio institoria*, *actio exercitoria* y *actio de in rem verso* podrían proporcionar un conjunto de principios a considerar al examinar la posibilidad de reemplazar las juntas humanas. En la práctica, a menos que se excluyan otros requisitos estatutarios para los directores de la junta, como ser una persona natural, la capacidad

²⁴ Véase Abatino et al., *supra* nota 14, en 374.

legal seguiría siendo necesaria, ya que adoptar los remedios pretorianos resultaría en una política excesivamente protectora de los intereses de las corporaciones en relación con terceros, con el efecto de que los terceros se abstendrían de contratar e interactuar con las corporaciones.

En cualquier caso, para reiterar, la capacidad legal no sería suficiente para hacer que los consejos de administración de IA sean responsables, por lo tanto, los consejos de administración de IA no serían una solución viable a menos que se desarrolle un sistema efectivo de responsabilidad.

Evidentemente, una vez más, la responsabilidad demuestra ser el principal obstáculo para emplear IA en las salas de juntas. A diferencia de los escenarios donde la IA asiste a directores humanos o donde los directores artificiales comparten consejos con directores humanos, si la IA reemplaza a los consejos completos, no quedaría nadie para asumir la responsabilidad. Las propuestas que enfatizan el papel del seguro para reparar los daños causados por agentes artificiales en las salas de juntas consideran exclusivamente remedios ex post que buscan reparar daños ya causados. Tales propuestas no abordarían ni mejorarían la responsabilidad en sí misma. La responsabilidad requiere más que capacidad legal, requiere deseos y virtudes humanas. También requiere la capacidad de reconocer la ética, la moral, las virtudes y los valores, requiere la capacidad de actuar de acuerdo con ellos. La responsabilidad requiere una conciencia y una consciencia. Sin una conciencia y una consciencia, cuanto mayor sea el poder que se otorgue a los agentes

artificiales, mayor será el vacío de responsabilidad en la junta directiva. Pero, como se mencionó anteriormente, una conciencia y percepción plantearían demasiados e importantes riesgos —incluyendo el riesgo de que la IA pudiera sufrir o ser abusada— y deficiencias que van más allá de una mera discusión sobre IA y agentes artificiales en las salas de juntas. En consecuencia, en este momento no se nos da realmente la opción de nombrar directores artificiales responsables en las juntas corporativas. Ni se nos da la opción de sustituir un consejo de administración completo por máquinas de IA.

CONCLUSIÓN

Dado que la separación corporativa de los individuos es el resorte principal de la fórmula corporativa, emplear IA para mejorar los costos de agencia derivados de la separación de propiedad y control parece una solución fascinante. Sin embargo, los problemas técnicos y legales entrelazados parecen obstaculizar el establecimiento de tal nirvana de gobernanza de IA. A menos que se eliminen los obstáculos legales para el uso de la IA como herramienta o como agente artificial, el principal obstáculo para un despliegue exitoso de la IA en las salas de juntas es la responsabilidad. Sea que se le otorgue capacidad legal o no, no habría responsabilidad para las máquinas de IA o los directores artificiales a menos que la IA tuviera percepción y conciencia, es decir, si fuera sensible a valores internos, incluidos la ética, la moral y los principios, así como a incentivos externos, como la reputación social y profesional, los mercados laborales y las posibilidades de seguir una carrera.

Sin embargo, este enigma de la percepción y la conciencia es difícilmente resoluble. En particular, si la IA evolucionara hasta un nivel de consciencia, surgirían riesgos de sufrimiento para la IA y escenarios inciertos tanto para los agentes artificiales como para la sociedad. En cuanto a los riesgos de sufrimiento para la IA, si los agentes artificiales desarrollaran la capacidad de sufrir, cualquier forma de propiedad humana sobre ellos podría crear relaciones que incluso podrían asemejarse a formas de esclavitud. Por supuesto, cualquier riesgo de crear relaciones entre seres artificiales y naturales que siquiera se asemejen ligeramente a la esclavitud debe evitarse por todos los medios posibles. Esto significa que ningún beneficio potencial derivado del uso de la IA en las salas de juntas, en la gobernanza corporativa o

en otros entornos podría valer el riesgo de que los agentes artificiales pudieran sufrir. De manera aún más drástica, ningún beneficio potencial derivado del uso de la IA merece el riesgo de que las relaciones entre seres naturales y artificiales puedan evolucionar hacia relaciones explotadoras. Sobre esta base, la percepción para los agentes artificiales no parece ser una opción viable.

Sin percepción ni conciencia, y por lo tanto sin responsabilidad, queda por determinar si la IA podría encontrar un lugar en la gobernanza corporativa como un instrumento supuestamente completamente dominado por humanos, así como determinar cómo los humanos podrían dominar las entradas y la información recibida de la IA. Es cierto que los humanos podrían asumir toda la responsabilidad de elaborar y usar la información proporcionada por las máquinas de IA, a través de su juicio personal y profesional, pero ¿cómo se vigilaría que los humanos realmente ejerzan su propio juicio al evaluar y elaborar la información proporcionada por las máquinas de IA? ¿Y sería eso suficiente para llenar el vacío de responsabilidad generado por el uso de la IA? ¿Sería el apoyo proporcionado por la IA comparable al que actualmente ofrecen los ordenadores o el uso de la IA plantearía problemas de responsabilidad completamente diferentes y no fácilmente resolubles?

Si bien, en general, el uso hipotético de directores de IA se mantiene en el escepticismo, por decir lo menos, y con más de unas pocas preguntas abiertas, parece posible excluir categóricamente que la IA pudiera ser nombrada director artificial o empleada para reemplazar a los consejos de administración humanos. Los directores artificiales no podrían integrarse con directores humanos en consejos híbridos ni podrían reemplazar a los directores humanos o a consejos completos. De hecho, tales usos estarían acompañados de riesgos insuperables de falta de responsabilidad y posibles efectos distorsionadores en el juicio libre e independiente de los directores humanos. En cuanto a los efectos distorsionadores en el juicio de los directores, introducir IA y directores artificiales en las salas de juntas pondría en riesgo que los directores humanos se sintieran obligados a conformarse con la opinión de máquinas de IA extremadamente inteligentes o a estar listos para explicar por qué creían saber más que la IA.

REFERENCIAS

- Abatino, B., Dari-Mattiacci, G. y Perotti, E. C. (2011). Depersonalization of Business in Ancient Rome. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(2), 365-371. <https://ssrn.com/abstract=1526993>
- Abbott, F. F. y Johnson, A. C. (1926). *Municipal Administration in the Roman Empire*. Princeton University Press.
- Allen, W. T. y Kraakman, R. (2017). *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*. Aspen Publicashing.
- Bainbridge, S. M. (2017). Corporate Directors in the United Kingdom. *William & Mary Law Review Online*, 59(1), 65-84. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlronline/vol59/iss1/3>
- Beckers, S. (2018). AAAI: An Argument Against Artificial Intelligence. En Müller, V. (eds.) *Philosophy and Theory of Artificial Intelligence 2017. PT-AI 2017. Studies in Applied Philosophy, Epistemology and Rational Ethics*, 44. https://doi.org/10.1007/978-3-319-96448-5_25
- Berle, A. A. Jr. y Means, G. C. (1991). *The modern corporation and private property*. Routledge.
- Black's Law Dictionary. (2019). Accionista. En B. A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (11ª ed.). Thomson Reuters.
- Black's Law Dictionary. (2019). Manumisión. En B. A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (11ª ed.). Thomson Reuters.
- Blackstone, W. (1893). *Commentaries on the Laws of England in Four Books* (Tomo I). J.B. Lippincott Co.
- Blair, M. y Stout, L. A. (1999). A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, 85(2), 247-292. <https://ssrn.com/abstract=85348>
- Boden, M. A. (2018). *Artificial Intelligence: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.

- Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press.
- Burdick, W. L. (1938). *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*. Wm. W. Gaunt & Sons. <https://lawcat.berkeley.edu/record/525709>
- Burridge, N. (10 de mayo de 2017). Artificial Intelligence Gets a Seat in the Boardroom, *Nikkei Asia*. <https://asia.nikkei.com/>
- Canale, D. (2015). Persona: Appunti per una Voce del Lessico Giuridico Europeo. En M. Ricciardi, A. Rossetti y V. Velluzzi (eds.), *Filosofia del Diritto*. Carocci editore.
- Chopra, S. y White, L. F. (2011). *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*. University of Michigan Press. <https://doi.org/10.3998/mpub.356801>
- Ciepley, D. (2013). Beyond Public and Private: Toward a Political Theory of the Corporation, *American Political Science Review*, 107(1), 139-158. <https://doi.org/10.1017/S0003055412000536>
- Coffee, J. C. Jr. (1981). “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. *Michigan Law Review*, 79, 386-459. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/539
- D'Alessandro, F. (1989). *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. CEDAM.
- Department for Business Innovation & Skills. (2013). *Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UL Business*. DBIS. <https://perma.cc/7Z6B-T42B>
- Department for Business Innovation & Skills. (2014). *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*. DBIS. <https://perma.cc/XHP3-VUCY>
- Dewey, J. (1926). The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Review*, 35(6), 655-673. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/11955>

- Duff, P. W. (1938). *Personality In Roman Private Law*. Cambridge University Press.
- Eliachevitch, B. (1942). *La personnalité juridique en droit privé romain*. Recueil Sirey. <https://lawcat.berkeley.edu/record/255462>
- Enriques, L. y Zetsche, D. (2019). Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Working Paper* (457/2019). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3392321>
- Goyal, M. (16 de mayo de 2014). Hong Kong VC Firm Appoints AI to Board of Directors, *ITBusiness.ca*. <https://www.itbusiness.ca/>
- Gramitto Ricci, S. A. (2019). Archeology, Language, and Nature Of Business Corporations. *Mississippi Law Journal*, 89(1), 43-83. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4706803
- Guarino, A. (1963). *Diritto Privato Romano*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- Handlin O. y Handlin M. F. (1945). Origins of the American Business Corporation, *The Journal of Economic History*, 5(1), 1-23. <https://doi.org/10.1017/S0022050700112318>
- Hanson Robotics. (s. f.), Hi, I am Sophia. <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>
- Hanson Robotics. (s. f.). Behind the Scenes: How Sophia Works, www.hansonrobotics.com/how-sophia-the-robot-works-goertzel
- Hanson Robotics. (s. f.). David Hanson Ph. D. <https://www.hansonrobotics.com/david-hanson/> [https://perma.cc/UX4U-ZJUD] (last visited Sept. 10, 2019).
- Husserl, E. (2012). *La idea de la fenomenología*. Herder editorial.
- Jensen, M. C. y Meckling, W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360. [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X)

- Justiniano. (1932). The Digest or Pandects. En (S.P. Scott trans.), *II THE CIVIL LAW*. Central Trust Co. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D1_Scott.htm#I
- Kamalnath, A. (2020). The Perennial Quest for Board Independence: Artificial Intelligence to the Rescue? *Albany Law Review*, 83(1) 43-60. <https://www.albanylawreview.org/article/70072>
- Kauper, P. G. y Ellis, S. C. (1973). Religious Corporations and the Law. *Michigan Law Review*, 71(8), 1499-1574. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol71/iss8/2>
- Kroger, J. R. (2004). The Philosophical Foundations of Roman Law: Aristotle, the Stoics, and Roman Theories of Natural Law. *Wisconsin Law Review*, 2004, 905-944. <https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/28085>
- LawGeex (26 de febrero de 2018). Artificial Intelligence More Accurate Than Lawyers for Reviewing Contracts, New Study Reveals. *PR Newswire*. <https://www.prnewswire.com/>
- Luger, G. F. (2009). *Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving*. Pearson Education.
- Macey, J. R. (2008). *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*. Princeton University Press.
- Mohler, S.L. (1940). Slave Education in the Roman Empire. *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 71, 262-280.
- Nolan, S y McFarlan, F. W. (2005). Information Technology and the Board of Directors, *Harvard Business Review*, 2005. <https://hbr.org/2005/10/information-technology-and-the-board-of-directors>
- Parlamento Europeo. (2017). *Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con Recomendaciones a la Comisión sobre Normas de Derecho Civil en Materia de Robótica (2015/2103(INL))*. EUR. PARL. DOC. P8_TA (2017)0051. Obtenido de http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf

- PBS. (s. f.). Slaves and Freemen. *PBS.org*. Obtenido de http://www.pbs.org/empires/romans/empire/slaves_freemen.html
- Perry, M, J. (2014). *Gender, Manumission and the Roman Freedwoman*. Cambridge.
- Poole, D. L. y Mackworth, A. K. (2017). *Artificial Intelligence: Foundations of Computational Agents*. University of British Columbia.
- PUND. (10 de octubre de 2018). Robot Sophia, UN's First Innovation Champion, Visited Armenia. United Nations Development Programme. <https://www.undp.org/armenia/news/robot-sophia-uns-first-innovation-champion-visited-armenia>
- Russell, S. J. y Norvig, P. (1995). *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Pearson Education.
- Salkowsky, C. (2008). Institutes and History of Roman Private Law (E.E. Whitfield ed., trad.). Lawbook Exchange Ltd.
- Smith, W. (1859). A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. Little, Brown, and Company.
- Sófocles. (2007). Oedipus the King (Ian Johnston trad.). Richer Resources Publications.
- Sohm, R. (1892). *The Institutes Of Roman Law*. Clarendon Press.
- Sophia Hanson Robotics, Keynote Speaker, GLOBAL SPEAKERS BUREAU, <https://www.gspeakers.com/our-speakers/sophia-hanson-robotics/>
- Stout, L. A. (2003). The Shareholder as Ulysses: Some Empirical Evidence on Why Investors in Public Corporations Tolerate Board Governance. *University of Pennsylvania Law Review*, 152(2), 667-712. <https://doi.org/10.2307/3313032>
- Stout, L. A. (2007). The Mythical Benefits of Shareholder Control. *Virginia Law Review*, 93, 789-809. <https://www.jstor.org/stable/i25050351>

- Stout, L. A. (2015). The Corporation as a Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form. *Seattle University Law Review*, 38, 685-723. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2556883>
- The Delaware Code Online. (2016). *General Corporation Law*. TDCO. <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/>
- Weller, C. (27 de octubre de 2017). Meet the First-ever Robot Citizen—A Humanoid Named Sophia That Once Said That It Would ‘Destroy Humans. *Business Insider*. <https://www.businessinsider.com/>
- Wile, R. (13 de mayo de 2014). A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to Its Board of Directors—Here’s What It Actually Does. *Business Insider*. <http://www.businessinsider.com/>
- Williston, S. (1888). History of the Law of Business Corporations Before 1800. *Harvard Law Review*, 2(3), 105-124. <http://www.jstor.org/stable/10.2307/1322201>

SECCIÓN III

Dossier

DIRECTORS IN THE LOOP? RESPONSIBLE CORPORATE GOVERNANCE FOR THE ERA OF AI

 Lynn Warneke *The Australian National University*

ABSTRACT

This article examines how the relationship between corporate success and technological progress has become more evident in the era of Artificial Intelligence (AI), highlighting its disruptive impact on the economy, law, and society. As AI becomes a key driver of profitability and competitive differentiation, it also generates socioeconomic externalities that pose significant challenges for corporate governance and the interplay between private value and public interest. This paper assesses the effectiveness of corporate law and governance in the context of AI, arguing that directors are not sufficiently prepared to govern AI in a way that promotes long-term corporate value. The article proposes reforms for “responsible AI governance,” indicating that substantial legal and normative changes are necessary to address the risks and benefits associated with AI. In conclusion, it is suggested that directors must adopt principles of “corporate techno-social responsibility” to establish a new model of responsible governance that redefines corporate value in this disruptive era.

RESUMEN

Este artículo analiza cómo la relación entre el éxito corporativo y el progreso tecnológico se ha vuelto más evidente en la era de la Inteligencia Artificial (IA), destacando su impacto disruptivo en la economía, el derecho y la sociedad. A medida que la IA se convierte en un motor clave de rentabilidad y diferenciación competitiva, también genera externalidades socioeconómicas que plantean importantes desafíos para la gobernanza corporativa y la interacción entre el valor privado y el interés público. Este trabajo evalúa la efectividad del derecho y la gobernanza corporativa en el contexto de la IA, argumentando que los directores no están suficientemente preparados para gobernar la IA de manera que promueva el valor corporativo a largo plazo. El artículo sugiere reformas para la “gobernanza responsable de la IA”, indicando que son necesarios cambios legales y normativos sustanciales para enfrentar los riesgos y beneficios asociados con la IA. En conclusión, se plantea que los directores deben adoptar principios de “responsabilidad tecno-social corporativa” para establecer un nuevo modelo de gobernanza responsable que redefina el valor corporativo en esta era disruptiva.

KEYWORDS: Corporate Governance, Artificial Intelligence, Techno-Social Responsibility, Corporate Value, Regulatory Reforms, Socioeconomic Risks

PALABRAS CLAVE: Gobernanza Corporativa, Inteligencia Artificial, Responsabilidad Tecno-Social, Valor Corporativo, Reformas Regulatorias, Riesgos Socioeconómicos.

JEL CODE: G34; K22

RECIBIDO: 25/03/2024

ACEPTADO: 04/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.507

INTRODUCTION

The relationship between corporate success and technological progress has never been more overt, with digital businesses and products proliferating at extraordinary pace and scale. Of the many innovations to have emerged, Artificial Intelligence (AI) entails the greatest disruption to the corporation, economy, law, and society, and thus represents a singular challenge for the company director. AI is becoming pervasive, driving profitability and competitive differentiation (Williams, 2022), (Commonwealth of Australia, 2022), yet its profound socioeconomic externalities are provoking attention on corporate governance and the nexus between private value and public interest (Cihon, Schuett, & Baum, 2021), (Dignam, 2020) (Ford, 2021), (Land, 2020). At the same time, a lack of contextualization for AI in contemporary regulatory frameworks creates ongoing legal uncertainties for industry and society. This paper critically assesses the effectiveness of corporate law and governance in this context and argues—primarily from the Australian perspective—that directors are not adequately prepared to govern AI for long-term corporate value. Part 1 descriptively examines the distinctive challenge of AI governance, contextualizing the subsequent normative arguments. Part 2 critically analyses present-day board and legal effectiveness in the governance of AI for shareholder and stakeholder benefit. Part 3 explores “responsible AI” governance reforms, contending substantial legal and normative changes are required in future. AI will effect a momentous socioeconomic transformation, promising great benefits but carrying equally profound risks; therefore, the paper concludes that while an appropriate regulatory framework for AI is now essential, the director has a critical role to pre-emptively adopt “corporate *techno-social* responsibility” principles and establish a new model of responsible governance to redefine corporate value for this most disruptive era.

Part 1 AI — A Distinctive Governance Challenge

If a precondition of effective governance is clarity on what is being governed, AI can be challenging even at the definitional level. While acknowledging that reductive characterizations can obscure governance

complexities, AI is commonly defined simply as computing systems and techniques that simulate human cognition.

The *Macquarie Dictionary* defines Artificial Intelligence (AI) as “the ability of a computer or other device or application to function as if possessing human intelligence [and] the branch of computer science which deals with the design and use of machines that have this ability” (Macquiere Dictionary, 2022). The term is frequently used in an “umbrella” sense to describe a field that comprises a diverse range of methodologies and practices which leverage technologies, algorithms and datasets, and the application of human expertise at points in the AI lifecycle, to achieve functionality that could be described as being on an “intelligence spectrum”: from relatively simple automated data analysis and decision-making, often with high levels of human intervention or controls; to complex and sophisticated machine learning solutions to achieve defined objectives with limited human intervention or controls; through to autonomous machine problem-solving, which may in some cases produce original determinations, new knowledge or discoveries with minimal or no explicit human involvement.

Distinction may be made between “narrow AI” (also “assisted” and “augmented” AI), comprising technologies and techniques that are currently achievable or feasible in the near term, and “general AI” or “artificial general intelligence” (also “strong AI” and “the singularity”) which, thus far, is a speculative concept and contested by experts in the field. This paper refers only to narrow AI. The term will be used broadly herein, in an “umbrella” sense and without further specification, given the focus of the paper is on broad normative and regulatory implications for corporate governance of “narrow AI” (Macquiere Dictionary, 2022).

Increasingly *surpassing* human-level achievement (Brynjolfsson, Rock, & Syverson, 2016), offering “new business capabilities with significant potential for value creation” (Fuhrman & Mooney, 2021) and material financial returns (McKinsey & Company, 2019). AI is now sufficiently pervasive, powerful and productive to matter to the board; but its myriad opportunities and risks, non-exhaustively examined in this Part, constitute a distinctive governance challenge.

Opportunities and Benefits

The director's statutory role to act in "the best interests of the corporation" (Corporations Act (Cth), 2001, s 181) includes, *inter alia*, strategic decision-making in pursuit of shareholder profit (Australian Institute of Corporate Directors (AICD), 2020). With AI progressively underpinning corporate performance, boards must determine how to extract value from, and maintain competitive advantage in, a rapidly evolving landscape. Opportunities abound, with myriad automated and machine-learning solutions operating in diverse industries and contexts (Fuhrman & Mooney, 2021): AI powers mortgage approvals (Eyers, 2022), investment services (Featherstone, 2017), predictive medicine, agricultural and environmental applications (McKinsey Global Institute, 2019), the creation of original artwork (Roose, 2022) (Perrigo, 2021), and remarkable scientific discoveries (Callaway, 2022). Corporations are driving substantial AI research and development: One study "identified 4403 AI-related companies that received a total of USD 55.7 billion in funding in the year ending July 2019" (Cihon, Schuett, & Baum, 2021). New AI companies are multiplying (Cihon, Schuett, & Baum, 2021). The director faces a key challenge to identify strategic or operational opportunities within this plethora that will meet company objectives and achieve return-on-investment and shareholder value (Board Agenda, 2021). Inaction, short-termism, "dashboard myopia" (Armour & Eidenmüller, 2019) or ill-informed decision-making are obverse challenges—the "opportunity cost" of AI. Many once-leading corporations have suffered value erosion by failing to keep up with technology opportunity (Valentine et al., 2020, pp. 225, 228), hence if the board is "slow to embrace technology, compared to its rivals [...] activists will be all over them" (Featherstone, 2017). Sophisticated investors may consider strategies that merely replicate those of competitors a "massive opportunity lost" (Governance Institute of Australia, 2022), driving their agents to pursue competitive differentiation from AI. Additionally, many scholars have conjectured opportunities for AI to strengthen governance while reducing agency costs (see generally: (Möslein, 2018), (Fenwick & Vermeulen, 2018), (Picciau, 2021), (Kalmanath, 2019), (Enriques & Zetzsche, 2020), (Hilb, 2020) and (Gramitto Ricci, 2020)); therefore principals could

conceivably challenge agents to augment their own capability, extending the director role beyond corporate governance *of* AI, to governance *with* AI (Hilb, 2020, p. 867). Instances of AI-augmented boardrooms are limited, for example, “Edison” at Salesforce and “Vital” at a Hong Kong investment firm were two early examples, enthusiastically reported on by media at the time, but apparently not yet replicated to a material degree in the intervening years and therefore possibly more marketing hype than currently feasible governance innovation (Burridge, 2017) (Hickey, 2018). However theoretical opportunities for AI to benefit corporate performance and conformance include investor profiling (Armour & Eidenmüller, 2019), selecting directors and remunerating officers (Featherstone, 2017), (Laptev & Feyzrakhmanova, 2021) and (Fenwick & Vermeulen, 2018) reducing information asymmetries between actors (Picciau, 2021, p. 106), enhancing director independence and minimizing ‘groupthink’, and mitigating corporate liability by pre-emptively identifying potential non-compliance (Kalmanath, 2019, pp. 6, 7-8, 12-13), (Enriques & Zetsche, 2020, pp. 7, 66).

AI opportunity is a complex, multifactorial, and dynamic governance challenge, but it is claimed that “for any organization that wants to leap forward [...] meeting that challenge will determine their future”. (Board Agenda, 2021, p. 4) Thus, maintaining long-term corporate value in the era of AI is emerging as a singular director role and responsibility.

Risks and Harms

Notwithstanding potential rewards, AI’s inherent risks are currently acute: Acemoglu contends that current AI technologies “are more likely to generate various adverse social consequences, rather than the promised gains” (2021). High failure or error rates persist, Gartner predicts that through 2022, “85 percent of AI projects will deliver erroneous outcomes due to bias in data, algorithms, or the teams responsible for managing them”. (Gartner, 2018) (Nimdzi Insights, 2019) and it is claimed that compliance failures are “expected to multiply in the near future” (World Economic Forum [WEF], 2022). Duties of care and diligence (Corporations Act (Cth), 2001, s 180 (1)) demand that the director pays close regard to AI’s endogenous and exogenous regulatory, economic, and reputational risks.

Non-legal risks in AI adoption include potential reputational and financial impacts (which of course can develop into legal issues). High-quality, contextually accurate AI models are costly (Dignam, 2020), but lower-quality models that suffer well-known accuracy and bias problems (Dignam, 2020) risk causing economic harm to the corporation—for example, compensatory settlements or loss of revenue arising from erroneous, algorithmically-biased exclusion of customers. Reputational risk subsists in deficient or defective AI datasets, algorithms and human expertise, with extensive evidence that AI continues to misdiagnose patients, discriminate against minorities, systematically impinge upon human and consumer rights, and injure—even kill—citizens (Dignam, 2020). Commercially compelling but ethically ambiguous AI adoption risks employee and investor activism, negative media coverage and related damage to the corporation (Cihon, Schuett, & Baum, 2021), (Sim, 2019). Legal and regulatory risk can originate *ex ante* in flawed AI designs or arise *ex post* in unanticipated results that infringe existing laws: examples of unlawful AI-facilitated outcomes include discriminatory hiring and credit approval practices, profit-optimizing distortion of share markets, and algorithmic collusion on pricing (Diamantis, 2020). AI-generated collection and use of personal data risks non-compliance with privacy, cybersecurity, anti-discrimination and consumer laws (Armour & Eidenmüller, 2019, p. 18), (Chiu & Lim, 2021). Conversely, lacunae in Australian law represents regulatory risk, as return-on-investment and shareholder value could be impaired if future legislation were to render an existing AI product unlawful. Supply-chain risk can manifest in opaque, “black-box” AI procured from third parties. The “tech nirvana fallacy” (Enriques & Zetzsche, 2020), risk of over-confidence in AI could result in poor governance decisions and adverse results. Critically, exogenous to the corporation at the intersection of business and society, growing public awareness of AI harms—from widespread workforce displacement to privacy infringements and discrimination—is creating deep societal distrust and mounting expectations of corporate transparency, fairness and accountability (Williams, 2022). Critically, the board must therefore guard against the “moral hazard” risk of creating externalities that damage consumer trust and “business-society relations” (Chiu & Lim, 2021), and impair the firm’s market value. AI risks are profuse, multifactorial, and dynamic, with implications for corporate social responsibility.

AI opportunities and risks are not neatly divisible into “benefit” and “harm” respectively but represent a complex admixture of corporate incentives and disincentives, with potential for immense social externalities. Many predict “this is just *the tip of the iceberg*, with the vast majority of digitization yet to occur” (Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization [CSIRO], 2022), and the distinctive governance challenge for directors primed to grow:

we can expect shareholders to point to those who were in a position to act during this window when the harms are increasingly visible, especially as regulators clarify the rules of the AI road. (Eccles & Vogel, 2022)

Part 2 will therefore examine the effectiveness of current normative and legal modalities in the governance of AI for short- and long-term shareholder value.

Part 2 Contemporary Governance of AI

Actions by corporate governance actors today will have long-term impact “through path dependence in governance regimes” (Cihon, Schuett, & Baum, 2021, p. 21). This invites normative assessment of AI governance skills and practices “in the boardroom” and the application of corporate and related laws to AI “in the courtroom”.

In the Boardroom

As the apex corporate governance body, the board is claimed to have “the greatest potential impact on organizational performance and behavior” (Bankewitz, Åberg, & Teuchert, 2016, p. 58-59). Extensive studies (Board Agenda, 2021), (Governance Institute of Australia, 2022), (Australian Institute of Company Directors [AICD], 2019), (Valentine, 2016), (Voogt & Verreynne, 2018), (Watermark Search International, 2021) and (Weill et al., 2019) have therefore researched the preparedness of directors today to “create value for organizations and society tomorrow” (Bankewitz, Åberg, & Teuchert, 2016, p. 58). Globally, many corporate actors believe a “lack of skills and knowledge at the top of organizations about [AI’s] transformative

capacity” is inhibiting adoption (Board Agenda, 2021), (Governance Institute of Australia, 2022). Relatedly, studies confirm a growing gap between “AI power users and adoption laggards” (McKinsey & Company, 2019): empirical research, utilizing machine-learning analysis, demonstrated that companies governed by boards comprising a minimum of three directors with a specific digital skill-set (Weill et al., 2019, p. 41) outperformed competitors on all key valuation metrics: “We found that among companies with over \$ 1 billion in revenues, 24 % had digitally savvy boards, and those businesses significantly outperformed others on key metrics—such as revenue growth, return on assets, and market cap growth [...] it takes three members to have a statistically significant impact” (Weill et al., 2019, p. 41-42). Earlier research found similar correlations between the technical/digital capability of board directors and firm performance, and “current and future value creation through digital transformation was driven from the top. These results occurred across all industry sectors, without exception” (Valentine et al., 2020, p. 227). In Australia, only three percent of directors have technology expertise, (Australian Institute of Company Directors [AICD], 2019, p. 28) Findings are corroborated by the GIA survey which “uncovered a distinct lack of digital skills in the boardroom” (Governance Institute of Australia, 2022, p. 10) rising to just under seven percent in the top 300 public companies (Watermark Search International, 2021 p. 15-16). Despite findings that Australian boards do not “prioritize innovation or disruption risks to the extent seen in overseas boardrooms” (Australian Institute of Company Directors [AICD], 2019, p. 10), and directors admitting minimal ability to assess “both the *ethical and practical implications* of using modern technologies. emphasis added” (Australian Institute of Company Directors [AICD], 2019, p. 30) the imperative to add this expertise to the board remains contentious, “The push for more technical experts on boards – technology, cybersecurity, human resources or scientific experts – is being resisted” (Durkin, 2021), suggesting problematic “over-confidence’ in the status quo” (Enriques & Zetsche, 2020, p. 55). Noting that corporate governance codes have strong normative and indirect legal effects on the development of directors’ duties, a multi-jurisdictional academic study found none currently “refer to technology skills, digital literacy or cyber fluency as important [and only one...] includes

significant benchmarks to deal with the effects of technology” (Voogt & Verreynne, 2018). Because AI will have substantial impacts on industry and society, inadequate expertise on boards creates constraints and significant risks for corporations (Board Agenda, 2021, p. 4); however the evidence suggests Australian boards overall may be deficient in expertise correlated with financial performance in the digital economy, complacent, and lacking optimal governance frameworks and norms. Currently, directors appear ill-equipped to fulfil their fiduciary and statutory duties to maintain long-term corporate value in the era of AI (Evans, 2020, pp. 210-217), (Valentine et al., 2020, p. 227).

In the Courtroom

Absent contextualized or specific laws, only a few AI-related cases have come before Australian courts and regulators; however, determinations that existing laws were breached, and customers were harmed led to severe financial and reputational damage to the companies involved. The Australian Federal Court imposed major pecuniary penalties on Trivago for breaching Consumer Law by falsely claiming its pricing algorithms advantaged customers (Australian Competition and Consumer Commission [ACCC], 2021), (ACCC v Trivago NV [2020] FCA 16), (Trivago N.V. v ACCC [2020] FCAFC 185).

The Office of the Australian Information Commissioner found 7-Eleven (Office of the Australian Information Commissioner [OAIC], 2021) and Clearview AI (Office of the Australian Information Commissioner [OAIC], 2021) breached the Privacy Act (1998) by unlawfully collecting sensitive personal data for AI-enabled facial recognition applications (implicating Clearview AI’s customers in illegal activity, and exemplifying supply-chain risk). As faceprint technologies are not explicitly regulated (Davis, Perry, & Santow, 2022), these breaches were of privacy *consent* law: three retailers therefore recently argued that entry signage informing customers about in-store use of facial recognition constituted the necessary consent, and suspended their practices only after an investigation was announced and reputational harm became acute (Blakkarly, 2022). These preliminary cases

illuminate risks for corporate AI adoption within Australia's extant legal framework, together with emergent gaps; as firms deploy AI, the board's care and diligence role must include assessing regulatory compliance of novel AI applications. While these judgments may not have clearly implicated the companies' directors, they suggest a failure to appropriately inform themselves (Corporations Act 2001 (Cth) s 180(2)(c)) or to prevent foreseeable harms—with significant consequences for both corporation and customer.

Governance Gaps

AI's practical and legal novelty and related regulatory gaps may represent a particularly significant governance risk given the trend in Australian law towards imposing greater accountability for discharge of director duties under sections 180 and 181 of the *Corporations Act 2001* (Cth) (Lowry, 2012), and the uncertain defense the business judgment rule provides for board oversight failure (Nettle, 2018). Courts have determined directors owe “a core, irreducible requirement of involvement in the management of the company” (Deputy Commissioner of Taxation v Clark, 2003), hence those who fail to make informed decisions, adequately manage AI risks, or undertake prudent oversight of management when adopting AI, could potentially breach their duties of care and diligence (Petrin, 2019). Legal scholars trace increasing strictness in court interpretation of the standard of care expected of the modern director (Lowry, 2012, p. 257), and some posit that boards will only comply with non-delegable statutory duties in future by demonstrating expertise in data and AI governance (Armour & Eidenmüller, 2019), (Möslein, 2018, pp. 660-662), (Picciau, 2021, p. 130)—much as high—profile corporate failures led to courts establishing the objective standard for a director's financial literacy (Australian Securities and Investments Commission v Healey, 2011), AI may provoke a similar clarification regarding technical literacy. Theoretically, demonstrably inadequate board expertise to convert AI to capital value could constitute statutory failure to act in the company's best long-term interests.

Australian corporate law operates within a broader civil enforcement regime, in which courts increasingly regard director duties as “public

obligations bearing an important social function” (Hill, 2020). Breach actions “usually brought by ASIC, [have an] ‘extraordinarily high success rate’” (Hill, 2020, p. 27), hence deficiencies in the board’s ability to assess the impact of AI risk on strategy, to the detriment of shareholder and stakeholder interests, could fall short of the standard required, leading to breach of duties and possible liability (Voogt & Verreynne, 2018, p. 1354). With corporate regulators now seeking to understand AI use and risk mitigations in banking (Eyers, 2022) and declaring plans for AI-enabled compliance innovations (Australian Securities and Investments Commission, 2022), it is clear that algorithmic scrutiny and assurance will escalate. Current laws cannot hold AI directly liable (Hilb, 2020, p. 859), (Kalmanath, 2019, p. 12) and therefore the corporation and its directors could become liable for harms arising from the autonomous algorithms they create or deploy (Abbott & Sarch, 2019), (Armour & Eidenmüller, 2019), (Chiu & Lim, 2021), (Diamantis, 2020), (Hilb, 2020), (Laptev & Feyzrakhmanova, 2021), (Selbst, 2021), (European Commission, 2022). The possibility of corporations and the natural persons who govern them becoming a “liability sponge” (Johnson, 2020) may have a chilling effect on AI adoption and innovation in an era when “embracing technology is becoming increasingly a matter of survival” (Picciau, 2021), reducing long-term shareholder and societal benefits. Equally however, AI exacerbates existing socioeconomic disparities and generates harms at scale, therefore regulatory oversight and sanctions should be expected.

The well-documented “pacing problem”—in which technology rapidly outpaces the law, creating gaps and ambiguities in its wake—is evident and to what extent director duties and corporate obligations will be normatively and legally prescribed in the era of AI remains uncertain. Part 3 will examine potential reforms to “hard” and “soft” law and the director role that could ensure the corporation, as the locus of private decision-making with acute public impact, adopts AI in accordance with shareholder and stakeholder interests.

PART 3 Future Governance of ‘Responsible AI’

Broad consensus is emerging that corporate self-regulation of AI is unsustainable, and laws are needed to control AI risks, cultivate industry and public confidence, and secure national prosperity and international competitiveness (Edelman, 2019). Enabling AI use and innovation by industry, while prescribing stakeholder protections and societal obligations to prevent harms, necessitates a systemic “responsible AI” (Gillis, 2021) (Ford, 2021) modality in the private and public interest, employing “hard laws” and sanctions, “soft law” fiduciary standards and ethical governance practices.

Hard(er) Legislative and Regulatory Reforms

Internationally, AI-related laws are under development in several districts and *de facto* or *de jure* extra-territorial effects are anticipated. (Siegmann & Anderljung, 2022), (Townshend, 2022) Observing this “strong global competition”, the Australian government is calling for views on AI regulation, aiming to position “Australia as a leader in digital economy regulation” to enhance public trust and encourage uptake. The Australian Human Rights Commission has proposed comprehensive human rights-respecting AI laws and an independent AI Commissioner to oversee compliance (Australian Human Rights Commission, 2021). Application- and sector-specific AI laws could form part of Australia’s regulatory mix: for example, a model facial recognition technology law has been proposed (Davis, Perry, & Santow, 2022), and targeted regulation for AI-enabled policing or medical applications, an international example being the United States’ proposed regulation of AI solutions that constitute a medical device: US Food and Drug Administration (FDA) (U.S. Food and Drug Administration, 2021) could balance industry innovation and public safeguards in high-risk contexts. Comprehensive *sui generis* law may prove impractical for a mutable technology like AI. Moses, writing on emerging technology and legal problems, outlines a model design for “a legal system that treats different technologies fairly and is resistant to difficulties associated with technological change” (2007) therefore contextualizing existing statute, such as anti-discrimination, employment, and competition and consumer laws, could complement and

minimize reliance on dedicated AI legislation. The Australian Competition and Consumer Commission has, for example, recommended reform of extant law for the digital era (Australian Competition and Consumer Commission, 2019), particularly the Privacy Act which is widely regarded as inadequate to protect consumers from emerging technology harms (Attorney-General's Department, n.d.).

To the extent that “the current problems of AI are problems of unregulated AI” (Acemoğlu, 2021) a proportionate hard law framework that prescribes acceptable, and proscribes unacceptable, AI use, with enforcement and redress provisions, should be broadly welcomed by industry, regulators, and civil society. Notably, however, corporate law remains “extraordinarily complex, imprecise, confusing, imperfect and very much in need of reform and clarification” (Voogt & Verreynne, 2018, p. 1342) —acutely so, given director duties were codified before extensive corporate uptake of AI. Although the Australian Law Reform Commission is undertaking a multi-year inquiry into corporate law, both the terms of reference and recently released interim submission focus principally on simplifying financial services regulation and make no reference to mounting technology-related gaps and imperatives (Australian Law Reform Commission, 2020). Therefore, absent reform of corporate law that addresses AI governance, soft law reform becomes critical to further define and drive responsible corporate governance norms for the era of AI.

Soft Law Governance Reforms

Soft law, in the form of non-binding AI guidelines or standards, is recognized by various experts (Cihon, Schuett, & Baum, 2021, pp. 12-13) for its flexibility and utility in supporting responsible development AI, technically and normatively, while hard law reform progresses slowly. An already extensive voluntary AI soft law apparatus, ranging from ethical principles (Australian Government, 2019), to technical standards and certification frameworks (Boza & Evgeniou, 2021), has recently been complemented by governance-specific instruments (International Standards Organization, 2022). At present, all are discretionary and of questionable prominence (Eyers, 2022).

Extensive scholarship therefore argues that AI soft law should progress from voluntary, to a “comply or explain” model, or even become binding as AI becomes more pervasive and powerful (Enriques & Zetsche, 2020), (Cihon, Schuett, & Baum, 2021), (Picciau, 2021), (Chiu & Lim, 2021) and (Voogt & Verreynne, 2018, pp. 1359-1360). For example, corporate governance codes such as the “ASX Corporate Governance Principles” (ASX Corporate Governance Council, 2019) could initially provoke directors to engage with AI-related governance duties by requiring technology-related reporting and AI-specific governance disclosures, particularly where material to the firm’s strategy and risk profile. Amending Australian corporate regulatory standards to mandate a specific responsible AI framework would establish an objective yardstick against which board effectiveness could be evaluated, and provide investors, regulators, and civil society with access to information that will be essential to evaluate corporate compliance, market value and social impact in the era of AI. Such transparency and accountability mechanisms could in turn help to develop public trust in AI necessary to realize its full potential (Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization [CSIRO], 2022). Together, normative soft law incentives and deterrents would ideally foster a virtuous “race to the top” toward responsible AI and, in combination with hard laws, effect adaptation of director duties and corporate governance practices for responsible AI.

Corporate Governance of Responsible AI: Directors-in-the-Loop

Regulatory conditions are currently uncertain, and it is becoming accepted that legal clarity or reforms in relation to AI will be essential to ensure responsible and safe adoption. Nonetheless, corporate agents must always govern beyond the minimum standard required by law (Australian Institute of Corporate Directors (AICD), 2020) and therefore the board should engage critically, now, with this most disruptive of technologies. With the corporation leading AI research and development, and AI adoption necessitating a “boardroom-led strategy” that will have near- and long-term impacts (Board Agenda, 2021, p. 9), the director is a critical human “in-the-loop” of AI governance. As research implies many Australian boards are

currently ill-equipped for this role, creating attendant risks for companies and society, the director role must include making immediate precautionary and tactical changes to address AI governance. Interdisciplinary sub-committees, inclusive of strategic, technical, legal and ethics skillsets, could assist the board in the interim to manage the breadth and complexity of the responsible AI governance agenda (Picciau, 2021, p. 130) (Enriques & Zetzsche, 2020, p. 94). Arguably, the most pressing reform required is recognizing digital skillsets are now a ‘crucial’ capability within the board’s “universal skills” (Voogt & Verreynne, 2018, pp. 1349) and adjusting board composition and practices accordingly—such as elevating technology and innovation on the agenda (Evans, 2020, p. 213), (Australian Institute of Company Directors [AICD], 2019, p. 10-11) and developing director capabilities that will ensure holistic governance of AI threats and opportunities (Bankewitz, Åberg, & Teuchert, 2016).

However, boards should look beyond mere tactical reforms. Compelling arguments made by many stakeholders assert that AI represents a unique socioeconomic paradigm, requiring responsible governance in the private and public interest, and therefore that “stakeholderism” must become the dominant modality of corporate governance (Korinek & Balwit, 2022). AI may therefore compel boards to undertake a genuine transformation of corporate governance that cohesively integrates harms-based and benefits-based approaches. Firstly, by adopting a “forward compliance” strategy that does not “merely wait for or rely on regulatory parameters” (Chiu & Lim, 2021), directors could establish a firm-wide, rules-oriented AI methodology that pre-emptively forecasts and mitigates risks and prevents harms to both corporation and society. Secondly, and relatedly, by building technical and ethical expertise consciously aligned with responsible AI values and the corporation’s strategic purpose, directors could ensure the firm delivers private and public value from AI, for mutual business and societal benefit. Deriving social legitimacy from fair, accountable and transparent AI governance additionally creates an opportunity for competitive differentiation and market advantage. This implicates an adaptation of corporate social responsibility principles for AI—a new paradigm of “Corporate Techno-social Responsibility” (CTR) (Bughin & Hazan, 2019), potentially reflected

in a firm-specific code or covenant, in which the creation of shareholder value from AI is consciously aligned with long-term societal needs and harms prevention—for example, purposefully adopting AI for organizational growth over cost-reduction and prioritizing worker reskilling over redundancy, could realize shareholder value and, simultaneously, broader multi-stakeholder and societal benefits. By reporting on the corporation's responsible AI code, under a fourth pillar within an integrated Environment Social *Technology* and Governance (ESTG) disclosure framework, the board could capitalize on governance as a competitive differentiator, while also delineating a new fiduciary yardstick and positive role for the director as creator and trustee of shareholder profit and societal purpose and redefining the scope and import of corporate value in the era of AI.

CONCLUSION

AI-enabled transformation of industry, the economy, law, and society are nascent, but progressing rapidly. This paper has argued that industry is currently adopting AI at pace, ahead of effective corporate governance capabilities, norms, and laws, and thus risks both short-term shareholder value and long-term societal well-being. As AI threatens immense socioeconomic and citizen harms, its equally immense potential benefits for industry and humanity can only be assured within a comprehensive hard and soft corporate law and governance framework—one that enables the creation of corporate value and economic prosperity, while simultaneously prescribing AI risk-management and harms-prevention, in a modality commensurate with societal expectations, interests and needs. As legislators and regulators inevitably seek to create a public-private regulatory framework for AI, the director remains a vital governance actor overseeing responsible AI adoption at the apex of the corporation. Effectively fulfilling fiduciary and statutory duties to act in the company's best interests and realize long-term value from AI will likely require the board to undertake an ambitious and far-reaching transformation of private corporate governance in the public interest, predicated on Corporate Techno-social Responsibility principles and a responsible AI covenant. How effectively the director accepts and acquits the

critical role of governing AI responsibly for profit and purpose will materially impact not only the corporation's shareholders but employees, consumers, and citizens in the era of AI.

REFERENCES

- Abbott, R., & Sarch, A. (2019). Punishing artificial intelligence: Legal fiction or science fiction. *University of California Davis Law Review*, 53, 323. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3327485
- Acemoğlu, D. (2021, December 1). What are the dangers of unregulated AI? An expert explains. World Economic Forum (WEF). <https://www.weforum.org/agenda/2021/12/unregulated-artificial-intelligence-ai-tech>
- Armour, J., & Eidenmüller, H. (2019). Self-driving corporations? (Law Working Paper No. 475/2019). *European Corporate Governance Institute (ECGI)*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3442447
- Armour, J., & Eidenmüller, H. (2019, August). Self-driving corporations? (Law Working Paper No. 475/2019). *European Corporate Governance Institute (ECGI)*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3442447
- ASX Corporate Governance Council. (2019). *ASX corporate governance principles and recommendations* (4th ed.). ASX.
- Attorney-General's Department. (n.d.). Privacy Act review: Discussion paper—Published responses. Attorney-General's Department. https://consultations.ag.gov.au/rights-and-protections/privacy-act-review-discussion-paper/consultation/published_select_respondent
- Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) v Trivago NV [2020] FCA 16.
- Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). (2021, April 22). Trivago to pay \$44.7 million in penalties for misleading consumers over hotel room rates (Media release). <https://www.accc.gov.au/media-release/trivago-to-pay-447-million-in-penalties-for-misleading-consumers-over-hotel-room-rates>

- Australian Competition and Consumer Commission. (2019). Digital platforms inquiry: Final report. Australian Competition and Consumer Commission. <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>
- Australian Government. (2019, November 7). Australia's artificial intelligence ethics framework. Department of Industry, Science and Resources. <https://www.industry.gov.au/publications/australias-artificial-intelligence-ethics-framework>
- Australian Human Rights Commission. (2021). Human rights and technology: Final report 2021. Australian Human Rights Commission. <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/publications/human-rights-and-technology-final-report-2021>
- Australian Institute of Company Directors (AICD). (2019, September). Driving innovation: The boardroom gap (AICD and University of Sydney Business School). <https://www.aicd.com.au/content/dam/aicd/pdf/news-media/research/2019/Driving-Innovation-The-Boardroom-Gap.pdf>
- Australian Institute of Corporate Directors (AICD). (2020, January 1). Director Tools: Role of the Board. Retrieved from <https://www.aicd.com.au/content/dam/aicd/pdf/tools-resources/director-tools/board/role-of-board-director-tool.pdf>
- Australian Law Reform Commission. (2020, September 11). Review of the legislative framework for corporations and financial services regulation. Australian Law Reform Commission. <https://www.alrc.gov.au/inquiry/review-of-the-legislative-framework-for-corporations-and-financial-services-regulation/>
- Australian Securities and Investments Commission v Healey [2011] FCA 717 (Austl.).

- Australian Securities and Investments Commission. (2022). ASIC corporate plan 2022–26: Focus 2022–23 (August 2022). ASIC. <https://asic.gov.au/about-asic/corporate-governance/asic-corporate-plan/>
- Bankewitz, M., Åberg, C., & Teuchert, C. (2016). Digitalization and boards of directors: A new era of corporate governance? *Business and Management Research*, 5(2), 58-59. <https://doi.org/10.5430/bmr.v5n2p58>
- Blakkarly, J. (2022, July 12). Kmart, Bunnings and The Good Guys using facial recognition technology in stores. *Choice*. <https://www.choice.com.au/consumers-and-data/data-collection-and-use/how-your-data-is-used/articles/kmart-bunnings-and-the-good-guys-using-facial-recognition-technology-in-store>
- Board Agenda. (2021). Leadership in AI 2021: Boards, barriers and new beginnings (Research report, p. 3). Mazars & INSEAD Corporate Governance Centre. <https://www.insead.edu/sites/default/files/assets/dept/centres/icgc/docs/leadership-in-ai-2021.pdf>
- Boza, P., & Evgeniou, T. (2021, April). Implementing AI principles: Frameworks, processes, and tools (Working Paper). *INSEAD*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3824551>
- Brynjolfsson, E., Rock, D., & Syverson, C. (16 de January de 2016). Unpacking the AI-Productivity Paradox. Retrieved from MITSloan Management Review: <https://sloanreview.mit.edu/article/unpacking-the-ai-productivity-paradox/>
- Bughin, J., & Hazan, E. (2019, August 6). Can artificial intelligence help society as much as it helps business? *McKinsey Quarterly*. <https://www.mckinsey.com/business-functions/quantumblack/our-insights/can-artificial-intelligence-help-society-as-much-as-it-helps-business>
- Burridge, N. (2017, May 25). AI takes its place in the boardroom: Directors' tasks are becoming increasingly automated: Are fully autonomous companies next? *Nikkei Asia*. <https://asia.nikkei.com/Business/AI-takes-its-place-in-the-boardroom>

- Callaway, E. (28 de July de 2022). “The entire protein universe”: AI predicts shape of nearly every known protein. Retrieved from *Nature*: <https://www.nature.com/articles/d41586-022-02083-2>
- Chiu, I. H.-Y., & Lim, E. W. K. (2021). Managing corporations’ risk in adopting artificial intelligence: A corporate responsibility paradigm. *Washington University Global Studies Law Review*, 20(2), 347-367. <https://ssrn.com/abstract=3780586>
- Chiu, I. H.-Y., & Lim, E. W. K. (2021). Managing corporations’ risk in adopting artificial intelligence: A corporate responsibility paradigm. *Washington University Global Studies Law Review*, 20(2), 347–367. <https://ssrn.com/abstract=3780586>
- Cihon, P., Schuett, J., & Baum, S. (2021). Corporate Governance of Artificial Intelligence in the Public Interest. *Information*, 1 - 30.
- Commonwealth of Australia. (2022). Positioning Australia as a leader in digital economy regulation – Automated decision making and AI regulation. Department of the Prime Minister and Cabinet. Retrieved from https://storage.googleapis.com/converlens-au-industry/industry/p/prj211c4e81fb27d147ec9c1/public_assets/automated-decision-making-ai-regulation-issues-paper.pdf
- Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization (CSIRO). (2022, July). Our future world: Global megatrends impacting the way we live over coming decades (p. 29). CSIRO. <https://www.csiro.au/en/about/facilities-operations-our-sites/our-future-world>
- Corporations Act 2001 (Cth) s 180(2)(c) (Austl.).
- Davis, N., Perry, L., & Santow, E. (2022, September). Facial recognition technology: Towards a model law (Human Technology Institute Report, pp. 7-8). Human Technology Institute. <https://www.uts.edu.au/sites/default/files/2022-09/Facial%20recognition%20model%20law%20report.pdf>

- Deputy Commissioner of Taxation v Clark (2003) 57 NSWLR 113, 140 [108] (Austl.).
- Diamantis, M. (2020). Who pays for AI injury? Oxford Business Law Blog. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/who-pays-ai-injury>
- Diamantis, M. (2020, mayo 4). Who pays for AI injury? Oxford Business Law Blog. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/who-pays-ai-injury>
- Dignam, A. (2020). Artificial intelligence, tech corporate governance and the public interest regulatory response. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 13(1), 37-54. <https://ideas.repec.org/a/oup/cjrecs/v13y2020i1p37-54..html>
- Durkin, P. (2021, September 21). Six business leaders predict the future for boards. *Australian Financial Review*. <https://www.afr.com/work-and-careers/leaders/six-business-leaders-predict-the-future-for-boards-20210909-p58q4t>
- Eccles, R. G., & Vogel, M. (2022, January 5). Board responsibility for artificial intelligence oversight. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/01/05/board-responsibility-for-artificial-intelligence-oversight/>
- Edelman. (2019). 2019 Edelman AI survey (Survey Results Report, pp. 28-29). Edelman. <https://www.edelman.com/research/2019-edelman-ai-survey>
- Enriques, L., & Zetsche, D. A. (2020). Corporate technologies and the tech nirvana fallacy. *Hastings Law Journal*, 72(1), 55–102. https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol72/iss1/2

- European Commission. (2022). Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) COM (2022) 496 Final (28 September 2022). https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf
- Evans, G. L. (2020). Technology and the corporate board 2020 and beyond. In R. Leblanc (Ed.), *The handbook of board governance: A comprehensive guide for public, private and not-for-profit board members* (2nd ed., pp. 210-217). Wiley.
- Eyers, J. (21 de September de 2022). Why Westpac's board is obsessed with artificial intelligence. Retrieved from Financial Review: <https://www.afr.com/companies/financial-services/westpac-wants-an-ai-law-to-guide-adoption-and-build-trust-20220920-p5bjgc>
- Featherstone, T. (24 de March de 2017). Governance in the new machine age. Retrieved from Australian Institute of Company Directors: <https://www.aicd.com.au/innovative-technology/disruptive-innovation/examples/governance-in-the-new-machine-age.html>
- Fenwick, M., & Vermeulen, E. P. M. (2018). Technology and corporate governance: Blockchain, crypto, and artificial intelligence (Law Working Paper No. 424/2018). ECGI. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3263222
- Ford, J. (2021). Ford, Jolyon, Ethical AI: The Role of Law and Regulation. SSRN 3831211, 1-13.
- Fuhrman, P., & Mooney, J. (2021). Business Adoption of Artificial Intelligence: An Analysis of Scope, Intent and Realized Business Benefits. *Graziadio Business Review*, 24(1).
- Gartner. (2018, February 13). Gartner says nearly half of CIOs are planning to deploy artificial intelligence. *Gartner Newsroom*. <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2018-02-13-gartner-says-nearly-half-of-cios-are-planning-to-deploy-artificial-intelligence>

- Governance Institute of Australia. (2022, May). Driving the digital revolution: A guide for boards. Governance Institute of Australia. <https://www.governanceinstitute.com.au/media/887017/driving-digital-revolution.pdf>
- Gramitto Ricci, S. A. (2020). Artificial agents in corporate boardrooms. *Cornell Law Review*, 105(3), 869–914. <https://ssrn.com/abstract=3677627>
- Hickey, A. (2018, January 26). AI sits in on Salesforce’s board meetings and has something to say. CIO Dive. <https://www.ciodive.com/news/ai-sits-in-on-salesforces-board-meetings-and-has-something-to-say/515606/>
- Hilb, M. (2020). Corporate governance and artificial intelligence. *Journal of Business Ethics*, 162(4), 849–864.
- Hilb, M. (2020). Toward artificial governance? The role of artificial intelligence in shaping the future of corporate governance. *Journal of Management and Governance*, 24(2), 851–873. <https://doi.org/10.1007/s10997-020-09519-9>
- Hill, J. G. (2020). Legal personhood and liability for flawed corporate cultures (Law Working Paper No. 431/2018, ECGI, pp. 25-26). SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3309697
- International Standards Organization. (2022, April). ISO/IEC 38507:2022: Information technology—Governance of IT: Governance implications of the use of artificial intelligence by organizations. ISO. <https://www.iso.org/standard/56641.html>
- Johnson, K. (2020, October 12). When AI hurts people, who is held responsible? *VentureBeat*. <https://venturebeat.com/ai/when-ai-hurts-people-who-is-held-responsible/>
- Kalmanath, A. (2019, May 16). The perennial quest for board independence: Artificial intelligence to the rescue? *Albany Law Review* (Forthcoming). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3360349

- Korinek, A., & Balwit, A. (2022, May). Aligned with whom? Direct and social goals for AI systems (Center on Regulation and Markets Working Paper #2). Brookings. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2022/05/Aligned-with-whom-1.pdf>
- Land, M. K.-l.-0.-0. (2020). Human Rights and Technology: New Challenges for Justice and Accountability. *Annual Review of Law and Social Science*.
- Laptev, V. A., & Feyzrakhmanova, D. R. (2021). Digitalization of institutions of corporate law: Current trends and future prospects. *Laws*, 10(93), 1-16. <https://doi.org/10.3390/laws10040093>
- Lowry, J. (2012). The irreducible core of the duty of care, skill and diligence of company directors: Australian Securities and Investments Commission v Healey. *The Modern Law Review*, 75(2), 249–249. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2014563
- Macquiere Dictionary. (15 de march de 2022). Search word: Artificial Intelligence. Retrieved from Macquiere Dictionary: https://www-macquariedictionary-com-au.virtual.anu.edu.au/features/word/search/?search_word_type=Dictionary&word=artificial+intelligence
- McKinsey & Company. (22 de November de 2019). Global AI Survey: AI proves its worth, but few scale impact. Retrieved from <https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/global-ai-survey-ai-proves-its-worth-but-few-scale-impact#/>
- McKinsey Global Institute. (15 de May de 2019). “Tech for Good”: Using technology to smooth disruption and improve well-being. Retrieved from <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/tech-for-good-using-technology-to-smooth-disruption-and-improve-well-being>
- Moses, L. B. (2007). Recurring dilemmas: The law’s race to keep up with technological change. *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 2007(2), 243. <https://doi.org/10.2139/ssrn.980045>

- Möslein, F. (2018). Robots in the boardroom: Artificial intelligence and corporate law. In W. Barfield & U. Pagallo (Eds.), *Research handbook on the law of artificial intelligence* (p. 649). Edward Elgar Publishing.
- Nettle, G. (2018). The changing position and duties of company directors. *Melbourne University Law Review*, 41, 1402–1422.
- Nimdzi Insights. (2019). Artificial intelligence, localization, winners, losers, heroes, spectators, and you (Whitepaper, pp. 13-15). Nimdzi Insights & Pactera EDGE. <https://www.nimdzi.com/wp-content/uploads/2019/06/Nimdzi-AI-whitepaper.pdf>
- Office of the Australian Information Commissioner (OAIC). (2021, 14 de October). Decision: Commissioner initiated investigation into Clearview AI, Inc. (Privacy) [2021] AICmr 54. AustLII. <https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/AICmr/2021/54.html>
- Office of the Australian Information Commissioner (OAIC). (2021, 29 de September). Decision: Commissioner initiated investigation into 7-Eleven Stores Pty Ltd (Privacy) (Corrigendum dated 12 October 2021) [2021] AICmr 50. AustLII. <https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/AICmr/2021/50.html>
- Perrigo, B. (23 de August de 2021). An Artificial Intelligence Helped Write This Play. It May Contain Racism. Retrieved from TIME: <https://time.com/6092078/artificial-intelligence-play/>
- Petrin, M. (2019). Corporate management in the age of AI (University College London (UCL) Working Paper Series No. 3/2019, p. 37). SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346722
- Picciau, C. (2021). The (un)predictable impact of technology on corporate governance. *Hastings Business Law Journal*, 17(1), 67–96. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3643500
- Privacy Act 1988 (Cth).

- Roose, K. (24 de August de 2022). We Need to Talk About How Good A.I. Is Getting. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2022/08/24/technology/ai-technology-progress.html>
- Selbst, A. D. (2021). An institutional view of algorithmic impact assessments. *Harvard Journal of Law & Technology*, 35(1), 117. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3867634
- Siegmann, C., & Anderljung, M. (2022). *The Brussels effect and artificial intelligence: How EU regulation will impact the global AI market (Report)*. Centre for the Governance of AI.
- Sim, B. (2019, June 18). Shareholders quiz Google on AI risks. Financial News. https://www.fnlonon.com/articles/shareholders-quiz-google-on-ai-risks-20190618?mod=hp_LATEST
- Townshend, P. (2022, April 28). How is AI regulated around the world? SmartFrame Blog. <https://smartframe.io/blog/how-is-ai-regulated-around-the-world/>
- Trivago N.V. v Australian Competition and Consumer Commission [2020] FCAFC 185.
- U.S. Food and Drug Administration. (2021, January). Artificial intelligence/machine learning (AI/ML)-based software as a medical device (SaMD) action plan. U.S. Food and Drug Administration. <https://www.fda.gov/media/145022/download>
- Valentine, E. L. H. (2016). Enterprise technology governance: New information and technology core competencies for boards of directors (PhD thesis). Queensland University of Technology. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.34027.95529>
- Voogt, T., & Verreynne, M.-L. (2018). Director appointments: Expressing board care and diligence. *University of New South Wales Law Journal*, 41(4), 1335-1359. <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Voogt-and-Verreynne.pdf>

- Watermark Search International. (2021). 2021 board diversity index (Watermark Search International & Governance Institute of Australia). <https://www.watermarksearch.com.au/2021-board-diversity-index>
- Weill, P., Ross, J. W., & others. (2019). It pays to have a digitally savvy board. *MIT Sloan Management Review*, 60(3), 41-48.
- Williams, S. (17 de March de 2022). Only 22% of Australians trust AI implementation - study. Retrieved from IT Brief Australia - Technology news for CIOs & IT decision-makers: <https://itbrief.com.au/story/only-22-of-australians-trust-ai-implementation-study>
- World Economic Forum (WEF). (2022, January). Empowering AI leadership: AI C-suite toolkit (p. 63). https://www3.weforum.org/docs/WEF_Empowering_AI_Leadership_2022.pdf

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO DE AUTOR, PRECEDENTES ACTUALES^{1,2}

 *Carlos Sebastián Páez-Vásconez* *Universidad San Francisco de Quito*

 *Carlos Francisco Bambino-Molina* *Universidad San Francisco de Quito*

RESUMEN

En este trabajo se aborda el problema que presenta la inteligencia artificial (IA) con respecto a los derechos de autor, iniciando con un análisis de la regulación existente con respecto a esta tecnología, seguido de un análisis de las decisiones administrativas y jurisdiccionales, para concluir con posibles soluciones y comentarios con respecto a los problemas tratados.

ABSTRACT

This work addresses the problem that artificial intelligence (AI) with respect copyright, beginning with an analysis of the existing regulation regarding this technology, followed by an analysis of the administrative and jurisdictional decisions, concluding with possible solutions and comments regarding the problems discussed.

PALABRAS CLAVES: inteligencia artificial, derechos de autor, derechos morales, derechos patrimoniales

KEYWORDS: artificial intelligence, copyright, moral rights, economic rights

JEL CODE: K11; O33

RECIBIDO: 17/02/2024

ACEPTADO: 02/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.496

1. Una versión preliminar del artículo, previa a revisión por pares ciegos, fue publicada en *USFQ Law Working Papers* el 26 de enero de 2024.
2. El presente trabajo es resultado del proyecto USFQ Collab que es una iniciativa de *USFQ Law Working Papers*, mediante la cual se fomenta la colaboración e investigación entre profesionales y estudiantes del Derecho, cuyo fin es la elaboración y difusión de su trabajo académico.

INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos dentro de los últimos años han jugado un rol esencial dentro de la sociedad, y por ende, de las relaciones personales y comerciales. Es innegable que la regulación disponible para normar las conductas humanas en sociedad cae en la obsolescencia y es necesario que se adapte a la realidad. Uno de los desarrollos tecnológicos que han facilitado enormemente esta dinámica es precisamente la inteligencia artificial (IA) cuyos avances en el pasado se limitaban a la ciencia ficción, ahora son una realidad. Sin embargo, si tales avances son así, es inevitable que surjan preguntas tales como: ¿nuestra realidad jurídica se ha adaptado a estos avances tecnológicos, ¿de qué manera el uso de la IA puede beneficiar a las personas que la usan y hacer que se obtengan réditos económicos por su explotación?, ¿el uso de IA puede constituir un modelo de negocios exitoso?, ¿qué herramientas jurídicas favorecen u obstaculizan para ejercer tal beneficio?

Naturalmente, los derechos de exclusividad que generan los derechos patrimoniales de autor pueden ser la respuesta ideal para obtener el beneficio económico por la explotación de una obra en general. No obstante, ¿son efectivamente aplicables para los productos de la operación de una IA? En la actualidad existen algunos pronunciamientos de las cortes y estamentos de Gobierno que han tratado el tema, sin perjuicio de que están obligados a la aplicación de la normativa vigente de la materia por la naturaleza de sus funciones.

En el presente escrito se analizarán algunos casos relevantes que ayudarán a despejar las interrogantes que plantea el derecho de autor aplicado a las nuevas tecnologías, especialmente la IA; no sin antes revisar brevemente, la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual y la tecnología implícita en las herramientas de IA.

Naturaleza del derecho de autor

Al abordar el análisis de aplicación del derecho de autor a las nuevas tecnologías y especialmente a la IA, es imprescindible considerar ciertas nociones básicas del funcionamiento del derecho de autor y los requisitos

de protección de la obra. Tal y como se verá más adelante, juegan un papel primordial para determinar sin lugar a duda si se trata de materia susceptible de protección o de si generan o no un derecho de exclusividad, a la luz de los precedentes generados recientemente por las cortes y entidades administrativas pertinentes.

El derecho de autor forma parte de la materia jurídica que regula a la propiedad intelectual y comprende la protección y tutela que recae sobre las obras literarias y artísticas en favor de los autores o los creadores. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, tratado internacional administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO por sus siglas en inglés), en su artículo primero acuña como sujetos de su regulación a los “autores” y a las “obras literarias y artísticas”; y determina que: “Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas” (Convenio de Berna, 1886, art. 1). En su artículo segundo enumera puntualmente aquellas obras susceptibles de protección, como por ejemplo: los libros, las composiciones musicales, las obras cinematográficas, las obras de dibujo, pintura, arquitectura y fotográficas (Convenio de Berna, 1886, art. 2).

Con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se fijan estándares mínimos de protección para ser aplicados en las legislaciones de los países miembros, una protección más amplia si así se desea, con el fin de fomentar las relaciones comerciales y la solución de controversias derivadas de la propiedad intelectual, y se instrumentalizan las normas del Convenio de Berna, exigiendo su cumplimiento (ADPIC, 1995, art. 9). Esta norma exceptúa la obligación de acoger los derechos morales de autor. Por su parte, la legislación ecuatoriana acoge las figuras del derecho moral y el derecho patrimonial de autor, y establece diferencias esenciales, conforme lo previsto en los artículos 118 y 120 del COESCCI.

Este acuerdo establece de forma obligatoria una regla de protección y de excepción a la misma, señalando que “[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí” (ADPIC, 1995, art. 9). El hecho de que una obra deba ser expresada para que generen derechos nace de la premisa que señala que las ideas no son apropiables *per se*. Por ejemplo, la idea de una historia derivada del “caballero en armadura” que rescata a la “damisela en peligro”, puede ser expresada en varias formas (cuentos, dibujos, canciones, películas, etcétera) y de distintas maneras, siendo esto último lo que se protege, mas no la idea como tal.

Sin perjuicio de que no existe regulación específica en dichos convenios internacionales, en la mayoría de los países como en Ecuador, existe un requisito único de protección de “originalidad” de la obra. Al respecto, la reconocida tratadista Delia Lipszyc ha explicado: “[e]n materia de derecho de autor, la originalidad reside en la expresión —o forma representativa— creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe” (Lipszyc, 1993, p. 65). En tal sentido, los requisitos para que una obra pueda ser protegida por derecho de autor, son que la misma sea original y que sea expresada en una obra concreta.

Es importante señalar brevemente que, en el caso de Ecuador, la legislación hace una distinción entre dos categorías de derecho de autor: los derechos morales, que incluyen el derecho a revindicar la paternidad de la obra (nadie puede proclamarse titular de algo que no le pertenece) y el derecho a la integridad (el autor conserva la facultad de oponerse a toda deformación o mutilación de su obra). Y por otro lado, están los derechos patrimoniales de autor que son todos aquellos que permiten la explotación económica, tal como el derecho de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de la obra.

Por su parte, el numeral segundo del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), califica a los mismos precisamente como un derecho humano: “Toda persona tiene derecho a la

protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (Naciones Unidas, 1948, art. 27).

Ahora bien, con la regulación y la naturaleza del derecho de autor clarificadas, cabe la pregunta de si en definitiva ¿es posible que el fruto de la operación tecnológica de una IA pueda ser objeto de protección bajo esta categoría de derechos? A continuación, se citarán algunos precedentes que, sin perjuicio de que aplican con rigor los preceptos jurídicos antes señalados, analizan en qué medida intervino la herramienta tecnológica y funge como condicionamiento de la protección de la obra. Principalmente, estos casos dirimen con efectividad si la materia es susceptible o no de protección.

Por último, caber subrayar el cuestionamiento de que sin perjuicio de que la materia sea o no protegible, esta pueda generar réditos económicos a favor del “detentor”. Sin embargo, sin perjuicio de que el beneficio económico que se derive de la explotación económica de una obra constituya uno de los estímulos principales para fomentar la creatividad, la investigación y el desarrollo tanto artístico como científico, en qué medida son útiles los productos de la operación de una IA dentro de una actividad económica, sin que se perjudiquen o distorsionen tales incentivos a la creatividad.

Regulación existente de IA y tecnología disponible

La IA es una tecnología multipropósito que ha estado presente en todos los aspectos de la vida humana (World Intellectual Property Organization, 2019, p. 2); compañías como YouTube (Ashbridge, 2023) llevan utilizándola durante años para decidir qué anuncios o videos mostrarle al usuario o filtrar el *spam* en los correos electrónicos (Amos, 2023).

Sin embargo, el uso de IA generativa por el público general se ha popularizado durante los últimos años, lo que permite al usuario generar textos o imágenes originales. Una de las más populares es ChatGPT perteneciente a la compañía OpenAI. ChatGPT es una IA entrenada para entablar conversaciones, responder preguntas y admitir errores (OpenAI, 2022), además, puede ser utilizada para escribir ensayos, cartas, aplicaciones

para trabajos, etcétera. Dichos escritos pueden cumplir las especificaciones designadas por el usuario, por ejemplo, que la carta tenga un determinado número de palabras. Otra popular IA perteneciente a OpenAI es DALL·E, un generador de imágenes a través de instrucciones escritas por el usuario o que permite incluso subir una imagen para solicitar que sea editada a cambio de “créditos” que el usuario puede comprar (Jang, n.d.). Al igual que DALL·E existen otros generadores de imágenes como Midjourney (Stanton, 2023). Además, Google lanzó en 2023 su *chatbot* Bard (Pichai, 2023), por lo que parece que el uso de la IA en la vida diaria no se va a detener.

Los productos que así se generan, representan un desafío al tratar de encontrar o establecer normas que regulen el uso de las IA. Al ser una tecnología tan reciente, no existen muchas legislaciones que la regulen. En el artículo 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (COESC) ni siquiera se considera como “obras susceptibles de protección” a las creaciones generadas por computadoras (COESCCI, 2016). El ejemplo más claro de una legislación que regula la IA es el Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) en el Reino Unido que protege a las obras generadas por computadora, definiéndolas en su Sección 178 como aquellas en las que “no hay un autor humano del trabajo” (CDPA, 1988, S. 178), además de definir en su Sección 9 (3) que el autor de dicha obra es “la persona que realizó los arreglos necesarios para la creación de la obra” (CDPA, 1988), y establecer en su Sección 12 (7) el tiempo de duración del copyright como 50 años (CDPA, 1988). Regulaciones similares comparten las legislaciones de Nueva Zelanda (Copyright Act, 1994, S. 5) o India (Copyright Act, 1957), e incluso algunos de estos *software*, como ChatGPT, establecen que los usuarios que respeten los términos y condiciones tienen todos los derechos, títulos e intereses del contenido que generan con los *inputs* y *outputs* que ingresan, es decir, pueden utilizar dicho contenido para cualquier propósito (OpenAI, 2023).

Abordar el problema

El gran problema es que en la mayoría de las legislaciones, debido a la falta de regulación, es debatible si es que las obras generadas por estas IA están protegidas por derecho de autor. A primera vista la respuesta es

negativa, en la legislación ecuatoriana el artículo 108 del COESC establece que “[ú]nicamente la persona natural puede ser autor” (COESCCI, 2016, art. 108), e incluso en legislaciones del *Common Law* como el *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* (la Oficina) en su párrafo 306 establece a la autoría humana como un requisito necesario para que la Oficina registre una solicitud (García Concepción, 2019, p. 12). Pero las legislaciones que sí tienen una regulación también presentan un problema, por ejemplo, el CDPA en la mencionada Sección 9 (3) al hablar de “la persona que ha hecho los arreglos necesarios para que exista la obra” (García Concepción, 2019, p. 28) deja más preguntas que respuestas, puesto que “la persona” puede llegar a ser tanto el programador de la IA como el usuario de esta. Esta incertidumbre presenta algunos problemas como casos en los cuales la falta de protección de una pintura generada por una IA que se venda en una subasta, obra que podría ser replicada en gran escala y vendida, haciendo que el comprador original se vea perjudicado (Herman, 2018).

Las decisiones jurisprudenciales con respecto a este tema no abundan, sin embargo, establecen ciertos criterios y nos proporcionan algunas respuestas a los problemas causados por la falta de regulación.

Análisis de los antecedentes

Zarya of the Dawn

El presente caso se originó en Estados Unidos y versa sobre la cancelación del registro de derechos de autor de Kristina Kashtanova por el cómic *Zarya of the Dawn*, dado que, según lo concluido por la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos (USCO) (United State Copyright Office), las imágenes del cómic fueron creadas con la ayuda de un programa de inteligencia artificial, por lo que no fueron un producto de la creatividad humana (Kasunic, 2023, p. 12).

En la portada de la obra se encuentra la imagen de una joven en la que se incluye el título y las palabras “Kashtanova” y “Midjourney”. El 15 de septiembre del 2022, Kristina Kashtanova suscribió una solicitud para el registro de los derechos de propiedad intelectual del cómic *Zarya of the*

Dawn, como autora y creadora de este, en dicha solicitud no señaló el uso de IA en su obra. Posterior a ello, en redes sociales se criticó el uso de IA en el cómic, lo cual alertó a la USCO y producto de ello, se determinó que la solicitud fue incorrecta e incompleta. La Oficina comunicó a la autora sobre la posibilidad de cancelar su registro, para lo cual debía presentar los descargos correspondientes (Kasunic, 2023, p. 2).

La controversia en cuanto a los derechos de autor de dicha obra giraba en torno a los siguientes puntos:

- A) Normativa y principios.
- B) El texto de la obra.
- C) La selección y organización de las imágenes y el texto.
- D) Las imágenes de manera individual (Kasunic, 2023, pp. 3-5).

Entre los argumentos esgrimidos por la Oficina, se encuentra el análisis de los principios legales que rigen los derechos de autor en la normativa de propiedad intelectual de Estados Unidos, de los que se desprende que un trabajo debe registrarse cuando es “obra original de autoría fijada en cualquier medio tangible de expresión”. Así también, las altas cortes americanas se han pronunciado señalando que existen dos componentes importantes: i) La obra debe ser creada por el autor de forma independiente (creaciones independientes); ii) la creatividad es necesaria (suficiente creatividad). Además, la Corte señaló que no puede haber derechos de autor sobre una obra en la que “[l]a chispa creativa es totalmente inexistente o es tan trivial que prácticamente no existe” (Kasunic, 2023, p. 3). En este sentido, la Oficina realiza los registros en virtud de estos pronunciamientos de la Corte, los cuales además están contenidos en el *Compendio de prácticas de la oficina de derechos de autor de los Estados Unidos Tercera Edición*.

Por otro lado, respecto a la obra, la oficina aprobó que la integralidad del texto se encuentra protegido por los derechos de autor, dado que fue producto de la creatividad humana y se usó más del mínimo de creatividad requerido para su protección y registro. Así mismo, la Oficina también concordó con las alegaciones de la autora en cuanto a que la selección y disposición de las imágenes y el texto pueden estar sujetas a protección como una compilación,

esto quiere decir que los derechos de autor protegen las colecciones y ensambles efectuados sobre materiales preexistentes o información seleccionada, coordinada u organizada de una forma suficientemente creativa. Por lo que, basados en que la selección y organización de las imágenes de la obra fueron realizadas integralmente por la autora, así como acepta que tanto el texto como los elementos visuales modifican y perfeccionan la obra (Kasunic, 2023, pp. 4-5).

No obstante, sobre las imágenes de forma individual la Oficina efectuó un análisis de fondo sobre el funcionamiento de Midjourney, explicando sus fases de uso, naturaleza, elementos y aplicación (Kasunic, 2023, pp. 6-7), y concluyó que el proceso a través del cual un usuario de ese sistema obtiene una imagen, no es el mismo del de un artista, escritor o fotógrafo dado que en este no hay control del usuario, así como es imposible predecir los productos que este sistema creará a futuro. Por lo que, acorde al análisis realizado por la Oficina, las imágenes generadas por Midjourney que se encuentran en la obra no son un producto original para la protección de los derechos de autor por lo que está claro que fue Midjourney y no la autora lo que dio origen a los “elementos de autoría” en las imágenes (Kasunic, 2023, p. 8).

Finalmente, la Oficina comunicó que no se pudo determinar cuáles de las expresiones en las imágenes fueron añadidas a través de Photoshop, por cuanto no estaba claro qué partes de la imagen tenían retoques efectuados por la autora. La Oficina señaló que hay partes editadas que efectivamente fueron realizadas por la autora y no se excluirán del nuevo certificado de registro por cuanto son producto de la creación humana (Kasunic, 2023, p. 12).

El 21 de febrero del 2023, la USCO emitió un comunicado mediante correo electrónico dirigido al representante de Kristina Kashtanova respecto al registro de propiedad intelectual otorgada sobre el cómic, basando su análisis en los siguientes puntos:

1. Kristina Kashtanova es autora del texto, la selección, la coordinación y los preparativos del trabajo escrito, así como los elementos visuales del cómic.

2. Las imágenes que fueron generadas con la tecnología de Midjourney no tienen autoría humana, es decir que Kristina no tiene los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.
3. El certificado otorgado deberá cancelarse y se remplazará con uno nuevo, con un registro limitado (Kasunic, 2023, p. 1).

Este caso marca un precedente importante en el tratamiento de los frutos de la IA, en relación con el derecho de autor; en tanto, concluye de manera contundente que los mismos no son susceptibles de protección bajo tal régimen. Para ello, la USCO considera conceptos trascendentales para generar su voluntad, tal como el concepto de “originalidad”, según la Corte Suprema en *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991): “en este contexto consta de dos componentes: creación independiente y suficiente creatividad”; también el concepto de “autor”, según *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53, 57–59 (1884): “aquel a quien a quien algo debe su origen; originador; hacedor; el que completa una obra científica o literaria” (Kasunic, 2023, p. 3).

Estos conceptos clave sirven a la USCO para determinar sin lugar a duda que para la protección legal de una obra es necesario que concurren condiciones tales como el grado de creatividad (relacionado a la originalidad) y la intervención de la mano humana. Estos preceptos son concordantes con el concepto doctrinario de la originalidad y en última instancia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al considerar al derecho de autor de manera precisa como un derecho esencialmente humano (DUDH, 1948, art. 27).

A pesar de las alegaciones de la solicitante en cuanto a que el aplicativo de IA fue una mera herramienta “asistente” para generar dibujos, la USCO dirime puntualmente la diferencia entre una herramienta de tal naturaleza usada por artistas, como Adobe Photoshop, y una imagen obtenida directamente del trabajo de la IA, en este caso Midjourney. La USCO señala que la misma se genera de forma impredecible, sin que se pueda controlar o guiar para obtener exactamente lo que está en la mente del usuario, dando como resultado que el proceso creativo se distorsione,

pues el resultado es aleatorio y no precisamente aquello que está en la mente del creador (Kasunic, 2023, p. 9). De tal forma que establece un estándar muy interesante para casos futuros en los que se pretenda reclamar autoría sobre algo que realmente no amerita tener la calidad de “obra protegida”, pues fue producida de manera impredecible por un aplicativo de IA.

Al profundizar en los enunciados jurídicos se observa que interviene también el concepto de la dicotomía idea-expresión, toda vez que al suministrar el usuario los “lineamientos” (*prompts*) a la máquina para que pueda generar un producto, no se está haciendo otra cosa que establecer una idea sobre la cual el *software* trabaje para generar algo. Es decir que, en efecto, la intervención humana se limita a una instrucción ideal de lo que se pretende crear, más no es una herramienta que coadyuve al proceso creativo esencial del ser humano, tal como una pluma electrónica o aplicativos que únicamente colaboran a la mano del autor.

Asimismo, existe un consenso doctrinario que determina que la originalidad, más allá de la mera novedad, es una extensión de la personalidad del autor, relacionado al derecho moral de reivindicar la “paternidad” de la obra y, como tal, el fruto de su talento junto con los rasgos característicos que el mismo imprime.

Thaler v. Perlmutter

El 18 de agosto del 2023 el Tribunal de Distrito de Estados Unidos por el Distrito de Columbia, en la decisión N.º 22-1564, decidió que las creaciones generadas por IA no están protegidas por los derechos de autor (2023).

El demandante, Stephen Thaler, es dueño de un sistema de computadora llamado Creativity Machine, con el cual generó un trabajo al que denominó *A Recent Entrance to Paradise*. Thaler intentó registrar dicho trabajo para obtener los derechos de autor, listando a la IA como el autor y explicando que los derechos deberían serle transferidos a él por ser dueño de la máquina (Tribunal de Distrito de Estados Unidos por el Distrito de Columbia, 2023, pp. 1-3).

La USCO rechazó el registro de la obra debido a la falta de autoría humana. La USCO explicó que el sistema de protección de derechos de autor solo aplica a los seres humanos, ya que solo los seres humanos tendrían interés en que reconocer derechos de exclusividad, y de esa forma se incentivaría la creación y la invención. Los creadores no humanos no necesitan incentivos con promesas de derechos exclusivos, y por ende el derecho de autor no fue diseñado para ellos (Tribunal de Distrito de Estados Unidos por el Distrito de Columbia, 2023, pp. 9-10), una decisión que concuerda con lo establecido en el Compendio de la USCO (García Concepción, 2019).

Por esta razón se decidió que, al haber sido la imagen generada por una IA, no existen derechos de autor que le puedan ser transferidos al señor Thaler (García Concepción, 2019, p. 14). Esta reciente decisión resalta la importancia de la participación humana en el sistema de protección de derechos de autor. Sin la intervención humana, los derechos morales no tienen incentivos para ser generados, a la máquina no le interesaría oponerse a las alteraciones de su obra ya que no tiene honor ni reputación que proteger. La decisión plantea un problema con respecto a futuras creaciones hechas con IA, al no estar protegidas por derechos de autor, no habría motivos por los que los seres humanos busquen crear o innovar el área de IA, destruyendo el propósito principal de los derechos de autor (García Concepción, 2019, p. 10). Sin embargo, no cierra la puerta a la posibilidad de que en un futuro la intervención humana se vea reducida debido al uso cada vez más frecuente de la IA y se tendrá que responder a preguntas como la cantidad de intervención humana necesaria para clasificar al usuario como “autor”, el alcance de la protección del resultado (García Concepción, 2019, p.13).

Un punto de partida para poder establecer si una IA puede ser considerada “autor” fue propuesto por Zhou Bo, Juez de la División de Derechos de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo de China. El juez plantea no tomar en cuenta al creador humano del *software* de IA, de lo contrario siempre se podrá volver al origen humano y no habría “obras” verdaderamente creadas por IA, una perspectiva que habría beneficiado al señor Thaler (Zhou, 2020, p. 3).

Finalmente, la decisión no le dedica la misma cantidad de tiempo al requisito de “originalidad” para que existan derechos de autor, lo que plantea la pregunta de si una IA puede llegar a generar trabajos originales o si esa característica le pertenece exclusivamente al ser humano.

Feilin v. Baidu

En el caso de Feilin v. Baidu, el Tribunal de Internet de Beijing (en adelante, el Tribunal) tuvo que resolver si un artículo realizado con IA podía estar protegido por ley (Tribunal de Internet de Beijing, 2018).

El 9 de septiembre de 2018 Feilin, un bufete de abogados de cine en Beijing, publicó un artículo llamado “Analysis Report on Judicial Big Data of the Entertainment Industry-Film Volume·Beijing” (el Artículo), que fue realizado con Wolters Kluwer Database, un *software* de análisis de datos legales estadísticos, y luego fue publicado en su página de WeChat. El 10 de septiembre de 2018 el usuario Dianjinss publicó el Artículo en Baijiahao, una plataforma de creación de contenido operada por el buscador chino Baidu. Feilin demandó a Baidu por infringir su derecho a la autoría, a la integridad y a la comunicación de información en redes. Baidu alegó que el artículo no es original ya que la información y gráficos de dicho artículo fueron recopilados y realizados por Wolters Kluwer Database, y por lo tanto no estaba protegido por la Ley de Propiedad Intelectual de China (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, pp. 1-2).

El Artículo contenía gráficos estadísticos y texto, Feilin argumentaba que consistían en obras escritas y gráficas (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, p. 14). Es aquí que, el Tribunal empezó con el análisis de uno de los requisitos de protección de los derechos de autor, la originalidad. Para que estos trabajos puedan ser considerados “obras” deben ser originales y reproducibles en algún medio, al igual que lo establecido en el artículo 104 del COESC (Tribunal de Internet de Beijing, 2018).

Para comprobar la originalidad del artículo, el Tribunal, con la participación de Feilin y Baidu, generaron dos reportes con Wolters Kluwer Database que denominaron Big Data Report 1 y 2 (Tribunal de Internet

de Beijing, 2018, pp. 6-8). Empezaron comparando los gráficos sobre datos estadísticos legales y cinematográficos del artículo original con los gráficos encontrados en los dos reportes generados. El Tribunal llegó a la conclusión de que los gráficos que contenían tanto el Artículo como los dos reportes generados no son originales, ya que las diferencias (tipo de gráficos, estadísticas mostradas en los gráficos) que se daban entre ellos se debían al tipo de los datos ingresados en Wolters Kluwer Database. Por lo tanto, no pueden representar la expresión original de Feilin. El Tribunal concluyó que los gráficos del artículo no están protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual China (Tribunal de Internet de Beijing, 2018).

Con respecto a las partes escritas del artículo publicado por Feilin, el Tribunal estableció que para que un trabajo sea protegido por la Ley de Propiedad Intelectual no solo basta con que cumplan con el requisito de la originalidad, sino que debe ser creado por un ser humano. (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, p. 16). Al comparar los reportes generados automáticamente por Wolters Kluwer Database con el artículo original, el Tribunal concluyó que son totalmente diferentes por lo que el artículo original no había sido generado por IA, sino que había sido hecho por Feilin y por lo tanto están protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, pp. 17-18).

Ese es el requisito más importante para la protección de los derechos de autor, la necesidad de que un humano haya creado el trabajo para que se considerado una “obra”. Por esa razón, el texto generado en los Big Data Report 1 y 2 no puede ser considerado “obra”. Aun así, el Tribunal aclaró que, aunque no estén protegidos por derechos de autor eso no significa que los reportes deban caer en el dominio público ya que contienen un valor comunicacional, por lo que algunos derechos deben ser constituidos con respecto a los trabajos automáticamente generados. Esto tiene sentido, ya que, de lo contrario, no habría interés por parte de los usuarios en crear usando IA, puesto que todo lo que “creen” usando la IA carecerá de protección y no tendría sentido utilizarla, y, si no hay demanda, el trabajo de los programadores en su diseño también pierde sentido (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, pp. 17-18).

El Tribunal también provee una posible respuesta a la duda que nos deja la CDPA Sección 9 (3) sobre a quién le pertenece el trabajo que fue realizado por una IA o al menos quién tiene derechos sobre ellos, el programador o el usuario. El Tribunal estableció que el programador no debería tener derechos sobre los trabajos, ya que no tiene interés en comunicar dichos trabajos que variarían mucho de usuario a usuario, además de tener la capacidad de cobrar por el uso de *software* y obtener beneficios de esa forma. Por otro lado, el usuario que ha pagado por el *software* que generó el trabajo tiene interés en comunicarlo y promoverlo (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, pp. 17-18).

En lo que difieren el Tribunal y el CDPA Sección 9 (3) es que este clasifica a la persona que utiliza la IA como “autor” (CDPA, 1988) mientras que, por su parte, el Tribunal no considera el trabajo generado como una “obra” ya que no fue creada por un humano y por lo tanto no se puede hablar de “autoría” con respecto a la IA, la cual no puede ser considerada autor (Tribunal de Internet de Beijing, 2018).

El Tribunal concluyó que el texto del artículo constituía una “obra” por lo que Baidu había infringido el derecho de autor de Feilin (Tribunal de Internet de Beijing, 2018).

Tencent v. Yingxun Tech

El 20 de agosto de 2018 la compañía tecnológica y de internet Shenzhen Tencent publicó un artículo llamado “Afternoon Comment: Shanghai Stock Index Rose Slightly by 0.11 % to 2671.93 points, led by communications operations, oil exploration and other sectors” en su sitio web *Tencent Securities*. Al final del artículo se escribió “This article was automatically written by Tencent’s robot Dreamwriter”. El mismo día, Yingxun Tech publicó el mismo artículo con el mismo título en su sitio web *House of Online Loan*, el artículo conservó la nota “This article was automatically written by Tencent’s robot Dreamwriter” al final (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, párr. 10-12).

Tencent explicó el proceso de generar un artículo con Dreamwriter, el cual consistía en: (1) recolectar y analizar datos; (2) escribir el artículo después de que se cumplan las condiciones ingresadas; (3) corrección de errores inteligentes; (4) distribuir automáticamente los artículos en las plataformas de artículos de Tencent (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, parr. 13). La Corte decidió que para que el trabajo generado por la IA sea considerado una “obra” debía ser original (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, párr. 15).

El Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen (en adelante, el Tribunal) analizó la estructura y contenido del artículo y determinó que aunque la expresión no es única, es original hasta cierto punto (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, párr. 20). Además de eso, el Tribunal

determinó que la disposición y selección de la entrada de datos, la configuración de las condiciones de activación, así como la selección del estilo de plantilla y corpus del equipo de desarrollo de Dreamwriter, eran actividades intelectuales que estaban directamente relacionadas con la expresión específica del artículo. (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, parr. 17)

En otras palabras, el desarrollo del artículo demuestra intervención humana por parte del equipo de Tencent. Al final se decidió que el artículo estaba protegido por derechos de autor al demostrar la suficiente creatividad (Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan, 2019, parr. 20).

Estos casos concluyeron que las “obras” que fueron creadas con asistencia de IA sí están protegidas, y esto se debe a que el elemento humano permanece. Los casos, aunque similares, presentan una diferencia importante entre ambos y es que en el primero se considera de manera independiente el requisito de originalidad y el de la creación humana, mientras que en el segundo considera a la creación humana como un requisito de la originalidad (Lee, 2021, p. 217).

El caso *Feilin v. Baidu* parece ser el más importante, contiene el esencial precedente en el cual se establece que la originalidad no es un rasgo exclusivamente humano, y además que las creaciones generadas totalmente por IA no entran al dominio público, sino que el usuario tiene ciertos derechos relevantes (Tribunal de Internet de Beijing, 2018, pp. 16-17), y aunque la decisión no especifica qué clase de derechos son, debido al valor comunicacional que tienen el contenido generado y que el usuario no puede ser considerado el autor, es probable que se trate de derechos patrimoniales, como son la comunicación pública de la obra o la puesta a disposición del público (COESCCI, art. 120). El usuario de la IA puede cobrar para que terceros puedan publicar su artículo o comunicarlo al público. Pero ambos comparten la importancia de que un ser humano tiene que estar involucrado en algún momento para ser protegida por derechos de autor.

Con respecto a los derechos morales, el Tribunal de Internet de Beijing estableció que los trabajos generados totalmente por IA no pueden ser consideradas “obras” debido a que no fueron creadas por un ser humano y la IA no puede ser considerada “autor”, por lo tanto, ciertos derechos morales no tienen lugar en estos casos, principalmente el derecho de reivindicar la paternidad, el cual consiste en “exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra” (COESCCI, art. 118). El Tribunal estableció que como el usuario no puede ser considerado “autor” se debe poner el logo del *software* que generó el trabajo, por lo que no se podría exigir que se incluya el nombre del autor. Además, al no haber “autor” no se podría oponer a “toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor” (COESCCI, art. 118).

Tampoco se podría decir que el usuario de la IA tendría el derecho a “[a]cceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda”, debido a que hipotéticamente bastaría con ingresar comandos para replicar exactamente la misma obra (es decir, falta la originalidad) no habría necesidad de proteger un “ejemplar único” de la obra, por lo que parece que otorgar derechos morales no es relevante

con respecto a la IA. Lo mismo se podría decir con respecto a esta clase de derechos en el caso *Thaler v. Perlmutter y Zarya of the Dawn*.

Ambos casos chinos y las dos decisiones de la USCO consideran al factor humano como un elemento necesario para que una “obra” exista y esté protegida. No presentan una respuesta sobre la posibilidad de que “obras” creadas sin la intervención humana puedan estar protegidas por derechos de autor en el futuro.

Beneficio económico derivado de la explotación comercial del fruto de las IA

Una vez analizados los precedentes en la materia, se parte de la premisa de que si bien no caben derechos de exclusividad sobre los productos de la IA, los derechos patrimoniales de autor implican explotación comercial y, por ende, beneficios económicos a favor del autor. Entonces, ¿es viable obtener réditos financieros de los frutos de la IA aún sin tener exclusividad de uso?

Para el análisis de esta interrogante es preponderante conocer, aún de manera sucinta, cómo funciona la IA, específicamente las IA generativas texto-imagen como Midjourney. Estas se entrenan con “conjuntos de datos de pares imagen-texto” que pueden ser recopilados y organizados por organizaciones como LAION, “[m]ediante el entrenamiento, la IA aprende a relacionar la composición gráfica de una imagen, su estructura visual y cualquier información visual identificable con el texto que aparece junto a ella”. La IA repite las imágenes añadiendo pequeñas alteraciones aleatorias, “[a] continuación, se invierte el procedimiento y se ordena a la IA que cree una imagen que se parezca visualmente a la primera imagen de entrenamiento utilizando píxeles aleatorios” (IA Viajero, 2023). Al final del proceso, la IA puede generar su propia imagen a partir de eso: píxeles aleatorios.

En la práctica, esto significa que un usuario puede acceder a un generador de texto a imagen, introducir un comando de texto en un breve cuadro de texto y la IA crea una imagen totalmente nueva a partir del texto introducido. (IA Viajero, 2023)

Ahora bien, el fruto de una IA puede ser usado a nivel comercial, toda vez que así lo permiten sus términos y condiciones. Midjourney por ejemplo, concede el “uso exclusivo” de los activos generados por la IA a sus suscriptores y otorga una licencia de Creative Commons no comercial, a los no suscriptores (Midjourney, Inc., 2023). Sin embargo, bajo la premisa de que las imágenes generadas por IA no son susceptibles de protección, entonces Midjourney no podría conceder usos exclusivos, ni otro tipo de licencias pues no es titular de los activos generados por su herramienta y a lo sumo, quedaría como un acuerdo entre privados; lo mismo sucedería con otros aplicativos de IA, que utilicen una plataforma de uso similar.

Por otra parte, se sabe que la fuente de referencia que utiliza una IA (conjunto de datos) está en una base de datos compilada de internet, de tal forma que las imágenes generadas por una IA se basan en tales repertorios. Sin embargo, nada garantiza que dentro de las imágenes referenciales puedan incluirse obras protegidas. Tales eventualidades han sido de alguna forma previstas por los desarrolladores de las IA, concediendo una solución en caso de que una imagen sujeta a derecho de autor esté siendo usada sin su autorización como parte del conjunto de datos de una herramienta comercial de IA, implementando una “política de retiro” (Midjourney, Inc., 2023). Esto facilita a los autores requerir formalmente el retiro de sus obras de las bases de datos correspondientes de conformidad con la Ley sobre Derecho de Autor en el Milenio Digital (DMCA, por sus siglas en inglés). No obstante, estos casos trasladan toda la responsabilidad de uso al usuario mediante cláusulas de descargo de uso y no asumen riesgos de ninguna naturaleza, incluyendo posibles infracciones a derechos de autor (Midjourney, Inc., 2023).

Por principio general, el autor de una obra goza de prerrogativas excluyentes sobre sus obras, es decir, puede usar o autorizar el uso, gozando de tutela legal para impedir usos indebidos. Entonces, cabe la situación en la cual una persona que comunique públicamente una imagen producida por IA, a título de publicidad para promover su negocio, que incluya una obra sujeta de protección; entonces estaría en estricto sentido, incurriendo en infracción a los derechos de autor. De tal forma que, si bien usar herramientas de IA pueden dinamizar algunos modelos de negocio, esto implica un riesgo

moderado de infringir derechos de autor de terceros, sin que los titulares de la herramienta asuman riesgo alguno.

En definitiva, el uso adecuado y la armonía entre IA y actividad artística depende mucho de la ética del usuario y del desarrollador. Se debe propender a generar una cultura de respeto al esfuerzo artístico y al sector industrial correspondiente; pero sobre todo, guiar con respecto a qué lugar corresponde cada una, tal que permita obtener beneficios de parte y parte.

Por el momento parece ser que esa armonía no está en la mente de los autores cuyos trabajos están en riesgo de ser reemplazados, uno de los objetivos de la reciente huelga de escritores en Estados Unidos es establecer regulaciones al uso de la IA, en el resumen de sus términos del acuerdo, el Writers Guild of America (WGA) demanda que:

La IA no podrá escribir o reescribir material literario, y el material generado por IA no será considerado material de origen protegido por el acuerdo, lo que significa que el material generado por la IA no puede ser usado para socavar el crédito del escritor o derechos separados.

Un escritor puede elegir usar IA al proveer sus servicios, siempre que la compañía consienta y el escritor siga las políticas de la compañía, pero la compañía no podrá exigir que el escritor utilice software de IA para escribir.

La compañía debe informar al escritor si cualquier material que le sea entregado ha sido generado por IA o incorporen material generado por IA.

El WGA se reserva los derechos para afirmar que la explotación del material del escritor para entrenar IA está prohibido por el acuerdo u otras leyes. (Writers Guild of America, 2023)

Estos términos dan indicios de que en un futuro, el uso comercial de las IA se reduzca al de una herramienta de asistencia, como podría ser, generar un esquema básico de un guion o realizar pequeñas correcciones narrativas

en la historia, posiblemente, a medida que avance el desarrollo de esta tecnología se siga buscando la protección de los autores cuyas obras fueron utilizadas para entrenar a la IA. Esto llevaría a que las imágenes generadas por IA sin consentimiento de los autores originales no puedan ser productos de comercio. Por otra parte, existen autores que afirman que se debería proteger “más al creador de la plataforma que ha entrenado a la IA porque hay más esfuerzo que el que mete la frase” (Rodríguez, 2022), lo que significa que quien en realidad debería tener los derechos de las imágenes, escritos o gráficos producidos sería el programador o quien entrena la base de datos, algo que iría en contra del fallo *Feilin v. Baidu*, pero si bien esto tiene lógica, un *input* de una frase no parece representar un esfuerzo suficiente como para declararse propietario de algo (Rodríguez, 2022).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

No cabe duda de que las IA con sus algoritmos generados de manera autónoma logran o lograrán replicar las actividades humana; y, con la velocidad y eficiencia con las que la generan, pueden llegar a exigir una forma de protección efectiva y que se tenga que buscar alternativas para su integración a relaciones comerciales.

Una posible solución, al menos para las obras artísticas, es tener en cuenta el contexto histórico, su permanencia en el espacio y el tiempo es algo que no se puede replicar. Por ejemplo la IA *The Next Rembrandt* puede generar una obra “original” analizando cuadros del Rembrandt original (The Next Rembrandt, 2016), sin embargo, se podría argumentar que el valor del arte va más allá de la simple réplica de formas de pintar. Jonathan Jones de *The Guardian* criticó la idea de que el artista pueda ser replicado digitalmente, lo que hace único al arte de Rembrandt, o de cualquier artista, son las experiencias humanas que una máquina no puede replicar: tener una amante, vivir la plaga, envejecer (Jones, 2016).

El problema con este criterio que valora la historia es que no todas las creaciones pueden tener el mismo valor histórico, después de todo, no siempre los artistas son Rembrandt, por lo que otra solución sería exigir

cierto grado de intervención humana en las creaciones. Recientemente los premios Grammy incluyeron una regla que estipula que “solo creadores humanos” pueden ganar el premio, aunque las obras que contengan elementos de IA pueden ser elegidas para ganar el premio siempre que el creador humano sea responsable de una contribución “significativa” a la música y/o letra (Sherman, 2023). Esta solución mantendría la importancia del factor humano, aunque sigue sin conceder protección a trabajos sin la intervención humana.

El consenso general es no considerar “obras” a los trabajos generados por IA, todo el sistema de protección de derechos de autor está diseñado con la intervención humana presente, incluso el CDPA del Reino Unido, que contiene regulación con respecto a la IA y asume que un humano va a estar involucrado (probablemente porque fue hecho en 1988). La solución planteada en *Feilin v. Baidu* sobre otorgarle ciertos derechos al usuario parece ser la más acertada por el momento (Tribunal de Internet de Beijing 2018). El factor humano es lo que le da sentido a la protección de derechos de autor, la máquina no tiene interés en proteger sus creaciones, no puede beneficiarse de ninguna manera de ellas, sin un humano que necesite proteger sus intereses no parece tener sentido proteger los de la máquina.

Sin perjuicio de que existen legislaciones que reconocen derechos de exclusividad sobre obras generadas por computadora, en tanto exista una contribución de arreglos, existe una tendencia por parte de los Tribunales que rechaza la adquisición de derechos de autor sobre productos de IA. Esto puede suponer una limitante al desarrollo e innovación en el campo de la IA, pero sin dudas un aliciente a los artistas tradicionales para beneficiarse económicamente de su trabajo.

Si bien el fruto de la operación de una IA no puede ser considerado como obra y tampoco genera derechos de exclusividad, no es menos cierto que el usuario no está impedido de verse beneficiado de la explotación económica que genere un producto de IA. El uso de las herramientas está regido por términos y condiciones que deben ser observados por las partes, toda vez que se consideran como contratos de adhesión. De tal forma que, si bien es cierto

que las legislaciones deben adaptarse al uso económico de las IA debido a la nueva realidad que experimenta el mercado, implementando figuras que lo permitan con un régimen jurídico especial, tal como sucede con la CDPA del Reino Unido; también lo deben hacer los desarrolladores, ajustando los términos y condiciones a su respectiva realidad jurídica propiciando un marco legal más seguro y confiable a los usuarios.

Es importante que la evolución del uso comercial de las IA no necesariamente implique un conflicto con el desarrollo del arte tradicional. Si bien el uso de herramientas de IA puede sin dudas coadyuvar a dinamizar ciertas actividades económicas, tales como la actividad publicitaria, el uso en reportes de oficina, y demás, categóricamente no puede interferir en el desarrollo de los artistas tradicionales o la industria creativa en tanto y en cuanto, el valor de su trabajo radica en el aporte original que se imprimen en sus obras y está íntimamente relacionado al requisito de protección general del derecho de autor. Tal vez una armonía entre arte tradicional y productos de IA pueda conllevar un repunte de las actividades comerciales que derive de cada una; tal como por ejemplo, si se populariza tanto la generación de dibujos de IA, entonces se dará un valor agregado al arte tradicional, siendo incluso más raro de encontrar. Sobre todo, las imágenes generadas en computadora pueden servir de inspiración a nuevos artistas e impulsarlos a desarrollar su arte, sin perjuicio de todos los usos beneficiosos que conlleva la generación de texto.

En definitiva, el uso adecuado y la armonía entre IA y actividad artística, depende mucho de la ética del usuario y del desarrollador. Las Cortes y entidades estatales se han pronunciado en cuanto al umbral que no debe cruzar un usuario para no afectar a los artistas formales, tal vez con el mensaje implícito de que el beneficio de la IA debe destinarse a otros usos que no causen desmedro al segmento comercial destinado al arte. De igual manera, los usuarios deben tratar de minimizar el riesgo de infracción verificando los resultados que se obtienen al utilizar las distintas herramientas y, en la medida de lo posible, usando material autorizado que no infrinja derechos de autor. Los desarrolladores por su parte, deben verificar que sus conjuntos

de datos (fuentes), deben también respetar todo aquello que está protegido por derecho de autor y tener estándares técnicos elevados para evitar que se infrinjan derechos y facilitar el retiro de material infractor.

REFERENCIAS

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), 1995.
- Amos, Z. (9 de enero de 2023). *AI and spam: How artificial intelligence protects your inbox*. Unite.AI. <https://www.unite.ai/ai-and-spam/#:~:text=AI%20leverages%20several%20filtering%20algorithms,AI%20to%20assess%20new%20emails>
- Ashbridge, Z. (17 de febrero de 2023). How the YouTube algorithm works: What marketers need to know. *Search Engine Land*. <https://searchengineland.com/how-youtube-algorithm-works-393204>
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos [COESCCI]. (2016). Artículo 14. R.O. Suplemento 899, 9 de diciembre de 2016.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).
- Copyright Act, 1957. (1957). Act No. 14 of 1957. India. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1957-14.pdf>
- Copyright Act. (1994). No. 143. Nueva Zelanda. <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/whole.html>
- Copyright, Designs and Patents Act 1988 [CDPA]. (1988).
- García Concepción, S. (2019). Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor (AI created works and their protection under copyright law). *InDret*, 1. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365458
- Herman, A. (9 de noviembre de 2018). Art, AI and copyright. *The Institute of Art & Law*. <https://ial.uk.com/art-ai-and-copyright/>

- IA Viajero. (26 de abril de 2023). ¿Cómo funciona MIDJOURNEY?
IA Viajero. <https://www.iaviajero.io/noticias-ia/como-funciona-midjourney>
- Jang, J. (n.d.). How DALL·E credits work. *OpenAI*. <https://help.openai.com/en/articles/6399305-how-dall-e-credits-work>
- Jones, J. (6 de abril de 2016). The digital Rembrandt: A new way to mock art, made by fools. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/apr/06/the-digital-rembrandt-new-way-to-mock-art>
- Kasunic, R. J. (21 de febrero de 2023). *Zarya of the dawn* (Registration # VAu001480196). United States Copyright Office. <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>
- Lee, J. Y. (2021). Artificial intelligence cases in China: Feilin v. Baidu and Tencent Shenzhen v. Shanghai Yingxin [Traducción propia]. *China and WTO Review*, 7(1), 217. <http://dx.doi.org/10.14330/cwr.2021.7.1.11>
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO.
- Midjourney, Inc. (21 de julio de 2023). Terms of service. *Midjourney, Inc.* <https://docs.midjourney.com/docs/terms-of-service>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- OpenAI. (14 de marzo de 2023). Terms of use. *OpenAI*. <https://openai.com/terms-of-use>
- OpenAI. (30 de noviembre de 2022). Introducing ChatGPT. *OpenAI*. <https://openai.com/blog/chatgpt>

- Pichai, S. (6 de febrero de 2023). An important next step on our AI journey. *The Keyword Google Blog*. <https://blog.google/technology/ai/bard-google-ai-search-updates/>
- Rodríguez Ara. (31 de agosto de 2022). El agujero negro de los derechos de autor de las imágenes de inteligencia artificial de DALL-E. *Hipertextual*. <https://hipertextual.com/2022/08/propiedad-intelectual-imagenes-inteligencia-artificial>
- Stanton, L. (24 de mayo de 2023). How to create AI art with Midjourney. *Alphr*. <https://www.alphr.com/create-ai-image-midjourney/>
- The Next Rembrandt. (5 de abril de 2016). *The next Rembrandt* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=IuygOYZ1Ngo&ab_channel=TheNextRembrandt
- Tribunal de Distrito de Estados Unidos por el Distrito de Columbia. (18 de agosto de 2023). *Acción Civil No. 22-1564 (BAH)*. <https://www.courtlistener.com/docket/63356475/24/thaler-v-perlmutter/>
- Tribunal de Internet de Beijing. Primera Instancia, Sentencia Civil No. (2018) *Jing 0491 MinChu No. 239. 2018*. [http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf)
- Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan. (2019). *Juicio Civil No. (2019) Yue 0305 MinChu No. 14010* (Primera instancia). <https://es.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>
- World Intellectual Property Organization. (2019). *WIPO conversation on intellectual property (IP) and artificial intelligence (AI)*. WIPO Headquarters. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_3_ge_20/wipo_ip_ai_3_ge_20_inf_5.pdf

- Writers Guild of America. (25 de septiembre de 2023). *Summary of the 2023 WGA MBA*. https://www.wgacontract2023.org/the-campaign/summary-of-the-2023-wga-mba?utm_source=substack&utm_medium=email
- Zhou, B. (2020). *Artificial intelligence and copyright protection—Judicial practice in Chinese courts*. World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf

IMPLICACIONES Y DESAFÍOS PARA LA FORMACIÓN DE ABOGADOS EN LA PUCE ANTE LA IRRUPCIÓN DE LA IA

 *Graciela Monesterolo-Lencioni Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

 *Alejandra Cañadas-Armijos Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

RESUMEN

El uso de la IA, así como la de cualquier otra herramienta tecnológica y metodologías innovadoras, debe estar alineada al logro de las competencias de los aprendices de abogados, previstos en los respectivos planes de estudio de la carrera de Derecho. De allí que la IA, para la academia, tiene muchas implicaciones y desafíos ante los cuales las respuestas siguen aún rezagadas y que, por ende, exigen acciones diseñadas por parte de todos los actores académicos, para alcanzar, a través del proceso de enseñanza-aprendizaje, la formación de profesionales multialfabetizados.

Este artículo, desde una perspectiva teórico-conceptual, analítica, interpretativa y crítica, tiene como objetivo general el concientizar sobre las implicaciones y desafíos que la irrupción de la IA implica para la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y, como objetivos específicos: 1) identificar las oportunidades y amenazas respecto al desarrollo de competencias, conflictos jurídicos y éticos, entre otros, por el uso de la IA en la carrera de Derecho y, 2) proponer estándares para que el uso de la IA, en la Facultad de Jurisprudencia garantice, por un lado, el adecuado desarrollo de las competencias transversales o genéricas y disciplinares o específicas, y, por otro, el respeto de los principios y valores éticos y cristianos. Tales estándares se refieren a un sólido marco axiológico, adaptación permanente a las transformaciones digitales, calidad, creatividad, innovación y sana curiosidad, capacitación y entrenamiento, con motivación e incentivos, supervisión pedagógica y progresividad.

ABSTRACT

The use of AI, as well as any other technological tools and innovative methodologies, must be aligned to the achievement of the competencies of trainee lawyers, provided for in the respective curricula of the law degree. Hence, AI for the academy has many implications and challenges to which the answers are still lagging and that, therefore, require decisive actions by all academic actors, to achieve, through the teaching-learning process, the formation of multiliterate professionals.

This article, from a theoretical-conceptual, analytical, interpretative and critical perspective, based on the experiences of both authors, has as general objective to raise awareness of the implications and challenges that the irruption of AI implies for the Faculty of Jurisprudence of the Pontificia Universidad Católica del Ecuador; and as specific objectives: 1) identify the opportunities and threats regarding the development of competencies, and legal and ethical conflicts, among others, by the use of AI in the Law career, and 2) propose standards so that the use of AI, in the Faculty of Law, guarantees, on the one hand, the adequate development of transversal or generic and disciplinary or specific competencies, and, on the other hand, the respect of ethical and Christian principles and values. Such standards refer to a solid axiological framework, a permanent adaptation to digital transformations, quality, creativity, innovation and healthy curiosity, training and coaching with motivation and incentives, pedagogical supervision, and progressiveness.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, enseñanza aprendizaje, competencias, formación profesional, abogado

KEYWORDS: artificial intelligence, teaching-learning, competencies, professional training, lawyer

JEL CODE: I23 ; O33

RECIBIDO: 28/03/2024

ACEPTADO: 05/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.505

INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA) comenzó a mediados del siglo pasado, se la conceptualizaba como todo lo relacionado a las computadoras y al Internet. Sin embargo, tres cuartos de siglo después, el concepto se ha redefinido. Marvin Minsky postula que “es la ciencia de hacer máquinas que hagan cosas que requerirían inteligencia si las hicieran los hombres” (citado por Orbe, 2016, p. 85). Por su parte, para Rouhiainen es “la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano” (Rouhiainen, 2018, p. 17; citado por Castillejos, 2022, p. 14). La propia IA se autodefine como una herramienta de apoyo para el procesamiento y redacción de textos, de conformidad a las instrucciones que, para el efecto, se le proporcionen. Esta última definición ha sido elaborada, precisamente, con la asistencia de la IA (OpenAI, 2024). ChatGPT fue una de las primeras “tecnologías disruptivas”, a partir de la cual, aparecieron otras, e incluso nuevas versiones de esta, por lo que cualquier programa o plataforma que se mencionen en este texto, resultarán caducas y superadas incluso mientras se desarrolla este artículo, y cuánto más, para cuando se encuentre publicado. Por esta razón, se omitirán tales menciones, para solo hacer referencia, en términos generales, a la IA y todo su potencial.

Lo que al momento ya no se discute es que “de todas las tecnologías en auge, la inteligencia artificial (IA) es la que más resultados promete y la que más problemas plantea”, nos guste o no, “la IA ha llegado para quedarse” (Orbe, 2016, pp. 81, 84). Antonio Orbe, hace casi diez años atrás ya había predicho que: “dentro de dos décadas, la tecnología y en especial la robótica y la inteligencia artificial habrán avanzado de tal modo que un gran número de tareas que hoy realizan los seres humanos estarán mecanizadas” (Orbe, 2016, p. 19). Tal predicción la vemos cumplirse no solo de manera efectiva, sino aún más acelerada ante nuestros ojos. Es por ello por lo que debemos estar alertas para los cambios que supone, para que, como todo avance, permita el mejoramiento de la calidad de vida, minimizando los riesgos que, al mismo tiempo, pueda ocasionar.

Según Saiph Savage, egresada de la Facultad de Ingeniería de la UNAM y académica de la Universidad del Nordeste en Estados Unidos, algunos de los temores que a lo largo del tiempo han acompañado a la humanidad se generan cuando existen novedosas herramientas que avanzan a pasos acelerados. Estos son que las máquinas lleguen a dominar el mundo, que robots e IA sean capaces de reemplazar a los humanos y que ciertas habilidades actuales, como la elaboración de textos, queden obsoletas en muy corto plazo, lo que se teme tenga un impacto en el mercado laboral (Saiph Savage, 2024, p. 1).

No se desconoce que el concepto de inteligencia artificial data de algunas décadas atrás. Sin embargo, en ese entonces, su uso estaba más restringido a las matemáticas, a la ingeniería y al arte.

En el último medio siglo hemos visto la creación y explosión del mundo digital. Las personas generamos cantidades ingentes de información a través de las nuevas tecnologías, como los móviles y la Web 2.0. Esta información, colectivamente llamada *big data*, se almacena y estudia con métodos de analítica de datos para extraer conclusiones. Los datos crecen exponencialmente. Y el mundo digital crece. [...] Todo lo anterior parece quedarse corto ante la nueva ola que viene con el desarrollo digital: Internet de las cosas. Un mundo en el que no solo los humanos generamos información, sino también los objetos que nos rodean. (Orbe, 2016, p. 75)

Es así como la IA, en los últimos años, comienza a irrumpir de manera acelerada en otros ámbitos del saber. El presente estudio se centrará, exclusivamente, en su uso académico, y muy particularmente, al que se le da en la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).

Con estos antecedentes, este artículo tiene como objetivo general el analizar las implicaciones y desafíos que la irrupción de la IA, como realidad inevitable y en constante evolución, implica para la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Asimismo, tiene como objetivos específicos

el identificar las oportunidades y amenazas respecto al desarrollo de competencias y conflictos jurídicos y éticos, entre otros, por el uso de la IA en la carrera de Derecho, y, proponer estándares para que el uso de la IA en la Facultad de Jurisprudencia garantice, por un lado, el adecuado desarrollo de las competencias transversales o genéricas y disciplinares o específicas; y, por otro, el respeto de los principios y valores éticos y cristianos.

Para el efecto se ha realizado una investigación respaldada en aportes académicos nacionales e internacionales, así como en documentos institucionales. Se empleó una perspectiva teórico-conceptual, analítica, interpretativa y crítica, a partir de las experiencias de ambas autoras. La primera como curricularista, exdirectiva y académica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y la segunda como estudiante de último nivel de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y miembro del grupo de investigación *IA-Legal Tech* de la misma Facultad.

Irrupción de la IA en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

La IA, así como otras tecnologías que se han desarrollado en las últimas décadas, ha incursionado en el quehacer cotidiano de toda la sociedad, de una manera a veces imperceptible, hasta ser protagonista y el centro de toda actividad. Basta observar cómo los teléfonos celulares inteligentes, por ejemplo, se encuentran en manos de toda persona humana, sin distinción de edades, condición económica, social o nivel de formación, y de cómo los mismos han cambiado la manera de comunicarse y relacionarse. Esta realidad no es ajena a la academia, sino todo lo contrario, la IA está irrumpiendo agresivamente en los centros de estudios impactando los hábitos de estudios y de investigación.

La irrupción es un hecho inevitable, que cada vez está ganando más terreno. No se pretende calificar de positiva o negativa tal irrupción, sino de advertir los posibles riesgos e implicaciones, sean estas últimas favorables o no, a fin de promover acciones para el correcto uso en el quehacer de la educación superior.

IA y formación profesional por competencias

“La educación no es un componente aislado de la experiencia humana, sino que ella se integra dentro de un contexto social, cultural, científico, técnico, ético, religioso, económico y político” (Monesterolo y Vásconez, 2008, p. 21). El proceso formativo de los futuros abogados no es ajeno a los inminentes y acelerados cambios que el desarrollo tecnológico ha evidenciado en las últimas décadas, incluso con la incursión más reciente de la llamada IA.

El fin de la educación es preparar a la persona para la vida, y si en el caso de la educación superior, no importa su disciplina, su objetivo es preparar a las personas para el ejercicio profesional, para que sirvan a la sociedad, para prevenir, asesorar y resolver problemas. Se trata de potenciar todas sus capacidades y atributos, y desarrollar aquellos que le serán fundamentales para un óptimo desempeño, tanto académico como profesional.

Este artículo se centra exclusivamente en el proceso de formación de abogados y no en el ejercicio profesional, ya que se entiende que son dos etapas completamente distintas. La formación profesional podría mirarse como un proceso de entrenamiento en el uso adecuado de la IA como parte de una formación integral de la persona. A este proceso están llamadas y obligadas las instituciones de educación de todo nivel y las de educación superior en particular, en el sentido de que su quehacer no puede reducirse

a la simple transmisión de una ciencia, de una técnica o de un arte, sino a la formación de una persona que desde su competencia profesional sea capaz de construir, de manera sistemática, crítica y humana, un nuevo estilo de convivencia fundado en la corresponsabilidad social; tomando para ello los mejores aportes de su entorno cultural, que modo que ponga de manifiesto aquello que sabe, que es, que hace y que vive para sí mismo y para cuantos le rodean. (Monesterolo y Vásconez, 2008, p. 23)

Por el contrario, la formación integral del ser humano, en este caso del estudiante de la carrera de Derecho de la PUCE, supone fusionar adecuadamente los elementos cognitivos, comunicacionales y axiológicos, desafiados por la irrupción de la IA. Esta fusión es responsabilidad tanto de docentes como de los propios estudiantes. Los primeros, para incentivar y supervisar el uso de la IA para el manejo de la información y desarrollo de las competencias; y los segundos, para gestionar responsable y éticamente el espacio digital. En este sentido Área aclara que el estudiante: “posee las capacidades cognitivas para transformar la información en conocimiento, es capaz de analizar críticamente la información, contrastarla, reconstruirla y aplicarla de forma inteligente en diferentes situaciones prácticas o problemáticas”. (Área, 2015, p. 3)

Por lo tanto, el uso de la IA, así como la de cualquier otra herramienta tecnológica o metodologías innovadoras, debe estar alineada al logro de las competencias y los resultados de aprendizajes previstos en los planes de estudio. La idea es “contribuir al desarrollo integral de los estudiantes, en todas sus facetas personales, sociales, culturales, políticas y económicas, donde nace la necesidad de adaptación de las universidades a sus contextos nacionales e internacionales (Bricall, citado por Auzmendi et al. en Eizaguirre et al., 2018, p. 7).

El aprendizaje basado en competencias, que es el adoptado en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, fue “instaurado en todo el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) tras la aprobación de la declaración de Bolonia en 1998” (Etxeberria, Ferrán y Guinot, 2018, p. 172). Se trata de un enfoque que se centra en la actividad autónoma y responsable del propio estudiante. Con este enfoque se pasa del paradigma de la enseñanza, al paradigma del aprendizaje; es decir, supera el tradicional sistema por el cual el docente era un simple transmisor de conocimiento a uno que pone en el centro del quehacer educativo al estudiante. “Se trata de ofrecer con este enfoque una formación más sólida y más acorde con lo que debe ser una buena formación universitaria, que ayude a los estudiantes a saber, saber hacer, convivir y ser, y no solo prepararlos para acceder al mercado laboral” (Auzmendi et al. en Eizaguirre et al., 2018, p. 2). Las mismas autoras agregan

que “se espera que la enseñanza universitaria, a más de dotar de una buena formación conceptual y de contenidos, desarrolle habilidades y destrezas que sean aplicables a las situaciones laborales y sociales que los estudiantes han de vivir al finalizar sus estudios”, enfatizando “la reflexión sobre lo que se aprende y sobre su aplicación” (p. 7).

Así pues, la PUCE, desde el 2008 diseñó un currículum por competencias, el mismo que fue rediseñado y ajustado en varias oportunidades, en atención a los estudios de pertinencia, así como a los requerimientos institucionales y, sobre todo, del órgano rector de la educación superior, esto es del Consejo de Educación Superior (CES).

Ya para el año 2023, la PUCE, acorde a los tiempos siempre cambiantes, ha desarrollado un nuevo modelo educativo (NUMEP), manteniendo el propósito de

formar profesionales con excelencia académica que comprendan, respeten, valoren la diversidad humana, demuestren competencia cultural, a través de acciones con transparencia, responsabilidad compartida, confianza mutua, honestidad, empatía y resiliencia; siendo sensibles a las características y necesidades propias, de los demás y de la naturaleza. (PUCE, 2023c, p. 20)

A partir del nuevo modelo educativo, toda la oferta académica institucional fue repotenciada, pero manteniendo el criterio de la formación por competencias en la elaboración de cada uno de los planes de estudios. Así, de conformidad a los planes de estudios actualmente vigentes en la Facultad, esto es el Q238 (desde 2019) y el Q364 vigente desde el 2023, se han establecido competencias mínimas que todo futuro abogado debe desarrollar a lo largo de su carrera. Tales competencias mínimas están relacionadas a las capacidades de pensar con criterio jurídico, analizar, argumentar, hablar y escribir correcta y técnicamente, sistematizar información, aplicar la ciencia jurídica y resolver problemas. Dicho de otra manera, se espera que todo estudiante de la PUCE, a partir de una experiencia concreta, observe, reflexione, saque sus propias conclusiones y teorice (PUCE, 2023c, p. 12).

Esto llevado al ámbito el Derecho, permite afirmar que lo que se espera es que el estudiante sea capaz de observar e identificar hechos con relevancia jurídica, los analice y reflexione sobre los mismos, diagnostique el caso, lo subsuma en una fuente del Derecho, teorice y proponga alternativas de solución y posibles vías de resolución; y cree estrategias para el efecto, se autoevalúe y autocorrija. Es decir, que aplique todos sus conocimientos, en una permanente experiencia activa, lo que resulta en un aprendizaje significativo. Dicho aprendizaje perdura, y a partir del cual, se generan y construyen nuevos conocimientos.

Las competencias mencionadas son fundamentales en la formación de los futuros abogados, lo que les permitirá ser comunicadores asertivos, con adecuada expresión oral y escrita, razonar lógica y jurídicamente para resolver los problemas y sustentar sólidamente sus argumentos, para servir así de manera óptima y con excelencia a sus clientes y a la sociedad en general.

Acorde con las exigencias actuales y futuras, se ha incluido una asignatura denominada Derechos y Nuevas Tecnologías para el noveno y último nivel de formación, como parte del itinerario de Derecho empresarial. Al respecto, cabe señalar que el plan de estudios de 2008 incorporaba TIC aplicadas al Derecho en el primer semestre de la carrera, por lo que, en el presente, tal asignatura ha dejado de ofertarse por efecto del paso progresivo al plan de estudios repotenciado (Q364). Al momento aún no se han definido los contenidos de lo que será la asignatura de Derecho y Nuevas Tecnologías. Es de esperar que se enfoque en la enseñanza de lo que se conoce como *Legal Tech*, es decir, las tecnologías aplicadas al Derecho basadas en la IA. Fernández al referirse al *Legal Tech* acota:

que no es más que la aplicación de la tecnología a la prestación o a la comercialización de servicios legales con una orientación decidida, lo que ayuda no solo a la mejora de dicha actividad, sino que también ayuda al cliente para acceder a abogado, por ejemplo, a sus servicios o para calificarlo. Esta orientación al consumidor, a la experiencia, a la inmediatez es lo que la diferencia de los servicios tradicionales. (Fernández, 2020, p. 427)

Perfil del egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

A lo largo de su vida institucional la Facultad de Jurisprudencia ha tenido varios planes de estudios. El primero, en 1946, fue concebido, de modo tradicional, para “enseñar leyes antes que de formar juristas”. (Monesterolo, G. y Vásconez, E., 2008, pp. 148-153) Fue un plan prescriptivo, es decir, con una programación ordenada y determinada por las autoridades, que debía ser cumplida de forma obligatoria e inamovible (Monesterolo, G. y Vásconez, E., 2008, pp. 148-153). En 1975, fruto de una importante reestructuración académica institucional, se reformó el plan de estudios para hacerlo un tanto más propositivo, esto es, para permitir elementos más o menos abiertos a elección de los participantes en función de sus intereses personales o particulares (Monesterolo, G. y Vásconez, E., 2008, pp. 148-153). En 1995 se pasó a un plan propositivo, el mismo que entre sus novedades se pueden destacar: cortes horizontales, por instituciones, repartidas en asignaturas generales obligatorias, electivas y de formación en valores, con la oferta de cuatro perfiles profesionales y con una metodología interactiva con recursos múltiples, entre las que cabe mencionar la enseñanza clínica (Monesterolo, G. y Vásconez, E., 2008, pp. 148-153).

Para el año 2008, se diseñó, por primera vez, una malla curricular por competencias, y a partir de ello, se formuló el perfil de egreso o profesional. Antes de revisar los términos del referido perfil en el mencionado plan de estudio, parece conveniente precisar que

Por perfil profesional se entiende el conjunto de competencias integradas por aquellos conocimientos, destrezas y valores que deben ser alcanzados por los graduados de una determinada ciencia, técnica o arte, que lo habiliten para desempeñarse con eficiencia y calidad en el ejercicio de su profesión. (Monesterolo y Vásconez, 2008, p. 141)

Ahora bien, el abogado graduado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, según el plan de estudios Q238, es un profesional de nivel superior, que estará en capacidad de:

resolver problemas jurídicos a través de la adecuada aplicación de los principios generales del Derecho Civil, Constitucional, Administrativo, Laboral y Penal; y de la técnica jurídica y la investigación interdisciplinar, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, observando valores éticos y cristiano, y los principios filosófico-teórico de la norma, que le permitan reconocer situaciones y relaciones legales de forma crítica e incorporar enfoques de derechos, género e interculturalidad. Será capaz de comunicar con altos estándares de calidad, los hechos jurídicos -de manera oral y escrita- en lengua materna, mediante el uso de herramientas tecnológicas de la información; analizar con responsabilidad social las situaciones que se le presenten, con alto nivel de liderazgo, para desarrollar la excelencia y capacidad de ampliar sus conocimientos en todos los ámbitos del quehacer público, privado y social. (PUCE, 2019, p. 63)

Pese a los referidos ajustes curriculares, el perfil profesional del egresado de la Facultad de Jurisprudencia no varió desde el previsto en el plan de 2008 (Q135), por lo que se mantuvieron las mismas competencias generales y específicas. Sin embargo, a partir del nuevo modelo educativo de la PUCE, y su oferta académica repotenciada, se ha implementado un nuevo plan de estudios para la carrera de Derecho que se caracteriza por ser:

transformador, práctico, innovador, interdisciplinar e investigativo, y pretende una formación integral e integradora modelada por el humanismo, el compromiso social, el espíritu crítico e innovador, la capacidad de comunicación asertiva para proveer soluciones prácticas a problemas cotidianos de la sociedad desde un compromiso integral y la aspiración a siempre más. (PUCE, 2023c, p. 4)

Por lo tanto, el actual diseño curricular de la carrera de Derecho, vigente desde el año 2023, reformuló el perfil de egreso en atención a las actuales exigencias y necesidades para adaptarse al mundo laboral que demanda profesionales capaces de abordar problemas complejos que requieren una visión interdisciplinaria y habilidades prácticas. (PUCE, 2023a, s/p) En este

orden de cosas, se han definido como resultados de aprendizaje que deberá lograr el egresado los siguientes:

1. Comprender los diferentes fenómenos y teorías que fundamentan y explican los principios, las fuentes y el funcionamiento del derecho en tanto responde a la interacción de diversos factores sociales.
2. Sintetizar el contenido de instrumentos jurídicos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales.
3. Comprender a la justicia como la razón de ser del derecho en los distintos ámbitos de ejercicio profesional.
4. Evaluar el fenómeno jurídico actual fundamentado en el estudio de los hechos ocurridos en el pasado.
5. Analizar los principios y valores que fundamentan la protección de los bienes jurídicos y los mecanismos que garantizan su tutela efectiva.
6. Aplicar destrezas y capacidades en apego a la institucionalidad jurídica, política y social.
7. Comprender los procesos intelectuales de las distintas áreas del derecho, enfocado al fortalecimiento de las instituciones.
8. Aplicar el lenguaje jurídico de forma oral y escrita en los diferentes escenarios de ejercicio del derecho.
9. Organizar el conocimiento jurídico en apego al desarrollo tecnológico e informático.
10. Explicar las dimensiones: personal, socioambiental y profesional de la ética en el contexto de formación de una ciudadanía comprometida con la dignidad humana y el cuidado efectivo de la casa común, valorando la interculturalidad como un horizonte ético-político válido para construir sociedades justas, solidarias y plurales en el marco de los derechos. (PUCE, 2023a, s/p)

A partir de los referidos perfiles, que no difieren sustancialmente, se evidencian los resultados de aprendizaje que deben desarrollarse de manera secuencial y progresiva a lo largo de toda la carrera, como ejes transversales. De conformidad a la taxonomía adoptada por la PUCE (2023c, p. 23), las competencias a desarrollar en todo futuro profesional deben partir de un nivel básico de comprender, para ir escalando, pasando por las capacidades de analizar, sintetizar, aplicar, evaluar y crear. Si hablamos de abogado, tales habilidades y destrezas deben reflejarse desde que es confrontado a una situación con incidencia jurídica, que debe comprender, para luego hacer un análisis jurídico, sintetizar los hechos, así como las fuentes, para aplicarlas al

caso concreto, evaluar las diferentes opciones y vías de solución para su cliente, y crear estrategias, así como proponer políticas públicas o normativa, de ser el caso. Es decir, que es necesario que el estudiante desarrolle particulares competencias y se entrene a diario en ellas, de ser posible en todas y cada una de las asignaturas del plan de estudios.

Nuevas “formas de formar” a los futuros abogados

No cabe la menor duda de que los avances tecnológicos y el desarrollo de las ciencias han exigido que a lo largo del tiempo las metodologías de enseñanza-aprendizaje se hayan adaptado progresivamente a tales cambios. Ya casi es impensable que la formación profesional se base exclusivamente en las tradicionales, y prácticamente superadas, clases magistrales, en las que el profesor simplemente “enseña” como el único poseedor de la verdad y “deposita” conocimiento en estudiante, meramente pasivo.

Las nuevas formas de enseñar han evolucionado y diversificado. En el presente se habla de metodologías interactivas, innovadoras, que implican, la mayoría de ellas, la incorporación precisamente de las nuevas tecnologías. En este orden de cosas, el fenómeno que marca un antes y un después en estos cambios en los entornos de aprendizaje fue la pandemia mundial de covid-2019. Desde entonces los actores académicos tuvieron que ser recursivos para identificar nuevas formas de mantener el proceso de enseñanza aprendizaje pese al confinamiento y la imposibilidad consiguiente de impartir las clases en el ambiente del aula tradicional. Es así como advierte Castillejos que:

Las herramientas que eran utilizadas para la comunicación y socialización se convirtieron en piezas claves para mantenerse conectados. Algunos docentes mantuvieron sus aulas, apoyándose en herramientas de mensajería instantánea como WhatsApp y redes sociales como Facebook, YouTube, etc. Otros con mayores competencias optaron por los Sistemas de Gestión de Aprendizaje o LMS (de Learning Management System). Por su parte, los estudiantes tuvieron que hibridar su aprendizaje formal con el informal y valerse

de todos los recursos que encontraban en la red para aprender. Por lo anterior, el entorno personal de aprendizaje (PLE, de Personal Learning Environment) se centró más en la virtualidad. (Castillejos, 2022, p. 11)

El impacto de la pandemia, junto al desarrollo exponencial de la IA, que traspasa todos los ámbitos del quehacer humano, entiéndase, el familiar, social, profesional, laboral, económico, político, supone una reestructuración de las formas de ser, hacer, pensar y, por ende, de formar a las nuevas generaciones de profesionales. Esto implica repensar las metodologías, los ambientes de aprendizaje y los roles de los actores académicos, entendidos como tales desde las autoridades de los centros educativos, como los docentes y estudiantes.

Por lo expresado, los roles de docentes y estudiantes, que desde muchos años atrás ya habían variado sustancialmente, a partir de este punto disruptivo que fue la pandemia, y consecuente irrupción de la IA, exige un profundo replanteamiento y cambios paradigmáticos. En este sentido, la Comisión Europea, así como Mayra Bosada, considera que la IA está transformando la educación del alumnado y la forma de enseñar de los docentes (Bosada, 2023).

El docente no es poseedor absoluto de la verdad, del conocimiento y de todas las habilidades y destrezas que espera formar en sus estudiantes. Por el contrario, muchas veces el docente es ampliamente superado en el manejo de la información y sobre todo en competencias digitales. Ello supone una mayor interrelación, a partir de la comprensión de las propias limitaciones y de que la información y los contenidos de las asignaturas no son lo más relevante, sino centrarse en el desarrollo de la persona y su integralidad, lo que concuerda con el modelo educativo de la PUCE.

Así pues, la inteligencia artificial está transformando la educación universitaria de Derecho al ofrecer herramientas innovadoras que, para unos, mejoran la enseñanza-aprendizaje, así como la investigación, pero, para otros, pueden poner en riesgo el desarrollo y potenciación de habilidades esenciales de todo abogado.

La IA es uno de los referidos aportes del entorno del que puede echar mano el estudiante de Derecho, y, sobre todo, el profesional ya en su pleno ejercicio. En este sentido, es necesario que durante la carrera de Derecho, más que fomentar el uso indiscriminado de la IA, se entrene en su uso, advirtiéndolo los riesgos y alcances de esta. Es decir, no se puede desatender al necesario y oportuno desarrollo de las capacidades y habilidades propias del abogado, y solo después de contar con suficientes bases y discernimiento, se pueda emplear en el ejercicio profesional esta poderosa herramienta.

Ante la innegable realidad de que los estudiantes pueden acceder de manera ilimitada a información a través de las “máquinas”, se hace imprescindible el acompañamiento y supervisión de los docentes, a fin de que tal información se convierta en conocimiento y, por ende, en aprendizaje significativo. Ello supone ir de manera gradual superando niveles o categorías durante todo el entrenamiento, conforme al nuevo paradigma que destaca que “los algoritmos de *machine learning* se agrupan en tres grandes categorías: supervisado, sin supervisión y por refuerzo” (Equipo Paradigma Digital, 2020, p. 104).

Por tanto, no se desconoce la verdad advertida una década atrás por Miguel Carbonell, a propósito del impacto, entonces, de las redes sociales, que ahora cobra aún mayor fuerza con otros muchos avances tecnológicos y particularmente de la IA, en el sentido de que “la educación universitaria seguirá existiendo y seguirá siendo importante en el futuro; pero su rostro no se va a parecer en nada (o muy poco) a lo que hemos conocido hasta ahora” (Carbonell, 2014, p. 128).

Sin embargo, los cambios tecnológicos, no pueden ni podrán afectar o hacer declinar el propósito primordial de la educación superior que es el formar para la vida, para el ejercicio profesional, y potenciar, cuando del abogado se trata, la capacidad fundamental de resolver problemas, a partir del profundo análisis jurídico, para lo cual deberá, durante toda la carrera desarrollar el resto de las competencias que exige el perfil profesional, el mismo que debe estar en permanente actualización.

Es así como todo el quehacer académico se inscribe en la misión de la PUCE que es

la constante búsqueda de la verdad y la promoción de la dignidad humana en todas sus dimensiones, mediante la investigación, la conservación y comunicación del saber y la vinculación con la sociedad, para el desarrollo sostenible e integral, nacional e internacional. (PUCE, Estatuto, 2023b, Art. 4)

Por todo lo hasta aquí expresado, resulta indudable que la IA ha cambiado, y cambiará aún más, la forma de enseñar, de aprender e incluso de ejercer a futuro la profesión de abogado, aunque lo mismo podría decirse de cualquier otra disciplina. Impone cambios estructurales, tanto en las metodologías como en los roles de docentes y estudiantes. Ya no se puede desconocer que se han combinado, de manera indisoluble y sin vuelta atrás, dos formas de enseñanza aprendizaje, a lo que Castillejos denomina “hibridación”, una tradicional o formal y la impuesta con el desarrollo tecnológico y particularmente por la IA, que implica una “autorregulación y la motivación por aprender de forma permanente”; a lo que agrega:

El aprendizaje se centra en el estudiante, quien decide qué conocimientos incorpora a su entorno para enriquecer lo aprendido a través de la educación formal. Por lo anterior, las barreras del aula se rompen, dejando entrar a las redes de aprendizaje que se generan a partir de la interacción con los contactos que tiene en la red. (Castillejos, 2022, p. 12)

En este mismo sentido se orienta el modelo educativo de la PUCE, cuya centralidad es el estudiante, “conforme a un perfil de persona capaz de impactar en la sociedad” (PUCE, 2023c, p. 3).

Por lo tanto, como ya se ha advertido en la sección anterior, frente a una nueva forma de enseñar y de aprender, en donde los ambientes personales de aprendizaje (PLE, por Personal Learning Environment), han cobrado un rol protagónico. Adell y Castañeda mencionan lo siguiente:

definen al PLE como “el conjunto de herramientas, fuentes de información, conexiones y actividades que cada persona utiliza de forma asidua para aprender”. Este concepto lleva a identificar herramientas y estrategias para leer, reflexionar y para establecer relaciones. Todas estas acciones posicionan al aprendiz en un prosumidor de contenidos, es decir, un estudiante que no solo asiste al aula buscando consumir información, sino que produce conocimiento, lo que da como resultado ejercicios donde pone en práctica su pensamiento crítico y creativo. Ambos elementos son factores determinantes en la construcción de nuevos conocimientos. (Castañeda y Adell, citados por Castillejos, 2022, p. 12)

Metodologías y herramientas innovadoras y disruptivas

Se entiende a las metodologías como un proceso sistemático de enseñanza que facilita la adquisición de nuevos aprendizajes y que, en cualquier caso, su elección no es aleatoria, sino que viene determinada por el resultado de aprendizaje a lograr (PUCE, 2023c, p. 8).

Son muchas las metodologías llamadas innovadoras, aún con el riesgo de que el primer calificativo quede en muy corto plazo obsoleto, por lo vertiginoso que resultan los cambios en todos los ámbitos de la vida, más aún en cuanto a lo tecnológico se refiere. En este sentido, la PUCE, en su modelo educativo, contempla y define opciones de metodologías activas de enseñanza. Se las denomina precisamente activas por cuanto promueven la actividad del estudiante que ya no es un simple receptor pasivo de conocimientos. Tales metodologías permiten integrar los conocimientos, cuya elección por parte del docente, debe estar determinada por las necesidades del estudiante. Se mencionan en el NUMEP las siguientes: la co-docencia, la docencia compartida, el Aprendizaje Basado en Problemas (ABP), Aprendizaje Basado en Proyectos, Aprendizaje Basado en Retos y los Estudios de Caso. Adicionalmente se promueven el Aula Invertida, el Aprendizaje Lúdico y el *Design Thinking*. Cada opción metodológica persigue un objetivo en particular, considerando la importancia de integrar los aprendizajes desde la necesidad del estudiante (PUCE, 2023c, pp. 8-9).

También es menester destacar que la PUCE sigue los principios del Paradigma Pedagógico Ignaciano (PPI) el mismo que:

constituye el conjunto de principios teóricos, metodologías y experiencias integradoras que orientan el proceso de aprendizaje, mediante la ejecución de 5 etapas o momentos: contextualizar la realidad, experimentar vivencialmente, reflexionar sobre esa experiencia, actuar consecuentemente, y evaluar la acción y el proceso seguido. (PUCE, 2023c, p. 11)

A ello se suma el “nuevo planteamiento pedagógico de la educación, [que] es el *learning by doing* o aprender haciendo”, término propuesto originalmente por John Dewey, quien concibe a la educación como una constante reorganización o reconstrucción de la experiencia, cuyo objetivo se encuentra en el propio proceso (PUCE, 2023c, p. 11) citado por (Ruiz, 2013).

IA como herramienta metodológica disruptiva y desafiante

Se debe partir de la premisa de que la IA no es más que una herramienta, y como tal, no es buena ni mala en sí misma. Su uso académico debe estar destinado para la búsqueda de información, que debe ser posteriormente probada y validada, bajo la guía y supervisión de docentes. En este sentido, se debe entrenar a los aprendices de abogado y potenciar sus habilidades investigativas y de reflexión.

La IA se basa en algoritmos que resuelven problemas. Estos algoritmos son de muy distinto tipo: algunos realizan búsquedas, otros siguen algún tipo de razonamiento, otros aprenden, unos siguen reglas lógicas, mientras que otros se basan en probabilidades. Muchos usan grandes recursos computacionales, aunque no todos. Algunos usan el procesamiento del lenguaje natural y otros requieren una

representación del mundo. Y bastantes se basan en los usuarios (tú) para ser entrenados. (Orbe, 2016, p. 91)

La descripción sencilla, simple y clara que hace Orbe respecto a la forma en que la IA resuelve problemas, deja entrever el enorme potencial de esta herramienta, y los múltiples usos e incalculables alcances. Ello se debe al hecho que destaca Duraiappah, en el sentido de que el BOT de la IA puede analizar todos los datos relevantes obtenidos de las experiencias de millones de docentes, investigadores e incluso de alumnos que constan en archivos de Internet, y con ello se potencia la capacidad de obtener información y superar problemas de aprendizaje (2018, p. 1).

Parece oportuno, sin el afán de abarcar todos los usos de la IA, señalar aquellos que hasta el momento son los que más comúnmente se están aplicando, aunque de manera incipiente, en la academia. En la siguiente tabla se mencionan algunos posibles usos de la IA en la academia. Sin embargo, no se entrará en detalles, por cuanto todos ellos cambian y se actualizan incesantemente, por lo que resultaría completamente infructuoso hacerlo.

Tabla 1. Herramientas comunes de IA utilizadas en la academia

IA EN EDUCACIÓN UNIVERSITARIA	USOS
Plataformas de Tutoría Inteligente CURIPOD	Personalizan el aprendizaje ofreciendo contenidos adaptados a las necesidades y ritmo de cada estudiante.
Sistemas de Recomendación CHAT GPT CUENTIO.TO	Sugieren recursos y materiales de estudio basados en el historial y preferencias del estudiante. Elaboran y diseñan lo que le pida el estudiante como material de trabajo

Herramientas de Evaluación Automatizada para docentes. TEACHY MAGICSCOOL	Evalúan automáticamente tareas y exámenes, proporcionando resultados rápidos, permiten la interacción de docentes y alumnos de manera virtual o presencial.
Chatbots Educativos GAMA AP CLIENGO	Asisten en la elaboración de diapositivas completas. El segundo ayuda la resolución de dudas y proporciona información sobre cursos y procedimientos administrativos.
Simuladores y Realidad Virtual MAIDEPOT	Ofrecen entornos virtuales inmersivos para prácticas y experimentación en áreas como medicina, ingeniería, etcétera.
Asistentes de Escritura basados en IA, Mediante la agrupación de documentos	Ayudan en la redacción de documentos, complicados y permiten acceder a otros documentos.

Elaboración propia

Estas herramientas comienzan a ser parte de la llamada “cuarta revolución educativa” (Seldon y Abidoye, citados por Fengchun, 2021, p. 18), que tienen como objetivo brindar a cada estudiante, en cualquier lugar del mundo, acceso a un aprendizaje a lo largo de la vida de alta calidad, personalizado y ubicuo (formal, informal y no formal). La IA también exige nuevos enfoques para la enseñanza y particularmente para la evaluación, la misma que debe ser adaptativa y continua (Luckin, citado por Fengchun, 2021, p.18). Sin embargo, es importante reconocer que estos temas plantean preocupaciones aún no abordadas y mucho menos resueltas.

Oportunidades y amenazas que presenta la IA en la formación de los futuros abogados

No existe, como era de esperarse, uniformidad de criterios entre los expertos y los diversos actores involucrados en el mundo de la IA respecto a cómo se la percibe. Para unos, la IA es una oportunidad de cambios, ante lo cual sostienen, por ejemplo, Elon Musk, dueño de las empresas Tesla y SpaceX, que “cuando los riesgos son tan grandes, hay que ser proactivo y no reactivo” (citado por Orbe, 2016, p. 107). Para otros es una gran amenaza, “el peor error que podría cometer la humanidad, y posiblemente el último”, según el físico Hawking (citado por Orbe 2016, p. 107). En lo que no hay duda es en cuanto a los ingentes desafíos que presenta, lo que ratifica Bill Gates en los siguientes términos: “así que no trato de darle demasiadas vueltas, pero cuando la gente dice que no es un problema, estoy en desacuerdo. ¿Cómo no ver el enorme desafío que supone?”(citado por Orbe, 2016, p. 108).

Con este artículo se pretende, a modo de alerta, aunque ya no muy temprana, promover espacios de reflexión para generar acciones oportunas y adecuadas, particularmente en el ámbito académico, frente a una realidad que nos desborda y ante la cual no estamos suficientemente preparados para enfrentar.

Oportunidades

Frente a la irrupción de la IA en la educación superior, se presentan desafíos que se convierten en grandes oportunidades. Así, los procesos educativos deben modernizarse y ponerse acorde a la era digital. Deben aquilatar los recursos con los que cuenta, y que se van desarrollando a lo largo de los años. Al ser la IA una herramienta tan poderosa, no puede, por tanto, quedar excluida de la educación. Según el criterio del grupo de investigación IA Legal Tech de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, la integración de la IA en la enseñanza superior puede fomentar la innovación pedagógica al introducir nuevos enfoques de enseñanza y aprendizaje, como el aprendizaje basado en juegos, la tutoría virtual y la simulación educativa.

Los cambios, ya advertidos, que exige la irrupción de la IA en la educación superior ahondan la necesidad, percibida como una oportunidad, de adecuar aún más los perfiles de docentes y estudiantes universitarios de la carrera de Derecho. Cambios que a partir del modelo de enseñanza aprendizaje por competencias ya se han dado. En este sentido, el estudiante asumió el rol protagónico, convirtiéndose en el gestor de sus conocimientos.

El docente ahora tiene un reto mayor, el de innovar la propuesta metodológica, motivando a los estudiantes a realizar trabajos académicos diferentes a los típicos ensayos o monografías, para que aún con la asistencia de la IA, sean retados a desarrollar y fortalecer las capacidades de razonamiento, análisis, síntesis, expresión oral y escrita, resolución de problemas, entre otras. El docente debe ser un guía y supervisor pedagógico, que acompañe a los estudiantes durante todo el proceso, y particularmente en el entrenamiento del adecuado uso de la IA, que, como ya se ha mencionado, puede ser incorporando metodologías activas que incluyan juego de roles y simulaciones. El docente, además, debe trabajar de manera colaborativa con sus estudiantes, reconociendo que muchos de ellos pueden superarlo en competencias digitales. En definitiva, y según el nuevo modelo educativo de la PUCE, el docente debe ser una persona que “inspira y empodera, es creativo y pone como centro del aprendizaje a la persona” (PUCE, 2023c, p. 10).

Por su parte, el rol de los estudiantes también debe adecuarse a la nueva realidad que supone la era digital. No debe ceder a la tentación del facilismo, para no caer en la mediocridad. Debe asumir con absoluta responsabilidad y honestidad las tareas de investigación para utilizar la IA tan solo como una herramienta para alcanzar los resultados de aprendizajes que se hayan propuesto. Debe, por tanto, ser proactivo, innovador, crítico analítico, comunicador asertivo, motivado siempre a ser más y mejor, tal como está previsto en el nuevo modelo educativo institucional (PUCE, 2023c, pp. 19-20).

La referida modernización de la educación superior, a propósito de la irrupción de la IA, da la oportunidad, además, de competir a nivel nacional, regional y mundial. Los estudiantes y futuros profesionales, así como los

docentes de la carrera de Derecho, deben estar a la altura de las exigencias de un mundo globalizado. De allí que el nuevo modelo educativo ponga especial énfasis en las experiencias de internacionalización, y concluye que

los estudiantes, docentes e investigadores de la PUCE deben desarrollar competencias que les permitan destacar y ser de impacto a nivel nacional e internacional, tener la capacidad de moverse entre culturas, impartir y recibir clases de manera virtual, apostar por los recursos y espacios nacionales e internacionales, así como velar por la calidad de la educación. (PUCE, 2023c, p. 33)

Si bien la IA simula la inteligencia humana, nunca podrá desarrollar ni emular las características propiamente humanas, de allí que otra oportunidad y exigencia que se presenta es precisamente potenciar las habilidades blandas de los estudiantes, como, por ejemplo, la empatía, la adaptabilidad, el cuidado de los detalles, la colaboración, el trabajo en equipo, el liderazgo, el saber priorizar, el manejo de tareas múltiples, entre otras. Ello supone, a la par, que los docentes sean más creativos al momento de diseñar las actividades, para que no sigan solicitando ensayos o trabajos que fácilmente pueden burlar el propósito que consiste en evaluar los resultados de aprendizajes, y que sean entrenados para que ellos mismos puedan detectar todo aquello que responde a las competencias blandas de los estudiantes. Es decir, más que enfocarse en programas que detectan posibles coincidencias, enfocarse en los aspectos más humanos de la formación del futuro profesional y que los mismos se ven reflejados en todos los productos académicos y en su accionar diario. Se debe, por tanto, evaluar las competencias de los niveles cognitivos más elevados, en donde la IA precisamente encuentra sus limitaciones, y, por el contrario, donde los aprendices pueden destacar sus competencias propiamente humanas, y donde siempre tendrán una ventaja insuperable.

No cabe duda alguna que otra de las grandes oportunidades que ofrece la IA es la de optimizar los tiempos, mejorar la eficiencia, el quehacer académico y el servicio profesional. Se dice que el tiempo es oro, es vida, y por tanto debe ser muy bien administrado. En una sociedad en que todo se ha vuelto ágil, en que la demanda de servicios siempre es urgente y las

necesidades apremiantes, el poder ahorrar tiempo, gracias a la IA, resulta invaluable. Pero, no se lo debe entender como un simple atajo, y como una forma ligera, superficial y poco profesional de realizar tareas académicas. Por el contrario, el tiempo ahorrado debe ser destinado a la profundización de la reflexión, el análisis y la búsqueda de alternativas de solución a los problemas planteados.

Entre otras oportunidades, que pueden variar según la herramienta de la que se trate, según se enunciaron en la Tabla 1 de la sección anterior, se pueden mencionar las siguientes: favorecen el aprendizaje personalizado, aunque hay quienes sostienen exactamente lo contrario, permiten retroalimentación instantánea, maximizan recursos relevantes, facilitan la exploración de nuevos temas, evalúan de manera objetiva, proporcionan respuestas inmediatas a dudas comunes, crean rápidamente materiales de exposición o estudio como presentaciones o diapositivas, son de fácil acceso, permiten un aprendizaje inmersivo y motivador, mejoran la calidad de la escritura, proporcionan sugerencias de mejora y elaboración de textos más complicadas a base de información primaria.

Amenazas: eventuales riesgos, conflictos jurídicos, éticos y otros

Desde que las herramientas de IA generativa como ChatGPT se hicieron públicas a finales de 2022, editores, investigadores y académicos han debatido sobre los problemas que tales herramientas pueden acarrear. Si bien algunos dicen que pueden ayudar a redactar manuscritos si se usan de manera responsable, otros temen que los defraudadores científicos las utilicen para publicar rápidamente trabajos convincentes pero falsos, al decir de Holly Else (2024, p. 1). En este sentido, aparecen las amenazas más relevantes y que deben orientar los debates de las autoridades y docentes de las instituciones de educación superior, y son las referidas a las competencias y resultados de aprendizaje, propiedad intelectual, principios y valores.

Conforme ha quedado reseñado en la sección anterior, las competencias se traducen en concretos resultados de aprendizajes a lograr en cada etapa

del proceso formativo. Es por ello que en la educación superior se puede destacar como posible riesgo el hecho de que los estudiantes, asistidos por la tecnología, y muy particularmente por la IA, se vean tentados a simplificar sus esfuerzos de búsqueda de información confiable y no acudir a fuentes primarias; de simplemente dejar que sea la IA la que, con las directrices proporcionadas a través de un *prompt*, realice la tarea en escasos minutos; le evite aplicar y desarrollar la capacidad de raciocinio, de pensamiento crítico, analítico, creativo, lógico; de redacción, de expresión, de síntesis y de resolución de problemas. Así, al realizar tareas académicas por medio de prácticas poco éticas e irresponsables, utilizando las múltiples herramientas tecnológicas, impide o al menos pone en riesgo el desarrollo de las mencionadas competencias que son transversales, y, por tanto, fundamentales para su formación.

Fernández coincide en que, dentro de las habilidades profesionales generales del abogado, y que deben desarrollarse a lo largo del proceso de enseñanza aprendizaje de la carrera de Derecho, se encuentra:

La competencia técnica, comunicación oral y escrita, inteligencia, imaginación, capacidad de estudio, comprensión lectora, habilidad para utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones más avanzadas, capacidad de análisis y síntesis, capacidad de abstracción, flexibilidad y adaptación mental. (2020, p. 18)

Al ser la IA simplemente una herramienta, no se puede perder de vista que lo fundamental en la formación es desarrollar en la persona la capacidad de pensar, de hacerlo de manera lógica, estructurada y basada en fuentes sólidas y confiables. De allí que se hizo célebre la frase “he consumido mi tiempo y el de mis alumnos y si tuviera que volverlo a hacer escogería enseñarles a pensar” pronunciada por Dijkstra en un debate en 1983, contestando a Arsac en la Universidad de Granada. La capacidad de pensar de un aprendiz debe ir ligada a la capacidad creativa, la cual exige, por una parte tener aulas con aprendizaje activo, [por otra] promueve la transformación de sus mentes, convirtiéndolos en espacios abiertos capaces

de innovar, probando siempre y con la lógica de estar constantemente tomando decisiones y asumiendo riesgos. La generación de ideas debe partir desde un pensamiento complejo [...] La capacidad crítica inicia desde la gestión de la información, seguida de la comprensión lectora para finalizar en la realización de la actividad de aprendizaje. Respecto a lo creativo, el aprendiz usa su imaginación para afrontar cualquier problema o situación que se le presente en la tarea. (Castillejos, 2022, p. 17)

Estas palabras resumen el propósito esencial de toda formación, de cualquier nivel de la que se trate y es, precisamente, el potenciar la capacidad de pensar. Capacidad que se pone en riesgo cuando se hace un uso irresponsable, excesivo, irreflexivo de las herramientas tecnológicas. Hace décadas que algunos estudiantes abusan del Internet, por ejemplo, y se limitan a “copiar y pegar”, sin realizar una exhaustiva lectura, revisión y evaluación, sin reparar, consecuentemente, si los textos son pertinentes, coherentes, confiables, autorizados y actualizados.

Por otro lado, uno de los mayores conflictos jurídicos que el uso de la IA supone es sobre los temas de propiedad intelectual. ¿A quién se le puede atribuir un escrito, un ensayo, una presentación elaborada por la IA, o con la asistencia de la IA en el ámbito del Derecho?. Esto es más evidente cuando el concepto de derecho de autor se refiere a la persona física que crea una obra y que, en consecuencia, tiene derechos inmediatos de propiedad intelectual sobre la misma (Gudiño, 2020, p. 10).

Al momento ni siquiera se cuenta con herramientas suficientemente eficaces para detectar porcentajes de coincidencia o de plagio. En este sentido, consultada la IA, a través de ChatGPT, sobre quién tiene la autoría de una creación de texto que la misma proporciona ha respondido lo siguiente:

Como modelo de lenguaje, genero textos basándome en una mezcla de información licenciada, entrenamiento con datos disponibles públicamente, y contribuciones de usuarios anteriores. No se asigna la autoría de las respuestas o textos que genero a ninguna persona específica. Si usas texto que te proporciono, tú puedes considerarte el autor desde el punto de vista del uso práctico del texto, especialmente en contextos informales o de uso personal.

Sin embargo, para publicaciones formales, académicas o comerciales, es importante considerar las implicaciones de derechos de autor y originalidad, dado que mis respuestas pueden contener elementos derivados de una variedad de fuentes. (OpenAI, 2024)

Al momento tampoco existen acuerdos sobre la forma de referenciar las citas y las fuentes consultadas, tema que urge ser atendido, lo que mantiene latente el riesgo de irrespetar los derechos de autor y vulnerar principios y valores.

A todo lo dicho, se suma el hecho de que, a lo largo de la carrera de Derecho, como cualquier otra, el desarrollo de las competencias debe estar perfectamente alineadas a principios y valores éticos. Sin embargo, algunos valores éticos pueden entrar en conflicto cuando se enfrentan a la IA, como, por ejemplo, los de: honestidad, probidad, lealtad, veracidad, transparencia y buena fe en la realización de las investigaciones y en la presentación de resultados, en la exposición de aprendizajes, y en general, en todo el quehacer académico. Ello, a su vez, pone en riesgo la excelencia académica que debe caracterizar a todo estudiante de la PUCE.

Castillejos advierte que frente a la IA en la academia se “identifica un problema de valores en el aprendiz”, puesto que “dentro de la gama de herramientas y aplicaciones se entremezclan recursos que funcionan como *hacks* para optimizar las actividades de aprendizaje, pero también están aquellas vinculadas con las malas prácticas para la entrega de una tarea” (Castillejos, 2022, p. 11).

Por lo tanto, los problemas éticos pueden ser varios. Unos se derivan de lo antes enunciado respecto al reconocimiento de los derechos de autoría, por ejemplo: ¿dónde queda la honestidad académica cuando se usa IA para realizar una tarea, en las que muchas veces ni se citan fuentes?; o, ¿cómo pretender el desarrollo de las habilidades que se esperan como resultados de aprendizajes sin desplegar los esfuerzos necesarios y suficientes? Ello sería como pretender desarrollar masa muscular sin tener sanos hábitos de ejercicios, alimentación, hidratación y descanso.

Además de los riesgos o amenazas ya enunciados, se podrían destacar los siguientes, que igualmente, podrán variar, según la herramienta de la que se trate, conforme se enlistan en la Tabla 1 de la sección anterior. El uso de las herramientas que proporciona la IA: puede limitar la capacidad de análisis y la exposición a perspectivas divergentes, puede desconocer la creatividad o el pensamiento crítico cuando se limita a realizar tareas con respuestas específicas, proporciona respuestas limitadas a la instrucción otorgada, puede desalentar el aprendizaje de reglas gramaticales, puede contribuir a la disminución de la interacción humana entre docentes y sus estudiantes, no contribuye al fortalecimiento de habilidades críticas, creativas, etcétera. Lo que queda claro es que se hace necesario tomar medidas urgentes para mitigar todos los riesgos enunciados y garantizar que la tecnología se utilice de manera ética, responsable y efectiva para mejorar la experiencia educativa.

Carbonell también ya advertía, hace una década atrás, de otros tantos riesgos como que “cada vez resulta más evidente que el mundo digital y el mundo real no pueden separarse” (p.17), o que las entonces conocidas como simplemente páginas web que ofrecen motores de búsquedas, hoy ampliamente superadas por el desarrollo de la IA, fueron en el 2009 asociadas a la palabra estafa por tribunales franceses (Carbonell, 2014, p.19). Además, alerta “sobre los enormes agujeros de seguridad que pueden poner en riesgo nuestros datos personales (p. 45). Todo lo cual da cuenta del alto riesgo de utilizar, sin la responsabilidad y discernimiento suficiente la IA como herramienta para realizar trabajos e investigaciones académicas.

Estándares para un uso adecuado de la IA en la academia

A partir de la concientización por parte del docente y de los estudiantes sobre las oportunidades y beneficios que brinda la IA para el proceso de enseñanza aprendizaje, que destierre los temores y dudas respecto de su aplicación; así como los riesgos y conflictos jurídicos, éticos, entre otros, que implicaría un uso irresponsable y desmedido de la IA en el proceso de formación; conforme se ha desarrollado en las secciones anteriores, es necesario, promover un uso de la IA en la Facultad de Jurisprudencia que

garantice el desarrollo de las competencias profesionales y el irrestricto respeto de los principios y valores éticos. A continuación, se proponen algunos estándares de usos de la IA como herramienta metodológica.

1. Sólido marco axiológico: debido a que la ética transversaliza todo el quehacer humano, es fundamental generar, en los centros de educación de todo nivel, un sólido marco axiológico. La dimensión axiológica de todo proceso de enseñanza aprendizaje es “saber usar ética y democráticamente la información. Adquirir actitudes, valores críticos y éticos sobre la información y la comunicación.” (Area, 2015, p. 3).

El marco axiológico de la PUCE está contemplado en su estatuto (2023b, Art. 4) que prescribe que se asumen los siguientes valores: responsabilidad ante Dios y la sociedad, respeto a los derechos fundamentales del ser humano y de la naturaleza, equidad y justicia, confianza mutua, excelencia académica y transparencia. Por su parte, el Código de Ética de la Investigación y el Aprendizaje institucional (PUCE, 2018), también en su Art. 4 prescribe los siguientes principios éticos: pertinencia, desarrollo continuo de capacidades y competencias, manejo responsable de la información y confidencialidad, liderazgo y participación colaborativa, vinculación con la colectividad y honestidad académica. Además enuncia las actitudes que se espera tengan los investigadores y los estudiantes, tales como: realizar sus actividades académicas “respetando las leyes, normas, reglamentos y procedimientos” (Art. 6, b), revisar y actualizar con regularidad “sus conocimientos, métodos y prácticas” (Art. 8, b), garantizar “resultados de alta rigurosidad” (8, e), realizar actividades con calidad (Art. 8, f), aplicar el “principio de manejo responsable de la información y confidencialidad” (Art. 10), documentar “las fuentes de información y el proceso de análisis” (Art. 10, f), “asumir la responsabilidad y crédito, incluyendo la autoría, solo del trabajo efectivamente realizado y para el que han contribuido” (Art.12, p), mostrar “un comportamiento absolutamente opuesto al fraude o deshonestidad académica” (Art. 15), “no emplear herramientas digitales de traducción automática para la elaboración de los resúmenes académicos” (Art. 16,e) (PUCE, 2018).

La IA, como herramienta metodológica, no es *per se* ni buena ni mala. En este sentido, Saiph sostuvo que “las armas no matan personas, sino las personas que las usan” (2024, p. 1). De allí surge la necesidad imperante de que los individuos, en general, y los estudiantes de la carrera de Derecho, en particular, consideren de manera reflexiva el uso ético de la Inteligencia Artificial. Es preciso reconocer que su utilización puede presentar facetas duales: un potencial positivo y otro negativo.

2. Adaptación permanente a las transformaciones digitales: las transformaciones digitales en un proceso de adaptación permanente se van evidenciando paulatinamente, por una parte, en las diferentes áreas jurídicas. Así, por ejemplo, los retos que implica para la propiedad intelectual, a los nuevos perfiles laborales y el derecho de competencia, entre otros. Sobre este último, Galvez destaca que el comercio electrónico, así como muchos avances tecnológicos que se han consolidado en los últimos años, se ha convertido en un mecanismo que promete revolucionar el mercado en el mundo por su eficiencia y capacidad de acercar a productores y consumidores (2020, p. 1).

Por otra parte, los cambios, que se imponen en el ámbito académico, son entre otros, la desmitificación de las figuras y roles de docentes y estudiantes, del quehacer educativo y de la IA como tal. Desde que nos encontramos en la sociedad del conocimiento y de la era digital, el tener acceso a información ya no es privilegio de los que eran llamados maestros o iluminados, sino que se encuentra al alcance de todos, y muy particularmente de los estudiantes de nivel superior.

Así, desde hace décadas, el desarrollo tecnológico, y especialmente la IA, implicó cambios en los roles docentes y estudiantiles, y en general en el quehacer académico. El estudiante se ha convertido en el autor y generador de su propio conocimiento, proceso en el cual el docente asume el rol de guía y supervisor pedagógico, para motivar, direccionar, validar y evaluar los resultados de aprendizajes, a la vez que deje fluir las competencias digitales, muchas veces innatas de sus estudiantes, a fin de contribuir a un perfil de egresado que sea “multialfabetizado” que no es nada más que un

individuo que posee los conocimientos habilidades y actitudes para gestionar de forma responsable su PLE en un espacio digital. Está consciente de sus necesidades de formación y de los recursos con las que cuenta para seguir aprendiendo a lo largo y ancho de su vida. (citado por Castillejos, p. 14)

En este orden de cosas, la PUCE reconoce en su proyecto educativo que hay profesores más inclinados a la docencia y otros más atraídos por la investigación; y para unos y otros crea las condiciones necesarias para su plena realización y la generación de los mejores frutos (PUCE, 2021b, p. 16).

El proyecto educativo de la PUCE 2021-2025, deja en claro la premisa de que, “formamos para un futuro que nadie conoce”. En este sentido los esfuerzos deben ir encaminados a “responder a la complejidad de formarse para el ejercicio profesional y la vida democrática en este porvenir volátil, incierto, complejo y ambiguo que ya está aquí” (PUCE, 2021b, p. 13). De allí la gran importancia de saber adaptarse permanentemente a los cambios, a las nuevas necesidades sociales y demandas laborales de un mundo moderno, cada vez más tecnificado y globalizado. Consecuentemente la PUCE despliega esfuerzos para adecuarse progresivamente a estos cambios y deberá generar aún mayores espacios y condiciones para el desarrollo de habilidades digitales de todos sus miembros.

3. Calidad: “La calidad es un proceso que consiste en llevar al estudiante desde sus potencialidades al máximo nivel posible de su desarrollo” (PUCE, 2021b, p. 11). Según el documento institucional referido al aseguramiento de la calidad “se busca la excelencia académica no como un fin en sí mismo, sino como un medio y requisito para el cumplimiento de la misión” (compromiso social y la formación integral) (PUCE, 2021a, p. 1). En este sentido, el *Magis* Ignaciano “en el contexto universitario se lo entiende como el compromiso de hacer las cosas lo mejor posible, evitar la mediocridad y todo eso como un deseo de servir mejor a Dios” (PUCE, 2021a, p.3).

Por lo tanto, no se deben escatimar esfuerzos por parte de la Universidad para, por una parte, invertir en equipos y programas, siempre actualizados que permitan permanecer siempre a la vanguardia del desarrollo tecnológico y mostrar el liderazgo que ha caracterizado siempre a la PUCE; y por otra, promover mecanismos y actividades para el uso responsable de la IA en los diferentes ámbitos del quehacer académico. Estas son acciones apremiantes, más aún cuando en el modelo de evaluación externa con fines de acreditación para el aseguramiento de la calidad universitaria, para el 2026, se encuentra como criterio de evaluación de docencia que “el modelo educativo contempla [...] mecanismos para el uso de inteligencia artificial (CACES, 2023, p.60).

4. Creatividad, innovación y sana curiosidad: si bien la primera idea que surge ante el término creatividad es generar algo nuevo, es necesario advertir que cuando se refiere a esta como un estándar a tomar en cuenta al momento de usar la IA, se debe dar un alcance mayor. En este sentido, siguiendo a Carlos Churba, la creatividad supone actitud y aptitud. Es “percibir, idear y expresar lo nuevo y significativo”, todo lo cual supone un proceso y un producto, pero lo uno y lo otro debe ser valioso y útil (citado por Schnarch, 2020, pp. 19-20).

En ocasiones, la creatividad e innovación surge a partir de la curiosidad que hace las veces de un disparador para indagar, investigar, aprender; y es lo que la IA, como herramienta metodológica, debería hacer en los estudiantes para potenciar sus competencias. Así pues,

[u]n aprendiz universitario con pensamiento crítico es una persona que busca más allá de lo que se le imparte en el aula, formula preguntas y busca dar respuesta a sus propias interrogantes, producto de su curiosidad. Motivado por su deseo de aprender evalúa la información y llega a conclusiones y soluciones (Paul y Elder, 2003). Todo este ejercicio implica interpretación, explicación, análisis, inferencia, evaluación y autorregulación. (Terblanche y De Clercq, 2021, citados por Castillejos, 2022, p. 17)

“La creatividad se mide por el resultado final —una nueva idea, un nuevo producto, una nueva manera de hacer algo o una aplicación distinta de ideas o recursos ya existentes— algo nuevo y diferente” (Schnarch, 2020, p. 21). De allí la gran importancia de la transparencia, honestidad e integridad por parte de los aprendices cuando utilizan la IA para sus trabajos académicos; así como la supervisión docente, para validar la originalidad del resultado alcanzado y evaluar el desarrollo de las competencias.

5. Capacitación y entrenamiento, con motivación e incentivos: es una verdad indiscutible que la motivación y el estímulo para cualquier persona, independientemente de su edad o condición facilitan el aprendizaje, más aún si quien enseña se encuentra también motivado e involucrado en el proceso, y acompaña considerando las particularidades y potencialidades personales de cada aprendiz. De allí la importancia de motivar e incentivar, tanto a estudiantes como a docentes, a fin de que se capaciten y actualicen de manera permanente, sobre los usos, limitaciones y riesgos de la IA en la academia, para luego incorporar en su quehacer académico la IA como metodología innovadora.

La capacitación a los estudiantes debería incluir el uso del *Legal Tech*, es decir, que las asignaturas destinadas al desarrollo de competencias digitales no se limiten al uso de programas de computación o al adecuado uso de aulas virtuales. Como parte de la capacitación y de las necesarias directrices generales institucionales es fundamental que se defina lo que se considera buenos y malos usos de la IA, con la determinación de lo que puede o no ser tolerable. En esta línea de pensamiento, no se debería prohibir o sancionar a los estudiantes por utilizar la IA como herramienta metodológica, sino más bien entrenarlos para que hagan de ella un uso adecuado.

La PUCE impulsa de manera constante procesos de “reinducción, evaluación integral, retroalimentación y reubicación escalafonaria” para su profesorado, a fin de que respondan “a los desafíos de la innovación educativa y a las crecientes exigencias de la docencia e investigación” (PUCE, 2021b, p. 16). En este sentido, Fernández destaca que para el desarrollo de la actividad profesional del abogado, entiéndase en este aporte tanto del aprendiz como

de los profesores de la carrera de Derecho, es necesario “estar creciendo constantemente en el conocimiento de nuevas habilidades y destrezas” (Fernández, 2020, p. 21).

En definitiva, es fundamental fomentar de manera permanente la cultura de la excelencia, de la calidad, del mejoramiento continuo, de la innovación, en todos los ámbitos del quehacer universitario. Se debería permitir, y más bien promover, que los trabajos de titulación sean proyectos de emprendimiento, proyectos de verdadero impacto, de *new law*. Y en ellos, como en cualquier otro trabajo de investigación, se exija referenciar la IA que se utilizó, que se declare que se contó con la asistencia de dicha herramienta, y de ser posible, con cita de autores y fuentes correspondientes. Que el estudiante asuma la responsabilidad de declarar el porcentaje de aporte de la IA en cada uno de sus trabajos académicos. De lograr una correcta actitud estudiantil frente a la IA, ya no sería tan importante pretender que a través de programas se identifiquen porcentajes de coincidencias o plagio, que, por cierto, hasta el momento ninguno ha demostrado ser verdaderamente eficaz, sino identificar lo verdaderamente humano. Para el efecto, se podrían realizar mesas de diálogo encaminadas a la construcción colectiva de nuevas metodologías, verdaderamente innovadoras, retadoras, eficaces, motivadoras para los actores del quehacer académico.

6. Supervisión pedagógica por parte de los formadores y tutores:

considerando los altos riesgos que el mal uso de la IA supone para aprendices de abogados, la supervisión y acompañamiento permanente del docente resulta fundamental. Se trata de una supervisión pedagógica como estrategia docente para asegurar el aprendizaje, constatar, valorar y evaluar el esfuerzo desplegado por el estudiante, así como la información o trabajo realizado con la asistencia de la IA.

En este orden de cosas, Porcel y Vásquez señalan entre los objetivos de la supervisión el favorecer la construcción y revisión de un marco conceptual que permita la aproximación a la realidad “posibilitando su capacidad de anticipar acciones”, el apoyar “en la construcción de un marco metodológico, técnico e instrumental”, “el permitir que revise los valores y actitudes propias, al tiempo que respete los de otras personas con las que interactúa”, y, por

último, el “lograr que llegue a interiorizar capacidades básicas para realizar su acción profesional” (citados por Etxeberria y otros, 2018, p. 174).

En definitiva, la supervisión pedagógica es una metodología que genera un espacio para la reflexión y revisión de la acción y al mismo tiempo favorece un diálogo contrastado entre las referencias teórico-conceptuales y la práctica (Etxeberria y otros, 2018, p. 175). Es por todo lo expresado que es una metodología útil para el desarrollo de las competencias, tanto transversales como disciplinares, por lo que no se la puede limitar para el acompañamiento y evaluación solo de las prácticas preprofesionales.

7. Progresividad: como todo proceso, el uso y aplicación de la IA en la carrera de Derecho debe ser de manera progresiva y secuencial. En los primeros niveles de la carrera podría resultar mayormente riesgoso el permitir que los trabajos académicos se realicen con la asistencia de IA. Apenas se están superando los estragos que ha dejado la teleeducación o la educación en línea obligada por la pandemia, que dio paso a una serie de desórdenes y relajamientos en el quehacer de los estudiantes, lo que se ha visto reflejado en el desempeño una vez retornados a la presencialidad.

Primero es necesario desarrollar y potenciar las competencias transversales de los aprendices de abogados, para que, en niveles superiores, y de manera paulatina, una vez capacitados sobre los alcances y limitaciones de la herramienta tecnológica puedan utilizarla con la supervisión ya mencionada como otro de los imprescindibles estándares.

Para ilustrar lo dicho, es como si a la oruga, convertida en pupa (crisálida), con el fin de acelerar el proceso de metamorfosis para que se convierta en mariposa, se le hace una incisión, en cuyo caso la esperanza de que vuele se verá completamente frustrada, y nunca la mariposa completará su desarrollo ni desplegará sus alas para volar. Por tanto, si no se quiere malograr el desarrollo de los aprendices abogados, se les debe permitir que aprendan primero destrezas básicas tales como pensar, analizar, redactar, sintetizar, aplicar, evaluar y resolver problemas antes de dejarlos a la deriva de la IA.

CONCLUSIONES

En la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE en este momento coexisten dos planes de estudios para la carrera de Derecho. Ambos han sido diseñados a partir del modelo por competencias, que se materializa en concretos resultados de aprendizaje; es decir, en lo que el egresado estará en capacidad de hacer, y que se reflejan en el perfil profesional diseñado como resultado de las nuevas exigencias sociales y laborales, y en torno al cual se deben canalizar todos los esfuerzos y actividades pedagógicas. La IA ha irrumpido en todos los espacios y ha venido para quedarse, de allí que merezca especial atención de todos los actores de los diferentes ámbitos, y en particular el de la academia, que es el que ocupa este artículo. Es por ello que la irrupción de la IA en la Facultad de Jurisprudencia tiene muchas implicaciones y desafíos ante los cuales se tiene todavía respuestas rezagadas, pero aun así es necesario seguir liderando los procesos de cambios, alertando a todos los involucrados convocándoles a acciones concertadas y eficaces. Los cambios deben estar direccionados a potenciar las habilidades digitales tanto de docentes como de estudiantes, y de actualizar de manera permanente los conocimientos acerca de las herramientas tecnológicas y su aplicación metodológica.

Existe aún mucho desconocimiento respecto a las oportunidades y amenazas que presenta la IA en el proceso de enseñanza aprendizaje. Se desconocen, además, los riesgos a los que se exponen los estudiantes por el mal uso de la IA, y por la falta de supervisión pedagógica por parte de los docentes. Hemos destacado entre los riesgos más relevantes, en primer lugar, el que no se alcancen en nivel óptimo ciertas competencias transversales y disciplinares, como por ejemplo el razonamiento jurídico, la capacidad de síntesis, de argumentación, de expresión oral y escrita, y de resolución de problemas. En segundo lugar, los conflictos jurídicos, como el irrespeto de los derechos de autor, al no referenciar las fuentes consultadas; y, en tercer lugar, los conflictos que acarrea la inobservancia de principios y valores éticos y cristianos que inspiran y sustentan todo el quehacer de la PUCE.

No hay duda de que la IA genera aún muchas otras incertidumbres; de allí que resultan pertinentes palabras expresadas en el contexto de la Semana de la Propiedad Intelectual, evento organizado por CEDIA y la PUCE, en el sentido de que “a mayor velocidad de la innovación, mayores son las dudas” (Navarrete¹). Razón por la cual aún no existen respuestas para la mayoría de las interrogantes que a propósito de la IA se generan; sin embargo, “algo se debe hacer, y sin duda se hará” (García²). Por lo tanto, corresponde a todos los actores de la comunidad universitaria aunar esfuerzos para asegurar que la irrupción de la IA en la academia no promueva un facilismo, o una distorsión de los resultados de aprendizaje previstos en los planes de estudios ni mucho menos una falta de transparencia o de honestidad; sino todo lo contrario, que sea utilizada como una efectiva herramienta en la potenciación de las habilidades y destrezas de los aprendices, quienes deberán, utilizando de manera responsable y ética la IA, aprovechar el tiempo que esta les permite ahorrar en la exploración de información relevante y actualizada, para profundizar en la reflexión, el análisis jurídico crítico y la búsqueda de alternativas válidas y eficaces de solución a los problemas.

Ante tal situación, y al entender que se trata de una realidad en permanente construcción y cambio, se plantea en la tercera sección estándares para garantizar, por un lado, el adecuado desarrollo de las competencias previstas en el modelo educativo de la PUCE y de los planes de estudios de la carrera de Derecho actualmente vigentes en la Facultad de Jurisprudencia; y, por otro, el respeto de los principios y valores éticos y cristianos. Tales estándares se refieren a: un sólido marco axiológico, adaptación permanente a las transformaciones digitales, calidad, creatividad, innovación y sana curiosidad, capacitación y entrenamiento, con motivación e incentivos, supervisión pedagógica y progresividad.

Se espera que este artículo contribuya al desarrollo de acciones efectivas por parte de todos los actores académicos, para alcanzar, a través

-
- 1 En discurso de apertura de la Semana de la Propiedad, en su calidad de Vicerrector de Investigación, Innovación y Vinculación, evento organizado por CEDIA y la PUCE (24-IV-24).
 - 2 El tema de su exposición fue: “Y ahora... ¿qué hago con esto? Reflexiones sobre la velocidad de la innovación y los tiempos del Derecho”, 24-IV-24.

del proceso de enseñanza aprendizaje, la formación profesional de abogados multialfabetizados. Los futuros profesionales, que hoy se encuentran en formación, deberán responder a las exigencias siempre cambiantes a un ritmo vertiginoso, de la actual y futura era digital. Se ratifica el compromiso de seguir investigando para aportar de manera práctica a los grandes desafíos que la IA presenta tanto en la formación como en el ejercicio profesional de la abogacía.

REFERENCIAS

- Area, M. (2014). La alfabetización digital y la formación de la ciudadanía del siglo XXI. *Revista Integra Educativa*, 7(3), 21-33. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1997-40432014000300002
- Bosada, M. (21 de diciembre de 2023). IA en la educación: oportunidades y retos. *Digital EducaWeb*. <https://www.educaweb.com/>
- Carbonell, M. (2014). *La vida en línea: el impacto de las redes sociales en todo lo que hacemos*. Editorial Jurídica Cevallos.
- Castillejos, B. (2022) Inteligencia artificial y entornos personales de aprendizaje: atentos al uso adecuado de los recursos tecnológicos de los estudiantes universitarios. *Revista Educación*, 31(60), 9-24. <https://doi.org/10.18800/educacion.202201.001>
- Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (2023). *Modelo de evaluación externa con fines de acreditación para el aseguramiento de la calidad de las universidades y escuelas politécnicas*. CACES. <https://www.caces.gob.ec/universidades-y-escuelas-politecnicas-3/>
- Duraiappah, A. (2018) Artificial Intelligence for Education. En: *The Blue Dot: Artificial Intelligence and the Future of Education*, (9), (p. 1). Recuperado de: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372277/PDF/366389eng.pdf.multi.nameddest=372277>
- Eizaguirre, A., Bezanilla, M. y García, A. (2018). *Innovación docente en Educación Superior. Buenas prácticas que nos inspiran*. Pearson.
- Else, H. (2024). Group to establish standards for AI in papers. *Science*, 384 (6693), 261. <https://doi.org/10.1126/science.adp8901>
- Equipo Paradigma Digital. (2020). *Machine learning: 50 conceptos clave para entenderlo*. E-books Paradigma. <https://f.hubspotusercontent00.net/hubfs/2189055/Ebooks/ebook-50-conceptos-machine-learning-Paradigma-Digital.pdf>

- Etxeberria, B., Ferrán, A. y Guinot, C. (2018). La supervisión pedagógica como apoyo a aprendizaje. En: *Innovación docente en Educación Superior. Buenas prácticas que nos inspiran* (pp. 171-184). Pearson.
- Fengchun, M., Holmes, W., Ronghuai H. y Hiu, Z. (2021). *Inteligencia artificial y educación: guía para las personas a cargo de formular políticas*. UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379376>
- Fernández, O. (2020). Las 51 habilidades del abogado. Competencias y valores para crecer profesionalmente. Editora Jurídica Cevallos.
- Galvez, I. (2020). New challenges of Competition LawNew challenges of Competition Law against the rise of Electronic Commerce. *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ*, 2(8), 1-95. <https://doi.org/10.26807/rfj.v2i8.283>
- Gudiño, C. (2020). Intellectual Property in the 21st century in Ecuador. En: *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ*, 2(8), 59-71. [https://doi.org/DOI 10.26807/rfj.vi8.241](https://doi.org/DOI%2010.26807/rfj.vi8.241)
- Monesterolo, G. y Vásconez, E. (2008) *Propuesta de un rediseño curricular y una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*. Cuadernos Académicos PUCE.
- Orbe, A. (2016). *Una mirada al futuro. Inteligencia artificial, abundancia, empleo y sociedad*. Altaria.
- Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) (2018). Código de ética de la investigación y el aprendizaje de la PUCE. <https://www.puce.edu.ec/intranet/normativainstitucional>
- (2019). Rediseño de la carrera de Derecho (matriz Quito, sedes Ibarra y Ambato). Dirección General Académica PUCE.
- (2021a). *Magis 2021-2025*. Modelo de calidad. Dirección de Aseguramiento de la Calidad PUCE.

- (2021b). *Magis* 2021-2025. Proyecto académico. Dirección General Académica PUCE.
- (2023a). Informe técnico académico de ajuste curricular sustantivo de la carrera de Derecho. Dirección General Académica PUCE.
- (2023b) Estatuto de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <https://www.puce.edu.ec/intranet/normativainstitucional>
- (2023c) Modelo educativo de la PUCE. Dirección General Académica PUCE.
- Saiph S. (2024) ¿Cuál es el límite en la inteligencia artificial? *Gaceta UNAM*. <https://www.gaceta.unam.mx/>
- Schnarcch, A. (2020). *Creatividad e innovación*. 2da. ed. Alfaomega.

FACIAL RECOGNITION SYSTEMS UNDER THE EUROPEAN UNION'S ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT

 Gabriela Villafuerte-Guerrero *University of Tartu*

ABSTRACT

The human eye can distinguish one person from another by identifying them on their face, physical appearance, or other characteristics that make a person unique. Nowadays, technology allows us to make exact identifications using Facial Recognition Systems (FRS). A computer does not perceive a face but learns a set of data representing various pixels. Consequently, the human eye is improved and replaced, and now this process can be completed automatically using pattern recognition technology.

In this regard, the European Commission refers to the Artificial Intelligence Act (AIA) as a proposal that promises to establish a general framework with many essential requirements for AI-based systems. Numerous concerns are up in the air, from how to tackle these problems to what courses of action the developers of the AI systems should take. This research aims to debate the treatment of Facial Recognition Systems under the AIA. Consequently, it will analyze the prohibitions of certain Artificial Intelligence practices and the classification of high-risk AI systems that directly impact the use of FRS. Next, the problem of bias will be examined, with specific emphasis on the development stage of an AI system and human oversight, which is essential to achieve bias mitigation.

The implications of using algorithms daily can either open or close opportunities for people. In that sense, it stands to reason to instruct Artificial Intelligence to be intelligent enough to not discriminate against anyone based on gender, race, religion, sex, or any other factor.

RESUMEN

El ojo humano puede distinguir a una persona de otra identificándola por su rostro, apariencia física u otras características que hacen a una persona única. Hoy en día, la tecnología permite realizar identificaciones exactas utilizando Sistemas de Reconocimiento Facial (SRF). Una computadora no percibe un rostro, sino que aprende un conjunto de datos que representan varios píxeles. En consecuencia, el ojo humano se mejora y se reemplaza, y ahora este proceso puede completarse automáticamente utilizando tecnología de reconocimiento de patrones.

En este sentido, la Comisión Europea se refiere a la Ley de Inteligencia Artificial (LIA) como una propuesta que promete establecer un marco general con muchos requisitos esenciales para los sistemas basados en IA. Existen numerosas preocupaciones sobre cómo abordar estos problemas y qué medidas deben tomar los desarrolladores de los sistemas de IA. Esta investigación tiene como objetivo debatir el tratamiento de los Sistemas de Reconocimiento Facial bajo la LIA. En consecuencia, se analizarán las prohibiciones de ciertas prácticas de Inteligencia Artificial y la clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo que impactan directamente en el uso de SRF. A continuación, se examinará el problema del sesgo, con énfasis específico en la etapa de desarrollo de un sistema de IA y la supervisión humana, que es esencial para lograr la mitigación del sesgo.

Las implicaciones del uso diario de algoritmos pueden abrir o cerrar oportunidades para las personas. En ese sentido, es razonable instruir a la Inteligencia Artificial para que sea lo suficientemente inteligente como para no discriminar a nadie en función de género, raza, religión, sexo u otro factor.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento Facial, Legislación de IA, Discriminación Algorítmica, Regulación de Alto Riesgo, Tecnología de Identificación, Sesgo en IA

KEYWORDS: Facial Recognition, AI Legislation, Algorithmic Discrimination, High-Risk Regulation, Identification Technology, Bias in AI

JEL CODE: K24; O33

RECIBIDO: 26/04/2024

ACEPTADO: 04/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.497

Overview of Facial Recognition Systems

The Facial Recognition System (FRS) approach was brought into the world when Computer Science developed a method for detecting, analyzing, and categorizing facial patterns (Schroff, Kalenichenko & Philbin, 2015). This journey began in the 1990s when digital cameras replaced traditional film-based photography systems; consequently, the development of computer-readable photographs allowed for immediate data storage and retrieval (Baio, 2014). Through the years, this idea has been improved, and nowadays, FRS works by collecting and processing biometric data and then technically sorting it to make it unique from the others (Huang, 2012). According to Leslie (2020), “using machine learning techniques, the algorithm was trained on a large dataset of face and nonface images to narrow the space of all possible rectangular shapes to the most important ones” (p. 10). The outcome of this incredible technological application has resulted in Facial Recognition Systems, which rely on the fact that a person’s face can be unforgettable and identified based on its appearance (Leslie, 2020).

To better understand the functioning of Facial Recognition Systems, it is essential to focus on the following components. First, data collection and processing involve gathering facial images and converting them into a format the system can analyze. This step is crucial as it lays the foundation for how the system identifies and verifies individuals. The quality and accuracy of this data significantly impact the system’s overall performance. Second, biometric data refers to the unique physical characteristics of an individual, such as facial features, which the FRS uses to identify and authenticate people (Almotiri, 2022). While facial images are part of this biometric data, they alone are not considered a special category of personal data under the General Data Protection Regulation (GDPR). This leads us to the third component: technical means. According to Recital 51 of the GDPR (2016), facial images only become a special category of personal data when processed through specific technical methods that enable unique identification or authentication. For instance, simply taking a photo does not make it special category data (European Union, 2016). However, when an

FRS processes that photo to identify or verify a person uniquely, it elevates the data's sensitivity (Almotiri, 2022). The GDPR's distinction is essential because it highlights that not all uses of facial images are equally sensitive. The application of advanced technical means transforms these images into biometric data that requires greater protection due to the potential for misuse or discrimination (Almotiri, 2022).

Artificial Intelligence Act (AIA)

The proposed Artificial Intelligence Act by the European Parliament and Council is the legal backdrop to analyze and comprehend what biometric data entails and how Facial Recognition Systems are ruled. Article 3, numeral 33 of the AIA, clarifies the definition of biometric data as personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological, or behavioral characteristics of a natural person, which allows or confirms the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopy data (2024). That is why biometric data is unique; this processing enables accurate person-to-person identification. In the same way, Facial Recognition Systems analyze unique facial patterns and attributes to distinguish between people with a high degree of accuracy (AIA, 2024).

Although the scope of the AIA includes European Union Member States, Recitals 25 and 26 of these legal frameworks mention the exclusion of the United Kingdom, Ireland, and Denmark. This means these countries are not bound by the rules stated in Article 5 of the AIA regarding prohibited AI practices (AIA, 2024). Article 5 of the Artificial Intelligence Act explicitly refers to prohibited artificial intelligence practices, including real-time remote biometric identification in publicly accessible spaces for law enforcement purposes. This prohibition aims to prevent the misuse of AI technologies that could infringe on individual privacy and fundamental rights (AIA, 2024).

Real-Time Facial Recognition System

According to Recital 8 of the Artificial Intelligence Act, real-time systems instantly gather and identify biometric data through inputs like video footage or cameras (AIA, 2024). These techniques rely on real-time or near-real-time

inputs, such as video footage, camera, or other visual equipment. Another important element is the place where the data is collected. In that sense, Recital 9 of the AIA stated the notion of publicly accessible that should be analyzed case by case (AIA, 2024). The concept of publicly accessible places is physical sites open to the public, except for private spaces like residences, offices, and clubs. Access restrictions don't necessarily mean surveillance and online places are excluded (AIA, 2024).

In addition, a facial recognition system at an airport checkpoint is an example of a real-time facial system. A camera captures a live image of a passenger's face as he approaches the checkpoint and compares it to a database to identify the person. This comparison and identification procedure occurs instantaneously (Libin, Xiaoyu, Yang, Lei y Jiaqi, 2024).

In the case, *Beghal v. United Kingdom*, border officers used real-time face recognition technology to identify a traveler whose partner was involved in terrorist activities (European Court of Human Rights [ECHR], First Section, 2016). The European Court of Human Rights decided such methods conformed with Article 8, paragraph, as they followed national legislation for public security and national defense interests. The case was deemed legal under Art. 8, paragraph 2 ECH for public security and defense interests (European Court of Human Rights [ECHR], First Section, 2016). This example significantly illustrates the usefulness of a real-time FRS, comparing live images to a database for identification based on their appearance and behavior when that person could threaten a country's internal security. Nevertheless, note that FRS should not instill a sense of continual surveillance.

Post Remote Facial Recognition System

Post Remote FRS compares biometric data that has already been obtained using a predefined template through photos or video. Then, the technology compares facial pictures based on a predefined biometric template through photos or video recorded by closed-circuit television, cameras, or private devices (Suganthi et al., 2022). In the case of C-212/13 of the

European Court of Justice, Mr. Rynes installed a surveillance camera on his private property and used the footage to identify two suspects who broke his window (Court of Justice of the European Union, Fourth Chamber, 2014). The matter was brought to the European Court of Justice, which decided that using a surveillance camera on private property for personal or safety reasons is acceptable under the European Union legislation (Court of Justice of the European Union, Fourth Chamber, 2014). This decision underscores the legitimacy and practicality of using Post Remote FRS for personal security purposes, demonstrating its value in enhancing safety and aiding in identifying perpetrators. It highlights how technological advancements, when used responsibly, can significantly contribute to personal and public security while maintaining compliance with legal standards (Court of Justice of the European Union, Fourth Chamber, 2014).

Prohibited AI activities related to Facial Recognition Systems

The use of “real-time” remote biometric identification for law enforcement purposes in public spaces is generally not allowed, except for three tightly regulated situations outlined in Recital 19, Article 5 (d), and Annex III of the Artificial Intelligence Act. These situations are:

- (i) focused search for possible crime victims, such as missing children.
- (ii) preventing an imminent threat to the safety of people, such as attacks by subversive groups.
- (iii) detecting perpetrators or suspects of criminal offenses punishable for the threshold at least three years of imprisonment or detention, as established in Article 2(2) of Council Framework Decision 2002/584/JHA62. (AIA, 2024)

The last situation entails 32 criminal offenses considered serious enough to justify using real-time biometric identification. These offenses include participation in criminal organizations, terrorism, human trafficking, sexual exploitation, rape, and kidnapping, among others. However, this threshold may not be stringent enough for certain significant offenses, particularly

those related to the use of Artificial Intelligence (Council of the European Union, 2002).

However, creating a fixed list of offenses can lead to future problems. For instance, crimes such as the creation of child pornography with the assistance of AI are barely regulated (Niedbała, 2023). In such cases, real-time facial recognition technologies might not be justifiable for identifying a minor or their perpetrator in an investigation. This highlights the need for flexibility and adaptability in regulations to address emerging AI-related crimes effectively (Niedbała, 2023).

Moreover, the ever-evolving nature of technology and criminal activities necessitates a regulatory framework that can swiftly adapt to new challenges. A rigid, exhaustive list of offenses may become outdated as new forms of cybercrime, and AI-assisted crimes emerge (AllahRakha, 2024). Therefore, it is crucial to have a dynamic and inclusive approach to regulation, ensuring that all serious threats are adequately covered while allowing for the inclusion of new offenses as they arise. This consideration opens possibilities for future AI systems for large-scale remote identification in online environments.

In the case *Peck v. The United Kingdom*, the police intervened in a suicide attempt by recognizing a pedestrian who was unaware he was being recorded by closed-circuit television (European Court of Human Rights, Fourth Section, 2003). The Court ruled that this conduct violates the right to privacy guaranteed in Art. 8 of the European Convention on Human Rights. The police identification, in this case, was appropriate. However, the subsequent consequences in which the individual involved could be recognized based on his facial appearance had an impact on his lifestyle by classifying him as a person who tried suicide (European Court of Human Rights, Fourth Section, 2003). In a related study, the European Parliament's Policy Department has established that when public authorities use recognition technologies, they should be disclosed, proportionate, targeted, limited to specific objectives, restricted in time under Union law, and have due regard for human dignity, autonomy, and fundamental rights outlined in the Charter (European Court of Human Rights, Fourth Section, 2003).

The use of real-time face recognition can be beneficial in detecting dangerous individuals, but it should never violate people's rights and freedoms. However, the AIA endorses the use of real-time remote FRS only when the nature of the situation may result in damage (AIA, 2024). In this context, it is convenient that the AIA contains a prior authorization requirement provided by a competent authority when real-time remote biometric technology is employed in public areas. Other prohibited AI practices concerning Facial Recognition Systems include the application of social scoring. If the technology of FRS is used to categorize someone, then it must be considered a prohibited activity. This is like a domino; if one action happens, then the whole FRS activates its features, but what the developers and users must watch out for is that the application does not harm or discriminate no one (AIA, 2024).

Nevertheless, what is questionable is the complete or partial authorization, which may be difficult to fulfill because biometric data gathering, comparison, and identification occur instantly. The question of effectively obtaining consent for data processing remains unresolved. Additionally, getting express approval from everyone passing across public spaces won't be easy. The same applies to the naive but reasonable expectation of anonymity in public areas. Case-by-case analysis based on circumstances is necessary to prevent detrimental impacts on fundamental rights.

High-Risk Facial Recognition Systems

The European Council has proportionated a risk-based approach pyramid and next steps for High-Risk AI System Providers. Therefore, the regulatory framework identifies four levels of risk: unacceptable risk, high risk, limited risk, and minimal risk. In the same line, Article 6 (2) and Annex III of the AIA listed eight specific areas identified as high-risk, which are subjects of an ex-ante conformity assessment. The first consideration is the use of biometric data and the categorization of natural persons. In the same way, FRS operates using biometric data, which is why they are classified as a high-risk AI system (AIA, 2024). Throughout this context, it is convenient to review and correct that if AI systems represent a risk to health, safety, or

fundamental rights, they should be examined and subjected to oversight, according to Art. 7 AIA (2024).

The legal framework rightly stipulated that high-risk AI systems must undergo a preliminary conformity evaluation before being placed on the market. That assessment should comply with the following criteria: (i) the intended purpose of the AI system, (ii) how widely it has been or is likely to be used, (iii) whether it has caused harm or impacts adverse effects, (iv) the potential extent of harm to many people, (v) the people potentially harmed as a result of an AI system, (vi) the impact of special vulnerability on the inequality of power (vii) the ease of reversal the output produced by an AI system (viii) existence of effective remedial and preventive measures in existing Union law. It is questionable that factor (iii) shifts the burden of proof on the user, which is problematic and hard to accomplish in practice because the developer has access to technical means (AIA, 2024). In this context, reports or documentation must demonstrate it to the competent authorities. Additionally, the top layer of Art. 7 states that the Commission has the authority to carry out delegated acts to update the list of high-risk AI systems. From this perspective, it is perceived to be promising since it opens the door to new conditions in which AI systems can be developed (AIA, 2024).

Throughout a high-risk AI system's lifecycle, it must establish, implement, and record its processes, and it must be up to date. The baseline requirements are grounded in the High-Level Expert Group on Artificial Intelligence's Ethical Guidelines for Trust AI (2019). The AIA Art. 9 (2) similarly introduces requirements appropriate to risk management procedures. Also, Art. 64 (2) AIA states that high-risk AI system providers will provide access to the AI system's source code upon a justified request by the surveillance authorities (2024).

Regarding the governing activities of building AI technologies, the system supplier is the only one responsible for evaluating and managing the AI system. The assessment process provided in Article 43 of the Proposal appears to be unbalanced. This imbalance stems from the lack of independent oversight, as the system supplier, who has a vested interest in the commercial

success of the technology, is solely responsible for ensuring compliance with regulatory standards. Without third-party evaluation, there is a risk of biased assessments and insufficient accountability (Zhong, 2024).

The Joint opinion of the European Data Protection Board and European Data Protection Supervisor emphasizes that an ex-ante third-party compliance evaluation for high-risk AI must typically be carried out for high-risk AI (2021). One of the advantages of this strategy is that integrating third-party oversight, particularly for high-risk systems, ensures that high-risk AI systems work consistently for their intended purpose and fosters user confidence (European Data Protection Board & European Data Protection Supervisor, 2021). Although a third-party conformity assessment for high-risk processing of personal data is not mandated under the GDPR, the full spectrum of risks posed by AI systems is still not entirely understood. Implementing a general requirement for third-party conformity assessments for all high-risk AI systems would significantly enhance legal certainty and boost user confidence (European Data Protection Board & European Data Protection Supervisor, 2021).

The next point to consider is that those risks must be explained to the user. They should receive proper information and training to understand the consequences and limitations of AI technology (European Data Protection Board & European Data Protection Supervisor, 2021). Foremost, if the user understands any AI system's consequences, limitations, and hazards, he will have control and power over it. On the other hand, if a user is technologically illiterate or does not care about the harm an AI system might create, it will almost surely cause difficulties, which is why users must actively participate (European Data Protection Board & European Data Protection Supervisor, 2021).

According to the AIA, a risk-based approach should be used, with legal intervention adapted to the precise level of danger (2024). Testing should occur before, during, and after-market launch to ensure that the AI system performs its intended purpose and does not pose a high risk. According to the AIA, a risk-based approach should be used, with legal intervention adapted

to the precise level of danger (2024). The AI system's goal is to not go beyond the reason it was developed, and testing will ensure that high-risk AI systems perform for their intended purpose (AIA, 2024).

Biases Problem in Facial Recognition Systems

To tackle bias in AI, we must understand that it relies on algorithms and data. It requires two components in the broadest sense: a code that formalizes a problem in mathematical terms and data that is a set of input variables the machine can learn from (Liu, 2024). The AIA mentions a few times that potential bias might have discriminatory effects, which is one reason the FRS are classified as high-risk (2024). Nevertheless, there are no concrete measures for bias mitigation. Under Art. 10 (5) of the AIA, it is mentioned briefly that providers may use personal data for bias monitoring, detection, and correction (2024).

In that sense, a query should be asked. Does the algorithm discriminate consciously or unconsciously? Before delving into the specifics, it is important to bear in mind that the inherent characteristics of an algorithm include the ability to separate or discriminate information to produce a result. However, if this operation leads to discrimination, whether intentional or unintentional, of one of the legally protected groups, including sex, religion, race, ethnicity, age, and sexual education, then law and technical means need to work on a solution. Machine-learning algorithms have been proven to produce discriminatory outcomes even when not explicitly told to do so (Mishra et al., 2024). Undoubtedly, discrimination comes from a source called biased training data or unequal ground truth. Consequently, it is logical to have a biased outcome if the data set content is discriminatory. Because of this, quality input must be technically guaranteed to produce a decent result (Edgar et al., 2021).

The consequences of bias in FRS can significantly influence the user's rights. For instance, according to the National Institute of Standards and Technology (2019), face recognition systems demonstrate various levels of accuracy across different demographic groups, revealing false positive rates for Asian and Black faces in facial recognition systems (Pangelinan et al.,

2024). The previous fact highlights the negative impact that biased FRS can have. Bias is a consequence of disproportionate preference. The AIA aims to address this issue by outlining and harmonizing important rules for designing and developing AI systems before they hit the market.

A comprehensive approach is necessary to effectively mitigate bias in the use of AI-based systems. Bias arises from disproportionate preferences, which is why the Artificial Intelligence Act specifies essential rules for designing and developing AI systems before they reach the market and standardizes the way post-market controls are conducted. Additionally, an inclusive approach must be integrated into the process, involving both AI developers and decision-makers in corporate boards. Ultimately, the goal is to transition from algorithmic discrimination to achieving true algorithmic fairness, where data is meticulously vetted and cleansed of any biases to ensure equitable outcomes.

CONCLUSION

The identified challenges and opportunities in using Face Recognition Systems suggest that their treatment should be extensive, from system developers to end users. In this sense, the AIA emphasizes the control of AI products, systemic risks, and bias issues to standardize the implementation of this technology.

Therefore, various legal instruments with different approaches should be considered when applying FRS. For example, Regulation of the of the European Parliament and of the Council 2016/679 addresses protecting data subjects when a person's biometrics are collected and processed (2016). However, the AIA excludes liability provisions, making it unclear if users might sue for damages. The AIA encourages Member States to introduce their provisions into their legislation.

As previously stated, the solution should be integral. For instance, system developers must comply with relevant technical documentation before

releasing an AI product in conformity with the standards outlined in the AIA. Also, developers should bear in mind the difference between real-time, post-remote FRS, and high-risk AI activities because the characteristics, methods of application, and systemic risk are different and important to introduce in the development phase. From this perspective, many benefits can be obtained if the system developers achieve those requirements because biometric data collected from FRS is unique among all users; an asset of such value requires all the protection technology can deliver.

Also, leaving the self-assessment to the developers is questionable because they may fail to set a suitable threshold since they are the ones who impose the assessment and develop the system. Therefore, they are unlikely to demand high compliance standards. In the case of FRS, if the technology is used for good purposes, such as identifying criminals, it is justified. Therefore, ensuring that the identification made by the FRS does not result in individual bias or confusion is essential.

This research encourages the design of Facial Recognition Systems starting from the development stage because the input data determines the quality of an AI system. Undoubtedly, discrimination comes from a source called biased training data or unequal ground truth. Consequently, it is logical to have a biased outcome if the data set content is discriminatory. Because of this, quality input must be technically guaranteed to produce a decent result. Indeed, moving away from algorithmic discrimination and toward algorithmic fairness, where the data may be free of biases, is one possible answer.

Thus, developers should ensure high-quality data through community feedback, which helps refine and enhance the system's accuracy and reliability. Therefore, it is essential to deploy FRS in high-risk activities with trained personnel who understand the implications and potential misuse of this technology. The main goal must be to establish trustworthy technology in which FRS can be employed under legitimate circumstances and to take advantage of Artificial intelligence technologies that have the potential to make people's lives easier.

REFERENCES

- Almotiri, J. (2022). Face recognition using principal component analysis and clustered self-organizing map. *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 13(3). <https://dx.doi.org/10.14569/IJACSA.2022.0130361>
- Baio, C. (2014). A impureza da imagem: Estéticas intersticiais entre a fotografia analógica e digital. *Galáxia*, 14(28), 134-145. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-25542014219195>
- Council of the European Union. (2002). Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. Official Journal of the European Communities, L 190, 1-20. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002F0584>
- Court of Justice of the European Union, Fourth Chamber. (2014). Judgment in Case C-212/13, František Ryneš v. Úřad pro ochranu osobních údajů, 11 December 2014. Retrieved from https://gdprhub.eu/index.php?title=CJEU_-_C-212/13_-_Franti%C5%A1ek_Ryne%C5%A1
- Edgar, A., Duéñez-Guzmán, K. R., McKee, K., Mao, Y., Coppin, B., Chiappa, S., Vezhnevets, A., Bakker, M. A., Bachrach, Y., Sadedin, S., Isaac, W. S., Tuyls, K., & Leibo, J. Z. (2021). Statistical discrimination in learning agents. *arXiv: Learning*. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2110.11404>
- European Commission. (2021). Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending certain Union legislative acts. European Commission.

- European Court of Human Rights [ECHR], First Section. (2016). Application no. 4755/16, Sylvie Beghal against the United Kingdom, lodged on 14 January 2016, communicated on 22 August 2016. Retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-166724>
- European Court of Human Rights, Fourth Section. Peck v. The United Kingdom (Application no. 44647/98). Judgment. (2003). Available online: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:ihrl/3168echr03.case.1/law-ihrl-3168echr03>
- European Data Protection Board and European Data Protection Supervisor. (2021). Joint opinion on the proposal for a regulation on artificial intelligence (AI regulation). Retrieved from https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf
- European Parliament and Council. (2024). Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (AIA). Official Journal of the European Union, L 190, 12.7.2024.
- European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. (2021). Biometric recognition and behavioral detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces. Retrieved from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU\(2021\)696968_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU(2021)696968_EN.pdf)

- European Union. (2016). Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation). Official Journal of the European Union, L 119, 1-88. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>
- Grother, P., Hanaoka, K., & Ngan, M. (2019). *Face Recognition Vendor Test (FRVT) Part 3: Demographic effects*. National Institute of Standards and Technology. <https://doi.org/10.6028/NIST.IR.8280>
- High-Level Expert Group on AI. (2019). *Ethics guidelines for trustworthy AI*. European Commission. https://ec.europa.eu/digital-strategy/our-policies/ethics-guidelines-trustworthy-ai_en
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. (2019). Ethics guidelines for trustworthy AI.
- Huang, J. (2012). U.S. Patent Application No. 13/155,441.
- Leslie, D. (2020). *Understanding bias in facial recognition technologies: An explainer*. The Alan Turing Institute. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4050457>
- Libin, X., Xiaoyu, L., Yang, L., Lei, N., & Jiaqi, W. (2024). Research on the application of CNN face recognition technology in the airport. *Advances in transdisciplinary engineering*, 57, 190-199. <https://doi.org/10.3233/atde240470>
- Liu, Y. (2024). Unveiling bias in artificial intelligence: Exploring causes and strategies for mitigation. *Applied and Computational Engineering*, 76, 124-133. <https://doi.org/10.54254/2755-2721/76/20240576>

- Mishra, I., Kashyap, V., Yadav, N. K., & Pahwa, R. (2024). Harmonizing intelligence: A holistic approach to bias mitigation in artificial intelligence (AI). *International Research Journal on Advanced Engineering Hub (IRJAEH)*, 2(7), 1978-1985. <https://doi.org/10.47392/irjaeh.2024.0270>
- Niedbała, M. (2023). The problem of criminal liability for generating pornography using artificial intelligence. *Krytyka Prawa Niezależne Studia nad Prawem*, 15(4), 69-79. <https://doi.org/10.7206/kp.2080-1084.639>
- Pangelinan, G., Krishnapriya, K. S., Albiero, V., Bezold, G., Zhang, K., Vangara, K., King, M. C., & Bowyer, K. W. (2024). Exploring causes of demographic variations in face recognition accuracy. En K. Bowyer (Ed.), *Computer vision* (pp. 1-21). Chapman and Hall/CRC.
- Schroff, F., Kalenichenko, D., & Philbin, J. (2015). FaceNet: A unified embedding for face recognition and clustering. In *Proceedings of the IEEE conference on computer vision and pattern recognition* (pp. 815-823). IEEE. <https://doi.org/10.1109/CVPR.2015.7298682>
- Suganthi, M., Manjula, S., Kavitha, M., & Anandhan, P. (2022). *Transmission of biometric feature using facial features securely for long distance biometric recognition system*. IEEE. <https://doi.org/10.1109/ICESIC53714.2022.9783491>
- Zhong, H. (2024). Implementation of the EU AI act calls for interdisciplinary governance. *AI Magazine*. <https://doi.org/10.1002/aaai.12183>

SECCIÓN IV

Sección abierta

DERECHO AL DESARROLLO EN ENTORNOS SECURITISTAS: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

 Efrén Guerrero-Salgado
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

RESUMEN

Uno de los fenómenos que han marcado la realidad de los Estados en los últimos dos años es una serie ininterrumpida de crisis derivadas del contexto pospandemia: aumento de la pobreza, disminución de las capacidades estatales para atender las necesidades de una población vulnerable y afectada, así como el incremento en el costo de vida y una creciente sensación de inseguridad. Actualmente, el término “estados fallidos” se ha empleado en el caso ecuatoriano respecto a los acontecimientos relacionados con la infiltración del crimen organizado en la estructura del Estado. En este contexto volátil, incierto y ambiguo, la ciencia política y el derecho constitucional enfrentan la necesidad de reevaluar sus fundamentos y reconocer la importancia de establecer pactos civilizatorios para gestionar conflictos y fortalecer la confianza en el Estado. Este texto tiene como objetivo proponer líneas argumentativas, usando el ejemplo salvadoreño y ecuatoriano, respecto a las relaciones entre el desarrollo y la seguridad que permitan: a) mostrar cómo el derecho al desarrollo se ve limitado por la securitización y vaciamiento discursivo en favor del orden público, b) cómo afecta la idea de la construcción de dinámicas de desarrollo integral. Se concluye que, dada la existencia de amenazas interconectadas y actores coordinados, el desarrollo humano se vuelve una necesidad fundamental en la gestión pública.

ABSTRACT

One of the phenomena that have marked the reality of States in the past two years is a continuous series of crises derived from the post-pandemic context: increased poverty, decreased state capacity to meet the needs of a vulnerable and affected population, as well as a rise in the cost of living and a growing sense of insecurity. Currently, the term “failed states” has been used in the Ecuadorian case concerning events related to the infiltration of organized crime into the state structure. In this volatile, uncertain, and ambiguous context, political science and constitutional law face the need to reevaluate their foundations and recognize the importance of establishing civilizational pacts to manage conflicts and strengthen trust in the State. This text aims to propose argumentative lines, using the Salvadoran and Ecuadorian examples, regarding the relationships between development and security that allow: a) to show how the right to development is limited by securitization and discursive emptying in favor of public order, b) how it affects the idea of constructing dynamics of integral development. It is concluded that, given the existence of interconnected threats and coordinated actors, human development becomes a fundamental need in public management.

PALABRAS CLAVE: pospandemia, internacionalización, amenazas interconectadas, desarrollo humano, cooperación en seguridad humana

KEYWORDS: post-pandemic, internationalization, interconnected threats, human development, human security cooperation

JEL CODE: K38; O15

RECIBIDO: 19/03/2024

ACEPTADO: 02/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.499

INTRODUCCIÓN

Ecuador, como otros países de la región y del planeta, se encuentra atravesando una escalada de violencia provocada por el surgimiento y multiplicación de la presencia de GDOs (Grupos de Delincuencia Organizada) en su territorio. Esto, a su vez, tiene como origen una serie de crisis interconectadas que no han sido atendidas oportuna y adecuadamente y que han generado importantes estallidos de violencia. Como ejemplo, el último evento de mayor relevancia tuvo lugar el 9 de enero de 2024, en el que bandas criminales actuaron abiertamente en secuestros en el marco de transmisiones de televisión nacional, lo que llevó al reconocimiento de un conflicto armado interno. Esto implica para el país y sus habitantes un escenario nuevo, en el cual se ha activado la figura de hostilidades y en el cual dentro de nuestro país se apliquen las normas del derecho internacional humanitario. Esto no es nuevo en el país, pero muestra la falta de uno de los elementos de la justicia y el desarrollo: la memoria. Igual que en el resto de Latinoamérica, han existido situaciones de graves violaciones de Derechos Humanos (Puga Álvarez, 2014). Como en el resto de la región, se han dado elementos de justicia transicional: dos comisiones de la verdad en el Ecuador. Una primera que investigó las graves violaciones de Derechos Humanos y delitos de lesa humanidad que se realizaron entre 1983 hasta el año 2008 (Comisión de la Verdad, 2010), y otra sobre los resultados del estallido social de 2019.

Si se cambian los nombres del estado y se ajustan las fechas, *existió* un escenario común: una protesta social exacerbada por la economía, que se *juntó* con los problemas relacionados con la pandemia de covid-19 (Martuccelli, 2022). Esta golpeó con especial fuerza a sistemas de salud con niveles importantes de desfinanciamiento y corrupción como los latinoamericanos, y una crisis masiva de seguridad, que lleva a un cuarto elemento, centrado en la securitización del sistema, y la pérdida de libertades ciudadanas en el marco de estados de emergencia, curiosamente apoyados desde sectores importantes de la ciudadanía (Canning House, 2024).

Todos esos elementos generan el siguiente problema de investigación, que es la base del presente texto: en el marco de una situación con estados débiles y amenazados por las estructuras criminales, con altos niveles de institucionalidad nacional, ¿cuál es el límite de operación en materia de seguridad que sea posible sin que afecte al ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas? Esta idea se basa en un estado actual calamitoso. La institucionalidad latinoamericana responde de manera no sistémica al desbordamiento de las actividades criminales, la magnitud de los niveles de violencia y las crisis diversas:

Los niveles de confianza hacia las instituciones públicas permanecen bajos, el descontento respecto de la calidad de los servicios públicos permanece alto y las redes sociales siguen imprimiendo una velocidad a las demandas sociales que el Estado no es capaz de procesar. [...] Las distintas protestas sociales, cada vez más violentas, hablan de expectativas frustradas, de esperanzas que se esfuman. Los gobiernos no han sido capaces de adaptarse al cambio social. Mientras la ciudadanía opera bajo una lógica de s. XXI, con la digitalización como acelerador, el Estado y sus instituciones siguen operando bajo la lógica del s. XX. [...] Los mayores niveles de incertidumbre económicos y políticos debido a factores externos e internos aumentan el riesgo político. El contexto internacional ha aumentado los grados de incertidumbre. (Sahd, Daniel y Rojas, 2024, p. 10)

En ese sentido, el poder de *imperium* del Estado sufre niveles de reemplazo en territorios, dada la capacidad y poder fáctico que han adquirido las estructuras económicas criminales (Frenkel y García Scrimizzi, 2024). Ahora, se debe pensar cómo navegar en el conflicto, generar condiciones de Estado de derecho y legalidad dado que las condiciones muestran que fácticamente sucederán más de estos escenarios, y transformar el conflicto, dado que no existe la eficiencia plena de las soluciones del Estado se debe generar condiciones para reducir el daño al mínimo. Esto es una tarea obligatoria para todos aquellos que de una u otra forma están vinculados al tema de los derechos humanos, el desarrollo y también del derecho internacional humanitario.

El presente documento busca generar un primer nivel de análisis respecto a esta situación, usando como ejemplo el caso ecuatoriano. Se propone que la actual situación puede llevar a dos direcciones: una de tipo necroconstitucionalista¹ y de emergencia permanente, que centrará la percepción respecto al desarrollo en el marco de la seguridad centrada en el orden público. La otra opción es pensar de otra forma, preparando las condiciones de resiliencia del Estado para soportar los *shocks* actuales y futuros, y así asegurar mejores condiciones para todos los sujetos involucrados. Esta última idea implica una construcción del constitucionalismo como un mecanismo de ejecución programática, pensada en el marco del posible valor agregado que otorgaría el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario para la lucha contra las estructuras económicas ilegales. Todo esto supuesto en el marco del desarrollo y el ejercicio de políticas públicas.

En ese sentido, se hará un encuadre analítico de la idea de desarrollo en el marco de las políticas, y como la “alarma permanente” queda instaurada política, jurídica y socialmente por fuera de los estados de excepción; creando una “nueva normalidad no democrática”. Para esto se hará una comparativa entre un el caso ecuatoriano, de una violencia reciente, con otro modelo que se considera exitoso para disminuir los homicidios, como es el caso de El Salvador, en el que algunos analistas sostienen que debería exportarse este modelo que logró bajar abruptamente la tasa de homicidios y controlar a las pandillas (Quintanilla, 2023).

Para esto, el presente texto tendrá la siguiente estructura: en primer lugar, se realizará una revisión de los principales acontecimientos que llevaron a la decisión del gobierno ecuatoriano de establecer un ‘conflicto interno armado’ y mostrar cómo esto se construye en el marco de una dinámica regional de constante securitización, como solución a los problemas de políticas públicas en la región. Una segunda parte analizará cómo, desde el derecho

¹ El necroconstitucionalismo se entiende como una visión antiutópica donde una crisis combinada con una gran concentración de poder en el Ejecutivo crea una tormenta de decisiones. Con poderes amplios, se marginan y excluyen a grandes sectores de la población de su condición de ciudadanos, y se establecen criterios donde la vida y la muerte se determinan únicamente por consideraciones económicas.

constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que se encuentran en constante positivización en el marco del derecho interno, se pueden generar tres elementos negativos: uno, la emergencia permanente; dos, la construcción de amenazas de emergencia puntual no solucionable, y tres, una nueva normalidad no democrática. Frente a eso, se propone que las palabras y las decisiones que se mantengan desde la normativa tengan un valor. Finalmente, se presentará una serie de conclusiones pensadas en que uno de los problemas principales frente a esta crisis de seguridad es la incapacidad de hacer una ruptura en las cadenas de valor existentes en la economía ilegal.

¿Estado fallido o crisis permanente? Situación en Ecuador

La situación en la República del Ecuador es producto de una serie de factores que no son exclusivos de la última época, sino de una dinámica histórica basada en la reproducción de un esquema de economía tanto legal como ilegal que privilegia el monocultivo y la producción de un solo producto en los mercados internacionales (Montalván Zambrano, 2024). Después de una época de un supuesto desarrollismo basada en los buenos precios de los productos de *commodities* en la primera década del siglo XXI, el efecto de la bajada de estos y la capacidad de reemplazo del petróleo a través del *fracking* han generado una pérdida de recursos de forma sucesiva (Jumbo Ordóñez, Vega Jaramillo y Luna Romero, 2020), y con este el del poder del Estado para controlar el territorio.

En ese momento, el gobierno de Rafael Correa, según informes de diversos analistas, lidió con un proceso de ‘paz armada’ entre grupos del crimen organizado (en adelante GDO) (Herrera Aguilar, 2018, p. 29). Estas estructuras no son nuevas en Ecuador, habían surgido de forma marginal desde finales del siglo XX como dinámicas pequeñas a nivel local; sin embargo, la diferencia fue que la posición geopolítica de Ecuador, entre Perú y Colombia, junto con una economía dolarizada y controles débiles en materia de lavado de dinero y otros ilícitos financieros, generó un importante aumento de las economías ilegales que se mantienen fuertes en el sistema a través del ingreso

de capitales en varios sectores de la economía ecuatoriana (Rivera-Rhon y Bravo-Grijalva, 2020, p. 25). Estas se visibilizan bajo ciertas condiciones, como la violencia directa en el marco de la disputa tanto de puertos como de rutas de movimiento de cocaína y otros productos relacionados con las dinámicas ilegales (Armijos y Medina, 2019).

Durante todo ese tiempo, la banda armada más conocida e importante era la de Los Choneros, comandada por alias 'JR', quien fue asesinado en el año 2021 en la ciudad de Manta, una zona portuaria fuertemente disputada por las bandas debido a su acceso al comercio internacional de atún y derivados pesqueros (Hernández y Hernández, 2024). La muerte de este líder generó una disputa de amplio espectro entre todos los diferentes grupos rivales con el objetivo de controlar los espacios dejados por la fragmentación de la banda mencionada. Esta confrontación nació desde las cárceles, dado que el abandono del Estado, potenciado por la profunda disminución en presupuestos y personal del sistema carcelario durante la época de pandemia, generó un vaciamiento del poder del Estado que fue reemplazado por la autoridad violenta de las bandas, las cuales llegaron a tener el control tanto perimetral como de las comunicaciones y la autoridad dentro de los centros de rehabilitación social del Ecuador (Fondevila y Sandberg, 2023, pp. 4-5).

Producto de la disputa por ese espacio de poder se dieron dieciséis masacres carcelarias entre los años 2021 y 2023, que han dejado una cantidad cercana al millar de muertos (Primicias, 2024). Frente a eso, la respuesta del Estado central fue contraproducente: en vez de poder hacer una construcción de política pública que pudiera generar una respuesta integral a los problemas del país en ese momento, se generó un proceso de 'estados de excepción', que sumaron un total de diecisiete entre los años 2021 y 2023 (Palacios Peñafiel y Villacrés López, 2024). Según el artículo 164 de la Constitución, estos decretos están previstos como mecanismos provisionales para enfrentar la emergencia, y son de tipo temporal. Sin embargo, está demostrado que hay un vector adicional en esta situación, que es la rampante corrupción producto de la infiltración de estructuras económicas y legales en la administración de justicia y el mecanismo de resolución de conflictos a nivel social. Se

tiene evidencia empírica de que, al menos en dos provincias del país, la gran mayoría de jueces tenían conexiones o recibían directamente pagos de sobornos por parte de estructuras del crimen organizado (Primicias, 2024).

Todos estos antecedentes llevaron a los hechos del 9 de enero del año 2024. En ese día confluyó una serie de circunstancias que amenazaron la estructura misma de supervivencia del estado: el escape de los dos líderes de los dos grupos de crimen organizado más importantes del país, una sucesión de atentados con explosivos artesanales y coches bomba en ciudades con una fuerte fragilidad institucional como la ciudad de Esmeraldas, que se ha vuelto una de las más peligrosas del mundo, y la toma en vivo por parte de sujetos armados de un canal de televisión de la ciudad de Guayaquil (Basantes, 2024). En ese contexto, el presidente Daniel Noboa se vio forzado a emitir el decreto número 111, que establece por primera vez en la historia de Ecuador y Latinoamérica la identificación de veintidós grupos de crimen organizado como organizaciones terroristas, reconociendo así la existencia de un conflicto armado en el país y autorizando al Ejército y la Policía Nacional a tomar todas las acciones para ‘neutralizar’ la amenaza.

En el momento actual, el país tiene alrededor de 11 000 detenidos relacionados con estas actividades, 360 personas procesadas por materias relacionadas al conflicto armado, un mecanismo de toques de queda dinámicos en las ciudades más grandes del país y la construcción de una normativa legal para la financiación de esta dinámica de conflicto (Teleamazonas, 2024). Esto incluye el aumento del impuesto al valor agregado, contribuciones voluntarias de la banca y de las empresas más grandes del país, así como un esquema de focalización de combustibles y la posible contratación por horas.

Respuestas desde el derecho constitucional a la emergencia. Relación con el derecho al desarrollo

La crisis multisistémica que existe en Ecuador puede ser trasladada a otros lugares de Latinoamérica, con diversos niveles de afectación. Tanto Chile (Instituto Nacional de Estadísticas, 2023), como Argentina (Centenera, 2024) han experimentado un aumento en sus niveles de violencia, así

como situaciones de desigualdad estructural que han llevado a cambios paradigmáticos en la dinámica de gobierno. Países como México mantienen un conflicto interno no resuelto que ha sido exacerbado en muchos sectores con el aumento de violencia contra civiles y periodistas (Ferri, 2024). Actualmente, en Haití, pandillas urbanas unidas contra el gobierno han generado caos en la capital y tensiones importantes a nivel internacional respecto a la estabilidad de la personalidad jurídica de ese estado (Oxford Analytica, 2024).

Sin embargo, existe una segunda opción que está emergiendo en la dinámica tanto jurídica como en la gestión de la política pública a nivel latinoamericano. Gobiernos como el de Nayib Bukele se proponen a sí mismos como un modelo de un actor autoritario pero eficiente en la solución de los problemas básicos de la población. La frase “no la estamos desmantelando (a la democracia), la estamos eliminando, la reemplazamos con algo nuevo”, manifestada desde el gobierno de El Salvador al momento de ganar el segundo periodo electoral del presidente (Ayala, 2024), muestra que hay una construcción distinta de la dinámica democrática y de la manera en que se construyen estos conceptos en el imaginario tanto colectivo como de los detentadores del poder político.

A ese nuevo modelo o paradigma explicativo se le puede apuntar en ciertas direcciones

- a)** Se propone el populismo como una manera de construir la dinámica electoral. Se generan doctrinas del destino manifiesto por parte de estos actores que buscan galvanizar a la población y generar posibilidades de una acción colectiva mucho más organizada (Rosero, 2024).
- b)** En segundo lugar, se propone la polarización política. Se construye una dicotomía negativa entre los actores políticos, generando una dinámica de “nosotros versus ellos” conveniente para generar dinámicas legales posteriores relativas al “derecho penal del enemigo”: una propuesta penal en la cual se establece de manera patente dentro de la política penal y penitenciaria un sujeto social que encarna el peligro

existente para los habitantes de un país y su modelo de vida (Trejos, 2024, pp. 246-247). El traslado de una dinámica de dicotomía política al derecho penal también genera un mecanismo útil para la represión de opositores políticos o de actores sociales que estén en contra de las dinámicas de desarrollo.

c) Un tercer elemento es la securitización constante del sistema. Esto se manifiesta en que la gran mayoría de políticas públicas se asientan en el concepto de aumentar la capacidad del estado para imponer el poder de imperio por la fuerza, pero solo centrándose en la represión criminal a través del control del orden público (Bessen, 2024, p. 9). A lo largo de Latinoamérica se observa que los estados de excepción solo se utilizan para aumentar la presencia policial o para lograr mecanismos de autorización constitucional para que las fuerzas armadas puedan operar dentro del territorio del país en materia de criminalidad.²

d) El cuarto elemento es la espectacularidad: la tendencia a utilizar redes sociales y evitar los medios tradicionales como forma de expansión del mensaje se ha vuelto una constante total a nivel latinoamericano, al punto que países como Ecuador en su capital ya no tienen un periódico escrito de difusión pública. El uso de redes sociales por parte de los gobiernos hace que el personaje, el medio y el mensaje se vuelvan una sola dinámica, un continuum discursivo que causa mayores niveles de polarización, ya que no hay una manera de separarlos y hacer una lectura más inteligente de la realidad (Montaño, 2024).

En el marco del derecho constitucional de los derechos humanos, todo esto genera dos efectos: el primero es el uso indiscriminado de las dinámicas excepcionales constitucionales para limitar derechos. El otro efecto son los movimientos reformistas para centrar la acción constitucional en el ámbito de la seguridad ciudadana, lo que conlleva un aumento de la informalización o reducción de los procesos penales y una descentralización de la acción pública del desarrollo humano hacia la seguridad.

2 A pesar de que esto es una respuesta específica que podría ser utilizada para situaciones como las que están viviendo los países latinoamericanos, no se puede dejar de lado la necesidad de profesionalizar, purgar de corrupción y dar condiciones dignas a los operadores de la policía nacional con el fin de impedir el solapamiento de funciones y aumentar la efectividad de las acciones de cada uno en su respectivo marco de influencia.

Este proceso ha sido calificado como una *militarización permanente* en el marco de regímenes iliberales o híbridos, que han renunciado a los mecanismos tradicionales democráticos con el objetivo de enfrentar una crisis de seguridad pública sin solucionar el tema de fondo: la existencia de estados débiles que no han podido ser reformados por las élites políticas latinoamericanas (Dasso, 2020). Según la doctrina, esto puede conducir a la militarización material y a la erosión del control civil y la calidad democrática de las políticas de seguridad. En términos de desarrollo, esto ha generado una lógica de abandono, ya que frente a una crisis en la cual los actores públicos no pueden invertir en políticas públicas y están necesitados de respuestas efectivas a las crisis que se les avecinan, deciden utilizar todo el poder del estado para generar dinámicas de orden público centradas en la “mano dura”, principalmente basado en la demanda social (Rodríguez-Pinzón y Rodrigues, 2020).

En este sentido, Robledo Hoecker, propone una serie de variables para poder explicar las relaciones entre los mecanismos de coerción del estado y el abandono de otro tipo de políticas para resolver las grandes crisis existentes. Él propone que:

El ejercicio del monopolio de la fuerza ha conducido al desarrollo de distintas instituciones profesionales, altamente especializadas para ejercer la coerción legítima internacional (defensa) o al interior del Estado (sistema persecutor, policial, judicial y penal). Cada una de esas funciones se ejerce mediante marcos normativos y códigos deontológicos diferentes. [...] Frente a aquellos casos en que emergen actores globales o transnacionales no estatales y fenómenos “intermésticos”, los Estados continúan guiándose por la distinción jurídico-normativa de lo interno/externo. (2023, p. 10)

En ese sentido, se pueden analizar esto con la siguiente matriz:

Tabla 1. Tipos de gobernabilidad del policiamiento y de la defensa

Tipo de régimen político	Tipo de coerción interior	Tipo de coerción exterior
Democrático	Policiamiento democrático	Gobernabilidad democrática de la defensa
Híbrido	Policiamiento y defensa híbrida	
Autoritario	Policiamiento y defensa autoritaria	

Fuente: Robledo Hoecker, 2023

El primer tipo de caso (la gestión democrática) todavía se sigue planteando, pero con mayores resistencias en Uruguay o en Chile (Montes, 2024), donde se mantiene la lógica de que la separación entre las fuerzas de seguridad internas y externas y el sistema civil aún conserva un mando no militarizado y está pensado en el marco de políticas públicas más amplias. Esto también está relacionado con que la respuesta institucional a los *shocks* siempre ha sido mucho más basada en canalizar el conflicto social mediante las instituciones. La lógica del desarrollo no se ve afectada por los mecanismos de defensa ni de seguridad interna, y se pueden generar políticas públicas integrales que logren dar mecanismos de control hacia las crisis.

El segundo modelo es el que predomina en la mayor parte de países latinoamericanos, en el cual el aumento de la percepción de inseguridad y la existencia de estructuras de economías ilegales han provocado un trasvase de las dinámicas de desarrollo y de construcción de política pública hacia un discurso que postula que la seguridad será el único mecanismo para poder alcanzar el desarrollo. Por lo tanto, se trasladan recursos desde presupuestos hacia dinámicas de política pública con el fin de atender la emergencia. Casos como el colombiano y el peruano (El Peruano, 2023), donde historiales de violencia interna grave generan una percepción social positiva respecto a estos movimientos discursivos, muestran la dinámica actual del fenómeno.

El tercer modelo es el que se observa en países como El Salvador y, en menor medida, en Ecuador. En este modelo, se generan mecánicas discursivas que centran como única operación fundamental del Estado la protección contra el delito. De hecho, las frases se repiten en ambos países:

En Ecuador:

los terroristas se han encontrado con un gobierno que no está dispuesto a doblegarse. Y que ningún antipatria nos venga a decir que nosotros estamos violando los derechos de nadie, cuando estamos protegiendo los derechos de la gran mayoría. (La República, 2024)

Y en El Salvador:

Sí tiene derechos humanos, pero son más importantes los derechos humanos de la gente honrada. Procuradora que también debe investigarse y reportarse porque, si no, no estamos hablando de derechos humanos, sino de los derechos de los delincuentes. (Divergentes, 2022)

Esto se traduce en una expansión de los roles funcionales no militares hacia nuevos ámbitos, como el control de la dinámica de orden público producto de una ruptura de la institucionalidad policiaca. Además, se observa la presencia de discursos militares dentro de la toma de decisiones más importantes del poder civil. Todos estos elementos rompen la dinámica del derecho al desarrollo y lo apartan del centro de la acción pública. Esto sucede por las siguientes razones:

a) El desarrollo se supone como una realización plena de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones que puedan garantizar su disfrute (Organización de Naciones Unidas, 1986). Sin embargo, con una militarización y aumento de mecanismos de seguridad interna no integrales, lo que se genera es una centralidad en un conjunto limitado de derechos, lo que hace imposible un desarrollo integral de los mismos.

b) En segundo lugar, se rompe la idea de la individualidad del derecho al desarrollo. Si se revisa el artículo 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la persona humana es el sujeto principal del desarrollo y debe ser partícipe y beneficiario de este (Organización de Naciones Unidas, 1986). Un sistema de seguridad ciudadana centrado en controles autoritarios se enfoca en la protección del “Estado” o “los ciudadanos”, lo que significa que los casos individuales que no estén relacionados con la dinámica más amplia de violencia pueden no ser visibilizados ni abordados. Por ejemplo, el aumento de situaciones relacionadas con la violencia de género y los femicidios en países que tienen situaciones de inseguridad ciudadana y su falta de investigación y aumento de impunidad muestran la incapacidad del Estado para resolver todas las dinámicas (CEPAL, 2023).

c) En tercer lugar, estas dinámicas obstaculizan la cooperación en desarrollo entre países debido a la tendencia al aislacionismo e insularidad. Esta situación limita la capacidad de los estados para tomar decisiones conjuntas ante desafíos comunes, reduciendo así las oportunidades de cooperación para el desarrollo.

Esto puede entenderse como parte de la tradición latinoamericana, donde existe una excepción constitucional que privilegia el poder pretoriano del presidente de la república sobre los controles democráticos (Graciarena, 2014). Esto se percibe como una necesidad para lograr un mayor efectismo por parte del presidente y su equipo a través del uso del poder público. Sin embargo, en el contexto de la gestión del desarrollo, esta práctica amplifica el uso de la violencia y disminuye las oportunidades de retorno a mecanismos de políticas públicas.

Esto hace que la matriz se expanda en términos del manejo del derecho al desarrollo:

Tabla 2. Policiamiento, defensa y desarrollo

Tipo de régimen político	Tipo de coerción interior	Tipo de coerción exterior	Derecho al desarrollo
Democrático	Policiamiento democrático	Gobernabilidad democrática de la defensa	Aplicación de Políticas Públicas
Híbrido	Policiamiento y defensa híbrida		Vaciamiento del Derecho
Autoritario	Policiamiento y defensa autoritaria		Centralidad en la seguridad

Fuente: Robledo Hoecker, 2023; elaboración propia

Este fenómeno será analizado en la siguiente sección, donde se propondrá el concepto de “emergencia permanente” como una limitación al derecho al desarrollo y como una amenaza legal significativa para la capacidad de establecer mecanismos dentro del Estado y el derecho que permitan controlar los conflictos y transformarlos de manera positiva. Se abordará esta dinámica en el marco del derecho constitucional, ya que la creciente constitucionalización de las actividades públicas hace que tanto la seguridad como el desarrollo sean partes de los mecanismos de interdependencia de los derechos. Por lo tanto, la discusión sobre cómo construir la relación entre seguridad y desarrollo surgirá principalmente de las relaciones establecidas en las cartas magnas de cada Estado y de su aplicación en los contextos que regula.

Respuestas desde el constitucionalismo

Esta sección busca explicar la aplicación constitucional de estos controles no democráticos y el vaciamiento de facto al desarrollo de la dinámica pública producto de emergencias nuevas. La hipótesis de este texto es que se construye un fenómeno de emergencia permanente en el cual la decisión democrática solo es un mecanismo de gestión de la seguridad y que las posibilidades de volver a una situación sin emergencia suelen ser

limitadas. Por eso se analizarán dos fenómenos producto de la crisis: la *emergencia permanente*, entendida como un mecanismo de gestión del sistema público y una aplicación de los instrumentos constitucionales existentes, y la segunda es la *normalidad no democrática*, prevista como una situación en la cual se busca la construcción de un mecanismo social que genera vacíos legales e introduce prácticas que no tienen estatus jurídico claro, en las cuales la libertad y los derechos básicos son abandonados, generando una nueva situación de estado de derecho en la cual no existe una violación patente, sino una limitación permanente y, en consecuencia, la afectación de los derechos ciudadanos.

Emergencia permanente

Arriba en el texto se propuso al necroconstitucionalismo como un marco explicativo del comportamiento de los estados a nivel constitucional y su aplicación en forma de sistema punitivo en el derecho penal del enemigo. Para que esto suceda, el sistema debe proponer algún tipo de herramienta que pueda generar condiciones para la aplicación del poder duro en el marco de una mínima legalidad. Casi los sistemas constitucionales establecen algún tipo de “estado de excepción” o “estado de emergencia”, en el cual se propone una limitación de derechos temporal con el objetivo de poder enfrentar el hecho generador de la crisis.³

Ahora, ¿qué sucede cuando la emergencia no puede ser resuelta por el Estado ya que depende de factores objetivos que no están controlados enteramente por él? Hoy en día, este es el caso de las economías ilegales a nivel internacional. El comercio internacional de sustancias sujetas a fiscalización está limitado por la creciente demanda de estas sustancias y su aumento de precios, lo que hace que estos grupos busquen una dinámica mucho más amplia de acceso al mercado, y una disputa por los canales de logística para que esos productos lleguen a los puertos de destino (Rivera-Rhon y Bravo-

³ Nueve de cada diez países han constitucionalizado sus disposiciones de emergencia. El poder para declarar un estado de emergencia de hecho se ha utilizado con bastante frecuencia: entre 1985 y 2014, 137 países declararon un estado de emergencia al menos una vez. Esto implica que aproximadamente dos terceras partes de todas las naciones soberanas declararon un estado de emergencia durante ese periodo (Bjørnskov y Voigt, 2018).

Grijalva, 2020). Esto aumenta la violencia y el tráfico de armas, así como otros tipos de delitos que están relacionados con el narcotráfico, como la extorsión y el lavado de dinero.

Es ahí donde surge el conflicto: los estados de excepción están contemplados en todas las constituciones latinoamericanas como mecanismos temporales y de aplicación muy limitada. En ese contexto, ha surgido una nueva corriente dentro de las lógicas de seguridad que hemos relatado en la sección anterior, la cual establece una dinámica de emergencia permanente. Este es un fenómeno que surge a raíz de la pandemia del covid-19. La imprevisibilidad y la falta de certezas que enfrentaron los estados ante la propagación del virus y la posibilidad de volver a dinámicas de normalidad ciudadana llevaron a una constante extensión de los estados de excepción como un mecanismo para poder mantener dinámicas legales mínimamente ajustadas a la legalidad que pudieran ser utilizadas en las circunstancias previstas en la constitución y el resto del ordenamiento jurídico (Grogan, 2020). Una interpretación de una disposición constitucional que excluya la revisión judicial de la existencia de un estado de emergencia tiene el potencial de permitir un estado de emergencia permanente, ya que las razones relacionadas con la existencia de un estado de emergencia no tienen que estar sustancialmente justificadas en la ley (Green, 2018, p. 89).

En una situación de emergencia permanente se alude a una matriz de pensamiento que podemos llamar de decisionismo democrático, en el cual un ejecutivo incorpora poderes sin controles democráticos hacia el presidencialismo. Esto genera un modo no republicano del ejercicio del poder, ya que la decisión del líder se antepone a las decisiones y a los conceptos de deliberación que deben darse. El centro de la decisión democrática recae en la figura del presidente o en un grupo muy pequeño cercano, volviéndose vertical, concentrado, además de autosuficiente y encerrado en sí mismo (Quiroga, 2020). Hoy en día, otra situación que nace de ese sistema es la necesidad de gobernar sin el respaldo del parlamento, ya que no existe la posibilidad de diálogo cuando se plantean “necesidades superiores”.

Esto puede surgir no solo para la seguridad ciudadana, sino también para las aplicaciones económicas de la seguridad ciudadana. Al analizar el comportamiento del gobierno argentino en los últimos meses respecto a la aplicación de normativa a través del Congreso y el Senado, se muestra la incapacidad de generar diálogos y la respuesta del gobierno solo se manifiesta en la dicotomización negativa, la generación de un enemigo y el enfrentamiento directo con los poderes legislativos (Riorda, 2024).

Además, la decisión misma genera control sobre el concepto de “excepción” y de “normalidad”. Cuando se centra la decisión en el ejecutivo y se pierde toda posibilidad de lazo de discusión democrática sobre los problemas que surgen, la respuesta siguiente va a ser que el ejecutivo, quien es el único legitimado dada la situación de emergencia, para poder tomar decisiones, sea quien termine estableciendo qué es la emergencia, cuál es la situación que se tiene que afrontar y, en consecuencia, cuál es el enemigo o la situación a la cual se tiene que enfrentar (Hennette Vauchez, 2022). Esto se puede observar en el caso ecuatoriano, por ejemplo, en los cuales existe una identificación plena de grupos o estructuras criminales que deben ser combatidas, sin establecer otra medida adicional que el control del orden público (Ecuavisa Digital, 2024). Esto ha sido fuertemente debatido desde las bases del pensamiento político occidental.

El poder de actuar según discreción, para el bien público, sin la prescripción de la ley, y a veces incluso en contra de ella, es lo que se llama prerrogativa... Este poder, cuando se emplea para el beneficio de la comunidad y de acuerdo con la confianza y los fines del gobierno, es una prerrogativa indiscutible y nunca se cuestiona... La gente está lejos de examinar la prerrogativa, mientras esté en algún grado tolerable empleada para el uso para el que fue destinada; es decir, para el bien del pueblo y no manifestamente en su contra. (Locke y Mellizo, 2011, p. 64)

Si la emergencia se extiende, surge un nuevo fenómeno, en el caso ecuatoriano y salvadoreño, uno a nivel económico y el otro a nivel de control social, se han generado dinámicas para garantizar ostensiblemente

la legalidad y legitimidad de las dinámicas excepcionales. En Ecuador se establecen normas en las cuales se incluyen mecánicas amparadas en la banca internacional para obtener recursos y sostener el conflicto armado establecido por grupos delincuenciales en el gobierno (Primicias, 2024). Por otro lado, el gobierno salvadoreño ha extendido al infinito las mecánicas constitucionales, forzando al presidente a nuevas elecciones que garanticen su poder político (Maldonado, 2024). De esta manera, el desplazamiento de las políticas públicas genera una normalidad de sacrificios y suspensión, incluso si no es oficial, de leyes que garanticen derechos y protección del tejido social. Este segundo fenómeno será tratado en la siguiente sección.

Nueva normalidad no democrática

Cuando se tratan de amenazas de sujetos no tradicionales o que nacen del ser humano, como, por ejemplo, las delincuenciales, surgen preguntas nacidas desde el constitucionalismo: ¿cuándo terminan los estados de excepción?, ¿cómo se resuelve el conflicto a una supuesta normalidad? Eso genera para el estado un problema basado en la decisión ominosa de que probablemente la situación de conflicto y la necesidad de imponer medidas de restricción a los ciudadanos resulta que sea la nueva realidad circundante, la única válida y, en consecuencia, aquella que genera problemas en el sistema público.

Esto es una situación que está ocurriendo tanto en Europa como en América. En el caso europeo, el conflicto bélico en Ucrania ha llevado a países circundantes como Polonia o Hungría a extender varias veces el estado de excepción con el objetivo de contar con las autorizaciones legales necesarias para movimientos tanto militares como económicos en apoyo al conflicto (Florczak-Wątor, 2024). Además, esto también ha generado medidas de control social similares a las salvadoreñas: se ha prolongado el estado de excepción en El Salvador durante casi 400 días, limitando las posibilidades de que el gobierno salvadoreño sea calificado como democrático (Voice of America, 2024). En el caso ecuatoriano, se han establecido diferentes mecanismos de gestión del estado de excepción, como toques de queda localizados, con el fin de generar medidas económicas relacionadas con el turismo (Diario Expreso,

2024). Esto ha ocurrido tanto en épocas vacacionales como en zonas del país que son importantes a nivel turístico.

Esta excepcionalidad se transforma en una normalidad en la cual la figura de la excepción termina conviviendo con la democracia porque genera espacios de vacíos que son utilizados por la excepción misma. El razonamiento se centra en que si el Estado se encuentra en una situación de excepción, lo más probable es que cualquier medida que tenga que hacerse va a estar justificada en el marco de dicha situación excepcional. Esto también se justifica al poner a la excepción como una regla de gobierno y, finalmente, marginando seres humanos concretos considerados peligrosos para el sistema (Whiting y Kaya, 2021). Esto ha sucedido tanto en El Salvador como en Ecuador respecto a ciertos tatuajes o personas que están en ciertas zonas del país que tienen un mucho más control policial que son las que llevan tatuajes, pero que se encuentran en zonas de mejor poder adquisitivo del país.

Esto luego se traslada a una respuesta adicional: el estado de excepción puede generar un “nuevo orden de cosas” en el cual se acepta como válida cualquier medida de choque económico o control social, considerando que la terminación de la emergencia solo será determinada por aquellos que tienen el control de la regulación y de los medios de producción. Este es el argumento más peligroso que puede surgir de esta dinámica y también afecta al derecho al desarrollo. Dado que cualquier medida que busca el crecimiento integral de las personas se llevará a cabo únicamente en el marco de la emergencia, cualquier priorización de recursos y políticas públicas se realizará exclusivamente en ese contexto y no para otro tipo de situación.

Este hecho es importante porque parte del riesgo de colocar a lo excepcional dentro de la dinámica democrática, que es justamente lo que estos sistemas de emergencia permanente plantearon. La extensión sin límites de los estados de excepción termina convirtiéndose en un mecanismo por el cual cualquier proporcionalidad prevista en la norma democrática solo se aplica cuando conviene al sistema económico o social que se busca imponer como resultado de la emergencia; sin tomar en cuenta la capacidad

de diálogo y construcción de nuevos razonamientos que podrían servir para asegurar una mejor transformación del conflicto. Esto no es una situación nueva en la historia, en la Alemania nazi se mantuvo vigente la constitución de Weimar, pero se suspendieron los artículos de esta que garantizaban la libertad personal, bajo un estado de excepción que se extendió desde 1933 hasta 1945 (Caldwell, 2020). En la actualidad, esa sensación de normalidad prevista por una situación dual en la cual ciertos ciudadanos disfrutaban de derechos y otros no tienen ninguno, representa el riesgo principal de esta normalidad no democrática.

A nivel de derechos de desarrollo, hay varias líneas teóricas que pretenden plantear la idea de que la seguridad ciudadana es una condición fundamental para el ejercicio del desarrollo en democracia. Esto debe tenerse en cuenta, pero a nivel negativo, hay una dicotomía importante entre el respeto a la libertad y la seguridad. Pueden existir países muy seguros que no garantizan ninguna libertad ciudadana, así como países en los cuales se destinan recursos principalmente a la represión de los delitos en lugar de su prevención. Otro elemento relevante en relación con la seguridad y el desarrollo es analizar si el ciudadano es considerado un sujeto o un objeto de la seguridad. En situaciones no democráticas, el ciudadano es tratado como un objeto y la seguridad se convierte en el objetivo, mientras que en espacios democráticos esta situación es la contraria. Finalmente, implica reflexionar sobre el papel de las fuerzas y cuerpos de seguridad como servidores del Estado o de los ciudadanos.

Las redes de economía ilegal internacional constituyen una grave amenaza para la gobernabilidad y el orden social. Esto no se puede pasar por alto. Sin embargo, las respuestas de emergencia permanente generan un problema tanto para la gobernabilidad como para el orden social, además de socavar el estado de derecho. Una situación de emergencia permanente puede conducir a un ejercicio de desarrollo no democrático en el cual los grandes números macroeconómicos pueden estar justificados para el funcionamiento democrático, pero que no se manifiestan de manera patente en la redistribución social, la disminución de la pobreza o la interrupción de

las lógicas de marginalización social que son precisamente las que conducen directamente a la delincuencia (Abregú, 2008).

Esto genera un elemento adicional en la matriz:

Tabla 3. Policiamiento, defensa, desarrollo (2)

Tipo de régimen político	Tipo de coerción interior	Tipo de coerción exterior	Interpretación del Derecho al desarrollo	Respuestas al D. al Desarrollo
Democrático	Policiamiento democrático	Gobernabilidad democrática de la defensa	Aplicación de Políticas Públicas	Desarrollo democrático
Híbrido	Policiamiento y defensa híbrida		Vaciamiento del Derecho	Desarrollo iliberal
Autoritario	Policiamiento y defensa autoritaria		Centralidad en la seguridad	Desarrollo no democrático

Fuente: Robledo Hoecker, 2023; elaboración propia

Esta última columna entra en el marco de la especulación, ya que el derecho al desarrollo se propone también en mediciones a largo plazo que deben estar sujetas a factores exógenos como el movimiento de la economía internacional y las dinámicas sociales internas de los países donde se mide. Tanto en el caso de Ecuador, que se encuentra en el marco de un conflicto naciente, como en El Salvador, donde durante cinco años políticas de mano dura han dado aparentemente un éxito en las dinámicas de seguridad a nivel internacional. Por su parte, el punto de la posibilidad de un traslado de políticas promocionado vía redes sociales al caso de Haití todavía está lejos de ser objeto de medición. Sin embargo, las actitudes de los jefes de estado, que están relacionados con la promoción directa del éxito de su proyecto, y la negación de cualquier crítica al mismo, muestran los indicios de esta posibilidad.

CONCLUSIONES

El presente texto muestra los alcances y posibilidades de las relaciones entre el derecho y el desarrollo, y la seguridad en dinámicas volátiles y ambiguas, como las que están sucediendo en los países latinoamericanos debido al enfrentamiento del estado con grupos del crimen organizado. Se ha propuesto que mientras más se aumente un control no democrático de las dinámicas de seguridad y se genere una centralización de la acción del estado en ese aspecto, se puede vaciar cualquier posibilidad de políticas públicas alternativas, viéndolas en el marco de una emergencia permanente. La segunda posibilidad es un desarrollo no democrático, donde los éxitos gubernamentales o la generación de políticas públicas no tienen discusión ciudadana, ya que no hay oposición o posibilidad de discusión de las acciones gubernamentales. En ese sentido, el riesgo para las democracias liberales es mayor, ya que se ven superadas tanto a nivel comunicacional como discursivo por estas dinámicas. La crisis existente ha sido abordada únicamente con aplicaciones de mano dura y aumento de la violencia incluso dentro de la política.

Finalmente, es importante que, a partir de estas situaciones se explore posibles vías para contrarrestar la tendencia hacia un control autoritario y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y separación de poderes en estos contextos. Además, se podría discutir la necesidad de abordar las causas subyacentes de la inseguridad y la violencia, como la desigualdad socioeconómica y la falta de oportunidades, como parte integral de cualquier estrategia de seguridad y desarrollo a largo plazo.

REFERENCIAS

- Abregú, M. (2008). Derechos Humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8, 7-42. <https://sur.conectas.org/es/derechos-humanos-para-todos-de-la-lucha-contr-el-autoritarismo-la-construccion-de-una-democracia-inclusiva>
- Armijos, L. y Medina, R. (2019). Un Subcomplejo Regional de Seguridad contra el narcotráfico por vías marítimas: caso Ecuador, Colombia, Costa Rica y Panamá. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 14(1), 167-188. <https://doi.org/10.18359/ries.3696>
- Ayala, F. (3 de febrero de 2024). “No la estamos desmantelando (la democracia), la estamos eliminando”: Félix Ulloa. *La Prensa Gráfica*. <https://www.laprensagrafica.com/>
- Basantes, A. C. (9 de enero de 2024). Daniel Noboa declara un “conflicto armado interno” en Ecuador tras la irrupción de un comando armado en un canal de televisión. *El País*. <https://elpais.com/>
- Bessen, B. R. (2024). Populist Discourse and Public Support for Executive Aggrandizement in Latin America. *Comparative Political Studie*, 1-34. <https://doi.org/10.1177/00104140231223738>
- Bjørnskov, C. y Voigt, S. (2018). Why do governments call a state of emergency? On the determinants of using emergency constitutions. *European Journal of Political Economy*, 54, 110-123. <https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2018.01.002>
- Caldwell, P. C. (2020). The Weimar Constitution. En N. Rossol y B. Zieman, *The Oxford Handbook of the Weimar Republic* (pp. 119-141). Oxford University Press.
- Canning House. (2024). *Latam Outlook 2024*. Canning House.

- Centenera, M. (12 de marzo de 2024). Cuatro asesinatos al azar y terror narco en las calles: Milei endurece su política de seguridad en Rosario. *El País*. <https://elpais.com/>
- CEPAL. (2023). *Violencia feminicida en cifras: América Latina y el Caribe*. Cepal. <https://www.cepal.org/es/taxonomy/term/8400>
- Comisión de la Verdad. (2010). *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010*. Obtenido el 13 de marzo de 2024 de Defensoría del Pueblo del Ecuador. <https://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2580>
- Dasso, A. (abril de 2020). Los militares en tiempos de pandemia. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/los-militares-en-tiempos-de-pandemia/>
- Diario Expreso. (22 de enero de 2024). Estado de excepción: Noboa anunciará la semaforización de cantones. *Diario Expreso*. <https://www.expreso.ec/>
- Divergentes. (17 de octubre de 2022). El mensaje distorsionado de Nayib Bukele sobre derechos humanos en El Salvador. *Divergentes*. <https://www.divergentes.com/>
- Ecuavisa Digital. (24 de marzo de 2024). El Plan Fénix no es más que una estrategia de comunicación, según el analista Renato Rivera. *Ecuavisa Digital*. <https://www.ecuavisa.com/>
- El Peruano. (21 de septiembre de 2023). Prioridad del gobierno es garantizar la seguridad ciudadana. *El Peruano*. <https://www.elperuano.pe/>
- Ferri, P. (16 de enero de 2024). México mantiene los altos niveles de violencia y registra 30.523 asesinatos en 2023. *El País*. <https://elpais.com/>

- Florczak-Wątor, M. (2024). Human rights in states of emergency: Constitutional principles and their application in the Republic of Poland. En M. Florczak-Wątor, F. Gárdos-Orosz, J. Malíř y M. Steuer (eds.), *States of Emergency and Human Rights Protection*. (pp. 145-163). Routledge.
- Fondevila, G. y Sandberg, S. (2023). The “new” crimes of pandemics: observations and insights from Latin America. *Security Journal*, 1-32. <https://doi.org/10.1057/s41284-023-00379-0>
- Frenkel, A. y García Scrimizzi, F. H. (2024). Diplomacia militar y “nuevas amenazas”: Estados Unidos en la Conferencia de Ejércitos Americanos, 2008-2015. *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 1(18), 81-100. https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n18.2024.340
- Graciarena, J. (2014). El Estado latinoamericano en perspectiva. Figuras, crisis, prospectiva. *Revista de la Carrera de Sociología Entramados y Perspectivas*, (4), 225-258. <https://doi.org/10.62174/eyp.535>
- Green, A. (2018). *Permanent States of Emergency and the rule of law*. Hart.
- Grogan, J. (2020). States of emergency: Analysing global use of emergency powers in response to COVID-19. *European Journal of Law Reform*, 22(4), 338-350. <https://doi.org/10.5553/EJLR/138723702021022004002>
- Hennette Vauchez, S. (2022). Taming the exception? Lessons from the routinization of states of emergency in France. *International Journal of Constitutional Law*, 20(5), 1793-1819. <https://doi.org/10.1093/icon/moad006>

- Hernández, L. y Hernández, C. (2024). El “Neocrimen” Organizado en Ecuador y el Uso de la Táctica Terrorista como mecanismo de hegemonía y naufragio social. *Revista Internacional de Estudios sobre Terrorismo*, 5(10), 52-63. https://rietjournal.org/wp-content/uploads/2024/01/CAP4-ES_RIET_2024_N10.pdf
- Herrera Aguilar, K. P. (2018). Ecuador como paso de vía del narcotráfico y su efecto en la seguridad interna: análisis anterior y posterior al 2009. *Revista de Ciencias de Seguridad y Defensa*, 3(1), 1-56. <https://doi.org/10.24133/rcsd.V3N1.2018.01>
- Instituto Nacional de Estadísticas Chile. (3 de noviembre de 2023). *19ª Encuesta nacional urbana de seguridad ciudadana presentación de resultados nacionales*. Instituto Nacional de Estadística Chile. <https://www.ine.gob.cl/>
- Jumbo Ordóñez, D. P., Vega Jaramillo, F. Y. y Luna Romero, A. E. (2020). Crisis económicas y covid-19 en Ecuador: impacto en las exportaciones. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(6), 103-110. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1883>
- La República. (15 de febrero de 2024). *Noboa: “Que ningún antipatria nos venga a decir que estamos violando los derechos humanos”*. *La República*. <https://www.larepublica.ec/>
- Locke, J. y Mellizo, C. (2011). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Alianza Editorial.
- Maldonado, C. (7 de marzo de 2024). La amenaza populista: cómo Bukele o Milei torpedean los avances democráticos de Latinoamérica. *El País*. <https://elpais.com/>
- Martuccelli, D. (2022). *El estallido social en clave latinoamericana: La formación de las clases popular-intermediarias*. Lom Ediciones.

- Montalván Zambrano, D. J. y Wences, I. (2024) Transición energética y litio nuevos “comunes” y otros extractivismos. *Oñati Socio-Legal Series*, 14(2), 416–446. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1765>
- Montaño, E. (2024). ¿Democracia bajo acecho? La reelección en El Salvador y el discurso político de Nayib Bukele en Twitter. *Revista Mexicana de Opinión Pública*, (36), 109-135. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2024.36.86837>
- Montes, R. (16 de marzo de 2024). Renuncia el jefe de la policía chilena investigado por la Fiscalía por revelar información confidencial. *El País*. <https://elpais.com/>
- ONU. (4 de diciembre de 1986). *Instrumentos de derechos humanos. Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Organización de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development>
- Oxford Analytica. (4 de marzo de 2024). *Haiti gangs may intensify efforts to oust Henry. Emerald Expert Briefings*. <https://doi.org/10.1108/OXAN-ES285618>
- Palacios Peñañiel, J. F. y Villacrés López, J. M. (2024). Derecho a la Protesta en los Estados de Excepción Decretados en Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 8(1), 1272-1290. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i1.9512
- Primicias. (6 de marzo de 2024). ¿Cuál es el eslabón que une los casos de corrupción Metástasis y Purga? *Primicias*. <https://www.primicias.ec/>
- Primicias. (14 de marzo de 2024). 67 muertes violentas ocurrieron en las cárceles de Ecuador en 2023, según el SNAI. *Primicias*. <https://www.primicias.ec/>

- Primicias. (24 de enero de 2024). FMI y Gobierno revisan la situación económica de Ecuador. *Primicias*. <https://www.primicias.ec/>
- Puga Álvarez, C. V. (2014). Los gobiernos de Ecuador y Venezuela frente a la CIDH: política, comunicación y golpes de estado [Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Derechos Humanos]. FLACSO Sede Ecuador, Quito. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/6179>
- Quintanilla, J. (marzo de 2023). El modelo Bukele: cuando el autoritarismo se vuelve popular. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/>
- Quiroga, H. (2020). Decisionismo democrático y emergencia permanente. *Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político*, 1(1), 161-165. <https://doi.org/10.35305/rr.v1i1.43>
- Riorda, M. (15 de marzo de 2024). El Brutalismo comunicativo de Milei. *Anfibia*. <https://www.revistaanfibia.com/>
- Rivera-Rhon, R. y Bravo-Grijalva, C. (2020). Crimen organizado y cadenas de valor: el ascenso estratégico del Ecuador en la economía del narcotráfico. *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (28), 8-29. <https://doi.org/10.17141/urvio.28.2020.4410>
- Robledo Hoecker, M. (2023). Emergencia del militarismo civil; erosión democrática en América Latina. *Boletín Semestral Democracia, Seguridad y Defensa*, (80), 8-14. <https://www.resdal.org/assets/BOLETIN-SEMESTRAL-DEMOCRACIA-SEGURIDAD-Y-DEFENSA-Nro-80.pdf>
- Rodríguez-Pinzón, E. M. y Rodrigues, T. (2020). “Mano dura” y democracia en América Latina: seguridad pública, violencia y estado de derecho. *América Latina Hoy*, 84, 89-113. <https://doi.org/10.14201/alh.21156>

- Rosero, C. (2024). El populismo frente a la doctrina del rule of law y su atisbo con el neoconstitucionalismo en Ecuador. *Revista InveCom*, 4(2), 1-18. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10562986>
- Sahd, J., Daniel, Z. y Rojas, D. (2024). *Riesgo Político América Latina 2024*. Centro UC.
- Teleamazonas. (19 de julio de 2024). Cerca de 11 mil detenciones en 52 días de «conflicto armado interno» en Ecuador. *Teleamazonas*. <https://www.teleamazonas.com/>
- Trejos, R. (2024). La dramaturgia penal. *Derecho Penal y Criminología*, 45(118), 241-270. <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.08>
- Voz de América. (9 de marzo de 2024). Congreso salvadoreño aprueba 24.ta prórroga del régimen de excepción para combatir a las pandillas. *Voz de América*. <https://www.vozdeamerica.com/>
- Whiting, M. y Kaya, Z. N. (2021). Autocratization, permanent emergency rule and local politics: lessons from the Kurds in Turkey. *Democratization*, 28(4), 821-839. <https://doi.org/10.1080/13510347.2021.1871602>

DE ROBESPIERRE A RAWLS: ANÁLISIS DEL “DERECHO A LA SUBSISTENCIA” A LA LUZ DEL LIBERALISMO IGUALITARIO

 *Niki Estéfano Sánchez-Berrazueta*
Universidad de Granada

RESUMEN

El artículo examina la evolución del concepto de “derecho a la subsistencia” a través de las perspectivas de Maximilien Robespierre y John Rawls, destacados filósofos políticos. Robespierre, líder durante la Revolución francesa, lo consideró un derecho fundamental, argumentando que el Estado debía garantizar la protección de sus ciudadanos contra la pobreza y la inseguridad alimentaria. En contraste, Rawls, conocido por su teoría de la justicia liberal igualitaria, sostuvo que una sociedad justa debe asegurar un mínimo de libertad y bienestar para todos sus miembros, incluyendo la protección de derechos económicos, sociales y culturales. Este análisis se enmarca en un contexto histórico y filosófico donde la pobreza y la desigualdad social eran problemáticas centrales, tanto en la Revolución francesa como en el siglo xx. El artículo explora cómo estos dos pensadores abordan la relación entre el derecho a la subsistencia y la justicia social, reconociendo la importancia de garantizar necesidades básicas para una vida digna. Al considerar las ideas de Robespierre y Rawls, se destaca la relevancia continua de los derechos económicos, sociales y culturales en la búsqueda de una sociedad más equitativa y justa.

ABSTRACT

The article examines the evolution of the concept of “right to subsistence” through the perspectives of Maximilien Robespierre and John Rawls, prominent political philosophers. Robespierre, a leader during the French Revolution, considered it a fundamental right, arguing that the State should ensure protection of its citizens against poverty and food insecurity. In contrast, Rawls, known for his theory of egalitarian liberal justice, argued that a just society must ensure a minimum of freedom and well-being for all its members, including the protection of economic, social, and cultural rights. This analysis is framed within a historical and philosophical context where poverty and social inequality were central issues, both during the French Revolution and in the 20th century. The article explores how these two thinkers address the relationship between the right to subsistence and social justice, recognizing the importance of guaranteeing basic needs for a dignified life. By considering the ideas of Robespierre and Rawls, the ongoing relevance of economic, social, and cultural rights in the pursuit of a more equitable and just society is highlighted.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, justicia social, filosofía política, revolución, justicia, desigualdad social

KEYWORDS: human rights, social justice, political philosophy, revolution, justice, social inequality

JEL CODE: B12; D63

RECIBIDO: 21/12/2023

ACEPTADO: 01/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.506

INTRODUCCIÓN

El derecho a la subsistencia ha sido un tema central en la teoría política desde la modernidad temprana. En este artículo, se analiza cómo este concepto fue abordado por dos figuras influyentes del pensamiento político: Maximilien Robespierre y John Rawls. Robespierre fue un líder importante durante la Revolución francesa y un defensor temprano de lo que hoy conocemos como derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, Rawls es conocido por su teoría de la justicia liberal igualitaria, una de las teorías políticas más influyentes y ampliamente debatidas en el siglo xx. Mediante su teoría, John Rawls propone la creación de una sociedad en la que todas las personas tengan acceso a bienes básicos para la supervivencia y que las desigualdades, aunque inevitables, sean diseñadas a favor de los menos favorecidos.

Robespierre defendió el derecho a la subsistencia como un derecho fundamental e inalienable, argumentando que el Estado tenía la responsabilidad de proteger a sus ciudadanos de la pobreza y la inseguridad alimentaria (Arango, 2015). Esta visión surgió en un momento histórico en el que la pobreza y la desigualdad social eran problemas de especial importancia en la Francia de 1789, por lo que Robespierre sostuvo que la única forma de configurar una sociedad justa era mediante la garantía de las necesidades básicas de la población (Quiroz Villalobos, 2022).

Por su parte, Rawls desarrolló su teoría de la justicia liberal igualitaria en un contexto en el que la igualdad y la justicia social eran cuestiones centrales en el debate político y filosófico (Taşkin, 2023). Rawls argumentó que una sociedad justa debe garantizar un mínimo de libertad y bienestar para todos sus miembros; y que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales es esencial para la realización de estos objetivos (Flores, 1999). También sostuvo que la justicia social se logra a través de una distribución equitativa de oportunidades y recursos, además, afirmó que la igualdad en el acceso a la educación, la salud y el trabajo son esenciales para garantizar una vida digna para todas las personas (Flores, 1999).

La noción de “derecho a la subsistencia” ha sido un concepto clave en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y ha sido abordada por filósofos políticos a lo largo del tiempo (Ovcharuk, 2024). Como Rawls establece en la introducción de su libro *Teoría de la Justicia* (1971), los estudios sobre filosofía moral se habían centrado, casi de forma exclusiva, en la teoría de la justicia del utilitarismo. Adam Smith, Hume, Bentham o Mili, pretendieron, bajo la perspectiva de Rawls, satisfacer la mayor cantidad de intereses posibles (Rawls, 2020). Hasta ese momento, bajo la perspectiva del autor, no existían mayores objeciones al utilitarismo, a excepción de aquellas que se aducen en contra del principio de utilidad (Rawls 2022). En ese escenario, John Rawls presenta una perspectiva que recupera las teorías de Locke, Rousseau y Kant y establece un debate sobre la justicia y la igualdad social, en la que, en parte, se reconoce la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales y la responsabilidad del Estado en su protección.

El presente estudio ofrece una visión sobre la evolución del derecho a la subsistencia y su relación con la justicia social. A través del análisis de Robespierre y Rawls, se comprende la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales en la construcción de sociedades que se encuentren en la capacidad de garantizar una vida digna para todos sus miembros.

El derecho a la subsistencia en la perspectiva de Maximilien Robespierre

En el libro *Robespierre: Virtud y Terror* de Slavoj Žižek (2007), el párrafo introductorio menciona la historia del primer ministro chino, Zhou Enlai, que participaba en las negociaciones de paz en la guerra de Corea. En un momento, un periodista francés le pregunta qué opina sobre la Revolución francesa, a lo que Zhou respondió “todavía es demasiado pronto para saberlo” (Žižek, 2007). Žižek, al citar ese suceso histórico, afirma que los avances filosóficos de la Revolución francesa, hasta la actualidad, dos siglos y varias décadas después, se siguen discutiendo.

Tal es el caso de las ideas propuestas por Maximilien Robespierre, una de las mentes detrás de todo el proceso Revolucionario Jacobino, además de ser quien impulsó una serie de cambios sociales radicales (Quiroz Villalobos, 2022). La mayoría de sus ideas se encuentran en sus discursos, como por ejemplo, aquellos que promulgó ante la Asamblea y la Convención Nacional de Francia. Los cambios consecuencia de la Revolución, tuvieron como base lo que el propio Robespierre llamó “la teoría de los derechos de la humanidad”, tal como lo expresó en su discurso del 8 Termidor (Sambuccetti, 2019). Todo el proceso revolucionario, incluyendo la constitución de la primera República Francesa, tuvo una consecuencia de relevancia histórica para el reconocimiento de derechos humanos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Basabe, 2011).

Si se parte de la idea de “declarar” y no “constituir”, los derechos se reconocen como preexistentes a cualquier forma de organización social. En su artículo primero, el texto de la Asamblea Nacional de la Primera República Francesa establece que “los hombres *nacen* y permanecen libres e iguales en derechos” (Rozo, 2012). Es así como se constituye como norma jurídica la larga tradición iusnaturalista.

En un famoso discurso, Robespierre afirma que la idea de la propiedad nunca ha descansado sobre un principio de moralidad o justicia, haciendo una comparación con el derecho a la libertad, que como se había discutido anteriormente en la Convención Nacional, terminaba donde los derechos de las otras personas iniciaban. Bajo esta noción, Robespierre propuso una serie de artículos para ser incluidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la finalidad de limitar el ejercicio del derecho a la propiedad, de forma que la obtención y uso de la riqueza esté orientado hacia el interés común (Robespierre, 2007a).

Ideas como el uso responsable de la propiedad o la propuesta del establecimiento progresivo de los impuestos, dependiendo de los ingresos del ciudadano, demuestran que el pensamiento de Robespierre consideraba el establecimiento de un Estado que reduzca las desigualdades y garantice el acceso a bienes básicos para la subsistencia:

Los ciudadanos cuyas rentas no excedan lo que precisan para su subsistencia deben estar exentos de contribuir a los gastos públicos; los demás deben soportarlos progresivamente, según la magnitud de su fortuna. (Robespierre, 2007a, p. 133.)

Lo que Robespierre pretendía incluir en la Declaración era una serie de normas que reconozcan la vida y el derecho de las personas de vivir con dignidad, por sobre las normas que reconocían y maximizaban la protección de los derechos de propiedad. Para Robespierre, el derecho de todos de tener medios suficientes para subsistir era un derecho que prevalecía sobre el de los comerciantes a disponer libremente de su propiedad.

De esta forma, la defensa del derecho a la subsistencia por parte de Robespierre tomó gran parte de su agenda en la Convención y Asamblea Nacional. En su discurso “Sobre la subsistencia”, ante una grave crisis económica que afectó el costo de vida de toda la población, Robespierre interviene en la Convención Nacional a través de una disertación que proponía la subordinación de los derechos de propiedad al derecho a existir (Robespierre, 2007b).

La idea de que la naturaleza provee al ser humano con todo lo necesario para sobrevivir, mientras que las leyes y la administración del gobierno son las que traen la escasez, es fundamental para la construcción de este derecho. Según Robespierre, en ese momento histórico, Francia producía suficientes recursos para la subsistencia de todos sus habitantes, pero la escasez era generada artificialmente mediante mecanismos que trataban a todas las mercancías por igual, dificultando el acceso a alimentos, mientras aumentaban los réditos económicos de los mercaderes. (Robespierre, 2007b).

Esta noción, es expresada con mayor claridad en su discurso sobre la propiedad privada ante la Convención Nacional de 24 de abril de 1793:

sin duda alguna no era necesaria una revolución para demostrar a todo el mundo que la enorme desproporción entre las fortunas es la fuente de muchos males y crímenes; sin embargo, estamos convencidos de que la igualdad de bienes es una quimera. [...] Es mucho más urgente hacer honorable la pobreza que proscribir la opulencia. (Robespierre, 1973, p.7)

Sobre esto, Robespierre argumenta que el sentido común indica que los alimentos que no sean necesarios para la vida pueden ser tratados de las mismas formas especulativas que otras mercancías, pero “ningún mercader tiene el derecho de amasar grandes pilas de trigo cuando su vecino muere de hambre” (Robespierre, 2007b, p. 113). Bajo este principio, se pretende establecer la obligación del Estado de garantizar a todos los ciudadanos el disfrute de porciones de fruta necesarias para su subsistencia y a los propietarios y cultivadores de estos bienes el precio de su industria (Robespierre, 2007b).

La idea de Robespierre era subordinar el ejercicio del derecho a la propiedad a una función social, es decir, las personas tenían todo el derecho de acumular propiedad y riqueza, con la excepción de los casos en los que esa acumulación interfiriera en la capacidad de otras personas de adquirir medios indispensables para su subsistencia. La pregunta sobre cómo debería operar dicha limitación es algo que Robespierre también responde en sus discursos, como se analiza a continuación.

El rol del Estado en la protección del derecho a la subsistencia

En el borrador de declaración presentado por Robespierre a la Asamblea Nacional Constituyente afirma, en su primer artículo, que el objetivo de toda asociación política sería el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y del desarrollo de todas sus facultades (Robespierre, 2007a). A través de esta norma se reconoce que toda organización política humana es posterior a los derechos naturales e inalienables del ser humano, por lo que su objetivo es la protección de estos derechos (Robespierre, 2007a).

En el mismo sentido, en su segundo artículo, se establece que los principales derechos del hombre son el derecho a ser proveído para la preservación de su existencia y de su libertad (Robespierre, 2007a). Es así como se establece la obligación del Estado de otorgar a los ciudadanos los medios de subsistencia necesarios no solo para su supervivencia, sino para el desarrollo de las capacidades de los seres humanos (Robespierre, 2007a).

En esta categoría se podría incluir derechos como la alimentación, salud, educación o vivienda.

Pero el reconocimiento de estos derechos no fue lo único discutido a través de la idea de la subsistencia: el derecho a la libertad fue interpretado en una dimensión positiva, que no solo implicaba el poder hacer todo aquello que no se encuentra prohibido o no dañe a los demás, sino que incluye una dimensión ética, al incluir los derechos ajenos en toda su plenitud, así, es parte de la libertad el precautelar el bien del prójimo (Basabe, 2011).

Esta idea es de suma importancia, porque se supone, aunque de forma muy primitiva, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, lo que tiene implicaciones en cuanto a su interpretación, reconocimiento y capacidad de justicia.

En su artículo décimo, el borrador de la Declaración reconoce la obligación de la sociedad de otorgar a todos sus miembros los medios de subsistencia, ya sea a través del trabajo o mediante la asistencia social a aquellas personas que no se encuentren en la capacidad de trabajar (Robespierre, 2007a). En esta idea se puede identificar nociones del derecho al trabajo y del derecho a la seguridad social.

A pesar de sus intentos para que todos estos derechos sean reconocidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, no muchas de sus ideas fueron implementadas en el documento final. La Declaración fue una innovación en su momento histórico, reconoció, lo que hoy conocemos como derechos civiles y políticos, como la libertad ambulatoria, libertad de expresión, libertad de credo y pensamiento; o como el derecho a la propiedad y a la seguridad.

Las grandes ideas de Robespierre sobre la subsistencia y sus intentos de implementarlas en la realidad de los ciudadanos franceses reflejan su visión. Sin embargo, es un personaje polémico hasta el día de hoy (Quiroz Villalobos, 2022). A pesar de ser un legislador que defendía la vida y argumentaba la viabilidad de la abolición de la pena de muerte, impuso en la Francia

revolucionaria un “régimen de terror”, con la finalidad de eliminar a todos aquellos que se oponían a sus ideas y políticas (Žižek, 2007).

La implementación de sus políticas radicales fue conocida como el “reinado del terror”, que consistió en la ejecución masiva de personas consideradas como enemigas de la revolución, al momento que se pretendía la “protección de la virtud republicana” (Quiroz Villalobos, 2022). La caída de Robespierre se da en el contexto de la acusación que recibió de sus colegas de acumular demasiado poder y ser el líder de un gobierno tiránico, por lo que recibió el mismo tratamiento que todos aquellos ejecutados por él: la guillotina (Žižek, 2007).

Bajo la perspectiva de Quiroz Villalobos, Robespierre se mostraba pesimista con respecto a la igualdad social, debido a que pensaba que la noción de igualdad no podía ser pensada en absolutos, sino que era una aspiración basada en una virtud que está presente en las personas menos favorecidas antes que en las privilegiadas, por lo que debían garantizarse derechos mínimos para los primeros (2022). Robespierre afirmó la desigualdad económica era un mal necesario e incurable, pero eso no implica que deba despojarse a los pobres de sus derechos, sino que se les debía dejar vivir orgullosos una *pobreza honorable* (Robespierre, 2007c) citado por (Quiroz Villalobos, 2022).

En ese sentido, Maximilien Robespierre desarrolló una doctrina de los derechos fundamentales que trató de implementar a través de sus cargos en la Asamblea y Convención Nacional durante la Revolución francesa. Estas ideas, tan adelantadas a su tiempo, se caracterizan por buscar la limitación del derecho a la propiedad, de forma que su ejercicio se encuentre sujeto a una función social: impedir la acumulación ilimitada con la finalidad de garantizar mínimos para la subsistencia.

El enfoque de John Rawls y la teoría de la justicia liberal igualitaria

La pregunta sobre la justicia es una de las más grandes incógnitas sobre las que la humanidad ha brindado más de una respuesta, pero todas parecen ser insuficientes para describir, de alguna forma, todo lo que *sentimos* que es la justicia. Es una pregunta, tal como otras sin respuesta absoluta, que ha llamado a los más formidables pensadores de la humanidad a brindar una posible respuesta.

John Rawls fue un filósofo político de la tradición liberal que construyó la teoría de la justicia llamada liberalismo igualitario. Bajo esta teoría, los ciudadanos deben gozar de todas las libertades que permitan la cooperación en un sistema económico que, a su vez, reduzca las desigualdades. Su libro, *Teoría de la Justicia (Tj)* de 1971, trata sobre la cuestión de la equidad y cómo las sociedades deben organizarse para conseguirla (Rawls, 2020). Su interpretación de los principios morales Kantianos lo llevaron a plantear una posición deontológica procedimental como base moral para los principios que organizan la justa distribución de los bienes sociales (Aguayo, 2014).

La posición de Rawls se puede entender desde la noción de “justicia como equidad”, esta perspectiva implica que todas las personas deben tener libertades básicas y oportunidades sociales y económicas, sin embargo, Rawls reconoce la existencia de desigualdades que no van a poder ser eliminadas bajo ningún concepto, como la cuestión del talento, que genera desigualdades de forma inevitable.

Sin embargo, Rawls propone dos principios, que de ser aplicados, permiten reducir las desigualdades y beneficiar a aquellos que son afectados negativamente por la distribución de recursos: el primer principio establece que las personas tienen derecho a gozar de la mayor cantidad de libertad individual disponible, sin afectar a la mayor cantidad de libertad colectiva posible (Rawls 2020). El segundo principio establece que las diferencias sociales y económicas deben ser formuladas de forma que, razonablemente, benefician a todos, en especial a aquellos que parten de una posición de desventaja (Rawls, 2020).

En específico, ese segundo principio implica la arbitrariedad e inevitabilidad de las desigualdades sociales, ya sea porque cada persona parte desde una posición socioeconómica diferente o posee habilidades y talentos que son beneficiados por la sociedad. A pesar de que la desigualdad no puede ser evitada, la sociedad, organizada en un Estado, tiene la responsabilidad de diseñar estas desigualdades, de forma que beneficien a aquellos que se encuentran en una posición de desventaja (Rawls, 2020).

Por ejemplo, de ser todos los salarios regulados por la libre oferta y demanda, se generaría una situación de desigualdad en la que algunos trabajos serían remunerados y otros no. Sin embargo, la sociedad ha diseñado un sistema que prevé la existencia de salarios mínimos, para que los trabajos menos remunerados reciban un salario suficiente para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos que ejercen dichas actividades, por otro lado, las personas que ejercen trabajos mejor remunerados, deben pagar un impuesto a la renta, que permite la recaudación de dinero en las arcas del Estado y permite su inversión en servicios sociales para las personas que no puedan costearlo.

Rawls resume la aplicación de los dos principios en la siguiente frase:

While the distribution of wealth and income need not be equal, it must be to everyone's advantage, and at the same time, positions of authority and responsibility must be accessible to all. One applies the second principle by holding positions open, and then, subject to this constraint, arranges social and economic inequalities so that everyone benefits. (Rawls, 2020, p. 53)

Los dos principios deben ser aplicados y desarrollados a través del concepto de la “posición original”, que consiste en un experimento mental mediante el que todas las personas se encuentran detrás de lo que Rawls llama “el velo de la ignorancia”, donde ninguno puede ver su posición socioeconómica, talentos o características. Desde esta posición original, todas las personas eligen los principios de justicia que regirían la sociedad, sin conocer cómo afectaría a su situación particular la aplicación de dichos principios (Rawls 2020). Esta idea es de especial importancia, porque reduce

al mínimo la subjetividad al momento de considerar la idea de la justicia, es decir, a todos los seres humanos les convendría partir desde una situación en la que se privilegie la igualdad (Rawls, 2020).

La idea de Rawls es generar una teoría que permita estructurar la redistribución de los recursos en la sociedad: si partimos desde la idea de que las desigualdades son arbitrarias e inevitables, estas deben estar estructuradas de forma que cada persona tenga libertades, igualdad de oportunidades, renta, salud, educación, y todos aquellos bienes mínimos que permitan al ser humano vivir con dignidad y desarrollar sus habilidades (Nagel, 1973).

A continuación, se analizará la noción del derecho a la subsistencia como un potencial mecanismo para beneficiar a las personas que se encuentran en situaciones de desigualdad, a la luz de los principios del liberalismo igualitario de Rawls.

El derecho a la subsistencia a la luz del liberalismo igualitario de Rawls

La idea de la subsistencia como un derecho está dispersa en varios discursos de Robespierre, por lo que es difícil identificar la totalidad de sus elementos. Sin embargo, esta idea se encuentra bien desarrollada en su discurso sobre la subsistencia ante la Convención Nacional de 1792. Robespierre, al iniciar con su intervención, indicó que “se limitará a enunciar algunos elementos obvios, pero que parece han sido olvidados” (Robespierre, 2007b, p. 115).

La principal idea es la limitación del ejercicio del derecho a la propiedad, de forma que su ejercicio cumpla una función social. De esta forma, se podría limitar la arbitrariedad de la burguesía para manipular el precio de los productos y generar hambruna de forma artificial. Estas deficiencias en la redistribución de los recursos no solo es responsabilidad de la falta de regulación, también es responsabilidad de la forma en la que el estado genera políticas públicas para la asignación de recursos. Robespierre también defiende la idea de los subsidios, en los que se excluye como

mercancías normales a los bienes esenciales para la vida, como el alimento (Robespierre, 2007b).

Robespierre lo resume de la siguiente forma:

¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Es satisfacer los derechos indescriptibles de la persona. ¿Cuál es el primero de esos derechos? El de subsistir. La primera de ley social es pues la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para subsistir; todos los demás están subordinados a éste; la propiedad no ha sido instituida o garantizada más que para cimentarla; es ante todo para subsistir para lo que se guardan propiedades; y no es cierto que la propiedad no pueda estar nunca en contradicción con la subsistencia de la gente. Los alimentos necesarios para la subsistencia son tan sagrados como la vida misma. Todo lo que es indispensable para conservarla es propiedad común de toda la sociedad. (Robespierre, 2007b, p. 112)

Para Robespierre, (1) la vida es un derecho inviolable (2) la propiedad no es un derecho absoluto y debe ponerse al servicio de la preservación de la vida y, como consecuencia lógica de lo anterior, (3) las desigualdades son tolerables siempre y cuando no se trate de bienes indispensables para la subsistencia, por lo que la limitación al derecho a la propiedad que propone debe ser exclusivamente para ese tipo de bienes.

De esa forma, se pueden definir los elementos constitutivos del derecho a la subsistencia como: el reconocimiento de la inviolabilidad del derecho a la vida, el derecho a acceder a bienes necesarios para la subsistencia y la limitación del derecho a la propiedad sobre los bienes indispensables para la subsistencia.

Para analizar el derecho a la subsistencia en términos de la filosofía de Maximilien Robespierre a través del marco conceptual de Rawls, primero se deben considerar los principios de justicia del liberalismo igualitario y cómo estos se relacionan con la posición original y el velo de ignorancia de Rawls.

En la posición original, los individuos establecen los principios que deberían regir la sociedad sin conocer su posición futura en ella (Rawls, 1971). Este escenario hipotético está diseñado para asegurar que las decisiones tomadas sean justas e imparciales, dado que los participantes no tienen información sobre su estatus socioeconómico o características personales. Aplicado al contexto de Robespierre, en el cual se sostiene que el derecho a la vida es inviolable y la propiedad no es un derecho absoluto, se puede argumentar que, en la posición original, los individuos escogerían garantizar un acceso universal a bienes necesarios para la subsistencia. Esta elección asegura que, independientemente de su posición en la sociedad, todos los individuos tengan lo esencial para sobrevivir, alineándose con la noción de que la vida y el acceso a bienes necesarios deben ser priorizados (Rawls, 1971).

El velo de ignorancia es un mecanismo dentro de la posición original que elimina cualquier conocimiento sobre la posición personal de los individuos, lo que garantiza imparcialidad en la formulación de principios (Rawls, 1971). Desde esta perspectiva, Robespierre afirma que las desigualdades son tolerables solo si no afectan bienes indispensables para la subsistencia. Bajo el velo de ignorancia es razonable que los individuos apoyen restricciones a los derechos de propiedad sobre bienes esenciales para asegurar que nadie quede en una situación de privación de bienes indispensables que amenace su vida. Esto se alinea con el principio de diferencia de Rawls, que permite desigualdades solo si benefician a los menos aventajados (Rawls, 1971).

La propuesta de Robespierre de limitar los derechos de propiedad en relación con bienes necesarios para la subsistencia puede ser evaluada a través de los dos principios de justicia de Rawls. El primero, que garantiza las libertades básicas, como el derecho a la vida, se apoya en la inviolabilidad del derecho a la vida que Robespierre defiende. El segundo, que incluye el principio de diferencia, permitiría la limitación de derechos de propiedad si estas limitaciones benefician a los menos favorecidos y aseguran el acceso equitativo a bienes básicos (Rawls, 1971). En este sentido, las políticas que buscan asegurar la subsistencia universal a través de la regulación de la propiedad pueden ser vistas como justificables bajo el marco rawlsiano,

ya que buscan atender las necesidades básicas de los individuos y mitigar desigualdades perjudiciales.

Un análisis crítico revela que, aunque la propuesta de Robespierre se alinea con la ética rawlsiana en términos de garantizar la subsistencia básica, la implementación de tales principios puede enfrentar desafíos prácticos. Por ejemplo, asegurar el acceso universal a bienes necesarios requiere recursos significativos y un sistema de gobernanza eficaz que pueda gestionar la redistribución de recursos sin desincentivar la producción y la innovación. La perspectiva rawlsiana sugiere que estas limitaciones en los derechos de propiedad son aceptables si se implementan de manera que beneficien a los menos aventajados y no socaven la estructura de incentivos necesaria para el bienestar general (Rawls, 1971).

En conclusión, el análisis del derecho a la subsistencia de Robespierre a través de los principios de justicia del liberalismo igualitario y el marco rawlsiano revela una convergencia en la prioridad de asegurar condiciones básicas de vida para todos. La posición original y el velo de ignorancia justifican la necesidad de limitar los derechos de propiedad sobre bienes esenciales para subsistencia para proteger el derecho fundamental a la vida, siempre que tales limitaciones beneficien a los menos favorecidos. Sin embargo, es crucial considerar los desafíos de implementación y asegurar que las políticas diseñadas sean equitativas y efectivas en la práctica.

CONCLUSIONES

Las ideas de Maximilien Robespierre y John Rawls, aunque emergen de contextos históricos y filosóficos distintos, convergen en su preocupación por las desigualdades estructurales y las condiciones materiales que perpetúan la injusticia. Robespierre, desde su perspectiva revolucionaria, promovía la eliminación de privilegios y la redistribución de recursos para asegurar una igualdad real y sustantiva. Su enfoque en la protección del derecho a la vida y la limitación de los derechos de propiedad sobre bienes indispensables resuena con el marco de justicia de Rawls, quien en su obra *A Theory of Justice* propone que las desigualdades son aceptables solo si benefician a los

menos aventajados y promueve una distribución equitativa de oportunidades (Rawls, 1971).

En el análisis desde la posición original y el velo de ignorancia de Rawls, los principios de Robespierre sobre el derecho a la subsistencia adquieren una fundamentación sólida. La posición original, donde los individuos diseñan principios de justicia sin conocimiento de su estatus futuro, justifica la priorización del acceso universal a bienes esenciales para la subsistencia. Bajo el velo de ignorancia, es natural que se prefiera garantizar condiciones básicas de vida para todos, evitando la privación que podría amenazar la existencia (Rawls, 1971). Esta visión se alinea con el principio de diferencia de Rawls, que permite desigualdades solo si estas benefician a los menos favorecidos y aseguran un nivel mínimo de bienestar.

Sin embargo, la aplicación práctica de estos principios presenta desafíos significativos. La teoría rawlsiana justifica la limitación de los derechos de propiedad para asegurar la subsistencia, pero su implementación efectiva requiere una cuidadosa gestión de recursos y un equilibrio entre redistribución y eficiencia económica. La experiencia histórica muestra que una gobernanza efectiva y un consenso social son cruciales para implementar políticas que prioricen la subsistencia sin desincentivar la producción y la innovación. Además, la adaptación de estos principios a diferentes contextos culturales y económicos es esencial para evitar resistencias y asegurar su viabilidad y aceptación general.

En conclusión, la integración de las ideas de Robespierre y Rawls proporciona un marco robusto para abordar las cuestiones de justicia social y derechos de subsistencia. Mientras que Robespierre ofrece una visión revolucionaria centrada en la redistribución de recursos y la protección de los más desfavorecidos, Rawls proporciona un marco teórico que justifica y refina estas ideas en un contexto democrático. La combinación de ambos enfoques subraya la importancia de garantizar las necesidades básicas como prioridad en la formulación de políticas, destacando la necesidad de adaptar estos principios teóricos a las realidades prácticas y culturales para lograr una justicia efectiva y sostenible.

REFERENCIAS

- Aguayo, P. (2014). Rawls and the Aristotelian Principle: an approach to the idea of the good in A Theory of Justice. *Ideas y Valores*, 63(156), 129–143. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v63n156.38541>
- Arango, R. (2015). Derechos Sociales. En J. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 1667-1711). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Basabe, N. (2011). Derechos del Hombre y Deberes del Ciudadano En la Encrucijada: Los Lenguajes Políticos de la Revolución Francesa y el Abad de Mably. *Historia Constitucional*, (12), 45-98. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i12.297>
- Flores, I. (1999). El liberalismo igualitario de John Rawls. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 1(1), 85-122. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.1999.1.5564>
- Nagel, T. (1973). Rawls on Justice. *The Philosophical Review*, 80(2), 220-234. <https://doi.org/10.2307/2183770>
- Quiroz Villalobos, M. (2022). Maximilien Robespierre y su contexto: acerca de su concepción sobre la igualdad, la pena de muerte y la religión. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (449), 711-739. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552022000100711>.
- Rawls, J. (2020). *A Theory of Justice* (Revised edition). Harvard University Press.
- Red-DESC. (s.f.). Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte. Obtenido de <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>
- Robespierre, M. (1973). *La revolución jacobina*. (J. Fuster, Trad.) Ediciones península.

- Robespierre, M. (2007). Sobre el sufragio universal y el marco de plata. En S. Žižek, *Robespierre. Virtud y terror*. Ediciones Akal.
- Robespierre, M. (2007a). Proyecto de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En S. Žižek, *Robespierre virtud y terror*. Ediciones Akal.
- Robespierre, M. (2007b). Extractos de “Sobre la Subsistencia”. En S. Žižek, *Robespierre virtud y terror* (pp. 112-120). Ediciones Akal.
- Rozo, J. Á. (2012). Aproximación a las fuentes de los derechos del hombre y del ciudadano: Notas sobre las fuentes filosóficas y jurídicas de la Declaración de 1789. *Revista IUSTA*, 2(37), 63-80. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358696002>
- Sambuccetti, E. (2019). La Igualdad ante la Virtud Apuntes sobre la construcción discursiva del Pueblo por Robespierre durante I República Francesa 1792-1794. XIII Jornadas de Sociología Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1 – 18.
- Žižek, S. (2007). Robespierre, o la “violencia divina” del terror. En S. Žižek, *Robespierre virtud y terror* (pp. 5-51). Ediciones Akal.
- Ovcharuk, B. (2024). The state and society reconfigured: Resolving Arendt’s “social question” through Kojève’s “right of equity”. *Constellations*, 1-14. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12748>
- Taşkin, F. (2023). Rawls’un “Hakkaniyet Olarak Adalet”: Sadece politik değil aynı zamanda metafiziksel. *Hitit İlahiyat Dergisi*, 953 - 965. <https://doi.org/10.14395/hid.1343310>

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS DE DESAHUCIO POR TRANSFERENCIA DE DOMINIO EN ECUADOR

 **Raudel Navarro-Hernández** *Universidad Bolivariana del Ecuador*

RESUMEN

En Ecuador existe un problema jurídico consistente en los casos en que resulte de aplicación el Art. 48 *in fine* de la Ley de Inquilinato (LDI), “la resolución que dicte el Juez [...] causará ejecutoria”, o lo que es lo mismo, se reputará firme, sin que quepa la posibilidad legal de recurrirla verticalmente. En este trabajo el objetivo es demostrar la inconstitucionalidad de dicho precepto, contrario a lo que al respecto ha sostenido la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Para ello, mediante el empleo de varios métodos de investigación, se indagará en las normas jurídicas, en sentencias y en la doctrina; además del estudio de un caso real, que sirve de ejemplo para demostrar que en la práctica jurídica se dan injustos resultantes de la imposibilidad de impugnar sentencias resolviendo desahucios por transferencia de dominio. Finalmente se concluye que, conforme a la literalidad de la Constitución ecuatoriana, el derecho a recurrir fallos judiciales se tiene que garantizar en todos los procedimientos en los que se decidan derechos y que, contrario a lo que sostuvo la CCE en una de sus sentencias, el argumento centrado en la celeridad y la tutela judicial efectiva a favor del actor de la demanda como nuevo propietario, no tiene por qué desconocer el derecho a la defensa en la garantía de la posibilidad de impugnar; sino que existen otras soluciones o medidas que pueden perfectamente garantizar ambas cuestiones, sin necesidad de entenderlas como irreconciliables o contradictorias.

ABSTRACT

In Ecuador there is a legal problem that consists in the fact that, in the cases in which Article 48 of the Leases Law (LDI) is applicable, “the resolution issued by the Judge [...] will cause execution”, or what is the same, it will be considered firm, without the legal possibility of appealing it vertically. This paper tries to demonstrate the unconstitutionality of this precept, contrary to what the Constitutional Court of Ecuador (CCE) has held on to this matter. To do this, through various methods of legal research, it will inquire into legal norms, sentences and doctrine. Through the study of a real case that serves as an example to demonstrate that in the Ecuadorian legal practice unfair results are produced due to the impossibility of appealing the sentences that resolve evictions due to transfer of ownership. Finally, the fundamental conclusion is that, in accordance with the literal nature of the Ecuadorian Constitution, the right to appeal judicial decisions must be guaranteed in any process in which rights are decided and that, contrary to what was sustained by the Court in one of its judgments, the argument focused on speed and effective judicial protection in favor of the plaintiff as the new holder, is not incompatible with the right of appeal. There are other solutions or measures that can perfectly guarantee both issues, without the need to understand them as irreconcilable or contradictory.

KEYWORDS: rent contract, summary, eviction, transfer of ownership, judgment, challenge, due process

PALABRAS CLAVE: contrato de arrendamiento, sumario, desahucio, transferencia de dominio, sentencia, impugnación, debido proceso

JEL CODE: K11; K41

RECIBIDO: 02/05/2024

ACEPTADO: 15/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.488

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se enfoca en demostrar la inconstitucionalidad del Art. 48 *in fine* de la LDI, aplicable a casos de desahucio por transferencia de dominio, versus los argumentos de la CCE que, en esos supuestos, valida que está justificada la necesidad de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente. Para ello, mediante el empleo de métodos de investigación jurídica, como el de análisis de contenidos, el hermenéutico y el derecho comparado; se indagará en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, extranjero, en la jurisprudencia nacional, de la Corte IDH y en la doctrina. De forma posterior, se analizará un caso real, que sirve como ejemplo para demostrar que, en la práctica jurídica ecuatoriana, pueden llegar a ocurrir injustos resultantes de la anulación del derecho a impugnar.

Desde el punto de vista teórico, se analizará el concepto y definición de “derecho a recurrir”: su fundamento, origen, desarrollo histórico, su configuración legal y los límites que las constituciones, particularmente la ecuatoriana, le imponen al legislador al momento de regular los medios legales de impugnación. De igual manera, se analizará la garantía del derecho a la defensa en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a través del estudio de sentencias de la Corte IDH, donde resulta de particular importancia la línea de pensamiento de los jueces sobre las garantías del debido proceso, debido a que realizan una interpretación extensiva a asuntos de naturaleza no penal.

Finalmente se concluye que, conforme a la literalidad de la Constitución ecuatoriana, el derecho a recurrir fallos judiciales se tiene que garantizar en todos los procedimientos en los que se decidan derechos, y que, contrario a lo que sostuvo la CCE, el argumento centrado en la celeridad y la tutela judicial efectiva a favor del actor de la demanda, como nuevo propietario, no tiene razones para desconocer el derecho a la defensa en la garantía de la posibilidad de impugnar la sentencia. Se sostiene que existen otras soluciones o medidas que pueden garantizar ambas cuestiones sin necesidad de entenderlas como irreconciliables o contradictorias.

En el presente trabajo se utilizó un enfoque de investigación cualitativa, “cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión” (Villabella, 2020, p. 164). Esto es el análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial de la imposibilidad legal en Ecuador de recurrir sentencias que resuelven demandas de desahucio por transferencia de dominio en materia de inquilinato.

El indicado enfoque se ha canalizado mediante el uso de varios métodos propios de las investigaciones jurídicas, como pueden ser el histórico-lógico, que es “básico en [...] cualquier estudio que haga un análisis evolutivo del objeto” (p. 168), en la medida en que se ha explicado el origen y evolución de la acción de recurrir o impugnar fallos o sentencias judiciales, lo que “posibilita entender su comportamiento histórico y explicar su fisonomía actual” (p. 167). También se utilizó el método inductivo-deductivo, sobre todo en el proceso de establecer las conclusiones expuestas *ut infra*.

El método abstracto-concreto se empleó debido a que “permite abstraer los objetos jurídicos del entorno [...] que lo condicionan, aislarlos asépticamente para su análisis técnico, desfragmentarlo en sus elementos o aristas para describir éstas, y luego de manera inversa sistematizar las abstracciones y análisis” (p. 169). Por ejemplo, a la hora de contextualizar el derecho a recurrir en su dimensión legal.

Especial relevancia tiene el método de derecho comparado o comparación jurídica, que “permite cotejar dos [o más] objetos jurídicos pertenecientes a un mismo dominio: conceptos, instituciones, normas, procedimientos, etcétera, lo cual posibilita destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos” (p. 171). Mediante la aplicación de este método se concluye que legislaciones de varios países resultan más garantistas que la ecuatoriana, al reconocer el derecho a impugnar fallos y sentencias en procesos relativos a desahucios por transferencia de dominio en materia de inquilinato.

Y finalmente, se ha empleado el análisis de contenidos como método empírico para evaluar objetivamente doctrina, legislación y jurisprudencia,

identificando tendencias, intenciones y mensajes ocultos, exponiendo tanto perspectivas de terceros como las del autor. Además, se utilizó el método cualitativo hermenéutico para interpretar la realidad humana, abordando las diferencias interpretativas entre la visión del autor y la de los magistrados de la CCE sobre si la ejecutoria de la resolución del juez según el Art. 48 de la LDI vulnera el derecho constitucional a recurrir fallos judiciales. La hermenéutica jurídica permitió interpretar de manera diferente el literal m) del numeral 7 del Art. 76 de la CRE, considerando las variables gramatical, teleológica y sistemática.

El derecho a recurrir desde la doctrina y los instrumentos internacionales de DD. HH.

El derecho a recurrir, al que también se puede nombrar derecho a impugnar, se materializa en una acción (judicial y/o administrativa), en virtud de la cual, el o la recurrente, por la existencia de un gravamen que le afecta, se opone a una decisión de autoridad competente, en virtud de alguno de los recursos (causales y formalidades) que el ordenamiento jurídico le franquea. Estos recursos pueden recibir diferentes denominaciones, teniendo en cuenta el ámbito en el que se utilicen, aunque algunos, como el de apelación, generalmente tiene ese mismo nombre tanto en sede administrativa, como judicial (Orellana Torres, 2006).

En un sentido estricto, partiendo de los alcances del presente trabajo que se refiere fundamentalmente al ámbito judicial no penal, se puede afirmar que recurrir no es más que “aquella pretensión procesal, de parte o de tercero, establecida expresamente por el legislador, destinada a atacar resoluciones judiciales o diligencias procesales” (Orellana Torres, 2006, p. 8). Es decir, “son mecanismos procesales a través de los cuales las partes en un proceso pueden pedir la revisión de las resoluciones judiciales dictadas, pretendiendo su modificación o anulación” (Álvarez del Cuvillo, p. 1).

En síntesis, el fundamento, la importancia o el objetivo del reconocimiento normativo de la acción de impugnar es el de reducir el margen de error judicial y, con ello, garantizar efectivamente el derecho a la defensa. Los

jueces no son infalibles y, como seres humanos, es natural que puedan incurrir en yerros y/o vicios. Como afirmaba Cicerón, “cuiusvis hominis est errare: nullius nisi insipientis, in errore perseverare [Todos los hombres pueden equivocarse, pero solo un insensato persevera en el error]” (Quetglas y Calvo, 1994, p. 179). En este sentido, en la Sentencia No. 095-14-SEP-CC, resolviendo Acción Extraordinaria de Protección, se ha argumentado que,

La facultad de las partes procesales de recurrir ante un fallo representa un valor de suma importancia en el Estado constitucional de derechos y justicia, dado que permite a los ciudadanos contar con la posibilidad de obtener de tribunales de justicia superiores, sentencias y resoluciones que evalúen por segunda ocasión aquellos elementos resueltos en una judicatura de primera instancia, y a partir de aquello, confirmen o revoquen aquella decisión. [...] La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, pp. 9 - 10)

Como ocurre con muchas instituciones del derecho moderno, la acción de recurrir o impugnar es ubicada, casi de manera unánime, por las y los historiadores de la ciencia jurídica, en Roma, al menos como uno de los escenarios que se utilizan para explicar las cuestiones históricas, sobre todo, de los conceptos jurídicos. Esto no significa que quizás, en otras civilizaciones de la época, no existiera. Así, se ha dicho que, en aquel contexto histórico, “las Constituciones Imperiales, las legis acciones, la apelatio, provocatio ad populum, la restitución in integrum contenían modalidades impugnatorias de carácter revisor y rescisorio” (Villanueva Haro, 2013, pp. 4 - 5).

En el [Derecho] romano clásico se distinguen las causas de impugnación de la sentencia que se dicta, puesto que esta puede ser nula por contravenir

el *ius constitutionis*, es decir, por incurrir en error respecto de las normas de derecho objetivo, o bien, por infracción al *ius litigatoris*, o errores en cuanto a la existencia del derecho subjetivo de las partes litigantes, sin violar una norma de ley de interés general. (Latorre Florido, 2004, p. 1)

La evolución posterior, hasta llegar a su configuración actual, pasó por varias etapas, en las que destacan la influencia del Derecho canónico, la Ilustración, la Revolución francesa y la aniquilación del fascismo durante la Segunda Guerra Mundial. Así, el derecho a recurrir llega a los tratados internacionales de derechos humanos, erigiéndose su protección y garantías, como un compromiso y obligación para la mayoría de los Estados del mundo (Flores, 2002).

Sin embargo, la protección de este derecho depende de la forma y manera en que cada constitución y legislación nacional lo regule. El grado de protección, sobre la premisa de que ningún derecho es absoluto, sino que tiene límites, puede ser mayor o menor, y su ámbito de desarrollo se ha reservado, tradicionalmente, al legislador, en cada una de las normas procesales. Es por ello por lo que autores como Fernández Segado reconocen la configuración legal (más allá del mero reconocimiento constitucional) del derecho a recurrir, que es además mayoritariamente aceptado, y lo que, para Fernández Segado

implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y, más concretamente, del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones [... lo que significa] que la tutela judicial efectiva no entraña de modo ineludible que para todas las cuestiones deba estar abierta la puerta de los recursos, de manera que el legislador venga obligado a crear un determinado sistema de [ellos]. Bien al contrario, como derecho de configuración legal, el contenido de este derecho a los recursos ha de venir dado por los códigos procesales de los respectivos órdenes jurisdiccionales, donde

se articula el sistema de recursos peculiar de cada uno de ellos [...]. (1999, pp. 64, 85)

Sin embargo, la configuración legal del derecho a recurrir depende del margen de discrecionalidad que el constituyente haya establecido en la norma fundamental a favor del legislador, de la fórmula preceptiva que se haya empleado, de si se ha referido expresamente al derecho a recurrir o no, de los límites y alcances de su contenido esencial, de las garantías generales que se hayan establecido en el catálogo de derechos, entre otras cuestiones que se analizarán a continuación.

¿Derecho de configuración legal? Particularidades y análisis sobre la excepcionalidad de la limitación del derecho a recurrir en Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, con respecto al derecho a recurrir, establece lo siguiente:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (CRE, 2008)

Se impone entonces una interrogante, ¿en los procedimientos de desahucio por causal de transferencia de dominio en materia de inquilinato, están o pueden estar involucrados los derechos de las personas? Se hará referencia a esto más adelante.

De acuerdo con Diez-Picazo Giménez,

los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo ejercicio no resulta posible partiendo de su consagración constitucional si no se da un desarrollo legal del mismo. La interpositio legislatoris resulta, por tanto, necesaria para que los titulares del derecho puedan realmente ejercitarlo. (2000, p. 21)

Si la norma constitucional es expresa y clara en cuanto al reconocimiento del derecho a recurrir, ya que especifica en qué casos procede y expresamente lo garantiza de manera absoluta; entonces, el legislador solo tiene la potestad de desarrollar lo que allí no esté previsto. Es decir, la forma y la manera de ejercitar tal derecho, los requisitos, las condiciones o los términos para su aplicación, cuidando de no contradecir, privar de su ejercicio a los ciudadanos o desnaturalizar la norma constitucional.

Pero ¿qué pasa cuando existe una discrepancia entre la ley que desarrolla el derecho a impugnar y la constitución? Esto es lo que acontece, objetivamente hablando, en Ecuador, cuando se interpreta el tenor del Art. 76 numeral 7, literal m constitucional, con el Art. 48 de la LDI. Existen soluciones para la contradicción de las normas antes mencionadas, por ejemplo, lo relativo a las formas o criterios para resolver antinomias, siendo uno de estos criterios el de aplicación de la norma jerárquicamente superior (Bobbio, 1992, pp. 191-192).

Al respecto:

cabría sostener que sólo deben, en general, considerarse verdaderas violaciones del derecho [...], aquellas actuaciones y decisiones de los órganos judiciales que, con independencia de lo que las leyes vigentes regulen, serían inconstitucionales si fuesen consideradas como leyes. La operación intelectual consistiría, por tanto, en, dejando a un lado la naturaleza del derecho [a recurrir] como derecho fundamental de configuración legal, prescindir de la regulación legal, tomar al juez

como si fuera el legislador de cada proceso, para entonces verificar si su proceder es acorde con la Constitución. (Diez-Picazo Giménez, 2000, p. 22)

En otras palabras, obviando lo que establece la LDI, ¿es constitucional el hecho de que un juez de inquilinato inadmita un recurso de apelación, por ejemplo, contra una sentencia que resuelve un procedimiento de desahucio por causal de transferencia de dominio? Si se toma en cuenta el mandato del literal m del numeral 7 del Art. 76 de la CRE, no sería aquello constitucional, sobre todo si, además, “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”(CRE, 2008, art. 11) y que según el Art. 75 de la CRE, “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión” (2008).

Entonces, si la CRE se refiere a que, en ningún caso, una persona (entendida como cualquiera de las partes procesales) podrá quedar en indefensión, significa que en todo proceso judicial, incluidos todos los de inquilinato, tendrán que quedar garantizadas todas las expresiones de la garantía del derecho a la defensa en el contexto del debido proceso, incluyendo el derecho a impugnar. Sin embargo, pese a que la disposición legal tenga apariencia inconstitucional, habría que tomar en cuenta los pronunciamientos vinculantes (por conformar el llamado bloque de constitucionalidad) que en ese sentido ha emitido la CCE, y que, se analizarán a continuación.

En Colombia, por ejemplo, autores como Jiménez Ramírez y Yáñez Meza, consideran que,

la reserva que tiene el legislador para restringir los derechos al debido proceso y a la doble instancia en determinados procesos es contraria a la Constitución Política de 1991 [aún vigente con varias reformas], debido a que el artículo 29 superior señala expresamente que el debido proceso se aplicará a toda actuación judicial y administrativa y, por ende, el principio de la doble instancia como parte del núcleo esencial

de esta garantía procesal, debe ser también respetado. La configuración normativa que el pueblo delega en la rama legislativa no puede establecer procesos de única instancia para el conocimiento de determinados temas; pues esto estaría vulnerando los derechos fundamentales de las personas que consideren apelar la sentencia desfavorable. (2017, p. 95)

La referencia a todas las actuaciones judiciales y administrativas en el párrafo citado permite comprender que la fórmula colombiana es la misma que ha empleado el constituyente ecuatoriano en el literal m del numeral 7 del Art. 76, “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos” (CRE, 2008).

Como cualquier otro derecho, el de recurrir tampoco puede ser ilimitado, pues para cualquier derecho, aplica la regla de que su ejercicio no puede ser tan amplio y absoluto que limite o vulnere los derechos de otras personas. Sin embargo, debe entenderse que, en cualquier caso, limitar no es sinónimo de anular o desconocer. El derecho a impugnar se encuentra limitado en la norma jurídica, pues su ejercicio está condicionado a un término procesal, transcurrido el cual, es improcedente. Además de esa limitación, en dependencia del tipo de proceso, pueden agregarse otros ejemplos.

Así podemos encontrar sentencias que solamente son susceptibles de casación, para las cuales no está prevista la apelación, como las que emanan de los tribunales distritales de lo contencioso-administrativo. En otro orden, tal y como regula la Resolución N.º 03-2015 de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), existen supuestos en los que sí se puede apelar, más no casar: “no cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos por contravenciones comunes, de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ni cometidas por adolescentes” (2015, p. 29).

Esto es así porque el derecho a recurrir es un derecho de configuración legal en la medida en que la CRE lo permite y dentro de los marcos que la remisión de la norma constitucional faculta a la Asamblea Nacional para regular este particular. Como se ha evidenciado en los ejemplos anteriormente,

existe limitación al derecho a recurrir, más no desconocimiento total, pues la ley fundamental establece, como ha quedado expuesto, que el legislador tiene que garantizarlo y regularlo en la medida de sus facultades constitucionales, pero no puede invalidar en su totalidad la posibilidad de impugnar.

En virtud de lo anterior, se concluye que, de lege ferenda, se debería reformar el Art. 48 de la LDI en el sentido de reconocerse expresamente el derecho a apelar de la persona demandada en procedimiento sumario de desahucio por transferencia de dominio en materia de inquilinato. Esto aunque se limiten las causales para hacerlo, por ejemplo, a casos en los que el legitimado pasivo considere que el procedimiento es inadecuado o por falta de contrato de arrendamiento y que el término para su interposición sea sustancialmente menor al de cualquier otra apelación, para de esa manera, no abandonar el principio de celeridad como materialización de la tutela judicial efectiva a favor de la o el actor.

Si bien es cierto que los derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a límites en tanto las constituciones así lo permitan; no es menos cierto que esos límites no pueden ser a ultranza, sino que tienen que ser límites razonablemente motivados en una causa legítima y justa. En esa línea de pensamiento se ha manifestado que,

[l]as limitaciones efectuadas a los derechos esenciales deberán ser debidamente justificadas y proporcionales. [...] A su vez, deben ser razonadas y razonables, y en ningún caso, arbitrarias o caprichosas. [...] La necesidad de justificar las limitaciones a los derechos emana como consecuencia de la circunstancia que ellas son por naturaleza excepcionales, y para que sean válidas deberán estar amparadas en criterios de razonabilidad. (Tórtora Aravena, 2020, p. 185-186)

Como bien se ha sostenido a nivel teórico,

en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso [dentro del que figura el derecho a impugnar como expresión de la garantía del

derecho a la defensa], y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz [lo que se puede lograr aplicando el principio de celeridad], en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. (Jiménez y Yáñez, 2017, p. 95)

Ahora bien, el debido proceso y los derechos y garantías que este involucra, sí constituyen un derecho de las personas conforme lo establece la CRE. Mientras que, por su parte, la celeridad viene a ser simplemente un principio junto al de inmediación, apreciable en torno al derecho a la tutela judicial efectiva (CRE, 2008, Art. 75) y como un criterio que debe tener en cuenta el legislador a la hora de crear normas de naturaleza procesal (CRE, 2008, Art. 169).

La CCE no quiso decir que la celeridad, así entendida, sea un derecho constitucional de las personas: primero, la CRE no lo establece como tal; segundo, si la CCE asume que lo es, haciéndose valer de su papel de intérprete suprema de la CRE, daría lugar a tácitamente admitir que en Ecuador ese derecho se estaría vulnerando en todos y en cada uno de los procesos judiciales que se tramitan en el país, pues a decir verdad muy pocos se resuelven con estricta sujeción a los términos y plazos previstos en las leyes procesales.

Lo anterior, además, encuentra asidero en valoraciones que oportunamente han realizado los jueces de la CCE, tal es así que en la Sentencia N.º 009-09-SEP-CC resolviendo una Acción Extraordinaria de Protección, se puede constatar el siguiente argumento:

Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien esta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio —el de celeridad— no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, este último debe ceder en beneficio del primero. [...] Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal. (CCE, 2009, pp. 14-15)

El Derecho a recurrir en el ámbito del Sistema Interamericano (SIDH) y su jurisprudencia

Antes de entrar en este punto debo recordar primero que la CRE, en el primer párrafo de su Art. 426, estipula que,

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. (CRE, 2008)

Como se observa, la aplicación de los instrumentos internacionales de DD. HH. es subsidiaria a la CRE en materia de derechos. Significa que, si la ley fundamental es más garantista en ello, como efectivamente lo es en cuanto al derecho a recurrir, ni siquiera es necesario apelar al control de convencionalidad. Sin embargo, resulta importante exponer como referencia los análisis que ha llevado a cabo la Corte IDH en el marco de casos que ha conocido sobre la garantía del derecho a impugnar fallos judiciales; no solamente en los asuntos de naturaleza penal, sino incluso en un escenario

normativo como el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que el derecho a recurrir está reservado expresamente solo para las sentencias penales (CADH, 1969, art. 8).

Ahora bien, cuando se analiza el derecho fundamental a recurrir los fallos judiciales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se observa que cuando lo contemplan de manera expresa, lo hacen limitándose al ámbito penal. Mientras que, por otra parte, en otros casos utilizan la denominación ambigua de “recurso”, que no per se significa o se asocia única y exclusivamente a los medios de impugnación tradicionales que comúnmente se conoce como recursos de apelación y de casación.

Bien pudieran estar refiriéndose a “recursos” en tanto “medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende” (Real Academia Española, 2014, párr. 2), que en el ámbito del Derecho en general y de los procesos judiciales en particular, podría ser tanto una acción judicial de cualquier tipo, como un recurso de amparo de los derechos, por ejemplo, como concretamente una “petición motivada dirigida a un órgano jurisdiccional para que dicte una resolución que sustituya a otra que se impugna”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. (DUDH, 1948, art. 8)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometidas por personas

que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda personas que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (PIDCP, 1966, art. 2)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. (DADDH, 1948, art. 18)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (CADH, 1969, art. 8)

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (CADH, 1969, art. 25)

En relación con la CADH, amerita especial análisis su artículo 8, que en su primer apartado posibilita la aplicación de las garantías del debido proceso en asuntos de cualquier carácter, a pesar de que no menciona expresamente la garantía del derecho a la defensa consistente en impugnar sentencias, como sí consta en su segundo apartado, en el literal h, pero en este caso, exclusivamente para los procesos penales.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el control de convencionalidad, como doctrina desarrollada por la Corte IDH, que establece que los tribunales nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y concretamente los signatarios de la CADH, interpreten y apliquen sus propias leyes de manera compatible con dicha Convención, y que “para efectos de determinar [tal] compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH” (Aguirre Castro, 2016, p. 299).

Resultan entonces interesantes y pertinentes los comentarios respecto de algunos casos en los que la mencionada Corte, como intérprete por excelencia de la CADH, ha deslizado el velo del apartado segundo del Art. 8, que lo mantenía reservado en exclusiva para asuntos penales.

Si bien la CRE no se refiere de manera expresa al control de convencionalidad, de su articulado sí se infiere aquello, debido al contenido y alcance de algunos de sus preceptos (Arts. 11.3, 17.7, 424, pero especialmente el 93). Así las cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió lo siguiente en el caso “familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, de naturaleza migratoria:

la Corte consideró que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios del Derecho Internacional sobre Refugiados, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados:

[...]

e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada, y

f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (Corte IDH, Serie C N.º 272, 2013, pp. 2-3)

La propia Corte IDH extendió a un caso no penal las garantías del Art. 8 de la CADH, que tradicionalmente se han aplicado a procesos exclusivamente penales. ¿Será entonces que la Corte IDH, pese a sus múltiples consideraciones en otras sentencias y recomendaciones, ha comprendido que no solamente el

proceso penal amerita gozar a favor de las y los sentenciados de la garantía de poder impugnar los fallos? Más allá del tenor del mencionado Art. 8, la Corte en algunos casos apela a otro tipo de interpretaciones favorables, sugiriendo un nuevo criterio respecto a la necesidad de que el derecho a recurrir se garantice en otros procesos de naturaleza no penal.

Además, si se continúa revisando la jurisprudencia de la Corte IDH se observa que ya desde antes, se esgrimía un similar criterio, incluso más determinante en cuanto a la interpretación favorable de extender el tenor del apartado 2 del mencionado Art. 8 a procesos de naturaleza no penal, administrativo sancionador, en este caso; tanto es así que la Corte IDH, en el caso Vélez Loor vs. Panamá, ha llegado a sostener que:

el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Serie C N.º 74, 2001, parr. 103). Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas [incluyendo obviamente el derecho a recurrir sentencias], las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda. (Corte IDH, Serie C N.º 218, 2010, p. 46)

Es más, para no dejar lugar dudas, la Corte IDH en el caso en cuestión, puntualizó que “la indefensión del señor Vélez Loor se debió a la imposibilidad de recurrir del fallo sancionatorio, hipótesis abarcada por el artículo 8.2.h” (Serie C N.º 218, 2010, p. 56) y que, “en razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Panamá violó el derecho del señor Vélez Loor reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma” (Serie C N.º 218, 2010, p. 57).

El Derecho a recurrir en materia de inquilinato en el Derecho comparado

La regulación de los contratos de arrendamiento de viviendas entre particulares es un tema de especial interés estatal, ya que garantizar el derecho a una vivienda digna se ha convertido en la actualidad, y sobre todo en Latinoamérica, en un aspecto neurálgico para los gobiernos. Esto se debe a un cúmulo de males históricos que inciden directamente en la limitada capacidad económica de muchos núcleos familiares y con ello, en la capacidad de solucionar sus problemas de habitabilidad y de vivienda (BID, 2012).

A lo anterior se suma el constante crecimiento de las poblaciones humanas, lo que genera una situación de más personas y menos casas, lo cual constituye una realidad social problemática de la que las y los jueces, en los casos concretos, y cuando tenga que ver, tienen que estar plenamente conscientes y deberán analizarla con seriedad, “dado que, los jueces no solo realizan una actividad cognitiva neural para la resolución, también deben ser sensibles en relación con la valoración del contexto económico y social” (Ruiz Vaca, 2019, p. 353).

Con independencia de la denominación de las leyes que en la región tratan los asuntos sustantivos de inquilinato, y particularmente el derecho a recurrir en el ámbito del desahucio por transferencia de dominio, esta figura no es de amplia implementación en los ordenamientos jurídicos extranjeros, de la forma y la manera en la que se ha desarrollado en la LDI del Ecuador. De manera general, cualquier decisión judicial relacionada con la materia, cuenta con el reconocimiento legal expreso de la garantía del derecho a impugnar, a pesar de que no en todas, sí en varias legislaciones nacionales sudamericanas, al menos en las que serán analizadas a continuación.

Tal es el caso de la Ley para la regularización y control de los arrendamientos de vivienda venezolana, que dedica uno de sus capítulos a regular el procedimiento en segunda instancia y del recurso de casación. Se observa cómo Venezuela, en un contexto más complejo, no solamente desde

el punto de vista económico y social, sino incluso jurídico (por tratarse de un estado federal); ha sido capaz de garantizar el derecho formal a recurrir, no ya con una sola posibilidad como lo es la apelación, sino incluso con la casación (2011, art. 123-124).

En similar sentido, en Chile, el numeral 9 del Art. 8 de la Ley N.º 18101/1982 (1982) que fija las normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, modificada por la Ley N.º 21461/2022 que incorpora la medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles y establece el procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento, establece que,

serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia y las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. Todas las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo; tendrán preferencia para su vista y fallo y durante su tramitación [...].

La anterior posibilidad de recurrir se refiere, según lo dispone el numeral 1 del Art. 7 del propio cuerpo legal, “a los juicios relativos a los contratos de arrendamientos de inmuebles [...] en especial [...] al desahucio”. (2022)

Por último, en el Perú, el Decreto Legislativo N.º 1177/2015, que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda, regula lo relativo al desalojo en su Título III, al que se refiere como un proceso de ejecución, que al no ser de conocimiento justificaría que la resolución que lo resuelve cause ejecutoria con efectos de cosa juzgada; sin embargo, no le coarta a las y a los ocupantes desalojados su derecho a recurrir. Por el contrario, en su Art. 15.1, establece que,

El proceso único de ejecución de desalojo de un inmueble arrendado en el marco del presente decreto legislativo se tramitará contra el arrendatario se encuentre ocupando o no el inmueble arrendado y,

de ser el caso, contra quien se encuentre en el referido inmueble, de acuerdo con las siguientes disposiciones: [...] k. El recurso de apelación contra la sentencia se interpone dentro del plazo de tres (03) días hábiles y se concede sin efecto suspensivo. l. Concedida la apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de dos (02) días hábiles, contado desde la concesión del recurso. m. El juez superior, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de recibido el expediente, admitirá o no el recurso de apelación y notificará de su decisión a las partes, siendo esta decisión inimpugnable. De haber admitido el recurso de apelación, el juez comunicará a las partes que el proceso ha quedado expedito para ser resuelto dentro del plazo de los tres (03) días hábiles siguientes. (2015)

Análisis del juicio N.º 13100-2021-00033G en relación con el juicio N.º 13317-2019-00254, como casos de referencia

A partir de una nota periodística, llegó a conocimiento del autor el juicio 13100-2021-00033G, en la que consta lo siguiente:

Por presunta infracción gravísima, el Consejo de la Judicatura (CJ) suspendió a [SOGT], juez de la Unidad Judicial Multicompetente No Penal de Paján, provincia de Manabí. [...] la decisión llegó luego de que una Sala Civil de Corte de Manabí iniciara una investigación [...] luego de que el ciudadano [KXQJ] comenzó una demanda en contra del juez García por un proceso de inquilinato (Redacción Vistazo, 2022, párr. 1-3).

Ahora bien, ha ocurrido y probablemente seguirá ocurriendo que, como en este juicio, jueces yerren y apliquen la LDI, decretando desahucio aún y cuando el ocupante del inmueble sobre el que operó la transferencia de dominio no mantenía un contrato de arrendamiento con el propietario anterior. La ocurrencia de estos sucesos debe ser evitada, sobre todo por la imposibilidad legal de recurrir verticalmente esas sentencias.

Ante ello pueden presentarse denuncias administrativas en contra de los juzgadores, que pueden llegar a prosperar por manifiesta negligencia. Tal es el caso de la “Declaratoria jurisdiccional previa de la infracción de negligencia manifiesta”, declarada por la Sala especializada de lo civil y mercantil de la corte provincial de justicia de Manabí, en el proceso número 13100-2021-00033G (2022). Pero pese a demostrarse una incorrecta aplicación del derecho, no hay mecanismo legal que le posibilite al desalojado oponerse al fondo de la sentencia que declaró el desahucio, por la ya referida imposibilidad de recurrir del Art. 48 de la LDI.

De acuerdo con los términos del COGEP (Art. 366) la sentencia dictada es potencialmente ejecutable, ya que,

Si la demanda ha versado acerca de la entrega material de un bien inmueble, la o el juzgador ordenará que la o el deudor desocupe y ponga a disposición de la o del acreedor el inmueble, bajo prevención que, de no hacerlo, la fuerza pública entregará el bien a la o al acreedor, coercitivamente de ser necesario, pudiendo inclusive descerrajar el inmueble. Si en el mismo hay cosas que no sean objeto de la ejecución, se procederá al lanzamiento, bajo riesgo de la o del deudor. (2015)

Si bien existe la posibilidad de oposición de la persona deudora al mandamiento de ejecución (Art. 373 del COGEP), es muy difícil que, en la práctica, en un supuesto fáctico como el del caso mencionado, se puedan aplicar las causales de oposición relacionadas taxativamente en dicho precepto legal.

Una posibilidad procesal de solución estaría en la interposición de una nulidad de sentencia ejecutoriada, en al menos dos de sus causales, “salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas” (numerales 1 y 2 del Art. 112 del COGEP); en el sentido de que, ¿es competente en razón de la materia un juez de inquilinato, para resolver un asunto en el que no resulta aplicable la Ley especial de esa materia?

En el caso en cuestión, casualmente la persona juzgadora era multicompetente no penal, por tratarse fundamentalmente de un cantón rural de escasa población, pero no es esa la generalidad en el país. Bajo el mismo argumento de la nulidad, cabría preguntarse igualmente, ¿hay legitimidad de personería, en relación con la parte que fue demandada en el sumario de desahucio por transferencia de dominio, en un caso como el que nos ocupa? ¿Qué dice la jurisprudencia y la doctrina sobre ello? Según la Corte Constitucional del Ecuador, en virtud de su Sentencia No. 099-15-SEP-CC, resolviendo una Acción Extraordinaria de Protección:

La legitimidad de personería, señalada en nuestra legislación en materia procesal, se conoce en doctrina como la figura del legítimo contradictor o legitimación ad causam. Esta figura debe entenderse como el hecho de que quien interpone una acción debe ser el titular del derecho que se reclama; y en ese mismo sentido, la persona contra quien se alega dicha pretensión debe ser a quien en derecho le corresponda cumplir con tal obligación. La figura del legítimo contradictor o legitimación ad causam es relevante, pues en base a ella el juez podrá resolver si existe o no una relación jurídica sustancial entre las partes con relación a la demanda planteada; caso contrario, de no existir dentro del proceso legítimo contradictor o legitimación ad causam, se generaría una situación en la que los derechos, materia de la controversia, de quien debería ser parte procesal en una causa podrían resultar claramente vulnerados, y en consecuencia se generaría una afectación a los derechos a la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y al debido proceso, pues se vería privado de contraponer y defender sus pretensiones y ejercer las garantías que la Constitución reconoce. (2015, p. 10)

Es evidente que, al no existir contrato de arrendamiento, no existe vínculo jurídico entre las partes y, por tanto, no se le puede reconocer al actor del sumario del desahucio la cualidad de arrendador. Además, porque en el mejor de los casos ese vínculo de naturaleza contractual (arrendamiento) debía haber existido entre la persona demandada y la anterior propietaria del inmueble, lo que de no haber ocurrido ni haberse aprobado por la persona

actora actual propietaria del bien, justifica que la persona ocupante no tenga obligaciones como arrendatario; y por el contrario, sí tiene derechos como legítimo poseedor precario (promitente comprador, comodatario, etcétera), al menos hasta que, en procedimiento ordinario, en virtud de sentencia resolviendo acción reivindicatoria o de dominio, se determine lo contrario. La doctrina como uno de los supuestos o hipótesis de falta de legitimación para obrar, ha señalado:

Cuando el actor o el demandado no son los titulares de la relación jurídico sustancial en que se funda la pretensión o más propiamente, [...], no son las personas habilitadas por la ley sustancial para demandar o ser demandado. (Loutayf Ranea, 2009, p. 351)

Para un asunto de desahucio en materia de inquilinato con aplicación del Art. 31 de la respectiva Ley, hay dos requisitos: uno, que exista transferencia de dominio y el otro, que se acredite o establezca el vínculo entre accionante (persona propietaria actual) y la persona demandada (ocupante). Ello con la existencia y demostración de un contrato de arrendamiento entre quien ocupa actualmente el inmueble y la persona propietaria anterior, que sería lo que justificaría la ocupación actual y por tanto el vínculo “indirecto” con el propietario actual. Es indirecto porque la relación no se da entre la persona actora y demandada, per se, sino, entre quien ocupa, que debería ser el arrendatario y un bien arrendado, titularidad de la nueva persona propietaria.

El vínculo entre la persona actora y la demandada debe ser el inmueble efectivamente arrendado, que ahora es propiedad del accionante como consecuencia de la transferencia de dominio. Si falta el requisito del contrato de arrendamiento, entonces falta ese necesario vínculo o relación entre “las partes”, al no ser estas titulares de la relación jurídica sustancial en la que se funda la acción. En resumen, al faltar el contrato en un asunto de desahucio en materia de inquilinato, no serían ni el nuevo propietario ni el ocupante las personas habilitadas por la ley sustancial para demandar o ser demandadas. En los casos en los que la ocupación del bien se da por otros motivos, podrá

darse este requisito de la legitimidad de personería, pero no en este tipo de demanda.

Precisamente, el hecho de desentenderse el juez actuante de la inexistencia de contrato de arrendamiento, al dictar la sentencia en el juicio N.º 13317-2019-00254 (desahucio), fue lo que motivó, entre otras cuestiones, a los jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí a pronunciarse en perjuicio del mismo, con la respectiva declaratoria jurisdiccional previa de la infracción de manifiesta negligencia, por la que existió oportunamente un pronunciamiento de medida preventiva de suspensión por noventa días del juez en sus funciones (Vistazo, 2022). Esto debido a que la parte demandada, al responder el libelo, se opuso al fondo e ilustró a dicho juez sobre ese particular, lo que el propio magistrado reconoció en la sentencia que dictó, aunque no lo tuvo en cuenta como argumento determinante a la hora de fallar en su sentencia resolviendo demanda de desahucio por transferencia de dominio en materia de inquilinato:

La parte demandada en su contestación entre otras cosas expresa que lo señalado por el actor en la demanda es inducir a engaño y error al juzgador indicando que no existe ninguna relación contractual con la señora [...] peor aún de inquilinato. (Unidad Judicial Multicompetente en materias no penales y adolescentes infractores con sede en el cantón Paján, 2021, párr. 1)

Con todo, la posible solución de la nulidad de la sentencia, si bien podría ser una, no se trata, per se, de un recurso, entendido este como medio de impugnación. Y es que este trabajo va, precisamente, de demostrar cómo se vulnera el derecho constitucional a recurrir desde el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, más allá de que pueda existir alguna otra posible solución procesal al problema contextualmente planteado.

Se puede considerar contradictorio que, en un escenario de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en los términos de la CRE, ese valor fundamental en la profesión de todo jurista, la “justicia”, pase a veces a un

segundo plano por la existencia de una mera coartada legal. Por una parte, se reconoce que el juez actuó con negligencia manifiesta al disponer un desahucio en un supuesto de hecho en el que el ocupante no mantenía ningún contrato de arrendamiento con ninguno de los propietarios, ni con el anterior ni con el actual. Sin embargo, se entiende, aun así, que aquella sentencia es firme y no admite recursos verticales en su contra y es potencialmente ejecutable. Al final, que se declare la falta disciplinaria del juez en tal caso, no va a restituírle al condenado a desalojo su derecho a permanecer ocupando el bien, porque ello no va a repercutir en la sentencia previamente dictada.

Ciertamente hay interpretaciones favorables que se pueden hacer para entender que, en efecto sí procede la impugnación en esos casos. Hay dos cuestiones o factores importantes: La LDI fue publicada en el Registro Oficial en el año 2000 y es una ley de naturaleza sustantiva, no procesal. Frente a estas dos cuestiones se hace indispensable referirse al COGEP, de promulgación más reciente y de naturaleza procedimental o adjetiva. Partiendo de que la demanda de solicitud de desahucio en materia de inquilinato se tramita en procedimiento sumario, como ya se apuntó, entonces se debe referir a lo que establece el COGEP: “Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario” (2015, Art. 333).

Si se analiza la LDI de cara al principio de unidad de materia, hay que referir que esta unidad en ella se define a partir de los límites que establecen los artículos de la norma, generalmente dentro de los tres primeros, referidos al objeto o ámbito de aplicación. Al respecto el Art. 1 de la mencionada ley define su ámbito, mismo que recae en “las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y de subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos”. O sea, evidentemente se trata de una ley sustantiva. Como es conocido, la CCE es competente para realizar el control constitucional de las disposiciones legales de origen parlamentario, o sea, de leyes vigentes. Este control, según el Art. 114 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), además de una dimensión material, tiene una de naturaleza meramente formal que “tendrá en cuenta los principios y reglas previstos en la Constitución y la

ley que regula la Función Legislativa, y el cumplimiento de los principios de publicidad y unidad de materia” (2009).

Ahora bien, para la verificación de la unidad de materia, la CCE verificará, entre otras cosas, que: “1. Todas las disposiciones de una ley se refieran a una sola materia, por lo que debe existir entre todas ellas una conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente, de carácter temático, teleológico o sistemático [...]” (LOGJCC, 2009, Art. 116). En cuanto al requisito de una sola materia, como se ha mencionado antes, la LDI es por su naturaleza y de acuerdo con su ámbito de aplicación, sustantiva; por lo que llama la atención que, existiendo en este escenario jurídico COGEP, sea aquella la que se encargue de regular ciertos aspectos procesales en materia de inquilinato, que como proceso sumario, tiene su regulación en la mencionada norma adjetiva.

Lo anterior implica cuestionarse si es “necesario” que la LDI se encargue de regular esos aspectos procesales, porque precisamente la necesidad es uno de los criterios taxativos y acumulativos con los cuales, según la LOGJCC, se mide o verifica el principio de unidad de materia durante el control posterior de constitucionalidad a cargo de la CCE.

Sin embargo, ¿qué juez o jueza de primer nivel en materia de inquilinato va a abocarse a realizar dichas interpretaciones para justificar la procedencia de una impugnación en los presentes casos, conociendo de la existencia de una resolución de la CCE que resolvió específicamente sobre lo que se ha venido planteando? A continuación, asumiendo un enfoque de pensamiento crítico, se analizará la referida sentencia del más alto foro de justicia constitucional en el país.

La CCE sobre la firmeza de las resoluciones judiciales declarando desahucio por causal de transferencia de dominio: análisis y crítica a la Sentencia N.º 003-16-SCN-CC (Caso N.º 0190-13-CN) de fecha 22 de marzo de 2016

Antes de considerar el contenido de la sentencia, es importante analizar lo siguiente: en los procedimientos de desahucio por causal de transferencia de dominio en materia de inquilinato, ¿se resuelve sobre los derechos de las personas? Aunque el juez no tenga que pronunciarse directamente al respecto, existen derechos que pueden ser afectados por este tipo de resoluciones judiciales. Por una parte, el de hábitat y vivienda (CRE, 2008, Arts. 30, 66, 375) en virtud de la ocupación del bien, los numerales 4 y 7 del Art. 375, como parte del contenido del derecho al hábitat y a la vivienda digna, se refieren también a la posibilidad de suscribir contratos en ese sentido, como los de alquiler o arrendamiento, por lo que una incorrecta declaración judicial de desahucio podría afectar el derecho a la vivienda de un ocupante legítimo, como lo podría ser, por ejemplo, un simple comodatario.

En esta línea, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, refiriéndose al contenido del derecho a la vivienda, se ha apegado a lo argumentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en el sentido de que,

sea cual fuere el tipo de tenencia, incluyendo una precaria ocupación en virtud de un comodato, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. (p. 8)

El de propiedad por la otra, derecho generalmente de la parte actora en este tipo de procedimientos por la causal alegada, con protección constitucional general en el numeral 26 del Art. 66 y de manera transversal, los derechos y garantías asociados a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Adicionalmente, subyace el derecho a la justicia y a la seguridad jurídica, que pueden verse comprometidos si la persona juzgadora aplica

incorrectamente el derecho, con nefastas consecuencias para alguna de las partes, y en todo caso, para la administración de justicia.

Hay jueces que no han sido capaces de discernir que la ausencia de un contrato de arrendamiento descarta de plano la aplicación de la LDI, y han asumido erróneamente que cualquier ocupación es susceptible de declarar, a favor del nuevo propietario, un desahucio por transferencia de dominio. Sin llegar a ese extremo, el juez tendría que resolver sobre la oportuna oposición del demandado, que solamente podría fundamentarse en dos causales. Una en “el hecho de haber transcurrido más de un mes desde el traspaso de dominio” y la otra “en haber celebrado el contrato de arrendamiento conforme con el artículo 29 de la LDI, siempre que se presente copia certificada del contrato de arrendamiento” (2013, Art. 48); sin perjuicio de que, adicionalmente, por no considerarse inquilino, podría alegar una o varias de las excepciones previas del Art. 153 del COGEP. El juez debe pasar por la valoración de los derechos involucrados y garantías del debido proceso que pueden afectar a las partes: hábitat, vivienda, propiedad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. En relación con la tutela judicial efectiva, debe advertirse que la CCE ha considerado como componente de esta, al derecho a recurrir (Sentencia N.º 889-20-JP/21, 2021).

Otras legislaciones sí prevén el desahucio para supuestos de hecho que no contemplen la existencia previa de un contrato de arrendamiento, como la Ley 29/1994, “de Arrendamientos Urbanos” (Cortes Generales) española, que garantiza que,

Se puede recurrir al desahucio cuando el ocupante de la vivienda o local no tiene contrato de arrendamiento. Es el caso de los conocidos como ‘okupas’, que acceden a la vivienda sin el consentimiento del propietario; pero también de los precaristas, que son personas a las que el propietario de una vivienda autoriza para residir temporalmente en el inmueble y que luego se niegan a abandonarlo cuando el propietario se lo solicita. Igualmente, también es posible optar por el desahucio cuando el contrato de arrendamiento ha finalizado, incluidas sus prórrogas, y el inquilino no se marcha. O cuando el arrendatario no cumple con sus

obligaciones (especialmente si no paga el alquiler) durante más de un mes. (Chamizo, 2022, párr. 5 y 6)

Pero el ordenamiento jurídico ecuatoriano no permite la aplicación de la LDI ni, por ende, de ninguna de sus instituciones, incluyendo el desahucio por transferencia de dominio, si no existe previamente un contrato que vincule a las partes; ello porque así lo establece expresamente dicha ley: “Art. 1.- Ámbito. Esta Ley regula las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y de subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos” (Congreso Nacional, 2000).

Expuesto lo anterior, la CCE ha tenido que pronunciarse en disímiles ocasiones sobre el derecho a recurrir. En ese sentido, alguna vez refirió, mediante sentencia resolviendo Acción Extraordinaria de Protección N.º 095-14-SEP-CC, que “el recurso debe estar desprovisto de restricciones o requisitos irracionales o desproporcionados que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo” (2014, pp. 9-10).

Incluso menos de un año antes de la sentencia que ocupa a esta investigación, en el marco de una consulta de constitucionalidad del Art. 42 de la LDI (Sentencia N.º 007-15-SCN-CC, Caso N.º 0140-14-CN, 2015), también relacionado con la imposibilidad de recurrir sentencias en materia de inquilinato, aunque no por la misma causal que en este trabajo se analiza, la CCE ratificó criterios jurisprudenciales del pasado, como el de la Sentencia N.º 027-10-SCN-CC resolviendo consulta de constitucionalidad, consistente en que, “la posibilidad de presentar una acción o de impugnar una resolución tiene estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, el cual no puede ser desconocido por ninguna norma, so pena de tornarse inconstitucional” (2010, p. 28).

No obstante, al momento en que se le consultó sobre la posible inconstitucionalidad del Art. 48 de la LDI, particularmente sobre su último inciso, en cuanto a si resultaba contrario al derecho de recurrir el fallo o doble instancia, lo primero que llama la atención es que, si bien la consulta se la realizó a la CCE a finales del año 2013, la correspondiente sentencia

tiene fecha de 22 de marzo de 2016. Justo en este periodo se publicó en el Registro Oficial N.º 506, el COGEP, específicamente el 22 de mayo de 2015, entrando en vigor desde ese momento algunas de sus normas y el resto dos meses después. Lo que sí es un hecho es que al momento en que la CCE se pronunció, ya hacía ocho meses que el COGEP se encontraba totalmente vigente (COGEP, 2015).

Sin embargo, los magistrados no repararon (al menos no se infiere de la Sentencia N.º 003-16-SCN-CC resolviendo consulta de constitucionalidad) en que la norma procesal en cuestión había reformado la integridad del Art. 48 de la LDI, y aunque el núcleo esencial de la consulta aplicaba aún respecto al modificado precepto, la Corte reprodujo el tenor de ese artículo con la configuración que tenía antes, lo que pudo haber viciado a los jueces constitucionales de error y los llevó a hacer análisis colaterales contrarios a la nueva configuración del precepto. Por ejemplo, en la sentencia recalca que “en este procedimiento judicial [de desahucio por transferencia de dominio] no se discuten temas de fondo” (2016, p. 13). Este argumento fue uno de los expuestos por la CCE para de cierta forma justificar el criterio de necesidad de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente.

Pero ha sido una línea constante de la CCE, incluso expuesta en la sentencia que se analiza, que, “una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas” (2016, p. 13). Sin embargo, incluso con el principio de celeridad como expresión de la tutela judicial efectiva de la persona actora y con las garantías asociadas al debido proceso para ambas partes, partiendo del reconocimiento del derecho a impugnar todos los fallos dictados por las y los jueces de inquilinato o multicompetentes no penales, también serían idóneas y coherentes medidas tales como la ejecución provisional o anticipada de la sentencia favorable a la persona actora, limitación de causales o la habilitación de un corto término para interponer el recurso. Sin ser exclusivas ni excluyentes, no son solamente otras medidas, sino que resultan ser incluso más idóneas para ambas partes, en tanto y cuanto no se desconocen los derechos procesales de

una de ellas para garantizar los de la otra, sino que se garantizan tanto los del demandante como los del demandado.

En este punto, ¿responder al juez oposiciones y/o excepciones no se considera una cuestión de fondo? En sentido estricto el fondo del asunto es la respuesta del juez a la pretensión misma de la demanda. Una concepción amplia que parte de entender al fondo como todo aquello que no es lo meramente formal. Aquí quedarían incluidos los análisis y las respuestas, más allá de si se ofrecen en sentencia, en auto o en otro tipo de resolución judicial, que impliquen un proceso de inteligencia judicial diferente al de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda. Desde esa perspectiva, la mayoría de las excepciones y cualquier oposición alegada por el legitimado pasivo, vendrían a ser cuestiones de fondo, aunque no estén estrictamente relacionadas con la pretensión principal del legitimado activo.

En relación con la oposición a la demanda, el Art. 48 de la LDI la permite. Entonces, si el juez de inquilinato o el multicompetente no penal en su caso debe resolver en la sentencia sobre la posible oposición al libelo planteado por el demandado ¿no tiene ello una implicancia sobre el fondo?

En lo que concierne a las excepciones, hay que partir de que, en teoría, algunas de estas no atañen a cuestiones de fondo y se consideran meramente procesales, esto es, que buscan que, una vez argüidas en la contestación, se paralice el proceso o lo que es lo mismo, que no avance más hasta que no se subsanen ciertos aspectos, como pueden ser el error en la forma de proponer la demanda, la inadecuación del procedimiento o la indebida acumulación de pretensiones, la litispendencia, entre otras (COGEP, 2015, Art. 153).

Así catalogadas, prima facie, se podría pensar que al ser previas deben ser en su totalidad resueltas al inicio del proceso o, en cualquier caso, antes de dictarse sentencia. En la mayoría de casos, a excepción de cuando el asunto es de puro derecho, se escucha a las partes, luego de lo cual la o el juzgador emite su resolución y notifica posteriormente la sentencia por escrito, (COGEP, 2015, Art. 295). Se resuelven in limine litis, incluso algunas excepciones impiden que, de ser aceptadas por el juzgador, se llegue a emitir

un fallo. Sin embargo, el hecho de que no se resuelvan en la sentencia, no significa per se que, por su esencia y naturaleza, no sean relativas a cuestiones de fondo, precisamente por el efecto perentorio que las mismas suponen.

Lo trascendental del análisis de las excepciones y en su caso de la oposición, en este trabajo que tiene sus límites en la cuestión del recurso, es que la CCE, al utilizar el argumento de que en el tipo de demanda en análisis no se discuten temas de fondo, justifica con ello la improcedencia de una apelación y/o casación en su caso. La postura de los magistrados se debe posiblemente y en primer lugar a un vicio de error, al no tomar en cuenta la modificación operada en la morfología del Art. 48 de la LDI a partir de la reforma que supuso el COGEP, que antes no contemplaba expresamente la posibilidad de presentar excepciones, lo que sí se posibilitó taxativamente desde el 2015.

En segundo lugar, la Corte, aun partiendo del precepto en su configuración original, a opinión personal, actuó con insuficiente meditación a la hora de negar el análisis de cuestiones de fondo en un asunto en el que siempre la persona demandada ha podido presentar oposiciones, por muy restringidas o sujetas a *numerus clausus* que puedan ser las causales en las que dicha oposición se pueda sustentar.

Entrando en cuestiones esenciales, en lo atinente a lo que la falta de impugnación interesa, se realizará un análisis crítico sobre los argumentos que la Corte utilizó para fundamentar los criterios de necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, fin constitucional válido e idoneidad, como gradas indispensables del test de proporcionalidad realizado en la sentencia en cuestión. Así, para sostener que la norma consultada no resultaba contraria a la CRE, se expuso en la comentada Sentencia N.º 003-16-SCN-CC, que:

Dentro de un procedimiento de desahucio por transferencia de dominio, debido a su naturaleza sumaria, en donde no se discuten temas de fondo como propiedad o posesión, la regulación respecto a que la decisión emitida por el juez dentro de esta clase de procedimientos que causa ejecutoria es proporcional con el fin constitucionalmente válido como es

la tutela judicial efectiva y el principio de celeridad en la administración de justicia. (CCE, 2016, p. 14)

El anterior argumento fue uno de los expuestos por la CCE para de cierta forma justificar el criterio de proporcionalidad en sentido estricto de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente. En ese sentido, no es razonable que sea proporcional el total desconocimiento del derecho a impugnar como medida para garantizar la celeridad y la tutela judicial efectiva a la persona actora. Podría ser proporcional si se parte de una perspectiva antagónica o irreconciliable a la hora de configurar y garantizar los derechos del debido proceso para ambas partes, pero ello no debe ni tiene porque ser así.

Los jueces constitucionales mencionan, además, que hay proporcionalidad, porque si bien las partes no pueden recurrir del fallo, sí disponen de otras garantías que sustentan el derecho a la defensa: “posibilidad de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de la defensa, a ser escuchadas en el momento oportuno y en igualdad de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (CCE, 2016, p. 14).

Esta idea de la Corte parece poco objetiva si se toma en cuenta la particular cuestión que se consulta en la demanda que dio origen a la sentencia que se analiza. La preocupación se da particularmente con relación al derecho a recurrir, que tiene el fin específico de que la decisión de un juez a quo sea revisada por uno ad quem, basado ello en la falibilidad humana. Ninguna otra de las garantías del derecho a la defensa, como tiempos y medios para prepararla, posibilidad de ser oído, de aportar o contradecir pruebas, podrían sustituir la finalidad del derecho a recurrir.

Para casos como esos, la LOGJCC permite que “la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” (numeral 3, in fine, del Art. 2). No se discuten temas de fondo, ello es así porque la misma LDI lo coarta, siendo un atentado contra

el procedimiento sumario como procedimiento de conocimiento que es. No se puede sostener en teoría que en un procedimiento sumario no se discutan cuestiones de fondo.

La CCE refiere (Sentencia N.º 003-16-SCN-CC) que la limitación al derecho a recurrir las sentencias a las que se refiere el Art. 48 de la LDI, se justifica por el fundamento de que en los procesos que por su naturaleza jurídica requieren una tramitación sumaria, hay que garantizarles a los actores “la tutela judicial efectiva, el derecho a la verdad” (2016, p. 10), etcétera, y que, en consecuencia, “el conceder la oportunidad de recurrir una decisión judicial puede ser lesiva” (2016, p. 10) a esos derechos del actor. De ser así, la CCE debió aprovechar su sentencia, o haberlo hecho en otra posterior, al menos por coherencia, para explicar por qué no constituye desigualdad o discrimen procesal el hecho de que en un sumario, como el que se analiza, no se les garantice a las partes el derecho a recurrir y en los demás sumarios sí.

Luego dice la CCE, como entendiendo que los recursos afectan la celeridad de los sumarios, que, “a través de una adecuada celeridad en la administración de justicia se pretende garantizar el principio de tutela judicial efectiva, garantizándose que los trámites de naturaleza sumaria puedan ser procesados de manera expedita” (CCE, 2016, p. 12). Este argumento es expuesto por la CCE para, de cierta forma, justificar el criterio del fin constitucional válido de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente. El citado criterio de cierta manera lo reitera al mencionar que, “la medida adoptada —la ejecutoria de la resolución dictada por el juez— y la imposibilidad de recurrir verticalmente es necesaria para garantizar el principio de celeridad procesal dentro de procesos de naturaleza sumaria como el analizado” (CCE, 2016, p. 13). Pero, ¿el recurso solamente afecta la celeridad del sumario de desahucio? ¿No afecta la celeridad de otros sumarios en los que sí se puede recurrir?

La celeridad del sumario puede garantizarse sin necesidad de sacrificar el derecho a recurrir, por ejemplo, previéndose, si se quiere, un término más corto para apelar que el de diez días previsto en el COGEP. Además, de reconocerse el derecho a la impugnación para estos casos, perfectamente

podría el actor, sin perjuicio de aquello, una vez que cuente con una sentencia que le sea favorable o desde el momento en que el desahuciado apele el fallo, solicitar la medida cautelar de ejecución anticipada o provisional de dicha resolución judicial.

Uno de los argumentos que utilizan los jueces de la CCE para intentar validar o justificar la limitación al derecho a recurrir sobre la base de que en principio no es absoluto, es diciendo que el desahucio por transferencia de dominio:

no es de naturaleza contenciosa, sino un procedimiento de notificación vía judicial [...] de este modo se está velando por el derecho del nuevo propietario del bien que se encuentra en arriendo, al garantizar principalmente la celeridad, y la eficacia de la administración de justicia (CCE, 2016, p. 11).

El anterior argumento fue reiterado en la propia sentencia, para justificar el criterio de la idoneidad de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente:

Consecuentemente, al tratarse de un proceso de notificación en vía judicial, no constituye un proceso contencioso en sí, de este modo se está velando por el derecho del nuevo propietario del bien que se encuentra en arriendo, al garantizar principalmente la celeridad, y la eficacia de la administración de justicia. (CCE, 2016, p. 13)

Pero, de acuerdo con los términos del COGEP, ¿qué es un “procedimiento de notificación vía judicial” si no aquellas comunicaciones de mero trámite que el órgano jurisdiccional pone en conocimiento de las partes o sujetos procesales imponiéndolos de ciertas resoluciones (2015, Art. 65)? Por lo demás, no existe un procedimiento de notificación, equiparable a uno ordinario, ejecutivo, monitorio, sumario.

Entonces, ¿cómo es posible que no sea contencioso?, ¿acaso no lo está resolviendo un juez por razón de que existe voluntad del ocupante del

inmueble de no abandonarlo a la par que el nuevo propietario desea tomar posesión de lo suyo?, ¿es, en contraposición a los procedimientos contenciosos, un asunto de los llamados de jurisdicción voluntaria regulados en el Art. 334 y siguientes del COGEP? Algo que queda al juez incluso de oficio, en virtud del principio *iura novit curia*, es conocer el derecho positivo aplicable. Esto es una garantía presuntiva en favor de los jueces como presupuesto para resolver en justicia y ese análisis de por sí implica un mínimo de conocimiento, suficiente para decir que sí se trata de un proceso de conocimiento (valga la redundancia). Además, porque al juez le corresponderá, como demanda que se ventila en un sumario, apreciar los hechos y valorar las pruebas.

Claro que se trata de un proceso de conocimiento a todas luces, además, y, por si fuera poco, porque de la propia sistemática del COGEP así se deriva: “El COGEP clasifica los procesos en dos grandes grupos o categorías (Libro IV): los denominados procesos de conocimiento (Título I); y, los Procedimientos Ejecutivos (Título II)” (Corte Nacional de Justicia, 2017, pág. 2). En esa distribución, el sumario, en cuyo procedimiento se agota el desahucio por transferencia de dominio en materia de inquilinato, ocupa el Capítulo III, del referido Título I (Procesos de Conocimiento), del Libro IV (procesos).

Luego, si los jueces pueden errar, entonces le tocará a la parte que se considere afectada impugnar la sentencia en esos casos en los que no se ajusta a las normas jurídicas aplicables, lo cual por sí solo es más que suficiente como causal de una impugnación, tal y como lo ha sostenido muy atinadamente la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en una absolución de consulta que le fue presentada, cuando manifestó que,

La fundamentación debe contener los puntos o aspectos del auto o sentencia que se impugna y que el [o la] recurrente estima [que] son incorrectos, ya sea en la aplicación o no de las normas de derecho, en la apreciación de los hechos y en la valoración de la[s] pruebas. El recurrente debe expresar con argumentos jurídicos las razones por las que considera que la resolución está equivocada, infringe la ley o incurre en una indebida apreciación de la prueba. (2018, p. 2)

En consecuencia, es criticable el hecho de que la CCE haya esgrimido argumentos tan fútiles a la hora de ponderar entre celeridad y derecho a recurrir, dejando abierta la posibilidad de indefensión y de injustos, en casos en que por los presupuestos fácticos y ausencia de prueba idónea (contrato de arrendamiento) no resulte de aplicación la LDI y aun así el administrador de justicia resuelva a favor del nuevo propietario en calidad de actor la demanda de desahucio por transferencia de dominio. Si pasó en un caso, puede perfectamente pasar en otros y ante esa posibilidad en potencia es deber primordial de los jueces constitucionales de más alto nivel, corregir el ordenamiento jurídico y de garantizarle a los posibles afectados en el futuro su derecho a recurrir del fallo, porque en un “Estado constitucional de derechos y justicia”, la injusticia también es inconstitucional.

CONCLUSIONES

El derecho a recurrir supone fundamentalmente que una de las partes en un caso concreto pueda impugnar el fallo en una sentencia judicial ante un tribunal superior, buscando corregir posibles errores derivados de la falibilidad de los jueces, que redundan en perjuicio del que lo alega.

La impugnación de sentencias judiciales en Ecuador tiene reconocimiento constitucional como una de las garantías que propenden a hacer efectivo el derecho fundamental a la defensa. En el marco del debido proceso y de acuerdo con su literalidad, esta procede en todos los procedimientos en los que se decidan derechos. Por este motivo, la configuración legal de esta garantía supone para el legislador ecuatoriano el desarrollarla (definir términos, causales, limitaciones), más no desconocerla o anularla.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no regula expresamente la obligación de los Estados signatarios de garantizar el derecho a impugnar sentencias en asuntos no penales. Sin embargo, la Corte IDH, en varias de sus sentencias (lo que puede considerarse una línea jurisprudencial aplicable como criterio en el control de convencionalidad por parte de las y los jueces ecuatorianos), ha realizado una interpretación extensiva del inciso h del apartado 2 del Art. 8 (derecho de recurrir del fallo

ante juez o tribunal superior en materia penal), el que ha invocado y aplicado en casos no criminales.

En la región sudamericana, a partir del análisis del derecho comparado como método jurídico de investigación, se ha constatado que varios países, entre ellos Venezuela, Perú y Chile, reconocen expresamente en sus legislaciones especiales en materia de inquilinato, el derecho que le asiste a las partes a recurrir los fallos en todos los asuntos, incluyendo el desahucio por transferencia de dominio.

En Ecuador, la necesidad de que se reconozca expresamente el derecho a impugnar las sentencias dictadas por los jueces multicompetentes no penales o de inquilinato en demandas de desahucio por transferencia de dominio, además de responder a un mandato constitucional, obedece a que en la práctica se han dado casos de jueces que han aplicado la LDI aún y cuando no ha existido contrato de arrendamiento. Esto resulta indispensable para aquello, y aun siendo ilustrados al respecto por la representación legal de la parte demandada, han resuelto el desahucio en perjuicio de esta, generando así situaciones de injusticia, de vulneración de derechos y de incorrecta administración de la justicia que bien pudieran corregirse si se garantizara la posibilidad de recurrir.

Mediante Sentencia N.º 003-16-SCN-CC de la CCE que negó la consulta de norma planteada por un juzgado de Inquilinato y relaciones vecinales del Guayas, sobre la constitucionalidad del último inciso del artículo 48 de la Ley de Inquilinato, por considerar que estaría en contradicción con el derecho a recurrir el fallo o resolución consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución de la República del Ecuador, el alto foro justificó los criterio de proporcionalidad en sentido estricto, de necesidad, de idoneidad y el fin constitucional válido de la ejecutoria de la resolución dictada por el juez y la consecuente imposibilidad de recurrir verticalmente. Todo ello como parte del respectivo test de proporcionalidad que realizaron los magistrados a partir de argumentos que consideraban como irreconciliables o incompatibles los derechos procesales de ambas partes, de manera que en el proceso de ponderación entendieron que la única manera de garantizar

el principio de celeridad como expresión de la tutela judicial efectiva a favor del actor, era desconociendo y anulando totalmente el derecho a impugnar la sentencia.

Una de las maneras en que perfectamente se podrían conciliar los derechos procesales de ambas partes, sin necesidad de sacrificar la posibilidad de impugnar la sentencia, era, por ejemplo, permitiendo el recurso, supeditando su interposición a limitadas causales y en un corto término (por ejemplo de 3 días); posibilitándole al legitimado activo en los casos en los que la sentencia le hubiera resultado favorable, responder a la impugnación presentada por la o el demandado, con las oposiciones que a bien tuviera y además interesando la ejecución anticipada o preventiva del fallo.

Por todo lo anteriormente explicado, es recomendable que, con independencia del criterio de la CCE, el legislador ecuatoriano (sobre la consideración de que el derecho a recurrir es de configuración legal y por tanto una facultad natural de la Asamblea Nacional); reforme el contenido y alcance del Art. 48 (*in fine*) de la LDI, a los efectos de posibilitar la impugnación del fallo judicial que resuelva en materia de inquilinato un desahucio por transferencia de dominio. Como ha quedado demostrado, en este tipo de procesos bien pudieran estar interesados derechos de las partes y ello obliga *per se* a garantizar dicho remedio procesal por mandato constitucional.

REFERENCIAS

- Absolución de consulta, Oficio Circular N.º 00605-P-CNJ-2018. Corte Nacional de Justicia 24 de abril de 2018.
- Absolución de consulta, Oficio Circular N.º 00605-P-CNJ-2018. Corte Nacional de Justicia 24 de abril de 2018.
- Álvarez del Cuviello, A. (s.f.). *Los medios de impugnación*. Universidad de Cádiz. Obtenido de https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1280/mod_resource/content/1/procesal12.pdf
- Aguirre Castro, P. J. (2016). El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador. *Revista IIDH*, 64, 265-310. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1374>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. ONU.
- (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. ONU.
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2011). *Ley para la regularización y control de los arrendamientos de vivienda*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial.
- (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial.

- BID. (14 de mayo de 2012). Estudio del BID: América Latina y el Caribe encaran creciente déficit de vivienda. Recuperado de <https://www.iadb.org/es/noticias/estudio-del-bid-america-latina-y-el-caribe-encaran-creciente-deficit-de-vivienda#:~:text=La%20región%20sufre%20tanto%20de,de%20agua%20potable%20y%20saneamiento>
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho*. Temis.
- Chamizo, H. (14 de diciembre de 2022). Ejecutar un desahucio: ¿cuándo y cómo puedes hacerlo? *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/>
- Congreso Nacional. (2000). *Ley de Inquilinato*. Registro Oficial.
- Corte Nacional de Justicia. (2015). Resolución N.º 03. Quito, Pichincha, Ecuador: R. O. N.º 462, de 19 de marzo de 2015 (Cuarto Suplemento). https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple_reiteracion/15-03%20Triple%20reiteracion%20Contravenciones%20-%20no%20hay%20apelacion.pdf
- Cortes Generales. (1994). *Ley N.º 29 de Arrendamientos Urbanos*. BOE.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2001). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 72. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf.
- (2001). Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 74. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf.
- (2010). Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 218. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf.

- (2013). Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 272. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf.
- (2017). Derecho a recurrir del fallo ante un tribunal o un juez superior (art. 8.2.h). En *C. I. Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 12: Debido proceso*. (págs. 178-191). CIDH/OEA. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>
- Dávila Pérez, M. E. (2015). *El derecho a un recurso efectivo en materia administrativa en México. Recepción del Corpus Juris del Sistema Interamericano y asignaturas pendientes*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- Declaratoria jurisdiccional previa de la infracción de negligencia manifiesta, 13100-2021-00033G. Corte Provincial de Justicia de Manabí 21 de noviembre de 2022.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (s.f.). *Derecho a la vivienda en Ecuador*. Obtenido de Defensoría del Pueblo del Ecuador: <https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/68/4/DERECHO%20A%20LA%20VIVIENDA.pdf>
- Diez-Picazo Giménez, I. (2000). Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ([...] Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho). *Cuadernos de Derecho Público*, (10), 13-37.
- Fernández Segado, F. (1999). El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español. *Ius et Praxis*, 5(1) 63-120. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19750104>

- Flores, J. (2002). Naturaleza e historia de los Derechos Humanos. *Revista Espiga*, 3(5) 1-14. <https://doi.org/10.22458/re.v3i5.755>
- Guerra Coronel, M. A. (julio de 2016). El control de convencionalidad. Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador. *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, (5), 72-90. <http://www.calamo.ec/download/63>
- Honorable Congreso Nacional. (2022). *Ley N.º 21461*. Diario Oficial.
- Jiménez Ramírez, M. C. y Yáñez Meza, D. A. (2017). Los procesos de única instancia en el Código General del Proceso: La garantía constitucional del debido proceso y la doble instancia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 20(39), 87-104. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87650862007>
- Junta de Gobierno de la República de Chile. (1982). *Ley N.º 18101*. Diario Oficial.
- Letelier Loyola, E. (2014). El derecho fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 24(3), 141-160. <https://doi.org/10.12957/redp.2023.79568>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. OEA.
- Pascual Luna, R. F., Tamayo Vasquez, F. M., Maisanche Tomarima, D. y Argudo Nevárez, E. A. (2021). El control de convencionalidad en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador. *Dominio de las Ciencias*, 7(2), 486–501. <https://doi.org/10.23857/dc.v7i2.1813>
- Pleno de la Corte Nacional de Justicia. (2017). Resolución N.º 12. Registro Oficial.

- Presidente de la República. (2015). *Decreto Legislativo N.º 1177, “Régimen de promoción del arrendamiento para vivienda”*. Diario Oficial.
- Quetglas, P. J. y Calvo, J. B. (1994). *Marco Tulio Cicerón: Philippicae*. Planeta S.A.
- RAE. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/>
- (2016). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ)* [en línea]. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. <https://dpej.rae.es/>
- Redacción Vistazo. (15 de diciembre de 2022). Judicatura suspende a juez que dejó en libertad a Daniel Salcedo: ¿Quién es Simón García? *Vistazo*. <https://www.vistazo.com>
- Rosales Gramajo, F. J. (s.f.). Derecho a recurrir. *Revista Regional de Derechos Humanos*, 125-145. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26038.pdf>
- Ruiz Vaca, M. I. (2019). El estado de derecho y la argumentación jurídica: apuntes para su análisis conceptual. *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ*, (6), 337-358. <https://doi.org/10.26807/rfj.vi6.218>
- Sentencia N.º 007-15-SCN-CC, Caso N.º 0140-14-CN. Corte Constitucional del Ecuador 3 de junio de 2015.
- Sentencia N.º 027-10-SCN-CC, 2010. Corte Constitucional del Ecuador 14 de octubre de 2010.
- Sentencia N.º 889-20-JP/21, 889-20-JP. Corte Constitucional del Ecuador 10 de marzo de 2021.
- Sentencia resolviendo Acción Extraordinaria de Protección, 009-09-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador 19 de mayo de 2009.

Sentencia resolviendo Acción Extraordinaria de Protección, 095-14-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador 4 de junio de 2014.

Sentencia resolviendo Acción Extraordinaria de Protección, 099-15-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador 31 de marzo de 2015.

Sentencia resolviendo Acción Extraordinaria de Protección, 118-14-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador 6 de agosto de 2014.

Sentencia resolviendo consulta de constitucionalidad, 003-16-SCN-CC. Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016.

Sentencia resolviendo demanda de desahucio por transferencia de dominio en materia de inquilinato, 13317-2019-00254. Unidad Judicial Multicompetente en materias no penales y adolescentes infractores con sede en el cantón Paján 9 de septiembre de 2021.

Tórtora Aravena, H. (2020). Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167-200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>

Unión Panamericana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Unión Panamericana.

Villabella Armengol, C. M. (2020). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En E. Cáseres Nieto, *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*. Tomo 4 (págs. 161-177). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Villanueva Haro, B. (2013). Aspectos históricos, teóricos, procesales, comparativos y propuestas al nuevo pensamiento procesal sobre el recurso de casación. *Derecho y Cambio Social*, 10(32), 1-49.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA¹

 Ana Jessenia Arteaga-Moreira *Universidad San Gregorio de Portoviejo*

 Xiomara Marcela Silva-Briones *Universidad San Gregorio de Portoviejo*

 Melanie Brigitte Véliz-Vergara *Universidad San Gregorio de Portoviejo*

RESUMEN

En el Estado ecuatoriano, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad está reconocido en la Constitución, que establece la igualdad de oportunidades y fomenta el desarrollo de sus capacidades y potencialidades. Este reconocimiento se complementa con los procesos de integración en América Latina, que buscan promover la inclusión laboral a nivel regional. Este estudio analiza el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, evalúa los avances y retrocesos en los procesos de integración regional latinoamericano en comparación con el sistema de la Unión Europea. Los resultados indican que en la región existe una falta de normativa coherente que facilite la integración laboral de las personas con discapacidad. La investigación se llevó a cabo utilizando una metodología cualitativa, documental, analítica y de estudio comparado con la doctrina europea.

ABSTRACT

In Ecuador, the right to work for persons with disabilities is recognized in the Constitution, which mandates equality of opportunities and promotes the development of their capacities and potential. This recognition is further supported by regional integration processes in Latin America, which aim to foster labor inclusion across member countries. This study analyzes the right to work for persons with disabilities, examining the advancements and setbacks in regional integration processes compared to the European Union system. The findings reveal that Latin American countries lack coherent regional regulations to facilitate the labor integration of persons with disabilities. The research was conducted using qualitative, documentary, analytical methodologies and comparative study against European doctrine.

KEYWORDS: right to work, disability, labor inclusion, integration processes, comparative law

PALABRAS CLAVE: derecho al trabajo, discapacidad, inclusión laboral, procesos de integración, derecho comparado

JEL CODE: J78; K31

RECIBIDO: 15/04/2024

ACEPTADO: 01/09/2024

DOI: 10.26807/rfj.v1i15.504

1. Una versión preliminar de este artículo, previa a su revisión por pares ciegos, fue publicado en el repositorio institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

INTRODUCCIÓN

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2012) representan esfuerzos cruciales para promover el desarrollo inclusivo y el respeto hacia los derechos de las personas con discapacidad. Estos instrumentos internacionales apoyan la implementación de políticas que aseguren igualdad de oportunidades y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

La Organización Internacional del Trabajo también subraya los principios de igualdad de oportunidades, igualdad de trato, integración y participación comunitaria. En este contexto, Ecuador ha integrado estos principios en su legislación nacional. La Constitución de la República del Ecuador (2008) define el derecho al trabajo como un deber social y un derecho económico fundamental, mientras que el Código del Trabajo (2012) promueve la equidad de género y la diversidad de discapacidad. Además, la Ley Orgánica de Discapacidades (2012) garantiza a los trabajadores con discapacidad el acceso a empleo productivo y remunerado, facilitando su integración a través de incentivos tributarios.

Sin embargo, en América Latina, los procesos de integración regional han mostrado limitaciones significativas en la creación de normativas efectivas que garanticen la inclusión laboral de las personas con discapacidad. A pesar de los avances teóricos, la implementación práctica de estas normativas sigue siendo insuficiente, reflejando un retroceso en comparación con los estándares internacionales.

Por otro lado, la Unión Europea ofrece un modelo más avanzado de integración, con normativas, planes y estrategias bien desarrolladas que facilitan la inclusión laboral de las personas con discapacidad. La UE se guía por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y ha establecido políticas activas de empleo inclusivo que

mejoran la empleabilidad mediante la cooperación entre administraciones, entidades y agentes sociales y económicos.

En comparación, los procesos de integración en América Latina carecen de una regulación regional coherente que asegure la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Esto resulta en una falta de uniformidad y efectividad en la aplicación de políticas de inclusión a nivel nacional. El porcentaje de contratación de personas con discapacidad en países como Ecuador (4 %), Chile (1 %) y Colombia (2 %) refleja la necesidad urgente de una regulación más robusta y coordinada a nivel regional.

Este estudio investigativo busca examinar si existen normas regionales en América Latina que garanticen una inclusión laboral efectiva para las personas con discapacidad, y qué lecciones pueden aprenderse del modelo de la Unión Europea para mejorar los procesos de integración en la región.

Esta investigación tiene como objetivo general analizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad desde los procesos de integración en América, y, como objetivos específicos, examinar la normativa legal sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en Ecuador, comparar los procesos de integración regional del derecho al trabajo en América Latina y en Europa, y determinar la importancia de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Metodología

El presente estudio se desarrolló a través de un estudio jurídico y con una investigación de enfoque cualitativo, documental y analítico. La investigación cualitativa, según Salazar (2020) se describe como “un tipo de investigación cuya finalidad es proporcionar una comprensión profunda de los significados, definiciones e interpretación subjetiva que el hombre da a sus creencias, motivaciones y actividades culturales, a través de diferentes diseños investigativo” (p. 9).

Por otro lado, la investigación documental, según Reyes y Alvarado (2020) consiste en “una de las técnicas de la investigación cualitativa

que se encarga de recolectar, recopilar y seleccionar información de las lecturas de documentos, revistas, libros, periódicos, artículos resultados de investigaciones, entre otros” (p. 1). Por último, la investigación analítica, de acuerdo con Hurtado (2000), “tiene como objetivo analizar un objeto y comprenderlo en términos de sus aspectos evidentes, propicia el estudio y la comprensión más profunda del evento en estudio” (p. 269).

Este estudio jurídico se realizó a través de la recolección de datos basada en normas, legislación, doctrina comparada entre América Latina y Europa, jurisprudencia derivada de sentencias, así como doctrina nacional e internacional. Estos elementos aportaron al desarrollo del marco teórico y a la conclusión de la investigación, mediante el análisis de la revisión bibliográfica y de cuerpos legales recientes relacionados con el objeto de estudio, permitiendo alcanzar los objetivos propuestos al inicio de la investigación.

Problema jurídico

¿Existen normas que permitan una real inclusión laboral de las personas con discapacidad a nivel de los procesos de integración en América Latina?

Los instrumentos internacionales respaldan los derechos humanos de las personas con discapacidad y contribuyen a impulsar la inclusión laboral a través de la cooperación y la coordinación entre organismos, ya sean públicos o privados. Estos proporcionan trabajo de forma activa con el objetivo de erradicar la discriminación y fomentar el desarrollo de programas, mecanismos y organizaciones que colaboren en beneficio de la situación económica y productiva de los trabajadores con discapacidad, en el marco de sus derechos y oportunidades.

Aunque en Ecuador existen normativas diseñadas para promover la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, este grupo prioritario enfrenta continuamente problemas debido al desconocimiento de la legislación vigente que reconoce el derecho al trabajo digno en condiciones

de igualdad. Estos derechos y garantías están consagrados en la Constitución. La problemática de estudio surge de la falta de implementación efectiva de la normativa regional, lo que impide la integración real de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

De acuerdo con lo mencionado, se evidencia que no existe una normativa que facilite la verdadera inclusión de las personas con discapacidad en los procesos de integración. Esto conduce a reconocer que, dado que los procesos de integración son tan amplios, es necesario identificar los vacíos que afectan integralmente los derechos de las personas con discapacidad. Es crucial colaborar a nivel regional para regular y mejorar las normativas existentes o crear nuevas que respondan a las necesidades de este grupo prioritario.

Marco teórico y discusión

Derechos humanos de las personas con discapacidad: Ámbito internacional

Actualmente, la discapacidad sigue siendo un tema que genera debate en los ámbitos social, económico, laboral y cultural. A pesar del enfoque que incorpora el concepto de la dignidad humana y la igualdad de los individuos ante la ley, siguen existiendo retos al hablar de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Este grupo prioritario es titular de una serie de derechos contenidos en las normativa nacional e internacional.

De acuerdo con datos estadísticos del Banco Mundial (2023), “el 15 % de la población mundial, es decir, 1000 millones de personas, sufre algún tipo de discapacidad, y la prevalencia de la discapacidad es mayor en los países en desarrollo” (p. 1). A lo largo de los años, se ha avanzado en la inclusión de las personas con discapacidad, logrando establecer un marco de protección para aquellos que enfrentan falta de oportunidades y discriminación.

Esto ha llevado al desarrollo de programas, mecanismos, organizaciones y movimientos que buscan la integración social de las personas con discapacidad, marcando un avance significativo desde la Declaración sobre

el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969, que ya hacía referencia a este grupo prioritario. Además, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas subrayan la importancia de garantizar una vida digna y el acceso a oportunidades para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. En particular, el ODS 10 aboga por la reducción de la desigualdad en todas sus formas y en todos los lugares, mientras que el ODS 11 busca lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles (Naciones Unidas, 2015).

Los esfuerzos internacionales en favor de los derechos humanos de las personas con discapacidad recibieron un importante reconocimiento de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con la adopción de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS), aprobada en 1999 en Guatemala. En esta convención se establece que:

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no ser sometidos a discriminación basada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. (OEA, 1999, p. 1)

De acuerdo con la CIADDIS, Velarde (2022) señala que para que las personas con discapacidad se integren en un marco de respeto y ejercicio de sus derechos, es necesario establecer principios fundamentales, como el reconocimiento del valor igual de todas las vidas humanas y la garantía de derechos y oportunidades equitativos para todos. Velarde expone textualmente que:

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tiene sus raíces en el modelo social; sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad, que es una evolución del modelo social. Según su punto de vista, la importancia de la aparición de este submodelo es primordial, pues el modelo de la diversidad propone fundamentos

éticos que trascienden el ámbito de los Derechos Humanos, algo que no ocurre en el modelo social. (Velarde, 2022, p. 132)

Asimismo, a partir de la creación del CIADDIS, el artículo VI de la Convención prevé el establecimiento de un Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), integrado por un representante designado por cada Estado Parte. El CEDDIS tiene como objetivo principal “examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados Parte” (OEA, 1999, p. 1). De igual manera, la OEA menciona que el CEDDIS “se encarga de aportar las bases conceptuales en materia de discapacidad, ofreciendo una regulación más amplia que la contenida en los instrumentos generales de derechos humanos regionales, que abordan el tema de manera parcial o indirecta” (2012, p. 8).

En la misma línea, el CEDDIS solicita a los Estados la presentación de informes para examinar los avances en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las dificultades encontradas en la implementación de la Convención y formula conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento progresivo de la misma. Además, el CEDDIS promueve y facilita la cooperación entre los Estados Parte, las organizaciones de la sociedad civil, especialmente aquellas constituidas por personas con discapacidad o sus familiares, así como con organismos internacionales y agencias de cooperación.

Tanto la Convención como el CEDDIS promueven un desarrollo continuo en la inclusión y el respeto hacia los derechos de las personas con discapacidad. Ambos esfuerzos buscan asegurar que estas personas cuenten con oportunidades equitativas en el marco de sus derechos, garantizando el derecho al trabajo con base en los principios de igualdad, no discriminación y estabilidad laboral.

Por otro lado, mientras algunos instrumentos y autores destacan los avances en las oportunidades para las personas con discapacidad y su papel significativo, existen posturas críticas sobre la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las

Personas con Discapacidad. Por ejemplo, Biel Portero (2019) señala que:

La Convención debiera ser un instrumento importante para evitar la doble discriminación a la que son sometidas determinadas personas por razón de su discapacidad y su raza. Sin embargo, los avances en esta materia han sido limitados. De hecho, a pesar de que en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban en 2001 se advirtió sobre la especial situación de las personas con discapacidad, no se logró incluir explícitamente la discapacidad en la lista definitiva de motivos de discriminación previstos en la Declaración final de aquella. (Biel Portero, 2019, p. 89)

Por lo expuesto, es crucial considerar los instrumentos universales e internacionales que regulan el apoyo y desarrollo de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Esto resalta la importancia del tema de la discriminación contra las personas con discapacidad, basado en los hallazgos encontrados. En este contexto, Heras (2021) sostiene que:

El tratamiento de los grupos con discapacidad es muy complejo, ya que las luchas por el reconocimiento de los derechos no son suficientes. Es necesario crear una conciencia social en la que la sociedad se adapte a la sensibilidad y el apoyo hacia este grupo prioritario. Aunque existan derechos para proteger a las personas con discapacidad, su cumplimiento interno en los Estados requiere un mayor compromiso. La educación debe desempeñar un papel clave en la superación de la desigualdad, con un enfoque en la dignidad humana, la educación inclusiva y un proceso formativo que permita a las personas con discapacidad ser agentes activos en la sociedad. (Heras, 2021, p. 108)

De acuerdo con los aspectos positivos mencionados anteriormente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha trabajado durante muchos años en la “promoción del trabajo decente para las personas con discapacidad, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades, igualdad de trato, integración y participación en la comunidad” (OIT, 2008). En este contexto,

la OIT, con el respaldo de las Naciones Unidas, instauró el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168, que especifican que:

Estos instrumentos contribuirán a mejorar las condiciones de vida y la situación de las personas con discapacidad en todo el mundo, tanto en la actualidad como en los próximos años. De este modo, el empleo promoverá oportunidades para que las personas con discapacidad puedan ganarse la vida y obtener un trabajo decente en el mercado laboral. (OIT, 2008, p. 7)

Con el aporte de la OIT, se avanza en la promoción de una vida digna para las personas con discapacidad y en el fomento de un trabajo digno para este grupo. Esto se reflejará en la mejora de la cooperación y coordinación entre organismos públicos y privados, facilitando un desarrollo integral de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, conforme a sus derechos y oportunidades. Según Godoy (2019), el trabajo digno es crucial para proporcionar estabilidad económica a las personas con discapacidad. Godoy señala sobre la inclusión laboral:

El derecho a la inclusión laboral implica proporcionar trabajo de forma activa a las personas con discapacidad, eliminando la discriminación. Esto contribuye a mejorar la situación económica y productiva de estas personas, buscando la igualdad de oportunidades para un grupo que, debido a su condición, ha visto afectado su derecho a acceder a un empleo. (Godoy, 2019, p. 30)

Es evidente que, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales que promueven la inclusión laboral y sirven como modelo de referencia, hoy en día se continúa luchando por la consolidación de estos avances. Es esencial que estos instrumentos adquieran una mayor influencia internacional para que cada país pueda construir progresivamente un sistema social, cultural y laboral que sea el más eficiente en la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad: Una mirada al caso ecuatoriano

Desde la instauración de la Constitución de la República del Ecuador en 2008, las personas con discapacidad cuentan con una garantía jurisdiccional que protege directamente sus derechos constitucionales. Esta garantía se materializa a través de la acción de protección, que, según el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe aplicarse de manera inmediata en casos de violación de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad no judicial.

En virtud de esta garantía jurisdiccional, la Corte Constitucional ecuatoriana (2021) analizó la vulneración del derecho a la seguridad jurídica en una sentencia dictada en una acción de protección. En este caso, el accionante alegó la vulneración de varios derechos: al trabajo, a la continuidad en un grupo vulnerable por su condición de discapacidad, a la estabilidad laboral, a ocupar cargos y empleos públicos, a la seguridad jurídica y a la igualdad. La sentencia en cuestión, N.º 1342-16-EP/21, aborda la inclusión de las personas con discapacidad y menciona lo siguiente:

Las personas con discapacidad tienen, entre otros derechos, el de trabajar en condiciones de igualdad de oportunidades, en un marco de estabilidad laboral, que permita alcanzar la realización económica y personal de este grupo de personas con derecho a recibir atención prioritaria. La protección especial en el ámbito laboral implica que, previo a la desvinculación de una persona con discapacidad, la institución empleadora considere las circunstancias particulares del caso y busque una alternativa a la desvinculación, a fin de asegurar el pleno disfrute de los derechos de una persona con discapacidad o de quien tiene una a su cargo, en el marco de la atención prioritaria. (p. 10)

En Ecuador, se han logrado avances significativos en la inclusión de las personas con discapacidad en el mundo laboral. El país ha diseñado e implementado políticas orientadas a atender a los ciudadanos más vulnerables, especialmente a las personas con discapacidad, con el objetivo de fomentar su inclusión social y laboral y promover su participación plena

en los sectores productivos. Las siguientes normativas reflejan los derechos de las personas con discapacidad:

El derecho constitucional al trabajo está regulado en la sección sexta sobre personas con discapacidad, específicamente en el artículo 47, literal 5 de la Constitución, que estipula: “Se reconoce a las personas con discapacidad los derechos al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas” (CRE, 2008). Además, se regula el bienestar sociolaboral de las personas, determinando que el trabajo es “un derecho y un deber social en donde el Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo digno” (CRE, 2008).

De acuerdo con Imacaña y Villacreses (2022), “la inclusión de las personas con discapacidad es considerada un reto para el Estado, el cual, a través de sus instituciones, ha trabajado en respuesta a los requerimientos de las personas con discapacidad en su desarrollo personal, social y laboral” (p. 174). En relación con las instituciones del Estado, los autores destacan:

El Estado ecuatoriano ha trabajado conjuntamente con el CONADIS en el establecimiento de diferentes políticas públicas para el beneficio de este grupo, con el objetivo principal de implementar la accesibilidad a diversos bienes y servicios. Estas medidas buscan responder y adaptarse de la mejor manera a sus necesidades. Este proceso tiene un carácter intersectorial, con la participación de todos los ministerios, instituciones y organizaciones, para detectar de manera oportuna las barreras que impiden el fomento de la autonomía y el desarrollo del grupo de personas con discapacidad. (Imacaña & Villacreses, 2022, p. 175)

Para fomentar la autonomía laboral de las personas con discapacidad, el Código del Trabajo ecuatoriano, reformado en septiembre de 2012, ha incorporado disposiciones para promover la inserción laboral de este grupo como parte del mejoramiento del bienestar social y como un derecho

garantizado para todos los ecuatorianos. En el artículo 42, literal 33, del mismo cuerpo normativo se establece:

El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad. (Código del Trabajo, 2012, art. 42)

Además, de acuerdo con los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, la contratación de personas con discapacidad es una obligación tanto para las instituciones públicas como privadas en el país. La creación de centros especializados de empleo que cuenten con al menos el 80 % de personas con discapacidad está respaldada por la Ley Orgánica de Discapacidades (2012). En el artículo 47 de esta ley, establece que:

La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco (25) trabajadores está obligado a contratar un mínimo de cuatro por ciento (4 %) de personas con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades. (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, art. 47)

Los datos y porcentajes de contratación en Ecuador permiten una comparación con países vecinos como Chile y Colombia. Según la Ley de Inclusión Laboral chilena (2017), “las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados al menos el 1 % de personas con discapacidad”. En Colombia, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las empresas públicas y privadas con una plantilla superior a cincuenta trabajadores tienen la obligación de contratar a un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 % (2013).

Estos avances normativos en Ecuador han fortalecido la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Según Heras (2018), se han creado puestos

de trabajo adicionales con el objetivo de cumplir con los derechos humanos. No obstante, a pesar de estos esfuerzos, la inclusión de esta población todavía enfrenta desafíos. Por lo tanto, es necesario realizar un análisis exhaustivo de las causas que interfieren y obstaculizan esta inclusión para proponer alternativas de solución que permitan una inclusión real.

En este contexto, Ecuador ha desarrollado sus propias normas y políticas públicas para aumentar las plazas de empleo, garantizando así el derecho a un trabajo digno. Este avance, que se consolidó con la Constitución de 2008, se orienta hacia el cumplimiento de los tratados internacionales y se inspira en las experiencias de países vecinos que también buscan materializar los avances en la inclusión de personas con discapacidad.

Procesos de integración regional: América Latina y Europa

En relación con los procesos de integración regional en América y Europa, es importante destacar que los países vecinos no siempre han trabajado de manera unificada hacia un mismo objetivo. Los procesos de integración regional son complejos y multidimensionales, donde los Estados Parte buscan obtener ventajas en diversos ámbitos, como lo social, económico, de salud y laboral. Según Josette Altman (2012), “a nivel de América Latina, los procesos de integración están marcados por éxitos y fracasos; a pesar de sus visibles avances, no se ha logrado consolidar un proceso de integración suficiente que unifique a la región” (p. 9).

En concordancia con esta visión, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL, 2014) en su estudio titulado *Integración Regional: Estrategias de Cadenas de Valor Inclusivas*, identifica desventajas en los procesos de integración regional. Se menciona que:

Los procesos de integración en América Latina presentan ineficacias en la organización de los mercados, fallas regulatorias, ausencia de criterios de sostenibilidad y la persistencia de problemas históricos relacionados con la falta de inversión y mantenimiento de las redes. Estos factores constituyen una limitación para la integración regional y para la propia

inserción competitiva de cada una de las economías de la región. (p. 85)

En el análisis de las desventajas que enfrentan los procesos de integración regional, es crucial no perder de vista la misión y la visión de dichos procesos, los cuales buscan proporcionar a las personas con discapacidad un espacio adecuado para ejercer sus derechos y facultades laborales. En este contexto, Bermúdez (2018) señala que:

La integración regional necesita tener fundamentalmente una base económica. Debe permitir el intercambio de bienes, servicios, capitales y trabajadores, y servir para adoptar políticas económicas comunes entre los estados miembros. Es muy difícil integrar economías cuya oferta exportable es muy similar y se basa principalmente en materias primas. Este es un lastre del pasado colonial de la región que sigue gravitando a pesar de los cambios ocurridos en los últimos decenios. (p. 12)

A partir de las primeras consideraciones sobre los procesos de integración en América Latina, se toma como referencia el modelo europeo de integración, específicamente la Unión Europea, para realizar un estudio comparado y adecuarlo a las realidades y circunstancias de nuestra región. En este contexto, se analizan los procesos de integración regional que han desarrollado normativa sobre discapacidad y empleo, y en los cuales Ecuador participa.

Uno de los casos relevantes es la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Según Briceño (2021), “la CAN es una organización internacional creada en 1969 con el objetivo de alcanzar un desarrollo integral social y económico, más equilibrado y autónomo, mediante el fortalecimiento de la integración andina, con proyección hacia Suramérica y Latinoamérica” (p. 2). La misma autora agrega que la organización busca “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad a través de la integración regional y la cooperación en términos económicos y sociales, para lograr un mercado común latinoamericano” (p. 3).

Para avanzar en dicho proceso de integración, se puso en marcha el proceso andino de integración, conocido inicialmente como el Pacto Andino,

y, actualmente, como la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Según las páginas oficiales de la CAN, la organización está conformada por cuatro países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; además de cinco países asociados: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay; y dos países observadores: España y Marruecos.

Respecto al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral para las personas con discapacidad, el Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA), guiado por la Convención Interamericana a favor de las Personas con Discapacidad, las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, elaboró una Normativa Comunitaria Andina. En su artículo 49, esta normativa establece objetivos que buscan mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad:

Protección frente a toda forma de discriminación y violencia contra las personas con discapacidad.

Prevención de las causas que originan discapacidades a través de la educación, la seguridad en el lugar de trabajo y la divulgación pública.

Garantía del derecho a la seguridad social y a la salud de las personas con discapacidad.

Fomento del desarrollo personal mediante programas que atiendan las necesidades específicas de las personas con discapacidad.

Integración social de las personas con discapacidad a través del trabajo, la educación y la plena participación en sus respectivas comunidades nacionales.

Facilitación de asistencia temprana, tratamiento médico, rehabilitación, educación, formación profesional y atención personal a las personas con discapacidad, con el objetivo de su inserción en el mundo laboral en condiciones dignas y equitativas en comparación con el resto de los trabajadores (Consejo Consultivo Laboral Andino, 2021).

Es así como, a partir de las consideraciones en la CAN, se garantiza la protección de los trabajadores con discapacidad. Esta primera parte permite compararla con el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), conocido como un modelo de integración que nació en 1991. Ecuador es un país asociado y apuesta a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través de la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías. Sobre el MERCOSUR, la autora Lerman (2017) manifiesta que:

El MERCOSUR es un modelo de regionalización que combina regionalismo y no discriminación progresiva; es por ello que, en el año 2000, tuvo la iniciativa de tratar temas sociales como la libre circulación de personas, migraciones laborales y cuestiones de ámbito educativo. No obstante, fue en el año 2008 cuando creó un organismo para el tratamiento de la discapacidad, año que coincide con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. (p. 355)

Dicho organismo para el tratamiento de la discapacidad se divide en distintos ámbitos y en su ámbito número 1 expone acerca de la sensibilización de la sociedad, determinando como objetivo principal “promover el reconocimiento de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad, la protección de su dignidad, su debida valoración, su inclusión laboral, así como la eliminación de todas las formas de discriminación” (p. 3). En comparación con la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), proceso de integración creado en el año 2004 que combate la pobreza y la exclusión social, basado en la colaboración y complementación política, social y económica entre sus países miembros, en donde Ecuador también forma parte.

De acuerdo con el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, ALBA es un organismo ejecutivo que se encarga de promover, organizar y planificar políticas de acuerdo con el alcance del ALBA, beneficiando especialmente a personas de bajos recursos que nunca recibieron atención médica. Entre ellos, se incluye la atención a personas

con discapacidad en situación de desamparo. En el marco de la XVI Cumbre, celebrada el 14 de diciembre de 2004, se identificaron los logros alcanzados por el proyecto de colaboración y complementación política, social y económica entre países de América Latina y el Caribe. ALBA (2018) señala que:

El Estudio Clínico Genético Psicosocial de Personas con Discapacidad ha identificado a más de 1 millón de personas desprotegidas en seis países del ALBA. Se han entregado una cifra casi similar de ayudas técnicas, como prótesis, y se han ofrecido más de 2 millones de consultas. Así mismo, surge un programa que enfatiza los aspectos políticos y sociales de la integración, al menos según los documentos que expresan la configuración de un modelo anticapitalista e imperialista que incorpora la cooperación sobre acciones unilaterales. (p. 5)

Por último, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), un proceso de integración creado en 2008 incluye a Ecuador en su plan de desarrollo para la inclusión laboral de personas con discapacidad. En este contexto, en 2017 se llevó a cabo en Ecuador el III Foro de Participación Ciudadana, donde participó la Comisión de Discapacidad del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil de la UNASUR. Durante el foro, se solicitó al Consejo Suramericano de Desarrollo Social la creación de un Consejo Consultivo Permanente que integrara a diversos actores sociales con discapacidad (Theiler, 2012). El objetivo de este órgano es dar seguimiento a las políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad en todos los países miembros de UNASUR. De acuerdo con los sistemas democráticos promovidos, es esencial consensuar un espacio de apoyo para reconocer plenamente los derechos de las personas con discapacidad (Theiler, 2012). Según Sánchez (2018), la inclusión de oportunidades es “la consolidación de identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de los derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar la ciudadanía suramericana” (p. 30).

Lo que lleva a comprender de este estudio es que, sin duda, ha sido un proceso largo y costoso homogeneizar los avances de los diversos grupos

subregionales en el desarrollo y fortalecimiento de todos los procesos de integración regional. Sin el liderazgo de uno o más Estados Parte, el proceso de integración en América Latina seguirá enfrentando las mismas dificultades que han afectado a las personas con discapacidad hasta hoy. Se requiere que algunos Estados impulsen y lideren el proceso a pesar de todas las dificultades. En ese sentido, se compara con los procesos de integración regional de América Latina con la Unión Europea (UE), que sirve como guía para alcanzar nuevas estrategias políticas, económicas, laborales y geopolíticas. Según la Comisión Europea (2020), la UE es “una asociación económica y política formada por 27 países de Europa que han delegado parte de su soberanía en instituciones comunes para tomar democráticamente decisiones sobre asuntos de interés común” (p. 1). Por otro lado, Santiago Gastaldi (2019) considera que:

En la actualidad, la UE constituye el bloque más avanzado de integración en el mundo, aunque alcanzar dicho nivel de integración no fue un proceso rápido ni sencillo. Así, desde finales de la década de los sesenta, se constata un constante esfuerzo por parte de los países europeos por reforzar los vínculos políticos existentes entre ellos y avanzar en la creación de un espacio económico y monetario de alta integración que hoy por hoy los ha hecho un bloque sólido. (p. 50)

En relación con el tema de la inclusión laboral, la Unión Europea (UE) promueve la inclusión activa y la plena participación laboral y económica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, protegiéndolas de la discriminación y la violencia. Al igual que los procesos de integración en América Latina, la UE es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los Tratados de la Unión obligan a la UE a promover políticas que aborden los derechos y las necesidades de las personas con discapacidad. Según la Estrategia 2021-2030 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, anclada en la Convención de las Naciones Unidas y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, se establecen iniciativas concretas para garantizar que las personas con discapacidad puedan:

1. Disfrutar del mismo derecho a la libre circulación que las demás personas. La tarjeta de estacionamiento de la UE y la tarjeta europea de discapacidad, que ya se han puesto a prueba en ocho Estados miembros, facilitan el reconocimiento mutuo de la condición de discapacidad y de los derechos entre los países de la UE.
2. Participar mejor en el mercado laboral a través de medidas específicas para mejorar sus oportunidades de empleo; además de vivir de forma independiente, donde quieran y con quien elijan. El centro de recursos “Accesible UE” contribuirá a mejorar el acceso al transporte, a los edificios, a la información, a los medios audiovisuales, a las comunicaciones y a las tecnologías.
3. En la sociedad y la economía, estar protegidas contra la discriminación y la violencia. El objetivo de la estrategia es también garantizar la igualdad de oportunidades en materia de justicia, educación, cultura, deporte y turismo, así como el acceso a estos ámbitos. (p. 4)

En los últimos años, una serie de iniciativas y actos legislativos de la UE han contribuido a mejorar la vida de las personas con discapacidad en Europa. El Acta Europea de Accesibilidad (2022) establece que “existen requisitos vinculantes para la accesibilidad de determinados productos y servicios clave y también existen normas específicas para garantizar la protección frente a la discriminación, así como la igualdad de trato en el empleo y la ocupación” (p. 2). Para finalizar, el Día Europeo de las Personas con Discapacidad, que se celebra a principios de diciembre cada año, ayuda a captar la atención del público en general sobre las cuestiones relacionadas con la discapacidad.

Cada año, el Premio Ciudad Accesible recompensa a una ciudad que ha hecho grandes esfuerzos por ser más accesible. Esto demuestra que la Unión Europea es un proceso de integración más sólido y con más componentes que contribuyen a la inclusión de las personas con discapacidad no solo en el ámbito social, sino también en el laboral, económico y en otros campos necesarios para el libre desarrollo de una vida digna.

CONCLUSIONES

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad ha establecido un precedente normativo clave para la protección y promoción de los derechos laborales de las personas con discapacidad en América Latina. Este marco ha impulsado a los Estados Parte a desarrollar legislación interna para garantizar el derecho al trabajo y la inclusión laboral de este grupo. En Ecuador, se han logrado avances significativos desde la promulgación de la Constitución de 2008, con leyes y políticas como el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Discapacidades que han establecido requisitos y porcentajes de contratación más altos en comparación con países vecinos como Chile y Colombia.

Sin embargo, a nivel de integración regional en América Latina, la ausencia de una normativa unificada ha limitado la capacidad de los países para coordinar y maximizar oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Procesos de integración como la Comunidad Andina de Naciones (CAN), MERCOSUR, ALBA y UNASUR han implementado políticas y programas que buscan promover la inclusión, pero estos esfuerzos han sido fragmentarios y han enfrentado desafíos como ineficacias en la organización de mercados y falta de inversión.

En contraste, la Unión Europea (UE) ha establecido un modelo avanzado de integración regional con políticas robustas para la inclusión de personas con discapacidad. La UE ha implementado la Estrategia 2021-2030 y el Acta Europea de Accesibilidad, promoviendo la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y la protección contra la discriminación. El Día Europeo de las Personas con Discapacidad y el Premio Ciudad Accesible destacan el compromiso de la UE con la inclusión integral, abarcando aspectos laborales, económicos y sociales.

El estudio muestra que, aunque Ecuador ha desarrollado una normativa interna sólida para la inclusión laboral, la falta de una guía o tratado internacional común en América Latina limita la efectividad y cohesión de los esfuerzos regionales. Los países latinoamericanos pueden beneficiarse

de seguir el ejemplo de la UE en términos de políticas coordinadas y estrategias inclusivas, fortaleciendo sus marcos normativos y promoviendo la cooperación regional para mejorar la inclusión y las oportunidades laborales para personas con discapacidad. La estabilidad económica y jurídica dependerá de la solidez y coherencia en la implementación de estas políticas, asegurando así un entorno laboral inclusivo y digno para todas las personas.

REFERENCIAS

- Alianza Bolivariana para los pueblos de America. (2004). Historia del ALBA-TCP. Obtenido de <https://www.albatcp.org/historia/>
- Altman, J. (2012). *América Latina: caminos de la integración regional*. 1ª. ed. CLACSO.
- Ariza, J. (13 de diciembre de 2021). Alcance de la Alianza. Obtenido de <https://mppre.gob.ve/2021/12/13/albatcp-17-consolidando-logros-regionales/>
- Asamblea Constituyente. (2008). Sección sexta- Personas con discapacidad. ACE.
- Banco Mundial. (3 de abril de 2023). La inclusión de la discapacidad. Obtenido de <https://www.bancomundial.org/es/topic/disability#:~:text=Asociados-,El%2015%20%25%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20mundial%2C%20es%20decir%2C%201000,en%20los%20pa%C3%ADses%20en%20desarrollo>
- Bermúdez, Á. (30 de abril de 2018). Por qué en América Latina no ha habido una integración regional como en la Unión Europea. *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/>
- Biel Portero, I. (2019). Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo [Tesis Doctoral]. Universitat Jaume I.
- Briceño Pazmiño, L. (2021, 17 de julio). ¿Qué es la Comunidad Andina de Naciones (CAN)? *GK*. <https://gk.city/2021/07/17/que-es-can-comunidad-andina-naciones/>
- Código del Trabajo. (2012). De las obligaciones del empleador y del trabajador. CES.

- Comisión Económica para América Latina. (2014). *Integración regional: hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas*. SocialStudies.
- Comisión Europea. (2021). Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030. Obtenido de: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es>
- Comisión Europea. (marzo de 2022). La Unión Europea. Obtenido de https://op.europa.eu/webpub/com/eu-what-it-is/es/#chapter2_142
- Compendio de Normas de la Comunidad Andina. (2017). *De la Comunidad Andina y el Sistema Andino de integración*. Colección Andina.
- Consejo de Participación Ciudadana. (2012). Foro de Participación Ciudadana UNASUR. CPC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (23 de junio 2021). Sentencia No. 1342-16-EP/21.
- Departamento de Derecho Internacional. (1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Fundación PRODIS. (marzo de 2023). Autonomía personal de las personas con Discapacidad Intelectual. Obtenido de <https://prodis360.org/autonomia-personal-de-las-personas-con-discapacidad-intelectual/>
- Gataldi, S. (2013). La creación de la Unión Europea y sus principales instituciones. *Ciencias económicas*, 10(2), 49-72. <https://doi.org/10.14409/ce.v2i15.4267>
- Godoy, F. (2019). Derecho a la inclusión laboral y trabajo digno para las personas con discapacidad [Tesis de licenciatura]. Universidad Central del Ecuador. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/8941>

- Heras, V. (2018). Inclusión laboral de personas con capacidades diferentes perspectiva ecuatoriana. *Palermo Business Review*, (18), 101-109. https://www.palermo.edu/economicas/cbrs/pdf/pbr18/PBR_18_05.pdf
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de la investigación holística*. Fundación Sygal.
- Imacaña, S. y Villacreces, J. (2022). La inclusión laboral de las personas con discapacidad en el Ecuador. *Revista sociedad y tecnología*, 5(S1), 170-183. <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.241>
- Ministerio del Trabajo. (2022). *Guía de Derechos Humanos, Inclusión Laboral y Buenas Prácticas para las Personas con Discapacidad*. Ministerio del Trabajo. <https://procuraduria.utpl.edu.ec/NormativaExterna/GUIA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20INCLUSION%20LABORAL%20Y%20BUENAS%20PRACTICAS%20PARA%20LAS%20PERSONAS%20CON%20DISCAPACIDAD.pdf>
- Lerman Alperstein, A., (1997). El regionalismo abierto: Mercosur. *Política y Cultura*, (8), 353-365. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26700817>
- Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013). Personas con discapacidad. Disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52081>
- Ley Orgánica de Discapacidades. (2012). Inclusión laboral. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Acción de protección. Asamblea Nacional.
- Mercado Común del Sur. (2010). Modelo de integración regional. MERCOSUR. Obtenido de <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>

- Ministerio de Desarrollo Social de Chile. (2017). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Inclusión laboral para las personas con discapacidad. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1103997>
- Oficina Internacional del Trabajo. (2008). OIT Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo núm. 159 y la Recomendación núm. 168. Obtenido de: <https://www.ilo.org/es/publications/oit-convenio-sobre-la-readaptacion-profesional-y-el-empleo-personas>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. ONU <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/agenda2030/>
- Organización de los Estados Americanos. (2001). Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. OEA.
- Organización de los Estados Americanos. (2019). Programa de Acción del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad. Secretaría de Asuntos Jurídicos. OEA.
- Ortiz, M. C. (2021). La inclusión laboral de las personas con discapacidad. Quito.
- Reyes Ruiz, L. y Alvarado, C. (2020). *Investigación documental*. Universidad Simón Bolívar.
- Salazar Escorcia, L. (2020). Investigación Cualitativa: Una respuesta a las Investigaciones Sociales Educativas. *Cienciamatria*, 6(1), 10-110. <https://doi.org/10.35381/cm.v6i1.1327>
- Sánchez Gavi, C. (2018). *Construcción de la identidad suramericana a partir de la cooperación en la UNASUR*. Instituto de Altos Estudios Nacionales. <http://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/4905>
- Stang Alva, M. (2011). *Las personas con discapacidad en América Latina*. Publicaciones Naciones Unidas.

- Unión de Naciones Suramericanas. (2008). Modelo de integración regional. Obtenido de UNASUR: <https://parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4503/1/parlasur/unasur.html>
- Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista Empresa Y Humanismo*, 15(1), 115-136. <https://doi.org/10.15581/015.15.4179>
- Corte Constitucional. (23 de junio de 2021). Vulneración a los derechos a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad material de una persona con discapacidad. 1342-16-EP.
- Theiler, E. (2012). *Estado y sociedad civil: La participación ciudadana en los procesos de integración latinoamericanos*. Eduvim.

RFJ REVISTA FACULTAD
DE JURISPRUDENCIA

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) es una publicación científica digital de carácter bianual de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Aborda temas desde una perspectiva analítica y crítica. Promueve el estudio del derecho como fenómeno social desde las distintas disciplinas científicas, así como el trabajo de equipos multidisciplinarios. Busca conectar el trabajo de investigadores e investigadoras a nivel regional e internacional. Incluye artículos originales (dossier y sección abierta), además de traducciones originales, reseñas de libros y entrevistas.

Se encuentra dirigida a docentes, investigadores e investigadoras de la comunidad académica internacional interesados y comprometidos con generar y compartir abierta y éticamente conocimiento científico de calidad con impacto global y regional.

RFJ