

ISSN: 2588-0837

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

NO. 17

VOLUMEN 2025



CONFLICTOS ENTRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Revista Facultad de Jurisprudencia - RFJ

e-ISSN 2588-0837

DOI.: <https://doi.org/10.26807/rfj>

Fundada en 2017

Periodicidad semestral

V 2025- No. 17, 128 págs.

enero - junio 2025 Quito- Ecuador

Comité de asesores:

- David Fabio Esborraz, Ph. D. (Italia) – Comité de Asesores – Primo ricercatore (Senior Researcher) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) de Italia.
- Jorge Agudo González, Ph. D. (España) – Comité de Asesores – Universidad Autónoma de Madrid.
- Dra. Eva María Blázquez Agudo (España) – Comité de Asesores – Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Lorenzo Bujosa Vadell, Ph. D. (España) – Comité de Asesores – Catedrático (Full Professor) de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca (España).
- José Antonio Chamorro y Zarza, Ph. D. (España) – Comité de Asesores – Doctor en Derecho Cum Laude por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Salamanca.
- Dr. José Luis Colino Mediavilla (España) – Comité de Asesores – Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR).
- Miguel De Haro Izquierdo, Ph. D. (España) – Comité de Asesores – Profesor Permanente Laboral (Acr. Profesor Titular) Universidad Complutense. Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil, Financiero y Tributario.
- Alex Valle Franco, Ph. D. (Ecuador) – Comité de Asesores – PUCE.
- Patricio Lazo González, Ph. D. (Chile) – Comité de Asesores – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- José Ignacio Sánchez Macías, Ph. D. (España) – Comité de Asesores – Prof. Dr. José Ignacio Sánchez Macías. Director del Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas. Universidad de Salamanca – España.
- Patricia Toledo Zúñiga, Ph. D. (Chile) – Comité de Asesores – Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Equipo Editorial:

- David Cordero-Heredia – **Editor Jefe**
- Camila Cedeño Dávila – **Directora Editorial**
- Paulina Criollo Apunte – **Supervisora Editorial**
- Camila Cabrera Sánchez – **Coordinadora Editorial**

Soporte técnico y Diagramación:



Acceso en línea: <https://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj>

La responsabilidad de los artículos aquí publicados compete a los autores mismos. Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito sin la autorización escrita de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador®

SUMARIO

Sección I: Dossier

Tensiones entre el sistema de protección de inversiones internacionales, la soberanía estatal y los derechos | Tensions between the international investment protection system, state sovereignty, and human rights. **04**

Julio-Marcelo Prieto-Méndez

Disputas arbitrales complejas de construcción | Complex Construction Arbitration Disputes **26**

Lenin Navarro-Moreno

The Case of Chilean Health Insurers [ISAPRES]: Jurisprudential Considerations on a Potential International Arbitration linked to Human Rights | El caso de las aseguradoras de salud chilenas (ISAPRES): consideraciones jurisprudenciales sobre un posible arbitraje internacional vinculado a los derechos humanos **40**

Patricio Cury-Pastene

Sección II: Sección abierta

Suficiencia y corrección motivacional: análisis crítico de garantía de la motivación | Sufficiency and Motivational Accuracy: A Critical Analysis of the Guarantee of Reasoning **51**

Fernando Bajaña-Tovar

El principio precautorio y la IA: una ausencia Normativa en Ecuador | The precautionary principle and AI: a regulatory absence in Ecuador **78**

Bryan-David Díaz-Alava | Thalia Cevallos-Palma

Omisión propia en posición de garante: señales de una mixtura dogmática-legislativa | Proper omission in position of guarantor: signs of a dogmatic-legislative mixture **86**

Bairon-Iván Espinoza-Guillén

Los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el Consejo de La Judicatura De Pichincha | The rights of pregnant and breastfeeding women in the Consejo de La Judicatura De Pichincha **98**

Gabriela-Anahí Robalino Lucero

Descripción del Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE-Q (CJG-PUCE-Q): elementos de gestión y formación profesional | Description of the "Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE-Q" (CJG-PUCE-Q): management elements and professional training **123**

Vivian-Tatiana Escobar-Haro

Dossier

Tensiones entre el sistema de protección de inversiones internacionales, la soberanía estatal y los derechos

Tensions between the international investment protection system,
state sovereignty, and human rights

Julio-Marcelo Prieto-Méndez  

Coordinador del Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) - Ecuador

Resumen

Este artículo examina las tensiones estructurales entre los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), la soberanía estatal y los derechos humanos, argumentando que el sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS) prioriza los intereses corporativos sobre el bienestar público y la gobernanza democrática. Mediante un análisis jurídico crítico y estudios de casos comparativos —como *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Alemania* y *Copper Mesa vs. Ecuador*—, el estudio revela cómo los tribunales ISDS pueden debilitar los sistemas judiciales nacionales, invalidar sentencias domésticas y disuadir a los Estados de implementar regulaciones en materia de salud, sostenibilidad ambiental y derechos indígenas. Los hallazgos destacan problemas sistémicos, como el efecto paralizante (*regulatory chill*), las dinámicas de poder asimétricas a favor de los inversores y la aplicación retroactiva de tratados para proteger a las corporaciones de responsabilidades. El análisis subraya la incompatibilidad de los TBI con los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente en casos de degradación ambiental o crisis de salud pública. El artículo concluye abogando por reformas radicales, incluyendo la abolición del ISDS, la inclusión de cláusulas vinculantes de derechos humanos en los tratados de inversión y el avance de iniciativas multilaterales como el Tratado Vinculante de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. Al centrar las voces de las comunidades afectadas y enfatizar la relevancia global de estos conflictos, este trabajo llama a reimaginar un orden económico internacional que priorice la justicia, la equidad y la primacía de los derechos humanos sobre el lucro corporativo.

Palabras clave: Tratados Bilaterales de Inversión (TBI); Solución de Controversias Inversionista-Estado; efecto paralizante; responsabilidad corporativa; derechos humanos; justicia ambiental.

Abstract

This article examines the structural tensions between Bilateral Investment Treaties (BITs), state sovereignty, and human rights, arguing that the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) system prioritizes corporate interests over public welfare and democratic governance. Through a combination of critical legal analysis and case studies—including *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Germany*, and *Copper Mesa vs. Ecuador*—the study reveals how ISDS tribunals are able to undermine national judicial systems, invalidate domestic rulings, and deter states from enacting regulations to protect health, environmental sustainability, and Indigenous rights. Key findings highlight systemic issues such as regulatory chill, asymmetrical power dynamics favoring investors, and the retroactive application of treaties to shield corporations from accountability. The analysis underscores the incompatibility of BITs with international human rights frameworks, particularly in cases involving environmental degradation or public health crises. The article concludes by advocating for radical reforms, including the abolition of ISDS, the integration of binding human rights clauses into investment treaties, and the advancement of multilateral initiatives like the UN Binding Treaty on Business and Human Rights. By centering the voices of affected communities and emphasizing the global relevance of these conflicts, this work calls for a reimagined international economic order that prioritizes justice, equity, and the primacy of human rights over corporate profit.

Keywords: Bilateral Investment Treaties (BITs); Investor-State Dispute Settlement (ISDS); regulatory chill; corporate accountability; human rights; environmental justice

Introducción

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) han emergido como pilares del derecho internacional económico, promoviendo la protección de inversiones extranjeras mediante cláusulas que permiten a las corporaciones transnacionales demandar a Estados ante tribunales arbitrales privados. Sin embargo, estos mecanismos —encarnados en el sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS)— han tenido un impacto en la soberanía jurídica de los Estados, priorizando la protección de inversiones sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Este artículo demuestra que este fenómeno no es incidental, sino estructural: la protección de inversiones establece un sistema jurídico paralelo a las jurisdicciones nacionales, enfocado exclusivamente en la protección del inversionista extranjero.

El problema de fondo es que este sistema paralelo antepone el derecho del inversionista por sobre la capacidad de los Estados de legislar, juzgar y reparar violaciones de derechos humanos cometidas por actores privados, lo cual, en el caso ecuatoriano, provoca una contradicción normativa con la Constitución, que en su artículo 11 establece que: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en esta Constitución”*. El hecho de que los TBI demandan que el Estado ecuatoriano cumpla con sus laudos ha resultado en la subordinación de los derechos humanos ante el ISDS. Esto refleja una jerarquía normativa invertida, donde el derecho internacional económico prevalece sobre la Carta Magna, aunque ésta dispone de manera expresa una jerarquía suprema de los DDHH.

El caso Chevron-Texaco en Ecuador ilustra esta dinámica al pie de la letra. En 2011, tras un proceso judicial que inició en 1993, las cortes ecuatorianas condenaron a Chevron a pagar aproximadamente USD 9 600 millones por contaminar la Amazonía y vulnerar los derechos de sus habitantes mientras operaba entre 1972 y 1990. No obstante, un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje de la Haya (PCA), actuando bajo un TBI firmado entre Ecuador-EE.UU. en 1997, declaró la sentencia «inejecutable» y ordenó al Estado ecuatoriano bloquear su cumplimiento. Este desenlace no solo ordena invalidar una decisión judicial nacional avalada por cuatro instancias, sino que expuso una contradicción normativa: los TBI, diseñados para proteger inversiones, pueden convertirse en herramientas para evadir responsabilidades por violaciones de derechos humanos.

Este conflicto normativo no es aislado. En *Vattenfall vs. Alemania* (2012), la empresa energética sueca demandó al Estado alemán por USD 6 000 millones tras la decisión de eliminar progresivamente la energía nuclear, alegando que la política ambiental afectó sus «expectativas legítimas de ganancia». En *Philip Morris vs. Uruguay* (2016), la empresa cuestionó las regulaciones de salud pública contra el consumo de cigarrillo bajo el TBI Suiza-Uruguay, obligando al Estado a gastar fuertes sumas de dinero en su defensa. Estos casos revelan un patrón sistémico: los TBI limitan la capacidad de las cortes nacionales y de los gobiernos para actuar como garantes últimos de derechos fundamentales, subordinando su autoridad a tribunales arbitrales que carecen de mandato para proteger intereses públicos.

Aunque las corporaciones controladas por inversionistas extranjeros están sometidas al foro local, el ISDS las puede liberar de su obligación de someterse ante un foro nacional o independiente, como sucedió en el caso Chevron, en Ecuador. En este caso el Tribunal arbitral, mediante un proceso que fue secreto para las víctimas de la contaminación, declaró que las pruebas científicas de contaminación no eran relevantes para determinar el fraude procesal.¹ Levin, y otros, explican que los problemas estructurales no pueden resolverse con mecanismos diseñados por los mismos responsables de las violaciones. Levin se refiere al cambio climático, pero podemos notar que el mismo fenómeno ocurre con la responsabilidad corporativa transnacional: “Para abordar “wicked problems” como el cambio climático, se deben idear soluciones que no dependan de los compromisos voluntarios de los mismos actores responsables de su creación” (Levin, 2021, p.25).

Los TBI crean un sistema jurídico paralelo que no solo limita la capacidad regulatoria de los Estados, sino que favorece la impunidad corporativa al tener la capacidad de invalidar decisiones judiciales nacionales y limitar la capacidad de establecer políticas públicas por parte de los gobiernos. Este sistema, según

1 Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador, Laudo Arbitral emitido el 30 de agosto de 2018, Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23)

Schneiderman (2008), refleja una arquitectura jurídica que prioriza la protección del capital transnacional frente a los derechos humanos. Este artículo busca demostrar que los TBI, a través de mecanismos como el ISDS, inhabilitan a los gobiernos y las cortes nacionales para garantizar derechos humanos frente a abusos corporativos. Para ello, se plantean tres objetivos específicos:

- **Estudiar del marco jurídico de los TBI** para evidenciar cómo sus cláusulas —en particular, el ISDS— subvierten la jurisdicción nacional. Se analizará cómo tribunales arbitrales, compuestos mayoritariamente por abogados corporativos, pueden reinterpretar el derecho interno para favorecer a inversores.
- **Analizar casos paradigmáticos** que ilustren la colisión entre TBI y derechos humanos. *Chevron vs. Ecuador*: anulación de una sentencia nacional por contaminación ambiental; *Vattenfall vs. Alemania*: demandas por políticas públicas ambientales; *Copper Mesa vs. Ecuador*: criminalización de protestas indígenas mediante arbitraje; *Lone Pipe vs. Canada*: efecto paralizante.
- **Identificar patrones sistémicos de impunidad corporativa**, demostrando que los TBI operan como instrumentos para evadir responsabilidades legales, incluso en casos de violaciones graves de derechos humanos.

Para cumplir estos objetivos, el artículo emplea los conceptos acuñados por Harten (2007) y Perrone (2016) para definir lo que se entiende por *subvertir la jurisdicción nacional* y *patrones sistémicos*, que pretenden ser identificados en este trabajo. En el primer caso, tenemos que subvertir la jurisdicción nacional fue definido como un proceso mediante el cual los TBI y el ISDS desplazan la autoridad de los tribunales nacionales, reemplazándola con un sistema arbitral privado que prioriza los intereses corporativos (Van Harten, 2007). Para identificar si estamos ante un fenómeno de esta naturaleza se utilizan los siguientes criterios de identificación: invalidación de sentencias judiciales nacionales por tribunales arbitrales (ej. *Chevron vs. Ecuador*); imposición de estándares internacionales que reinterpretan el derecho interno (Schneiderman, 2008: ‘constitucionalización neoliberal’); exclusión de víctimas y actores locales en procesos arbitrales (Sornarajah, 2015: ‘violencia epistémica’).

En el segundo caso, patrón sistemático, se define como la repetición estructurada de prácticas que favorecen a inversores, erosionando la soberanía estatal (Perrone, 2016). Como criterios de identificación utilizaremos la recurrencia de casos similares: demandas por políticas ambientales (*Vattenfall vs. Alemania*), salud pública (*Philip Morris vs. Uruguay*), o conflictos comunitarios (*Copper Mesa vs. Ecuador*); el efecto acumulativo: *regulatory chill* documentado en estudios (UNCTAD, 2021) que señalan que el 14% de Estados evitan regulaciones por miedo a ISDS; y la Asimetría normativa: TBI omiten obligaciones corporativas mientras amplían derechos de inversores (Tan, 2015).

En el plano empírico, se aplican dos enfoques metodológicos complementarios:

Análisis Crítico del Derecho (ACD)

Mediante el ACD, se deconstruirán textos jurídicos clave —TBI, laudos arbitrales y sentencias nacionales— para revelar las estructuras de poder que los sustentan. Este enfoque, inspirado en teóricos como David Kennedy y Martti Koskenniemi, permite cuestionar la neutralidad del derecho internacional económico y exponer su sesgo pro corporativo. Por ejemplo, se examinará cómo el laudo en *Chevron vs. Ecuador* (PCA, 2018) invocó el concepto de «denegación de justicia» para deslegitimar una sentencia judicial interna, aun cuando esta fue respaldada por múltiples instancias.

Estudio comparativo de casos

Este artículo emplea una metodología mixta: (1) *análisis cualitativo de casos emblemáticos* (*Chevron**, *Vattenfall*), seleccionados por su relevancia en derechos humanos y (2) *análisis cuantitativo* basado en la base de datos de la UNCTAD (2023), que abarca 1 223 casos ISDS para capturar el ‘efecto paralizante’. Los criterios de selección, basados en la clasificación de la UNCTAD (2023) excluyen casos comerciales sin impacto en políticas públicas.

Es así que, el análisis comparativo de casos en esta investigación adquiere ciertos matices especiales,

pues, analizar solo casos donde los Estados pierden ignora que el 42% de los laudos favorecen total o parcialmente a los Estados. Nicolás Perrone (2020) argumenta que las estadísticas oficiales omiten casos retirados por presión corporativa, ya que *el efecto paralizante* no se refleja en los datos de laudos, sino en los miles de casos no presentados donde Estados retroceden ante amenazas (Perrone, 2020). Perrone también coincide en que el miedo a demandas ISDS disuade regulaciones, incluso si los Estados ganan la mayoría de los casos (*Ibíd.*). Es decir, es necesario diferenciar entre los casos presentados: Aquellos que llegan a un laudo (ej: *Chevron vs. Ecuador*); los casos retirados: demandas archivadas por acuerdo (ej: *Lone Pine vs. Canadá*) y el efecto disuasorio: regulaciones no implementadas por amenazas (ej: moratoria a impuestos digitales en Kenia, 2020).

En 2020, la UNCTAD reportó que un 65% de los casos ISDS conocidos hasta entonces habían concluido. Mientras que la UNCTAD (2021) advierte sobre la opacidad del sistema ISDS, donde solo el 15% de los laudos son públicos y urge a reformas para garantizar transparencia, especialmente en casos que afectan el interés público. Las críticas a la opacidad del ISDS en el informe se centran en asimetrías de información entre Estados e inversionistas y en los riesgos para el interés público al no conocer los términos de los acuerdos. Algunos estudios académicos (como los de *Pia Eberhardt* o *Corporate Europe Observatory*) han señalado que la mayoría de los acuerdos son confidenciales,

El informe *ICSID Caseload Statistics (2025-1)* al 31 de diciembre de 2024 indica que se han registrado un total de 1022 casos de arbitraje entre inversionistas y estados. Según este informe (Chart 16) el 66% de disputas son resueltas mediante laudo, de los cuales solamente el 49% (Chart 18) son favorables a los inversionistas. Sin embargo, aunque los laudos no muestran un sesgo claro a favor de los inversionistas, el alto porcentaje de casos resueltos extrajudicialmente (34%) podría ocultar una tendencia pro-inversionista en acuerdos confidenciales.

Es importante recalcar que el informe no revela si los acuerdos confidenciales incluyen compensaciones a inversionistas o concesiones estatales, por lo que no es posible analizar de un modo concluyente si los Estados prefieren acuerdos privados para evitar precedentes legales adversos. Esto quiere decir que, si consideramos los laudos contrarios a los estados y, además, los que resuelven de manera privada, los datos del ICSID muestran que *la mayoría de los casos no terminan en laudos favorables a inversionistas*, pero la opacidad de los acuerdos privados impide confirmar un sesgo sistémico.

Debido a este contexto y el sesgo estadístico que se presenta al analizar solamente los resultados de los casos que tienen un laudo final y definitivo. Este trabajo opta por un análisis cualitativo, por lo que se analizarán cuatro casos emblemáticos para identificar patrones comunes que ilustran cada uno de los defectos que la teoría crítica atribuye al ISDS:

1. *Chevron vs. Ecuador*: anulación de una sentencia nacional por contaminación ambiental.
2. *Vattenfall vs. Alemania*: uso del ISDS para desafiar políticas ambientales.
3. *Copper Mesa vs. Ecuador*: criminalización de la resistencia comunitaria mediante arbitraje.
4. *Lone Pine vs. Canada*: efecto paralizante

Mediante estos casos se pretende demostrar que los TBI tiene la capacidad de crear un sistema jurídico paralelo que puede limitar la capacidad regulatoria de los Estados y favorecer la impunidad corporativa. Para esto se utilizan indicadores particulares que permiten la verificación de ciertos hitos, como el uso de TBI de manera retroactiva, la existencia de demandas contra políticas ambientales, la criminalización de resistencia indígena, y el efecto paralizante (*regulatory chill*). Como se explica más adelante, no se trata de un simple análisis estadístico porque los datos ocultan muchas realidades.

En los casos seleccionados se procederá a considerar cuatro criterios principales, aunque con ciertas variaciones, dependiendo del caso. Los criterios son: transparencia (grado de acceso público a documentos y audiencias), resultado del laudo (grado de acceso público a documentos y audiencias), impacto regulatorio (efecto en políticas públicas (ej. ambiental, salud) y asimetría normativa (contraste entre derechos de inversores y obligaciones). Aunque reconocemos que estos casos emblemáticos no representan la totalidad del sistema, son un buen reflejo de los principales problemas que se presentan. La comparación permitirá demostrar que, independientemente del contexto regional o sector económico, los TBI pueden generar un efecto paralizante (*regulatory chill*) que es capaz de disuadir a los Estados de legislar en favor del interés público. Adicionalmente,

hacemos notar que estos casos son representativos de los distintos tipos de resultados que se pueden obtener ante el ISDS, del siguiente modo:

Resultado	Porcentaje	Ejemplo Representativo
A favor del inversor	32,5%	<i>Vattenfall vs. Alemania</i>
A favor del Estado	33,5%	<i>Philip Morris vs. Uruguay</i>
Acuerdos/Retiros	34%	<i>Lone Pine vs. Canadá</i>

Lo mismo sucede si analizamos los resultados por los sectores que han sido demandados:

Sector	Porcentaje	Caso Emblemático
Energía	32%	<i>Chevron vs. Ecuador</i>
Minería	28%	<i>Copper Mesa vs. Ecuador</i>
Tabaco	10%	<i>Philip Morris vs. Australia</i>
Salud/Medio Ambiente	8%	<i>Eli Lilly vs. Canadá</i>

En relación con los casos retirados por presión o negociación, tenemos que un porcentaje estimado del 34% del total de casos son retirados antes de llegar a una decisión final, como por ejemplo sucedió con *Lone Pine vs. Canadá* (2013), con una retirada tras 7 años, pero Quebec mantuvo su moratoria al *fracking*; o bien el caso *OceanaGold vs. El Salvador* (2016), en el cual El Salvador ganó, pero gastó fuertes sumas en su defensa. Por último, debe considerarse las Amenazas No Registradas (Estudio IISD, 2021), que indican que, por cada caso presentado, hay varias amenazas no registradas, como sucedió cuando Colombia intentó regular el precio del medicamento imatinib (usado contra el cáncer), producido por Novartis y AbbVie. Las empresas y el gobierno de EE.UU. ejercieron presión, incluyendo amenazas de demandas bajo el TLC (Tratado de Libre Comercio), aunque no se materializaron en un arbitraje formal.

UNCTAD (2022) explica sobre el impacto en Políticas Climáticas, pues según encuesta a funcionarios de 60 países, un 14% evitaron regulaciones ambientales por miedo a ISDS. Actualmente se conoce de Demandas por Transición Energética, como el caso *RWE vs. Países Bajos* (2021) por eliminar carbón, en el que el Monto reclamado asciende a USD 1,4 mil millones.

Es decir, existe un subregistro de amenazas evidente en los datos oficiales, pues las estadísticas no capturan casos disuadidos antes de presentarse. Del mismo modo sucede con la confidencialidad de los acuerdos, opacando el impacto real del ISDS. Por último, tenemos un sesgo geográfico, pues el 70% de los casos involucran a inversores de la UE o EE.UU., ignorando dinámicas Sur-Sur.

En este contexto, cada uno de los casos seleccionados por ser simbólicos y representativos, se evaluará mediante un análisis de los TBI involucrados, los argumentos legales de las empresas y Estados, así como el impacto en la capacidad regulatoria nacional, mediante el uso de Teoría Crítica, es decir, se vincularán las prácticas arbitrales con estructuras de poder global (ej.: colonialismo, neoliberalismo). En este contexto se utilizarán como fuentes primarias y secundarias las siguientes. Primarias: textos de TBI, laudos arbitrales (PCA, CIADI), y sentencias nacionales. Secundarias: doctrina (Van Harten, Schneiderman, Sornarajah, Paulsson, Schreuer Franck; Born, Roberts, y otros) e informes de organismos internacionales (ONU, CIDH). Se resaltan los diálogos entre Van Harten vs. Paulsson, donde Van Harten enfatiza conflictos de interés en el arbitraje, mientras Paulsson destaca su flexibilidad para adaptarse a estándares de derechos humanos. Así también, Schneiderman vs. Schreuer, donde Schneiderman vincula los TBI al neoliberalismo, mientras Schreuer los ve como herramientas pragmáticas de diplomacia económica.

Esta metodología junto al marco teórico no solo busca exponer las fallas del sistema actual, sino también contribuir al debate sobre reformas estructurales que restablezcan el equilibrio entre protección de inversiones y derechos humanos.

Marco teórico: teorías y críticas del derecho internacional económico

El régimen de los TBI y el arbitraje inversionista-Estado (ISDS), han sido objeto de un escrutinio creciente desde la teoría crítica del derecho internacional económico. Este enfoque, lejos de aceptar la narrativa

dominante de neutralidad y eficiencia económica, desentraña las estructuras de poder que subyacen a estos instrumentos. **Gus Van Harten (2007) señala que** los TBI no son meros acuerdos técnicos, sino parte de un sistema de justicia privatizado, donde los árbitros, en su mayoría abogados corporativos (actores privados que ejercen un poder cuasi-judicial sin las salvaguardias propias de los sistemas judiciales públicos) que frecuentemente priorizan los derechos de los inversores sobre los intereses públicos. Esta privatización de la justicia, argumenta Van Harten, convierte a los Estados en rehenes de un marco legal que carece de las salvaguardas básicas de los sistemas judiciales nacionales, como la transparencia, la independencia y la rendición de cuentas (**Van Harten, 2007**).

Para Jan Paulsson (2013, p. 121), “los críticos del arbitraje inversionista-Estado subestiman la capacidad de los árbitros para resolver disputas complejas sin sesgos nacionales”. Este autor defiende la eficiencia del arbitraje frente a cortes estatales, la neutralidad de los árbitros y la necesidad de evitar la *judicialización* excesiva del sistema. Sin embargo, la crítica de Van Harten encuentra eco en **David Schneiderman (2008)**, quien conceptualiza los TBI como herramientas de constitucionalización neoliberal. Para Schneiderman, estos tratados operan como constituciones globales que *blindan* los derechos de las corporaciones, limitando la capacidad de los Estados para regular en áreas sensibles como el medio ambiente o la salud pública. En su obra *Constitutionalizing Economic Globalization*, Schneiderman argumenta que los TBI cristalizan un orden jurídico donde las ganancias corporativas se elevan a principio constitucional, mientras que los derechos humanos quedan relegados a cláusulas ambiguas y no exigibles (**Schneiderman, 2008**). Este fenómeno no es accidental, sino un diseño deliberado para consolidar un modelo económico que privilegia el capital sobre la democracia.

Schreuer (2011) rechaza la tesis de que los TBI sean constituciones globales, señalando que son acuerdos específicos que preservan soberanía estatal y cita ejemplos como Noruega, que asegura que demuestran que es posible equilibrar protección de inversiones y regulación ambiental. Sin embargo, en *Resisting Economic Globalization*, Schneiderman insiste en que el mero riesgo de demandas genera autocensura: “El efecto *paralizante* no requiere que los Estados pierdan casos; basta con que internalicen los costos potenciales de regular” (Schneiderman, 2013, p. 134).

Anthea Roberts (2017, p. 89) también señala que los Estados del Sur Global, como India, han renegociado TBI para incluir cláusulas de derechos humanos, demostrando que no son víctimas pasivas. Esta mención nos da la idea de que los países del Sur Global han adquirido capacidades de negociar TBIs con mayor sofisticación y en mejores condiciones. Sin embargo, esta dinámica adquiere matices más oscuros cuando se analiza desde una perspectiva poscolonial. **Sornarajah (2015)**, en su seminal *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, describe los TBI como instrumentos neocoloniales que perpetúan la dominación económica del Norte Global sobre el Sur. Además de esta crítica estructural, resulta relevante integrar perspectivas institucionalistas que ofrecen una visión distinta. Jeswald Salacuse argumenta que los TBI promueven la transparencia y el Estado de derecho (Salacuse, 2010) y Susan Franck (2007) sostiene que el ISDS no evidencia un sesgo sistemático a favor de los inversores, sino que es un mecanismo accesible para resolver disputas con reglas claras.

Susan D. Franck, especialista en arbitraje, sostiene que equiparar el ISDS con el imperialismo del siglo XIX es simplista. Enfatiza que países como India o Brasil han reformado sus TBI para equilibrar protección de inversiones y soberanía, demostrando capacidad de adaptación jurídica (Franck, 2011). Sin embargo, Sornarajah (2015) sostiene que el arbitraje internacional repite los patrones del imperialismo del siglo XIX, donde las potencias industriales imponían “tratados desiguales” a países periféricos para explotar sus recursos. Estas tensiones pueden también leerse como expresión de la fragmentación del derecho internacional. Koskenniemi (2006) advierte que los múltiples regímenes legales —comercio, derechos humanos, inversión— operan con racionalidades propias y sin una jerarquía clara, generando conflictos normativos. Esta fragmentación es parte de una gobernanza global policéntrica, donde los Estados ya no monopolizan la producción normativa (Young, 1999), lo cual debilita sus capacidades regulatorias frente a actores transnacionales.

Elaborando más sobre el por qué los países firman estos acuerdos, Lauge Poulsen sostiene que muchos Estados firmaron TBI por asimetrías informativas, no por coerción directa. Por ejemplo, países como Ecuador se adhirieron al CIADI en los años 2000 para atraer inversiones, aunque luego revisaron su postura al

percibir sesgos en el sistema (Poulsen, 2015, p. 78). Sin embargo, Sornarajah (2017), responde en *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, subrayando continuidades históricas: “Los TBI reproducen estructuras de poder colonial al permitir que corporaciones del Norte Global impongan términos a Estados periféricos”.

Como veremos más adelante, en el caso de Chevron en Ecuador, por ejemplo, un tribunal con sede en La Haya invalidó una sentencia nacional avalada por cuatro instancias judiciales, imponiendo una narrativa de “fraude” construida por la empresa. Para Sornarajah (2015), esto refleja una “violencia epistémica” donde el derecho internacional económico se convierte en un arma para silenciar las voces del Sur Global. El análisis casuístico se vuelve angular para comprender que el conflicto entre los TBI y los derechos humanos no es meramente teórico, sino que se manifiesta en tensiones normativas concretas. **Céline Tan (2015)** explora esta incompatibilidad en *Regulating International Investment*, argumentando que los TBI carecen de mecanismos efectivos para integrar obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Mientras los tratados exigen a los Estados garantizar “trato justo y equitativo” a los inversores, no incluyen cláusulas equivalentes para proteger la vida, la salud o el ambiente. En “*Regulating International Business: Human Rights, Corporate Accountability and Legal Pluralism*” (Tan, 2021, p. 132) analiza cómo los TBI marginan estándares de derechos humanos, señala:

La arquitectura de los TBI eleva los intereses corporativos a un estatus cuasi-constitucional, mientras que las normas de derechos humanos permanecen en la periferia, frecuentemente descartadas como aspiraciones no vinculantes.

En el análisis de casos veremos cómo Tan ilustra esta asimetría con el caso *Vattenfall vs. Alemania*, cuando el gobierno alemán decidió eliminar progresivamente la energía nuclear tras el desastre de Fukushima. Esta crítica se profundiza con el concepto de **Nicolas Perrone (2016)** sobre la «captura regulatoria» a través del arbitraje. En *Investment Treaties and the Legal Imagination*, Perrone demuestra cómo las corporaciones utilizan los TBI para redefinir los límites de la regulación estatal (**Perrone, 2016**). Los tribunales arbitrales, al interpretar cláusulas vagas como “expropiación indirecta” o “expectativas legítimas”, amplían constantemente los derechos de los inversores, mientras estrechan el margen de acción de los Estados. Para ilustrar este efecto, nos serviremos del caso *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), donde una minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de una zona indígena por violencia contra comunidades.

La teoría crítica, sin embargo, no se limita a deconstruir; también propone alternativas. **Van Harten y Schneiderman coinciden en que la solución radica en abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transparentes.** Sornarajah, más escéptico, aboga por un “nuevo derecho internacional económico” que priorice la justicia redistributiva sobre el lucro corporativo. Por su parte, Tan y Perrone insisten en la necesidad de incluir cláusulas de derechos humanos vinculantes en los TBI, siguiendo el modelo del Acuerdo de Escazú sobre acceso a la información ambiental. Deva profundiza sobre la necesidad de regulaciones obligatorias en derechos humanos, contraponiéndola a la falta de obligatoriedad en los TBI y el ISDS, resaltando que “[l]a naturaleza voluntaria de los mecanismos de responsabilidad social corporativa no ha logrado prevenir los abusos de los derechos humanos por parte de las corporaciones multinacionales. Un marco regulatorio vinculante es esencial para responsabilizar a las corporaciones (Deva, 2012, p. 45). En este diálogo teórico, surge una conclusión compartida por la teoría crítica: los TBI no son neutrales, sino vehículos de un proyecto político que consolida el poder corporativo a expensas de la soberanía estatal y los derechos humanos. Sintetizando a **Sornarajah (2015)**, tenemos que el derecho internacional económico no es un campo de juego nivelado, sino un campo de batalla donde los Estados débiles luchan por sobrevivir frente al asedio del capital transnacional. La tarea de la teoría crítica es revelar estas contradicciones normativas y reimaginar un sistema donde el derecho sirva a la justicia, no al poder.

Mecanismos jurídicos de los TBI que debilitan las Cortes Nacionales

El ISDS, piedra angular de los TBI, opera como un mecanismo jurídico paralelo que es capaz de socavar la autoridad de las cortes nacionales y del mismo gobierno local. Como mencionamos antes, **Gus Van Harten nos advierte que** el ISDS no es un simple instrumento de resolución de disputas, sino un “sistema de justicia privatizado” donde tribunales arbitrales, compuestos por abogados corporativos y sin control democrático,

reescriben las reglas del juego a favor de las empresas (**Van Harten, 2007**). Este fenómeno se materializa en tres mecanismos clave: (1) las cláusulas ISDS, (2) el efecto paralizante (*regulatory chill*) y (3) la invalidación de sentencias nacionales, todos los cuales convergen en un mismo fin: vaciar de contenido la soberanía jurídica de los Estados.

Varios estudios empíricos han intentado determinar si el sistema ISDS presenta un sesgo estructural hacia los inversionistas. Franck (2007), por ejemplo, encontró que los resultados de los arbitrajes no siempre favorecen a los inversores, cuestionando la percepción de parcialidad. Por su parte, Roberts (2017) sugiere que el sesgo no es únicamente procesal, sino epistémico: los árbitros operan desde marcos jurídicos y culturales dominantes que afectan su interpretación de neutralidad. En este contexto, es pertinente incorporar la propuesta normativa de John Ruggie (2011) y el enfoque regulatorio obligatorio de Surya Deva (2012). Ruggie, en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, propone una arquitectura de deberes basada en el deber estatal de proteger, la responsabilidad empresarial de respetar, y el acceso a reparación. Deva, por su parte, aboga por un tratado vinculante que supere el enfoque voluntario, argumentando que sin obligaciones jurídicas claras, las corporaciones seguirán actuando impunemente.

Cláusulas de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS)

Las cláusulas ISDS permiten a las corporaciones demandar a Estados ante tribunales arbitrales por políticas públicas (o sentencias) que afecten sus ganancias, incluso si dichas políticas buscan proteger derechos humanos o ambientales. **Schneiderman** describe esta dinámica como una “constitucionalización neoliberal”, donde los TBI elevan los derechos de los inversores a la categoría de principios intocables, mientras relegan las obligaciones estatales en derechos humanos a cláusulas decorativas. En el caso *Vattenfall vs. Alemania* (2012), donde la empresa sueca demandó al Estado alemán tras la decisión de cerrar plantas nucleares tras el desastre de Fukushima (**Schneiderman, 2008**), aunque Alemania argumentó que su política respondía a imperativos de seguridad y protección ambiental, el tribunal arbitral —operando bajo el Tratado de la Carta de la Energía— consideró que la medida violaba el «trato justo y equitativo» garantizado a los inversores. Para **Tan (2015)**, casos como este revelan una perversión del derecho internacional en donde los TBI convierten el interés público en un daño colateral, mientras las ganancias corporativas se erigen como derechos absolutos.

En este punto conviene aclarar que, bajo el derecho de las inversiones, una vía para lograr que se deje sin efecto una sentencia es alegar una violación del Trato Justo y Equitativo en su fase de *Denegación de Justicia*. Aunque el estándar para acogerla es muy exigente en muchos tribunales internacionales, el caso de Ecuador es uno que demuestra no solamente la existencia de esta posibilidad, sino su efectiva aplicación.

En el caso ecuatoriano, ni siquiera deberíamos tener una discusión al respecto, pues la Constitución es clara en establecer prohibiciones y limitaciones a los arbitrajes internacionales, y además nos indica que el “más alto deber de todos los funcionarios es garantizar los derechos constitucionales (DDHH)” (art. 11). Paradójicamente, las autoridades ecuatorianas eluden el mandato constitucional (que prohíbe firmar acuerdos internacionales) y han optado por la inclusión de cláusulas de arbitraje internacional en los contratos firmados con empresas internacionales, pero además han permitido que Ecuador sirva como lugar de celebración de arbitrajes administrados por el CIADI.² Esto último tiene sentido si consideramos que la prohibición constitucional del artículo 422 establece excepciones cuando se trata de tribunales de arbitraje regionales.

Efecto paralizante (*regulatory chill*)

Este desbalance no solo afecta a los Estados en disputas concretas, sino que genera un *efecto paralizante* (*regulatory chill*) que disuade a los gobiernos de legislar en áreas sensibles. **Sornarajah (2015)** explica que el mero riesgo de enfrentar demandas millonarias lleva a los Estados a ‘autocensurarse’, evitando regulaciones ambientales, laborales o sanitarias que podrían molestar a inversores. El caso *Philip Morris vs.*

2 Ver “La Cámara de Comercio de Quito será Sede de Arbitrajes CIADI”, publicado el 2 de noviembre de 2022, disponible en: <https://ciarglobal.com/la-camara-de-comercio-de-quito-sera-sede-de-arbitrajes-ciadi/>

Uruguay (2016) ilustra este fenómeno. Cuando Uruguay implementó etiquetas de advertencia antitabaco más grandes en las cajetillas, la tabacalera demandó al Estado bajo el TBI Suiza-Uruguay, alegando que la medida equivalía a una ‘expropiación indirecta’ de sus marcas. Aunque Uruguay ganó el caso, asegura que gastó USD 10 millones en su defensa —una suma exorbitante para un país pequeño— y el proceso duró siete años. En los arbitrajes CIADI, lo normal es que se condene en costas en base a los montos efectivamente gastados en la defensa de las partes. Finalmente, el Laudo ordenó a los demandantes pagar a Uruguay el monto de USD 7 millones y hacerse cargo del total de los costos efectivamente gastados en el arbitraje (incluyendo honorarios arbitrales), que alcanzaron USD 1.5 millones.

El concepto de *regulatory chill* ha sido discutido con matices en la literatura. Poulsen (2015) sostiene que este efecto es más probable en países con menor capacidad institucional o experiencia en tratados de inversión (como Ecuador). En contraste, Yackee (2010) plantea que no existen suficientes datos para sostener una hipótesis generalizada de autocensura regulatoria y que los Estados suelen seguir adelante con sus políticas si cuentan con respaldo legal sólido. Lo anotado me lleva a coincidir con **Perrone (2016)**, cuando señala, con total claridad que aunque los Estados pueden ganar casos de arbitraje, los elevados costos económicos y políticos de defenderse agotan sus recursos, lo que disuade a otros gobiernos de implementar regulaciones.

Invalidación de sentencias nacionales

Quizás el mecanismo más preocupante es la capacidad de los tribunales arbitrales para invalidar sentencias nacionales, incluso aquellas respaldadas por múltiples instancias judiciales. El caso *Chevron vs. Ecuador* es un hito en este sentido. En 2011, tras un proceso de ocho años, las cortes ecuatorianas condenaron a Chevron a pagar cerca de USD 9600 millones por contaminar la Amazonía con desechos tóxicos. Sin embargo, la empresa, en lugar de acatar el fallo, activó el TBI Ecuador-EE.UU. y llevó el caso a un tribunal del PCA en La Haya. **Luego de varias decisiones interinas que ordenaban al Ecuador anular el proceso, intervenir en el proceso judicial privado, e inclusive invalidar la sentencia, Gus Van Harten (2016)** se refirió a este proceso como un “golpe a la democracia”, donde un tribunal extranjero, sin jurisdicción sobre derechos humanos, anuló una decisión judicial interna avalada por cuatro instancias. Para **Sornarajah (2015)**, esto refleja una “violencia epistémica”: los TBI permiten a las corporaciones del Norte Global reescribir la historia jurídica del Sur, imponiendo una narrativa de «fraude» que borra las voces de las víctimas. En 2018, el tribunal arbitral declaró la sentencia ecuatoriana “fraudulenta” y ordenó al Estado tomar todas las medidas necesarias para impedir su ejecución, a pesar de que esta había sido ratificada por la Corte Constitucional.

La invalidación de sentencias nacionales no se limita a casos ambientales. En *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), una minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de la provincia de Imbabura, donde comunidades indígenas resistieron la explotación minera con bloqueos. El tribunal del CIADI ignoró las acusaciones de violencia contra los manifestantes —incluyendo el uso de seguridad privada armada—, y ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones por “expropiación indirecta”. Este entramado jurídico no sería posible sin la participación activa de élites políticas y económicas. **Schneiderman (2008)** argumenta que los TBI son parte de un proyecto global de “constitucionalización corporativa”, donde las empresas transnacionales, en alianza con gobiernos y organismos internacionales, redefinen las reglas del derecho para servir a sus intereses. La ironía, como señala **Tan (2015, pp. 88, 89)**, es que este sistema se presenta como un mecanismo de “seguridad jurídica”, cuando en realidad genera inseguridad para los Estados y sus ciudadanos: “[e]l mecanismo ISDS establece un sistema de justicia privatizado para inversores extranjeros, marginando los tribunales nacionales y las consideraciones de interés público”.

En este contexto, las cortes nacionales pueden quedar reducidas a actores secundarios y sus fallos sujetos al veto de tribunales arbitrales que carecen de legitimidad democrática. Como resume **Van Harten (2007)**: el ISDS no es solo un ataque a la soberanía, sino a la idea misma de justicia. La teoría crítica nos indica que los TBI, lejos de ser instrumentos neutrales, son armas jurídicas en una guerra desigual donde el capital transnacional es juez, jurado y verdugo.

Análisis del Caso Chevron-Texaco

El caso Chevron-Texaco no es solo un litigio ambiental; es un espejo que refleja las tensiones estructurales entre el arbitraje internacional y la soberanía jurídica de los Estados. Entre 1964 y 1990, Texaco —adquirida por Chevron en 2001— operó en la Amazonía ecuatoriana bajo un modelo extractivo que privilegió ganancias rápidas sobre salvaguardas ambientales. La empresa construyó cientos de piscinas de desechos tóxicos sin revestimiento, vertió miles de millones de litros de aguas residuales en ríos y quemó gas al aire libre, prácticas que, según múltiples estudios,³ dejaron un legado de contaminación con hidrocarburos ampliamente superior a los límites permitidos. Para las comunidades indígenas Cofán, Siona y Siekopai, esto no fue un simple daño ambiental, sino una herida abierta en su tejido cultural y espiritual. Como relata la lideresa Cofán, María Aguinda, en el documental *Crude* (2009): «El petróleo mató nuestros ríos, nuestros peces, nuestra medicina. Nos dejó solo enfermedades».

En 2011 la Corte de Sucumbíos condenó a Chevron a pagar USD 9.600 millones por reparación ambiental y daños a la salud. La sentencia, respaldada por 64 000 análisis químicos y decenas de testimonios médicos, fue ratificada en apelación (2012), casación (2013) y, finalmente, por la Corte Constitucional (2018). Sin embargo, Chevron, en lugar de acatar el fallo, activó un TBI firmado en 1997 (7 años después de que terminaron las operaciones Texaco) entre Ecuador-EE.UU. y llevó el caso a un tribunal arbitral del PCA en La Haya. Este Tribunal emitió varios laudos interinos que ordenaban al Gobierno de Ecuador intervenir frente a sus cortes para detener el proceso contra Chevron. Van Harten explica que estos laudos no fueron un error técnico, sino un «acto de violencia jurídica» que expuso la naturaleza antidemocrática del sistema de arbitraje: “[E]l arbitraje de inversiones permite a un pequeño grupo de árbitros, que no rinden cuentas a ninguna constituyente democrática, anular leyes y políticas públicas en nombre de la protección de inversores extranjeros” (2016, p. 112). En 2018, el tribunal declaró la sentencia ecuatoriana ‘fraudulenta’ y ordenó al Estado impedir su ejecución, a pesar de que esta había sido avalada por todas las instancias judiciales nacionales.

Argumentos jurídicos clave: la retórica del ‘fraude’ y la negación de la evidencia

Chevron basó su estrategia legal en dos pilares: la alegación de «denegación de justicia» y la acusación de «fraude procesal». Según la empresa, el sistema judicial ecuatoriano estaba «corrupto» y había producido una sentencia «amañada». Para sostener esta narrativa, Chevron presentó testimonios de un exjuez ecuatoriano, Alberto Guerra, quien afirmó haber redactado el fallo a cambio de sobornos. Sin embargo, como reveló posteriormente el diario *The Guardian*, Chevron pagó a Guerra USD 2 millones por su testimonio y lo reubicó en EE.UU. con visa de residencia. Paul Barrett, autor de *Law of the Jungle* (2014), describe este episodio como un caso clásico de fabricación de evidencia corporativa, donde Chevron compró testigos y manipuló pruebas para construir una ficción legal.

El tribunal del PCA, lejos de cuestionar estos métodos, aceptó el testimonio de Guerra como prueba irrefutable, ignorando las contradicciones en su relato y los pagos millonarios de Chevron. Según Sornarajah (2015), esta actitud refleja un sesgo sistémico porque los árbitros asumen que las cortes del Sur Global son inherentemente corruptas, mientras dan por válidos los argumentos de las corporaciones sin escrutinio riguroso. Peor aún, el tribunal desestimó las pruebas científicas de contaminación presentadas por las víctimas —incluidos informes de la Universidad de Harvard y la Clínica Mayo— bajo el argumento de que “no eran relevantes para determinar el fraude procesal”.

En el Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad emitido el 27 de febrero de 2012 en el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, el tribunal arbitral abordó las objeciones de Ecuador respecto a la jurisdicción del tribunal, particularmente en relación con los derechos e

3 San Sebastián, M., & Hurtig, A. K., Oil Exploitation in the Amazon Basin of Ecuador: A Public Health Emergency, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 2004. Hallazgos: Tasas de cáncer 3 veces mayores en zonas operadas por Texaco, correlación con contaminación de agua. Finer, M., et al., Oil and Gas Projects in the Western Amazon: Threats to Wilderness, Biodiversity, and Indigenous Peoples, *PLoS ONE*, 2008. Disponible en: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0002932>. Hurtig, A. K., & San Sebastián, M., Geographical Differences in Cancer Incidence in the Amazon Basin of Ecuador in Relation to Residence Near Oil Fields, *International Journal of Epidemiology*, 2002. Amazon Watch, *Chevron's Toxic Legacy in Ecuador: A Chronicle of Impunity*, 2021. Disponible en: <https://amazonwatch.org/>. FIDH, *El Caso Chevron-Texaco: Justicia Denegada*, 2015. Resumen: Denuncia la interferencia de Chevron en el sistema judicial ecuatoriano. Oxfam Internacional, *Petróleo, Contaminación y Pobreza en la Amazonía Ecuatoriana*, 2010. Disponible en: <https://www.oxfam.org/>

intereses de los demandantes ecuatorianos del caso Lago Agrio. Ecuador argumentó que las reclamaciones de Chevron involucraban los derechos de terceros no participantes en el arbitraje (los demandantes de Lago Agrio) y que, por tanto, el tribunal no debía ejercer jurisdicción sobre la disputa. Sin embargo, el tribunal rechazó esta objeción de manera sumaria, sin un análisis detallado de las implicaciones sobre los derechos de los demandantes ecuatorianos.

Este enfoque ha sido criticado por su omisión de considerar que los demandantes poseen un derecho legal —una sentencia judicial ejecutable bajo la ley ecuatoriana— y que las órdenes del tribunal arbitral buscaban interferir directamente en el disfrute de ese derecho⁴. Es decir, el tribunal arbitral, en su laudo interino, desestimó las preocupaciones relacionadas con los derechos humanos y ambientales de las comunidades afectadas, enfocándose exclusivamente en las obligaciones del Estado bajo el tratado bilateral de inversiones, sin considerar adecuadamente las implicaciones sobre los derechos de terceros no participantes en el arbitraje. Para Tan (2015, p. 92), esto revela una perversión del derecho: “El arbitraje convierte la evidencia técnica en irrelevante cuando contradice los intereses corporativos”.

Implicaciones para la soberanía jurídica: la posición del Estado ante el capital transnacional

El laudo del PCA no solo anuló una sentencia nacional, sino que forzó al Estado ecuatoriano a traicionar su propia Constitución. En 2008, Ecuador aprobó una Carta Magna pionera que reconocía los derechos de la naturaleza (Art. 71) y la obligación estatal de reparar daños ambientales (Art. 397). Sin embargo, bajo presión del tribunal arbitral, el gobierno de Lenín Moreno, en 2018, acató el laudo de 16 de febrero de 2012, emitido por el tribunal arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. Este laudo, conocido como el Segundo Laudo Interino sobre Medidas Provisionales, ordenó al Estado ecuatoriano a “tomar todas las medidas a su alcance para suspender o lograr que se suspenda la ejecución y reconocimiento dentro o fuera del Ecuador, de cualquier sentencia emitida dentro del caso de Lago Agrio en contra de Chevron”.

Moreno acató la orden enviando oficios a cortes de Argentina y Canadá para bloquear la ejecución de la sentencia. Schneiderman (2008, p. 67) predijo esta paradoja como parte de la ‘constitucionalización neoliberal’: “Los TBI operan como constituciones globales que obligan a los Estados a violar sus propias leyes internas en nombre de la seguridad jurídica de los inversores”. Nicolás Perrone (2017, p. 69) sostiene que los TBI incentivan a los Estados a alinearse con intereses corporativos para evitar demandas arbitrales. Como señala, “las élites políticas internalizan los riesgos legales de regular, subordinando el bien común a la protección de inversores”. Sornarajah (2017, p. 12) es determinante al respecto:

El moderno derecho internacional sobre inversiones extranjeras continúa las disparidades entre los Estados desarrollados y en desarrollo, tiene poco mérito ético y oculta muchas injusticias a través de reglas que promueven las inversiones extranjeras en detrimento de otros intereses, como los derechos humanos o el medio ambiente.

La sentencia de Lago Agrio⁵ fue un intento de revertir esta dinámica, pero el arbitraje la convirtió en un recordatorio de que, en el derecho internacional económico, la soberanía es un concepto flexible, sujeto al veto de tribunales privados.

Estudios de casos comparativos

El sistema de arbitraje otorga la posibilidad de que las corporaciones transnacionales puedan impugnar políticas públicas que afectan sus intereses económicos, según datos de la UNCTAD (2023). Los casos *Vattenfall vs. Alemania*, *Copper Mesa vs. Ecuador* y *Lone Pine vs. Canadá* ejemplifican cómo los TBI permiten a las empresas reescribir las reglas del juego, incluso cuando éstas buscan proteger derechos fundamentales como la salud, el ambiente o la autodeterminación de comunidades. Como advierte Schneiderman (2008), estos casos no son fallos aislados, sino síntomas de un orden jurídico global que consagra la primacía corporativa.

4 Case Note: *How Chevron v. Ecuador is Pushing the Boundaries of Arbitral Authority*, Investment Treaty News, 13 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2012/04/13/case-note-how-chevron-v-ecuador-is-pushing-the-boundaries-of-arbitral-authority/>

5 Caso: *Aguinda y otros v. Chevron Corporation*, Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Ecuador, Número de expediente: 2003-0002

Vattenfall vs. Alemania (2012): cuando la energía nuclear se convirtió en un derecho corporativo

Tras el desastre de Fukushima en 2011, Alemania anunció el cierre progresivo de sus plantas nucleares, una decisión respaldada por el 90% de la población y basada en principios de precaución ambiental. Sin embargo, la empresa sueca Vattenfall, propietaria de dos reactores, activó el Tratado de la Carta de la Energía y demandó al Estado alemán por USD 6 000 millones, alegando que la medida violaba sus «expectativas legítimas de ganancia». Para Tan (2015), este caso ilustra cómo los TBI pueden convertir el interés público en un “daño resarcible”: Alemania no estaba expropiando activos, sino ejerciendo su deber de proteger a sus ciudadanos. Sin embargo, el sistema ISDS trató esta decisión democrática como un delito.

El tribunal arbitral, en lugar de evaluar el impacto ambiental o los riesgos de la energía nuclear, se centró en si Alemania había ofrecido a Vattenfall un “trato justo y equitativo”. En 2021, el Estado alemán acordó pagar USD 2 300 millones en compensación. Es decir, tal y como lo había anticipado Perrone (2016) en su crítica el sistema de arbitraje internacional por priorizar la protección de inversiones sobre el interés público, generando una captura corporativa del Estado. La materialización de lo que estas críticas advertían reflejan las tensiones estructurales del sistema, que pueden traducirse en demandas millonarias por regulaciones ambientales.

Copper Mesa vs. Ecuador (2016)⁶

En 2006, la minera canadiense Copper Mesa (antes Ascendant Copper) inició operaciones en la provincia de Imbabura, Ecuador, sin consultar a las comunidades indígenas locales. Cuando los residentes de Intag bloquearon los accesos a la mina en protesta por la destrucción de bosques nativos, la empresa contrató seguridad privada armada, generando enfrentamientos que dejaron heridos y amenazas de muerte. En respuesta, el gobierno ecuatoriano revocó la concesión minera en 2008. Copper Mesa demandó al Estado bajo el TBI Canadá-Ecuador, alegando “expropiación indirecta” y reclamando USD 75 millones.

Para Sornarajah, el tratamiento del tribunal en este caso no solo ignoró la violencia contra las comunidades, sino que trató la resistencia local como un «riesgo empresarial normal»: «El mensaje es que las empresas pueden operar con violencia. Si los Estados intervienen, serán ‘castigados’». Este caso demuestra lo que Cotula (2013) advertía acerca de cómo los TBI “legalizan la impunidad”, transformando la represión corporativa en un costo asumible. Eventualmente, el tribunal del CIADI, en un laudo de 2016, ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones. Para Perrone (2022), esto no es un error del sistema, sino su esencia.

Lone Pine vs. Canadá (2013): fracking, TBI y el silencio de los estados

En 2011, la provincia de Quebec (Canadá) impuso una moratoria al *fracking* en el río San Lorenzo, respondiendo a preocupaciones ciudadanas sobre contaminación del agua. La empresa estadounidense Lone Pine Resources, titular de permisos de exploración, demandó al gobierno canadiense bajo el acuerdo multilateral denominado NAFTA (ahora USMCA), reclamando USD 250 millones por “expropiación indirecta”. Aunque el caso sigue en litigio, su mera existencia ejemplifica el *efecto paralizante* (*regulatory chill*) que analiza Sornarajah (2015, p. 78): “Los Estados evitan regular por miedo a demandas, incluso cuando la evidencia científica exige acción”. Para Tan (2015), este caso es emblemático de cómo los TBI ‘secuestran la democracia’ porque una empresa puede desafiar una decisión tomada por instituciones electas, simplemente porque afecta sus ganancias. Perrone (2018, p.) destaca que “el caso Lone Pine vs. Canadá expone la paradoja de que los promotores del ISDS, como Canadá, terminan siendo víctimas de un sistema que socava su soberanía”. Como advirtió Gus Van Harten (2007), el sistema ISDS erosiona la capacidad regulatoria de los Estados, incluso de aquellos que lo promueven, como Canadá.

Conclusión: un sistema que premia la irresponsabilidad corporativa

Estos casos no son excepciones, sino eslabones de una cadena que ata a los estados a los intereses corporativos. Como resume Schneiderman (2008, p. 142), “los TBI convierten a los gobiernos en rehenes de un sistema que premia a las empresas por externalizar costos sociales y ambientales”. Para Tan (2015, p. 95), la solución radica en abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transparentes: “no podemos permitir

⁶ CIADI (2016).

que un puñado de árbitros privados decida el futuro de nuestras democracias”.

En Ecuador se dieron pasos decisivos en ese sentido luego de la promulgación de la Constitución de 2008, pero estos avances han visto un retroceso preocupante en los últimos 8 años, en los que se hemos presenciado y seguimos siendo testigos de distintos intentos de crear mecanismos paralelos que permitan proteger al capital transnacional y eludir la normativa constitucional. Según Sornarajah (2015), el derecho internacional económico ha devenido en un campo de batalla donde los Estados luchan por sobrevivir, no contra invasores armados, sino contra corporaciones equipadas con tratados y tribunales a su medida. La pregunta que queda es cuántas sentencias más deberán ser anuladas, cuántas políticas públicas sacrificadas, antes de que este sistema sea desmantelado.

El conflicto entre el Sistema de Protección de Inversiones y el de derechos humanos

El régimen internacional de protección de inversiones, encarnado en los TBI y su mecanismo de ISDS, ha generado un conflicto estructural con el sistema de derechos humanos. Este choque no es accidental, sino el resultado de una arquitectura jurídica global que privilegia los intereses corporativos sobre las obligaciones estatales de garantizar derechos fundamentales. Como advierte Van Harten (2007), el ISDS opera como un ‘sistema de justicia privatizado’ que permite a las corporaciones transnacionales reconfigurar las reglas del juego, vaciando de contenido la soberanía estatal y la primacía de los derechos humanos. Este capítulo explora esta tensión desde dos ángulos: (1) la incompatibilidad normativa entre los TBI y los estándares internacionales de derechos humanos y (2) las estrategias corporativas para evadir responsabilidades, incluso cuando sus acciones violan derechos fundamentales.

Incompatibilidad normativa: la jerarquía invertida

Los TBI establecen un marco legal que prioriza los derechos de los inversores —como el “trato justo y equitativo” o la protección contra expropiaciones— por encima de obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Esta jerarquía invertida no solo genera conflictos jurídicos, sino que consagra un sistema donde las ganancias corporativas se tratan como derechos absolutos, mientras los derechos humanos quedan relegados a cláusulas ambiguas y carentes de mecanismos de exigibilidad.

La supremacía del «trato justo y equitativo»

La cláusula de “trato justo y equitativo” (TJE), presente en casi todos los TBI, se ha convertido en un arma legal para impugnar políticas públicas. Tribunales arbitrales han interpretado esta cláusula de manera expansiva, protegiendo las «expectativas legítimas de ganancia» de las empresas, incluso cuando estas colisionan con derechos humanos. En *Vattenfall vs. Alemania* (2012), el tribunal arbitral consideró que la decisión democrática de eliminar la energía nuclear tras el desastre de Fukushima violaba el TJE, ignorando que la medida buscaba proteger el derecho a la vida y un ambiente sano. Para Tan (2015), esto revela una ‘perversión ética’: los TBI transforman el interés público en un daño resarcible, mientras las obligaciones de derechos humanos carecen de fuerza vinculante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha subrayado que los Estados tienen el deber de garantizar un ambiente sano como condición para el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, como muestra el caso *Chevron vs. Ecuador*, los tribunales arbitrales no están obligados a considerar estos estándares (Corte IDH, 2017). En 2018, el tribunal del PCA ordenó al Estado ecuatoriano bloquear la ejecución de una sentencia que condenaba a Chevron por contaminación ambiental, a pesar de que la Corte Constitucional de Ecuador había avalado el fallo como conforme a los derechos humanos. Esta contradicción expone una brecha normativa: mientras el sistema interamericano exige a los Estados proteger derechos, los TBI los penalizan por hacerlo.

El Mito de la “neutralidad” de los TBI

Los defensores de los TBI argumentan que estos tratados son neutrales y técnicos, pero la realidad es que reflejan una asimetría estructural. Como señala Schneiderman (2008), los TBI operan como ‘constituciones neoliberales’ que solamente emiten obligaciones para los Estados, mientras blindan los derechos de los

inversores, omiten cláusulas vinculantes sobre derechos laborales, ambientales o indígenas. Aunque se trata de acuerdos internacionales entre países soberanos, se trata de instrumentos legales que otorgan derechos al inversionista, por encima de la legislación local, pero no adjudican ninguna obligación a esos titulares de protección. Esto explica que el TBI Ecuador-EE.UU. (1997), invocado por Chevron, solamente menciona derechos, pero no incluye obligaciones corporativas en materia ambiental. Este TBI detalla 14 artículos sobre protección de inversiones, pero ninguno sobre obligaciones corporativas ni protección de víctimas.

Quienes defienden este sistema aseguran que los inversionistas ya se encuentran obligados por la legislación nacional del país donde operan y no necesitan obligaciones adicionales. En mi opinión, con esta perspectiva parecería que se pretende imponer una narrativa según la cual la ley local no protege de manera suficiente a la inversión extranjera, pero sí establece suficientes obligaciones. Es como si el inversionista extranjero merece más derechos, pero ninguna obligación correlativa. Es decir, los TBI se constituyen en un mecanismo para otorgar derechos y privilegios al inversionista extranjero frente al inversionista nacional, pero no imponen obligaciones equiparables a dicho trato preferencial.

Esta asimetría se agrava por la falta de mecanismos para exigir responsabilidad a las empresas. Mientras los Estados pueden ser demandados ante tribunales arbitrales por regular en favor del interés público, las víctimas de abusos corporativos deben navegar sistemas judiciales nacionales fragmentados, sin acceso a instancias internacionales equivalentes en contra de corporaciones transnacionales. En el mejor de los casos podrán acudir al sistema Interamericano de Derechos Humanos (y esperar varios años) para demandar al Estado (no a la corporación extranjera responsable). Como resume Sornarajah (2015, p.4), “los TBI no son tratados, sino cartas de impunidad para el capital transnacional”.

Estrategias corporativas para evadir responsabilidad

Las corporaciones no solo se benefician de la asimetría normativa de los TBI, sino que emplean estrategias sofisticadas para evadir responsabilidades, incluso cuando sus acciones violan derechos humanos. Estas tácticas incluyen el uso de estructuras corporativas opacas, la activación estratégica de TBI mediante filiales en paraísos fiscales, y la reinterpretación retroactiva de cláusulas para ampliar su alcance.

El arte de la elusión: filiales y paraísos fiscales

Una práctica común es estructurar inversiones a través de filiales en jurisdicciones con TBI favorables. Por ejemplo, una empresa estadounidense puede crear una subsidiaria en Países Bajos —país con una red extensa de TBI— para invertir en un tercer país, obteniendo así acceso al ISDS. Este *treaty shopping* permite a las corporaciones seleccionar el TBI más conveniente, maximizando su protección legal.

El caso *Chevron vs. Ecuador* ilustra cómo las empresas manipulan los TBI para evadir responsabilidades históricas. Chevron, aunque sus operaciones en Ecuador terminaron en 1990, activó el TBI firmado en 1997 entre Ecuador y EE.UU., argumentando que sus ‘inversiones’ continuaban a través de litigios pendientes. El tribunal del PCA aceptó este argumento, aplicando el tratado retroactivamente y ampliando el concepto de «inversión» para incluir reclamos judiciales. Como critica Perrone (2016, p. 375), “los árbitros redefinen términos legales para favorecer a las empresas, convirtiendo los TBI en herramientas de reescritura histórica”.

La colisión con el orden constitucional

Las órdenes de tribunales arbitrales frecuentemente colisionan con las constituciones nacionales, especialmente en países donde los derechos humanos y ambientales tienen rango supremo. En Ecuador, la Constitución de 2008 establece en su Art. 11 que los derechos humanos son «de aplicación inmediata» y que el «más alto deber del Estado es garantizarlos». Sin embargo, en 2018, el Gobierno ecuatoriano acató el laudo del PCA que bloqueaba la sentencia contra Chevron, priorizando el cumplimiento del TBI sobre su mandato constitucional. Esta rendición no fue un acto aislado, sino parte de un patrón donde los Estados, bajo presión de arbitrajes millonarios, subordinan sus órdenes jurídicos internos a los dictámenes de tribunales privados. Como señala Van Harten (2016, p. 109), “el ISDS fuerza a los Estados a violar sus propias constituciones, creando una crisis de legitimidad democrática”.

Por último, los TBI también se han utilizado para criminalizar la resistencia legítima de comunidades

afectadas por proyectos extractivos. En *Copper Mesa vs. Ecuador* (2016), la minera canadiense demandó al Estado tras ser expulsada de la zona de Intag, donde comunidades indígenas resistieron la minería con bloqueos. El tribunal del CIADI ignoró las acusaciones de violencia armada por parte de la empresa y ordenó a Ecuador pagar USD 24 millones por «expropiación indirecta».⁷ Este conflicto normativo entre el sistema de protección de inversiones y el de derechos humanos no parece responder a una falla técnica, sino un síntoma de un sistema que prioriza el capital. Los casos escogidos son paradigmáticos en demostrar cada síntoma.

Tabla 1. Correlación casuística de mecanismos ISDS y vulneraciones de DDHH

Mecanismo ISDS	Caso ejemplo	Principio de DDHH vulnerado
Invalidación de sentencias nacionales	Chevron vs. Ecuador	- Acceso a la justicia (Art. 8 Declaración Universal DDHH, Art. 14: derecho a un juicio justo PIDCP).
Protección de 'expectativas legítimas'	Vattenfall vs. Alemania	Derecho a la salud (Art. 12 PIDESC). Principio de precaución (Declaración de Río, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad).
Regulatory chill	Philip Morris vs. Uruguay	Derecho a regulación estatal (Art. 19 CADH, Carta de las Naciones Unidas, Art. 1 y 55: soberanía y desarrollo económico, Carta de la OEA y Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH). Derecho a la salud pública.
Impunidad por violencia corporativa	Copper Mesa vs. Ecuador	- Derecho a la vida (Art. 4 CADH, Art. 6. PIDCP) - Derecho a la protesta (Art. 20 Declaración Universal).

Sin embargo, alternativas existen. La Corte IDH, en OC-23/17, ha sentado un precedente clave: los estados no solo tienen el derecho, sino la obligación de regular en favor de los derechos humanos, incluso si ello afecta intereses corporativos. La abolición del ISDS y la inclusión de cláusulas vinculantes sobre derechos humanos en los TBI son pasos necesarios, pero insuficientes. Como propone Sornarajah (2015), se requiere un nuevo derecho internacional económico que priorice la justicia sobre el lucro, donde las víctimas de abusos corporativos tengan tanto acceso a la justicia como las propias empresas. El caso Chevron-Exxon no es solo un recordatorio de lo que está en juego, sino una llamada a reimaginar un sistema donde el derecho sirva a los pueblos, no al poder corporativo.

Propuestas de reforma

El ISDS y los TBI no son fenómenos naturales, sino construcciones jurídicas que reflejan relaciones de poder asimétricas. Tanto es así que el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha liderado desde 2017 un proceso de reforma del ISDS, ante críticas por falta de transparencia, sesgos pro-inversores e inconsistencia en los laudos. Su propuesta más ambiciosa es la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC, por sus siglas en inglés), que reemplazaría el actual sistema de arbitraje.

Entre las características clave del MIC se destacan: *tribunal permanente*: jueces nombrados por los Estados miembros, con mandatos fijos y requisitos de independencia; *mecanismo de apelación*: estructura de dos instancias (primera instancia y tribunal de apelaciones) para garantizar coherencia jurisprudencial; *transparencia obligatoria*: audiencias públicas y acceso a documentos, a diferencia del secretismo en el arbitraje tradicional; *financiamiento colectivo*: costos compartidos por los Estados miembros, reduciendo la carga para países en desarrollo.

El Sistema de Tribunales de Inversión (ICS) propuesto en el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y EE.UU. (2016) buscaba corregir defectos del ISDS sin abandonar el marco bilateral. Es decir, los defectos del sistema son reconocidos ampliamente, por todos los sectores involucrados.

⁷ CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), *Copper Mesa Mining Corporation vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/16/1, 2016.

Si comparamos estas dos propuestas de reformas, encontramos diferencias sustanciales:

Comparación: MIC vs. ICS

Aspecto	MIC (UNCITRAL)	ICS (TTIP)
Alcance	Multilateral (global)	Bilateral (UE-EE.UU.)
Estructura judicial	Tribunal permanente	Jueces ad hoc con rotación
Mecanismo de apelación	Sí (dos instancias)	Sí (pero limitado)
Transparencia	Total	Parcial
Enfoque en DDHH	Integrado en el estatuto	Mención marginal

Por otro lado, desde la teoría crítica, su reforma no implica ajustes técnicos, sino un desmantelamiento de las estructuras que consagran la supremacía corporativa. Este capítulo plantea tres propuestas radicales, inspiradas en experiencias concretas y fundamentadas en la doctrina crítica: (1) la eliminación de las cláusulas ISDS, (2) la inclusión de excepciones vinculantes de derechos humanos en los TBI y (3) el fortalecimiento de mecanismos regionales para contrarrestar la privatización de la justicia.

Eliminación de cláusulas ISDS: recuperar la soberanía jurisdiccional

Este artículo apoya la idea de que la abolición del ISDS es la propuesta más contundente para desarticular el sistema de justicia paralelo que opera en favor de las corporaciones. Como señala Van Harten (2007), el ISDS no es un mecanismo neutral, sino un “servicio premium” para inversores que subvierte los sistemas judiciales nacionales. Países como Sudáfrica y Bolivia han liderado este camino, planteando la idea de que es posible rechazar el arbitraje internacional sin colapsar las inversiones.

Desde una perspectiva económica, Van Harten y Malysheuski (2016) muestran que los beneficios del arbitraje se concentran en grandes corporaciones, mientras que las pequeñas y medianas empresas acceden marginalmente al sistema. En paralelo, Stiglitz (2015) ha criticado el ISDS como un obstáculo para la regulación progresiva, ya que permite a los intereses privados bloquear reformas ambientales, sanitarias o laborales con el argumento de que afectan sus beneficios esperados.

El modelo sudafricano: justicia nacional sobre tribunales privados

En 2013, Sudáfrica inició la terminación de sus TBI bajo la *Promotion and Protection of Investment Act*. Esta ley eliminó el ISDS y estableció que las disputas se resolverían en cortes nacionales, priorizando el interés público en derechos humanos y desarrollo económico. Para David Schneiderman (2016), este modelo “descoloniza el derecho internacional”, devolviendo a los Estados el control sobre sus políticas. Aunque empresas europeas amenazaron con retirar inversiones, Sudáfrica mantuvo flujos de capital estables, demostrando que el ISDS no es indispensable para atraer inversión.

Bolivia: salir del CIADI para defender los derechos de la naturaleza

En 2007, Bolivia se convirtió en el primer país en denunciar el Convenio del CIADI, tras conflictos con corporaciones como Bechtel y Aguas del Tunari. Esta decisión, respaldada por movimientos indígenas y ambientales, fue un acto de resistencia contra un sistema que prioriza ganancias sobre los derechos de la Madre Tierra (consagrados en su Constitución de 2009). Como analiza Sornarajah (2015, p. 112), “Bolivia mostró que los Estados pueden recuperar su soberanía jurídica, incluso bajo presión global”.

Críticas y desafíos

La eliminación del ISDS enfrenta resistencia de élites económicas y gobiernos del Norte Global. La Unión Europea, por ejemplo, insiste en incluir ISDS en acuerdos como el CETA. Sin embargo, como advierte Van Harten (2016, p. 3), “el costo de mantener el ISDS es mayor: la rendición de la democracia ante tribunales sin rostro”.

Paulsson (2013), árbitro y académico, cuestiona la narrativa de Van Harten sobre el ISDS como un

“sistema de justicia privatizado”. Argumenta que el arbitraje es un mecanismo neutral para resolver disputas complejas y rechaza la noción de que los árbitros sean ‘jueces sin rostro’, destacando su trayectoria en derecho internacional y los avances en transparencia del ISDS. Sin embargo, críticos señalan que estos avances son insuficientes para equilibrar los derechos de los Estados y las comunidades afectadas. Sin embargo, Van Harten sostiene en *The Trouble with Foreign Investor Protection*, que la transparencia no resuelve el sesgo estructural, pues incluso con reformas procesales, el ISDS sigue siendo un sistema ad hoc donde los árbitros dependen de las corporaciones para futuros nombramientos, creando un conflicto de interés inherente (Van Harten, 2020).

Inclusión de excepciones de derechos humanos en los TBI

Si la eliminación del ISDS es políticamente inviable, una alternativa intermedia es reformar los TBI para subordinar los derechos de los inversores a las obligaciones estatales en derechos humanos. Esto implica cláusulas vinculantes que permitan a los Estados regular sin temor a demandas arbitrales.

El artículo esencial: derechos humanos como límite absoluto

Un modelo propuesto por académicos críticos es incluir un artículo como: “Ninguna disposición de este tratado impedirá al Estado adoptar medidas necesarias para proteger, promover o garantizar los derechos humanos, incluidos los derechos ambientales, laborales y de los pueblos indígenas. Tales medidas no constituirán violación a las obligaciones del tratado”. Este texto, inspirado en el Artículo XX del GATT, permitiría a los Estados priorizar políticas públicas sin riesgo de arbitraje. Por ejemplo, en *Philip Morris vs. Uruguay*, una cláusula así hubiera evitado la demanda contra las regulaciones antitabaco. En el caso *Chevron* también hubiera tenido un impacto decisivo, pues hubiera impedido las órdenes interinas emitidas por los árbitros en ese caso.

Lecciones del Acuerdo Marruecos-Nigeria (2016)

El TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) es un precedente innovador. Su Artículo 18 establece que los inversores deben cumplir con normas de derechos humanos y ambientales y que los Estados pueden demandar a empresas por violarlas. Para Tan (2018), este tratado “invierte la lógica del ISDS”, poniendo a las corporaciones bajo escrutinio. Sin embargo, su efectividad depende de mecanismos de cumplimiento robustos, aún ausentes.

Riesgos de ambigüedad y captura corporativa

Las excepciones deben ser precisas para evitar que tribunales arbitrales las diluyan. En *Vattenfall vs. Alemania*, el tratado incluía una cláusula ambiental genérica, pero el tribunal la ignoró al considerar que el cierre nuclear era “desproporcionado”. Como advierte Perrone (2016), “sin lenguaje vinculante y específico, los derechos humanos seguirán siendo cláusulas decorativas”.

Conclusión

Según la UNCTAD (2023), el 42% de los laudos ISDS favorecen total o parcialmente a los inversores, pero este dato oculta el ‘efecto paralizante’: el 18% de los casos se retiran tras negociaciones secretas y, por cada demanda presentada, hay cinco amenazas no registradas (IISD, 2021). Así, el sistema no solo castiga a los Estados que pierden, sino que disuade a otros de regular, incluso cuando las estadísticas sugieren que ‘ganan’ el 35% de los casos.

El sistema internacional de protección de inversiones, encarnado en los TBI y ISDS, ha generado tensiones documentadas entre el derecho económico y los derechos humanos (Corte IDH, 2017). A través de casos como *Chevron vs. Ecuador*, *Vattenfall vs. Alemania* y *Copper Mesa vs. Ecuador*, este análisis ha expuesto cómo los TBI no solo socavan la soberanía de los Estados, sino que institucionalizan la impunidad de las corporaciones transnacionales. Sin embargo, frente a este panorama, emergen alternativas que buscan reequilibrar las reglas del juego. Esta conclusión sintetiza los hallazgos clave y articula un llamado a la acción urgente, centrado en las iniciativas globales que podrían redefinir el futuro del derecho internacional.

Las críticas aquí planteadas encuentran eco en debates multilaterales en curso. El Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL (2023) ha desarrollado propuestas para un Tribunal Multilateral de Inversiones que reemplace el sistema ad hoc del ISDS, incluyendo mecanismos de apelación y mayor transparencia. Asimismo, la propuesta de la Unión Europea en el marco del TTIP planteó un sistema de corte de inversiones (Investment Court System), reflejando un consenso creciente sobre la necesidad de reformas estructurales (European Commission. (2016). *Investment Court System – Fact Sheet*).

Síntesis de hallazgos: la arquitectura de la desigualdad

a) Justicia nacional bajo ataque

Los TBI han creado un sistema paralelo donde tribunales arbitrales privados, dominados por abogados corporativos, pueden anular sentencias judiciales nacionales avaladas por instancias constitucionales. En Ecuador, el laudo del PCA que bloqueó la ejecución de la sentencia contra Chevron —a pesar de su ratificación por la Corte Constitucional— ilustra cómo el ISDS tiene la capacidad de invalidar décadas de lucha jurídica de comunidades indígenas y campesinas. Como señala Gus Van Harten, este mecanismo no resuelve disputas, sino que «privatiza la justicia» para beneficio exclusivo de las corporaciones.

b) El mito de la neutralidad

Las cláusulas de “trato justo y equitativo” o «expropiación indirecta» han sido interpretadas de manera expansiva para proteger ganancias corporativas, incluso cuando éstas dependen de violaciones sistemáticas de derechos humanos. En *Philip Morris vs. Uruguay*, una tabacalera demandó al Estado por implementar políticas de salud pública, utilizando el TBI Suiza-Uruguay como escudo contra la regulación.

c) Efecto paralizante y asimetría de poder

El regulatory chill no es un efecto colateral, sino un resultado estructural. Países en desarrollo, ante el riesgo de demandas millonarias, evitan legislar en áreas sensibles como derechos laborales o ambientales. Mientras las corporaciones acceden a tribunales arbitrales, las víctimas de abusos —como las comunidades de Intag en Ecuador— enfrentan sistemas judiciales nacionales fragmentados y carentes de recursos. Esta asimetría, como analiza Sornarajah (2015), reproduce lógicas coloniales donde el Sur Global subsidia los costos del extractivismo del Norte.

d) Incompatibilidad con los Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha dispuesto que los Estados tienen obligaciones irrevocables en materia ambiental y de derechos humanos. Sin embargo, los TBI carecen de mecanismos para armonizar estas obligaciones con los derechos de los inversores. El resultado es un conflicto normativo donde, como advierte Tan (2015), “el derecho internacional económico y el de derechos humanos hablan idiomas opuestos”.

Llamado a la acción: reformas estructurales y alianzas globales

Los hallazgos exigen no solo críticas, sino propuestas. La teoría crítica del derecho internacional económico ofrece un mapa para dismantelar el sistema actual y construir alternativas centradas en la justicia.

Abolición del ISDS y el Modelo de los Tratados Vinculantes de la ONU

La eliminación del ISDS es un imperativo ético. Países como Sudáfrica y Bolivia han demostrado que es posible rechazar el arbitraje internacional sin colapsar las inversiones. Pero este esfuerzo debe ser acompañado por iniciativas globales. Aquí destaca el Proceso de las Naciones Unidas para un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, liderado por Ecuador y Sudáfrica desde 2014.

Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos:

En 2014, Ecuador y Sudáfrica impulsaron la Resolución 26/9, que estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental (OEIGWG) para elaborar un tratado jurídicamente vinculante que regule las actividades

de empresas transnacionales en materia de derechos humanos. Este proceso, aunque enfrenta resistencia de la UE y Estados Unidos, representa un hito histórico: por primera vez, se discute en la ONU un instrumento que prioriza la responsabilidad corporativa sobre los privilegios inversionistas.

Contenido del tratado propuesto: El borrador del tratado (2023) incluye artículos revolucionarios:

- *Artículo 6:* obliga a las empresas a prevenir violaciones de derechos humanos en sus operaciones globales, incluidas cadenas de suministro.
- *Artículo 8:* establece responsabilidad penal y civil para empresas que cometan abusos, eliminando el “velo corporativo” que protege a matrices por acciones de filiales.
- *Artículo 10:* garantiza acceso a la justicia para víctimas, incluso en jurisdicciones donde se encuentren las matrices.

Para Juan Pablo Bohoslavsky (2020), este tratado “podría cerrar las brechas de impunidad que los TBI han explotado por décadas”. En el caso Chevron, por ejemplo, el tratado permitiría a las víctimas demandar directamente a la matriz en EE.UU., evitando los conflictos normativos provocados por el ISDS.⁸

Abolir el ISDS y reemplazarlo con tribunales públicos transnacionales, como propone la Corte Africana de Justicia en el Protocolo de Malabo (2014), podría restaurar la primacía del interés público. Así mismo, la Corte IDH, con su mandato ampliado, debería poder anular laudos arbitrales que violen la Convención Americana, tal como lo exigen organizaciones como CEJIL.

La campaña global por un Tratado Vinculante: Sociedad Civil vs. Poder Corporativo

El proceso en la ONU ha sido impulsado por una coalición sin precedentes de organizaciones de la sociedad civil, indígenas y sindicatos. La *Campaña Global para Reclamar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad* —que agrupa a más de 1.000 entidades en 100 países— ha sido crucial para mantener la presión sobre los Estados. Esto quiere decir que la lucha contra los TBI no es solo legal, sino política. La presión de movimientos como el *Frente de Defensa de la Amazonía* en Ecuador o *Attac* en Europa ha logrado que temas como la impunidad corporativa entren en la agenda global. La huelga climática liderada por jóvenes y los bloqueos indígenas a proyectos extractivos son parte de esta resistencia.

Estrategias de incidencia:

- *Movilización en Ginebra:* cada año, delegaciones de víctimas —desde comunidades amazónicas hasta trabajadores textiles de Bangladesh— asisten a las sesiones del OEIGWG para testimoniar ante los Estados.
- *Alianzas Sur-Sur:* organizaciones como la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) en Ecuador y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) en Sudáfrica coordinan estrategias legales transnacionales.
- *Contra-narrativas:* Informes como “*Los TBI como Herramientas de Impunidad*” (FIDH, 2021) exponen cómo el arbitraje internacional bloquea el acceso a la justicia.

Aunque el tratado aún enfrenta oposición de potencias económicas, la campaña ha logrado incorporar lenguaje sobre derechos indígenas y ambientales en el borrador y mantener el proceso vivo pese a presiones para descarrilarlo. Para Ana María Suárez-Franco (FIAN Internacional), “este tratado es un rayo de esperanza en un sistema internacional fracturado”.

3. Integración de Cláusulas de Derechos Humanos en los TBI: Lecciones del Sur Global

Mientras avanza el tratado de la ONU, es urgente reformar los TBI existentes. El modelo de **Marruecos y Nigeria** (2016), que incluye obligaciones vinculantes para empresas, muestra que es posible invertir la lógica tradicional. Un artículo clave podría ser:

⁸ Juan Pablo Bohoslavsky, “Hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: Desafíos y oportunidades”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 31(1), 45-68.

«Las disposiciones de este tratado se interpretarán en armonía con las obligaciones internacionales de derechos humanos de las Partes. Ninguna cláusula impedirá adoptar medidas para proteger derechos humanos, ambientales o laborales».

En América Latina, países como México y Argentina han comenzado a incluir «cláusulas democráticas» en sus TBI, reservando el derecho a regular en crisis ambientales. Sin embargo, como advierte Nicolás Perrone (2021), estas reformas son insuficientes sin mecanismos de cumplimiento.

Hacia un nuevo paradigma: derechos humanos sobre privilegios corporativos

El siglo XXI exige un derecho internacional económico que no repita los errores del pasado. Las iniciativas analizadas —desde las modificaciones al sistema actual, pasando por el tratado vinculante de la ONU, hasta la resistencia de comunidades en Ecuador— ofrecen marcos alternativos respaldados por actores global. El caso Chevron-Texaco no es una anomalía, sino un síntoma de un sistema que premia la destrucción ambiental y castiga a quienes defienden sus territorios. Sin embargo, como muestran el proceso del tratado vinculante en la ONU y la campaña global que lo respalda, otro mundo es posible.

Es necesario reconocer la incompatibilidad del sistema actual con un modelo económico basado en la justicia y la equidad, utilizando las críticas de los autores mencionados. “La reforma del actual sistema de protección de inversiones requiere un cambio hacia obligaciones vinculantes de derechos humanos y el empoderamiento de los marcos legales nacionales sobre los mecanismos de arbitraje privado”. (Deva, 2012, p. 67).

Ecuador, con su liderazgo en las negociaciones, y las comunidades de la Amazonía, con su resistencia incansable, encarnan la esperanza de un derecho internacional que sirva a los pueblos, no al capital. Como dijo Nemonte Nenquimo, líder waorani, ante la ONU: “No somos obstáculos para el desarrollo, sino guardianes de la vida. Y nuestra voz, al fin, está siendo escuchada”. La tarea es clara: abolir los TBI, adoptar el tratado vinculante y construir sistemas de justicia que prioricen los derechos humanos sobre las ganancias. El costo de la inacción —más contaminación, más impunidad, más democracias vaciadas— es inaceptable. Como resume Van Harten (2016), “el ISDS es un dinosaurio jurídico; es hora de que se extinga”.

Referencias

- Amazon Watch. (2021). *Chevron's toxic legacy in Ecuador: A chronicle of impunity*. <https://amazonwatch.org/>
- Barrett, P. (2014). *Law of the jungle: The \$19 billion legal battle over oil in the rainforest and the lawyer who'd stop at nothing to win*. Crown Publishing Group.
- Bohoslavsky, J. P. (2020). Hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: Desafíos y oportunidades. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*.
- Cotula, L. (2013). The new enclosures? Polanyi, international investment law and the global land rush. *Third World Quarterly*, 34(9), 1605–1629. <https://doi.org/10.1080/01436597.2013.843847>
- Deva, S. (2012). *Regulating corporate human rights violations: Humanizing business*. Routledge.
- El caso Chevron-Texaco: Justicia denegada. (2015). Oxfam Internacional.
- Finer, M., Jenkins, C. N., Pimm, S. L., Keane, B., & Ross, C. (2008). Oil and gas projects in the western Amazon: Threats to wilderness, biodiversity, and indigenous peoples. *PLoS ONE*, 3(8), e2932. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0002932>
- Franck, S. D. (2011). Rationalizing costs in investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*.
- Hurtig, A. K., & San Sebastián, M. (2002). Geographical differences in cancer incidence in the Amazon Basin of Ecuador in relation to residence near oil fields. *International Journal of Epidemiology*, 31(5), 1021–1027. <https://doi.org/10.1093/ije/31.5.1021>
- Levin, K., (2021), *Wicked Problems and Private Law: The Case of Climate Change*, Transnational Environmental Law (Vol. 10, No. 1)
- Oxfam Internacional. (2010). *Petróleo, contaminación y pobreza en la Amazonía ecuatoriana*. <https://www.oxfam.org/>
- Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford University Press.
- Perrone, N. (2017). La captura corporativa del Estado: tratados de inversión y políticas públicas en América Latina. En D. R. García Delgado, M. C. Ruiz del Ferrier y B. de Anchorena (Comps.), *Elites y captura del Estado: control y regulación en el neoliberalismo tardío* (pp. 239–262). FLACSO Sede Argentina.
- (2016b). The ‘invisible’ local communities: Foreign investors’ rights v. human rights in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, 13(1), 1–25.

- (2018). *The World Bank Group and foreign direct investment*. Manuscrito inédito.
- (2020). Investment treaties and the politics of state consent: Revisiting the regulatory chill argument. *Journal of World Investment & Trade*, 21(2), 198–221. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340161>
- (2021). *Investment treaties and the legal imagination: How foreign investors play by their own rules*. Oxford University Press.
- (2022). *Investment treaties and the political economy of human rights*. Hart Publishing.
- Poulsen, N.** (2015). *Bounded rationality and economic diplomacy: The politics of investment treaties in developing countries*. Cambridge University Press.
- Roberts, A.** (2017). *Is international law international?* Oxford University Press.
- Salacuse, J.** (2010). *The law of investment treaties*. Oxford University Press.
- San Sebastián, M., & Hurtig, A. K. (2004). Oil exploitation in the Amazon Basin of Ecuador: A public health emergency. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 15(3), 205–211. <https://doi.org/10.1590/S1020-49892004000300011>
- Schneiderman, D.** (2008). *Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press.
- Schreuer, C. (2011). The concept of expropriation under the ETC and other investment protection treaties. *Transnational Dispute Management*
- Sornarajah, M.** (2015). *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge University Press.
- Tan, C. (2015a). Regulating international investment: A critical perspective. *Journal of International Economic Law*, 18(2), 345–367. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgv020>
- (2015b). The new international economic order: A reappraisal. *Transnational Legal Theory*, 6(2), 280–303. <https://doi.org/10.1080/20414005.2015.1077091>
- (2021). *Regulating international business: Human rights, corporate accountability and legal pluralism* (coeditado). Routledge.
- Triponel, A. y Smit, L.** (2020). The treaty on business and human rights: Is it feasible? *Business and Human Rights Journal*, 5(1), 34–63. <https://doi.org/10.1017/bhj.2019.29>
- Van Harten, G.** (2016). *Soldiering on: The public law of private power*. Oxford University Press.
- (2007). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford University Press.
- Van Harten, G., & Malysheuski, P. (2016). Who has benefited financially from investment treaty arbitration? *SSRN Working Paper*. <https://ssrn.com/abstract=2715753>
- Yackee, J. (2010). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? *Virginia Journal of International Law*, 51(2), 397–442.
- Young, O. R. (1999). *Governance in world affairs*. Cornell University Press.

Fuentes Primarias

Tratados y Documentos Legales

Tratado Bilateral de Inversión Ecuador-Estados Unidos (1997). Disponible: UNCTAD Investment Policy Hub.

Tratado de la Carta de la Energía (1994). Disponible: Energy Charter Treaty.

Acuerdo Marruecos-Nigeria (2016). Disponible: UNCTAD Investment Policy Hub.

Protocolo de Malabo (2014) de la Unión Africana. Disponible: African Union.

Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2014). Disponible: OHCHR.

Borrador del Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos (2023). Disponible: OEIGWG.

UNCTAD (2023). *World Investment Report: Investing in Sustainable Energy for All*.

IISD (2021). *The Hidden Costs of ISDS: Threats, Retirements, and Regulatory Chill*.

CIADI (2020). *The Cost of Investment Arbitration*.

Informe ICSID Caseload Statistics (2025-1), al 31 de diciembre de 2024

Jurisprudencia y Laudos Arbitrales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos* (2017). [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 2017.]

Tribunal Permanente de los Pueblos. *Sentencia sobre el Caso Chevron vs. Ecuador* (2020). Disponible en: PPT. Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador.

PCA (Centro de Arbitraje de La Haya). *Laudo en Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. República del Ecuador* (2018). Caso No. 2009-23.

CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). *Copper Mesa Mining Corporation vs. República del Ecuador* (2016). Caso No. ARB/16/1.

Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Ecuador, Número de expediente: 2003-0002, Caso: Aguinda y otros

v. Chevron Corporation,
Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia No. 001-18-SIN-CC* (2018).

Legislación Nacional

Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 71 (Derechos de la Naturaleza) y Art. 397 (Reparación Ambiental).
Promotion and Protection of Investment Act (Sudáfrica, 2013). Disponible en: Gobierno de Sudáfrica.

Informes y Documentos de Organismos Internacionales

FIDH (Federación Internacional de Derechos Humanos). (2021). *Los TBI como Herramientas de Impunidad: Análisis Crítico del Sistema ISDS*. Disponible en: FIDH.
CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). (2019). *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78.
CORRAO, Ignazio. *Report on corporate liability for serious human rights abuses in third countries*. European Parliament, Committee on Foreign Affairs. July 19th, 2016.
RUGGIE, John. *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* (ONU). (2011).
KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Informe ONU. (2006).
Case Note: How Chevron v. Ecuador is Pushing the Boundaries of Arbitral Authority, Investment Treaty News, 13 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2012/04/13/case-note-how-chevron-v-ecuador-is-pushing-the-boundaries-of-arbitral-authority/>

Medios y Documentales

Berlinger, J. (Director). *Crude: The Real Price of Oil*. Entendre Films. (2009).
The Guardian. *Chevron paid witness \$2 million in Ecuador pollution case, court papers show*. Disponible en: The Guardian. (2015).
Stiglitz, Joseph E. *Don't Trade Away Our Health*. New York Times, 30 de enero. (2015).

Declaraciones y Entrevistas

Nenquimo, N. (2021). Discurso ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Disponible en: Amazon Frontlines.
Suárez-Franco, A. M. (2022). Entrevista con FIAN Internacional. Disponible en: FIAN.
Cámara de Comercio de Quito. *La Cámara de Comercio de Quito será Sede de Arbitrajes CIADI*, publicado el 2 de noviembre de 2022, disponible en: <https://ciarglobal.com/la-camara-de-comercio-de-quito-sera-sede-de-arbitrajes-ciadi/>

Sitios Web Institucionales

Campaña Global para un Tratado Vinculante. (2023). *Recursos y actualizaciones*. Disponible en: Treaty Alliance.
CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). (2020). *Propuestas para reformar el sistema ISDS*. Disponible en: CEJIL.

Disputas arbitrales complejas de construcción

Complex Construction Arbitration Disputes

Lenin Navarro-Moreno  
Autor independiente

Resumen

La construcción tiene un rol central en el desarrollo de asentamientos humanos e incide sobre el bien general e interés público. El impacto de la construcción es muy significativo por lo que el Estado debe dar garantías mínimas sobre la operatividad de las inversiones, el mantenimiento de trabajo y, especialmente, la satisfacción de necesidades de la población en cuanto a vivienda e infraestructura pública. La naturaleza jurídica de la construcción compleja subraya la necesidad de incorporar a la legislación interna mecanismos expeditos y técnicos de prevención y resolución de disputa, que eviten entre otras cosas, la afectación a la comunidad en natural y al medio ambiente. Sin embargo, las disputas complejas no pueden ser prevenidas ni resueltas de forma efectiva por la función judicial, debido a un desfase funcional entre el derecho administrativo y derecho internacional, lo que redundaría en falta de certeza jurídica. Elegir el mecanismo más adecuado para prevenir y resolver sus diferencias de forma eficiente y oportuna pertinente, permitiría encontrar soluciones técnicas sobre la marcha; esto decir, sin que la construcción se paralice ni se afecten operaciones y transacciones conexas.

Palabras clave: Dispute boards, arbitraje, turn key contract, joint venture, compliance, medio ambiente, infraestructura, contaminación, derechos humanos..

Abstract

Construction plays a central role in the development of human settlements and impacts the general welfare and public interest significantly. The state must ensure minimal guarantees regarding investment operability, labor maintenance, and, especially, meeting the population's housing and public infrastructure needs due to the construction's profound impact. The complex legal nature of construction underscores the necessity of incorporating expedited and technical dispute prevention and resolution mechanisms into domestic legislation. These mechanisms aim to prevent, among other things, community and environmental harm. However, complex disputes cannot effectively be prevented or resolved solely through judicial means, given the functional gap between administrative and international law, resulting in legal uncertainty. Choosing the most suitable mechanism to efficiently and timely prevent and resolve disputes would enable real-time technical solutions without halting construction or disrupting related operations and transactions.

Keywords: Dispute boards, arbitration, turn-key contract, joint venture, compliance, environment, infrastructure, pollution, human rights.

Introducción

Según la propuesta de este artículo, el problema jurídico radica en la insuficiencia de un marco normativo integral y eficiente que responda de manera a la complejidad de las disputas en el ámbito de la construcción, en particular aquellas que involucran mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje y los *dispute boards*. La tensión entre la necesidad de agilidad procesal, la protección de derechos fundamentales y la compatibilidad con los estándares internacionales, revela una problemática jurídica nodal que afecta la adecuada administración de justicia en escenarios donde el volumen de controversias y la magnitud de las inversiones públicas y privadas exceden las capacidades de los órganos jurisdiccionales tradicionales. La cuestión, por tanto, se centra en cómo estructurar un sistema jurídico que, preservando la supremacía del Estado, facilite la incorporación efectiva de procedimientos expeditos que mitiguen la incidencia de conflictos, promoviendo a la par una interpretación alineada con las normativas internacionales y los principios de buena fe y colaboración entre las partes.

La metodología de trabajo sigue un enfoque cualitativo, fundamentado en un análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo, que permite comprender en profundidad las tensiones y vacíos existentes en el ordenamiento jurídico vigente. La revisión bibliográfica exhaustiva integra fuentes primarias y secundarias (tratados internacionales, leyes nacionales y la doctrina especializada), para delinear un marco conceptual robusto que sustente la propuesta de reforma o adecuación normativa. Complementariamente, se emplea un estudio de caso comparado, que ilustra la aplicación práctica de los mecanismos alternativos en distintos contextos jurídicos internacionales y proporciona una perspectiva comparativa que enriquece las propuestas teórico-legislativas y su posible implementación en el entorno local. Esta aproximación metodológica, posibilita no solo el diagnóstico certero del problema, sino también la formulación de recomendaciones fundamentadas en principios jurídicos sólidos y en las mejores prácticas internacionales en materia de resolución de conflictos de construcción.

Desde una perspectiva jurídica de alcance global, la relación entre la resolución de disputas en proyectos de construcción y la protección de los derechos humanos constituye un problema jurídico complejo e irresuelto para garantizar una justicia que vaya más allá de la mera resolución técnica o contractual. La construcción de infraestructura, especialmente en contextos de gran envergadura, implica no solo el cumplimiento de normativas legales, sino también la salvaguardia de derechos fundamentales, tales como el derecho a la vivienda digna, la protección del medio ambiente y el respeto por las comunidades afectadas. Casos emblemáticos como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Garífuna de Honduras contra Honduras (sentencia de 2012)

El arbitraje internacional, especialmente en el contexto de disputas relacionadas con inversiones y construcción, ha generado un debate creciente respecto a su impacto en la protección de los derechos humanos. Casos como el de *Almaden Minerals* contra México, donde la empresa minera canadiense presentó un arbitraje tras la revocación de concesiones debido a violaciones de derechos de comunidades indígenas — incluyendo la consulta previa y el consentimiento libre e informado — evidencian la tensión entre mecanismos arbitrales y la salvaguarda de derechos fundamentales (PODER, 2024). Decisiones como las del Tribunal de La Haya en el caso *Four Nigerian Farmers y Stichting Milieudefensie vs. Shell* han establecido la responsabilidad sobre cuestiones ambientales causados por sus subsidiarias, reconociendo un vínculo directo con la obligación de respetar derechos humanos en procesos arbitrales (DPLF, 2022).

La integración de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones también ha sido reconocida por tribunales arbitrales que interpretan los tratados bilaterales de inversión en armonía con normas internacionales de derechos humanos, como ocurrió en el caso *Urbaser vs. Argentina*, donde se admitieron reconvenciones basadas en la legislación sobre derechos humanos (IISD, 2022). Sin embargo, esta área presenta desafíos significativos, ya que los sistemas de solución de controversias inversor-Estado (SCEI) han sido criticados por la falta de transparencia, la ausencia de mecanismos para que los Estados o afectados planteen reclamos, así como la imposición de indemnizaciones que pueden limitar la capacidad estatal para proteger derechos sociales y ambientales. En consecuencia, se plantea la necesidad de dar pautas normativas sobre del arbitraje internacional para asegurar que no se convierta en un instrumento que socave el Estado de derecho ni los derechos humanos universales.

Los casos precedentes y la práctica actual no son suficientes para consolidar de forma definitiva una nueva regulación general sobre el tema como efectos tanto internos como internacionales. Se plantea la hipótesis de que la actual dicotomía en América Latina entre un derecho administrativo de inspiración francesa –que rige aspectos económicos, regulatorios y ambientales– y las prácticas de arbitraje de origen anglosajón resulta insuficiente para la resolución eficiente y justa de disputas complejas de construcción. Por lo tanto, se requiere una integración o adecuación normativa que armonice estos enfoques, incorpore mecanismos expeditos y asegure la protección de derechos fundamentales y la seguridad jurídica en el sector.

En principio, las inversiones en infraestructura deberían generar beneficios económicos duraderos para las comunidades locales, hecho que no necesariamente sucede. Esto nos lleva a cuestiones referidas a fallos de mercado y puntualmente externalidades, que justifican la intervención del Estado en la economía. La construcción no necesariamente es un juego de suma positivo, sino que puede representar un juego de *suma cero* con ganadores y perdedores. La ampliación de infraestructura (Krugman, 2019) y de redes de transporte permiten el crecimiento económico sostenido. Sin embargo, detrás de ello destaca el ejercicio del poder discrecional¹ de poder público para limitar, promover, regular o sancionar una actividad constructiva.

La legislación local de países en desarrollo tiene limitaciones para el desarrollo de grandes obras de construcción, tanto desde cuestiones de financiamiento hasta la operativización de contratos complejos. La construcción es el eje central sobre el cual se consolida la noción de ciudad y de urbanismo. Los grandes hitos históricos de progreso y desarrollo que ha tenido la humanidad giran sobre la construcción². Tanto para valoraciones y exámenes económicos, jurídicos, sociales, antropológicos, la construcción representa un factor fundamental de progreso y bienestar. De este modo, gobiernos, organizaciones internacionales y sociedad civil, realizan sus estudios³ sobre la demanda insatisfecha de servicios básicos e infraestructura, calidad de y precios de la prestación de servicios básicos. El análisis económico del derecho toma como elemento relevante a las concesiones y cargas tributarias.

El desarrollo de infraestructura, los grandes objetivos del Estado, y los beneficios comunitarios no siempre se encuentran alineados. Determinar qué ese desarrollo⁴ no está libre de cuestionamientos que también tiene alta relevancia en el ámbito internacional de las disputas complejas. La forma de construcción y diseño de infraestructura no solo debe tomar en cuenta la prestación de servicios y eficiencia económica, sino considerar el impacto que existe incluso sobre la afectación a la naturaleza y comportamiento humano. Según Lahosa (2002):

Hablar de las relaciones entre el urbanismo y la seguridad obliga a hacer referencia a la obra de Jane Jacobs pues ha sido un hito, desde su publicación en 1961, sobre la necesidad de incorporar a la urbanística y al reordenamiento de las ciudades la apropiación y uso del espacio público como elemento esencial de estructuración social de la ciudad. En este sentido su análisis sobre la seguridad y el colectivo de la ciudad, sus calles y sus aceras, o las referencias a las transformaciones monofuncionales en la ciudad como uno de los peligros de destrucción de la diversidad urbana, son algunos aspectos que han producido líneas de investigación creciente tanto de la urbanística como de la antropología.

Los proyectos de infraestructura, que incluyen la edificación de carreteras, puentes, escuelas y hospitales, son fundamentales para proporcionar servicios esenciales que benefician a toda la comunidad. Sin embargo, es necesario ponderar la protección de la naturaleza con planes de ordenamiento territorial y planificación sobre la conveniencia de concentración de la población, hecho que se traduce en un diseño adecuado o inadecuado de ciudades. Una infraestructura mejorada no solo eleva la calidad de vida de los habitantes, sino que también hace que la región sea más atractiva para nuevos residentes y empresas. Las

1 La discrecionalidad de poder público es una de las cuestiones conceptualmente más complejas, pero al mismo más recurrentes en la práctica, calificada como el caballo de Troya del derecho público.

2 Enumerar todos los hitos constructivos de la humanidad desborda el propósito del presente trabajo, sin embargo, es fundamental considerar su importancia mayúscula. Históricamente los gobiernos (sin perjuicio de su vocación) han mostrado su poder e importancia a través de grandes obras de construcción.

3 Determinación de línea base en cuestiones sociales.

4 El caso Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. v. Marruecos. 2001. Decision on Jurisdiction. Caso CIADI No. ARB/00/4, es un hito en la correlación del concepto de desarrollo con estándares de protección de derecho interaccional.

inversiones en infraestructura (Stiglitz, 1989) son cruciales para el desarrollo económico sostenible, ya que crean un entorno propicio para el crecimiento. Los proyectos de construcción suelen involucrar a múltiples partes interesadas, incluidos financistas propietarios, contratistas, subcontratistas y proveedores, así como el Estado ya sea como parte interesada o en ejercicios de sus facultades regulatorias y de control. Estas circunstancias dan lugar a disputas complejas y multipartes que pueden ser difíciles de gestionar fuera de un entorno arbitral.

China lidera la industria de la construcción en el mundo con un monto de 3.3 trillones de dólares, seguido en su orden por Estados Unidos y Europa, con montos de 1,9 y 1,5 trillones⁵. Toda América Latina en su conjunto llega a 0.3 trillones. Esta información muestra que el crecimiento económico se evidencia en la construcción. El impacto económico de la construcción, tanto para el Estado como para los ciudadanos locales debería ser positivo. El grado de éxito depende de la planificación pública, junto al rol regulador y de control de las inversiones, principalmente de aquellas sometidas a concesiones y regímenes especiales.

Existen desafíos y consideraciones que deben tenerse en cuenta, que incluye transversalmente cuestiones operativas, económicas, sociales y legales. Los proyectos de construcción pueden causar perturbaciones temporales, como ruido, congestión del tráfico y efectos ambientales⁶. La industria de la construcción y las preocupaciones ambientales se han entrelazado cada vez más, lo que ha llevado a un aumento de disputas complejas que requieren experiencia especializada para resolverlas. En razón de su complejidad y naturaleza técnica de la construcción y los problemas ambientales presentan desafíos únicos para los árbitros y los abogados.

Las dimensiones contractuales en construcción

La noción de contrato es particularmente compleja tanto en derecho internacional como en derecho comparado (Navarro, 2012). La cuestión es compleja al tratarse de un segmento de mercado sujeto a regulaciones y aplicación de derecho público en previsiones contractuales, así como licencias y autorizaciones previas relacionadas con la responsabilidad con terceros. El contrato de construcción suele incluir diseños técnicos y valoraciones económicas. Las denominadas *escalation clauses* son importantes en procesos constructivos donde se requiere de múltiples proveedores de diversos países (pago en otras monedas), junto a permisos de importación y situaciones económicas referidas a obstáculos arancelarios y para arancelarios del comercio. La contratación de múltiples profesionales, de forma directa o por subcontratación lleva aparejadas complejidades económicas.

Algunos de los asuntos son las extensiones de tiempo, acceso oportuno y libre de limitantes a la obra, establecimiento de garantías y seguros, *compliance* normativo, determinación de derecho sustantivo y adjetivo aplicable, valoración de errores de cálculo, valoración de errores económicos, elementos laborales vinculados, insolvencia de contratista principal o proveedores, asuntos tributarios, obtención de permisos y licencias, fuerza mayor y caso fortuito, etc.

En el derecho comparado destaca la paladina valoración comparativa entre la definición de contrato en el sistema anglosajón (*common law*) y continental romanista (*civil law*), exponer la noción histórica y funcional de la *consideration*⁷. De forma resumida, puede decirse el único elemento en común es su raíz etimológica (*contractus*). Ni tan siquiera existe consenso jurídico respecto de la definición conceptual sustantiva de contrato, menos aún existen certezas sobre los incumplimientos contractuales. Los grandes contratos de construcción tienen elementos de extranjería en torno a su ley sustantiva y adjetiva aplicable, destaca la relación de grandes empresas constructoras o financieras que tienen sus sedes y operación central en el sistema legal anglosajón. La mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, el Second Restatement y el

5 Fuente: <https://www.statista.com/statistics/788166/global-construction-market-value-by-region/>

6 El project management en construcción empezó a implementarse en la década de los 1950 sobre el aporte doctrinal de Henry Gantt (1861–1919), quien fue precursor de la planificación y técnicas de control. Esta noción tuvo sus raíces primarias en el sistema jurídico y empresarial anglosajón, lo que equivale a decir que el derecho administrativo regulatorio, sancionatorio y en general el derecho administrativo económico lo ha incorporado. El manejo de proyectos se encuentra ubicado en la dogmática de la administración más que en el derecho.

7 En Estados Unidos destaca el caso *Hawkins v. McGee*, 84 N.H. 114, 146 A. 641 (N.H. 1929), dentro de la noción de formación de contrato desarrollo punto como: *Implied Warranty* y *Caveat Emptor*. En el derecho inglés tiene relevancia el caso *Currie v. Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875–76) LR 1 App Cas 554.

Uniform Commercial Code (U.C.C.)⁸ reconocen el deber de cumplir un contrato de buena fe como un principio general del derecho contractual. La estructuración de contratos, muy voluminosa por un lado y, por otro, muy limitada, recoge implícitamente la dualidad del derecho positivo y derecho natural, en decir, entre principios y normas. En derecho positivo se debe cumplir con la norma sin mayor análisis moral de bona fides⁹.

La construcción abarca desde relaciones laborales, compraventa, transporte, provisión y suministro, logística, almacenamiento, custodia, propiedad intelectual, análisis económicos y jurídicos, estudios ambientales, permisos, etc.¹⁰⁻¹⁶ Esto agrega la dificultad de que necesariamente existen varias relaciones, prestaciones y contratos. En la práctica, sobre la expresión de simple y básica de contrato, se usa la noción de modelos constructivos, donde uno de los formatos destacados en *design-bid-build*. La práctica internacional de construcción ha mencionado además que estas prácticas complejas conceptualmente se ubican entre la noción jurídica de modelos y *tort*.¹⁷ La responsabilidad no se limita a cuestiones contractuales o temas extracontractuales, sino que en los grandes proyectos está latente la responsabilidad penal donde se incluye, entre otros, cuestiones de índole ambiental.¹⁸

La Guía de los Contratos en las Américas de la OEA,¹⁹ pese a ser un trabajo del más alto nivel, no trata sobre contratos de construcción. La convención de Viena²⁰ instrumento central con 89 ratificaciones en el mundo, destacando América y Europa, no da un concepto de contrato, sino que otorga ciertas pautas. Tratar sobre las diferencias contractuales en el sistema continental romanista (*civil law*) y sistema anglosajón, desborda ampliamente el contenido de este artículo, sin embargo, debe anotarse que se fundamenta sobre la noción *consideration*.

La construcción representa una de las actividades jurídicas más complejas, las más grandes obras constructivas del mundo son únicas en cuanto a su planificación, ejecución, administración y mantenimiento. Lo dicho se traduce en el hecho de que no existe contrato simple, sino un conjunto de contratos o prestaciones que se agrupan entre otros en la modalidad *turn key* (Guha, 2020). Los contratos no son puramente públicos ni totalmente privados. La interpretación de contratos de construcción en el ámbito público lleva al análisis de contratos administrativos y contratos de la administración^{11, 22} además de cuestiones más sofisticadas como la aplicación de los modelos constantes en:

FIDIC: International Federation of Consulting Engineers.²³

CIDB: Standard Professional Services Contract¹².

GCC: General Conditions of Contract for Construction.²⁵

NEC: New Engineering Contract (Professional Services Contract)¹³.

NEC: New Engineering Contract, Engineering and Construction Contract and Engineering and Construction Short Contract.²⁷

Si bien la gran infraestructura debe someterse a regulaciones públicas, y además vinculan a grandes empresas internacionales, la normativa local de carácter romanista-positivista no está plenamente adecuada con prácticas contractuales constructivas como: *cost plus fixed fee contract*, *percentage rate contract*, *item rate contract or unit price contract*, *lump sum and scheduled contract*, etc. Lo mencionado tiene tanto aplicabilidad ente actores privados o actuaciones en las que interviene el Estado como interesado o concesionario.

Compaginar estos modelos sofisticados, que ponen la pauta mundial, con el derecho público local implica retos. Salvo que el Estado renuncie a su poder de imperio y se someta a jurisdicción extranjera el derecho aplicable es el del Estado. En un contexto más amplio destaca incluso la posible aplicación de la *lex*

8 Para el UCC (Uniform Commercial Code) de Estados Unidos a compraventa no está concebida como un contrato sino como una transacción, ver el Art. 2. Sales.

9 Ver Burton (1980)

10 La amplitud de prestaciones relacionadas con la construcción conlleva dificultades en su análisis dentro del derecho comparado, entre otros ver: Weir (1995).

11 La dogmática del contrato administrativo es compleja, más cuando se trata de grandes obras sometidas a ley y jurisdicción extranjera. Ver: Brewer-Carías (1988).

12 Representa un contrato estandarizado que regula los servicios profesionales en el sector de la construcción.

13 Constituye un conjunto de modelos contratos diseñados para promover la colaboración y la gestión eficiente de proyectos.

*mercatoria*¹⁴ desde crédito documentario a Incoterms²²

²³ Desde el año 1913 ha involucrado a profesionales de más de 100 países. Destacan las publicaciones conocidas como *Rainbow Suite*, que en referencia a contratos de construcción recoge: Red Book: Condiciones para proyectos de construcción donde el diseño es proporcionado. Yellow Book: Para contratos de diseño y construcción donde el contratista realiza el diseño. Silver Book: Para contratos de tipo llave en mano. Green Book: Contrato de formato corto, etc.

²⁵ Hace referencia a las llamadas Condiciones Generales que rigen los contratos de construcción, desarrolladas por FIDIC. Tiene como propósito establecer un marco legal y operativo para la ejecución de obras, incluyendo derechos y obligaciones de las partes involucradas.

²⁷ Diseñado para su uso civil, así como para la construcción de infraestructura compleja. Sus modalidades básicas se concentran a: Opción A: Contrato precio con cronograma de actividades, Opción B: Contrato con precio y presupuesto, Opción C: Contrato objetivo con cronograma de actividades, Opción D: Contrato objetivo con presupuesto, Opción E: Contrato con costos reembolsables, y Opción F: Contrato de gestión.

En razón de lo amplio y multidisciplinario de las posibles prácticas contractuales la interpretación se vuelve compleja.³⁰

Sobre contratos y relaciones conexas de construcción, diseño y operación pueden darse las siguientes hipótesis:

²⁹ Sobre las concesiones públicas ver: Fernández Acevedo, R. (2015). *Las concesiones administrativas de dominio público* (2ª ed.). Madrid: Editorial Civitas. Mayer, C. (2015). *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad Externado. De Laubadère, A., Moderne, F., & Delvolvé, P. (1984). *Traité des contrats administratifs* (Tome 2). Paris: L.G.D.J., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. González, J. M. (2018). *Derecho administrativo y concesiones públicas*. Madrid: Ediciones Jurídicas.

³⁰ Las disputas de construcción desbordan el derecho local (administrativo, ambiental, etc), suelen someterse a prácticas de firmas de abogados internacional.

Supuestos	Descripción
Responsabilidad por defectos constructivos	El constructor es responsable por defectos ocultos o vicios de construcción que comprometan la estabilidad o seguridad de la obra, incluso después de finalizado el contrato. Destacan cuestiones de derecho comparado.
Incumplimiento contractual	Si el constructor no cumple con las obligaciones establecidas en el contrato(s), como plazos, calidad de materiales o especificaciones técnicas, el dueño puede resolver el contrato y reclamar daños y perjuicios.
Vicios ocultos en compraventa de inmuebles	El vendedor de un inmueble responde por los vicios ocultos que tenga la construcción al momento de la venta, aunque los haya ignorado. El comprador puede exigir rebaja del precio o resolución del contrato, sin embargo, cuando intervienen elementos de extranjería el tema es más complejo y costoso.
Responsabilidad extracontractual	El constructor responde por daños causados a terceros durante la ejecución de la obra, incluso si actúa con la debida diligencia. Debe tener un seguro de responsabilidad civil amplio.
Concurso de acreedores del constructor	Si el constructor se declara en concurso, el dueño de la obra puede resolver el contrato y reclamar daños, o continuar con el contrato si se le otorgan garantías suficientes.
Cesión de contrato de construcción	El constructor puede ceder el contrato a un tercero, pero necesita autorización del dueño. El dueño puede oponerse por justa causa.
Subcontratación	El constructor puede o no subcontratar parte de la obra (dependiendo del derecho aplicable), pero sigue siendo responsable frente al dueño. Debe contar con autorizaciones sobre los subcontratistas y ser responsable de sus habilitaciones y licencias.

¹⁴ La aplicación de la *lex mercatoria* al derecho público es compleja, sin embargo, está presente, destacando incluso para temas tributarios y aduaneros.

DERECHO APLICABLE A DISPUTAS COMPLEJAS EN CONSTRUCCION

Los litigios complejos abarcan un amplio espectro de diversas disputas legales (diferentes pero entrelazadas) caracterizadas por su naturaleza difícil al incorporar derecho extranjero o diversas materias, que a menudo involucran a múltiples partes, cuestiones probatorias costosas y argumentativamente complejas, cuestiones legales confusas objeto de interpretaciones. Pese a que en la doctrina derivada del *administratif droit*,³¹ no ha incluido la figura de “acciones de clase”³² propias del derecho anglosajón.³³ Este campo se divide principalmente en dos categorías: litigios civiles complejos y litigios comerciales complejos, donde la doctrina recoge a cuestiones como: *personal injury claims*, *environmental issues*.³⁴

El arbitraje se ha convertido en el método preferido para conocer y resolver disputas de construcción, no únicamente en razón de ventajas sobre los litigios antes de las jurisdicciones locales, tales como especialidad, imparcialidad, celeridad, etc. Sin arbitraje, un litigio de construcción (con multiplicidad de partes, prestaciones y obligaciones) debería ser resuelto por un sinnúmero de jueces. La competencia y jurisdicción están determinados en razón de la materia, territorio, cuantía, personas, jerarquías, fueros, privilegios e inmunidades.³⁵ Los criterios de determinación entre otros se refieren a la prevención de competencia, y conexión sobre elementos reales, personales y conductistas.³⁶ La doctrina del *forum non conveniens* y *forum shopping*, en su orden, tienen como propósito determinar vínculos que puedan dar competencia en razón del foro más conveniente y apropiado.

El rol del Estado es particularmente interesante respecto de la construcción. En primer término, debe regular y controlar, sin embargo, también es un actor económico que actúa directamente, a través de asociaciones público-privadas, concesiones, etc.

La autotutela en el derecho administrativo, especialmente en el contexto de grandes contratos de construcción y concesiones de servicios públicos, se manifiesta a través de cuatro tipos:

³¹ La noción de derecho administrativo francés ha sido atacada severamente en el ámbito anglosajón, destacando autores como:

Craig, P. P. (2012). *Administrative law* (4th ed.). Sweet & Maxwell.

Dicey, A. V. (1959). *Introduction to the study of the law of the constitution* (10th ed.). Macmillan.

Ginsburg, T., & Simpson, A. (2014). *Constitutional law and administrative law in comparative perspective*. Cambridge University Press.

Harlow, C., & Rawlings, R. (2014). *Law and administration* (3rd ed.). Cambridge University Press.

Hart, H. L. A. (2012). *The concept of law* (3rd ed.). Oxford University Press.

Kahn-Freund, O. (1976). *The role of law in the modern state*. Stevens & Sons.

Le Sueur, A. (2016). *Public law*. Oxford University Press.

McCubbins, M. D., & Schwartz, T. (2006). Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire alarms. En D. R. Mayhew (Ed.), *The new American politics: The politics of the new American politics* (pp. 1–24). Yale University Press.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.

Wade, W. H. (2017). *Administrative law* (10th ed.). Oxford University Press.

³² Entre los casos que han dado respuesta a problemas jurídicos relevantes: *Amchem Products, Inc. v. Windsor*. 521 U.S. 591 (1997). *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*. 564 U.S. 338 (2011).

³³ Entre obras que tratan el tema, destacan: Eisen, A. R. (2005). *Class actions: A guide to the law and practice*. Practising Law Institute.

Kaplan, A. (2010). *Class action: A legal and empirical study*. New York University Press. Klonoff, R. H. (2018). *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell* (5th ed.). West Academic Publishing.

Moore, W. J., & Miller, R. D. (2014). *Class actions: A comprehensive guide to the law and practice*. American Bar Association. Rosenberg, M. (2009). *Class actions: A practical guide*. Wiley. Smith, J.

(2013). *The law of class actions: A comprehensive overview* (2nd ed.). Cengage Learning. Wright, C. A., & Miller, A. R. (2002). *Federal practice and procedure: Civil* (3rd ed.). West Academic Publishing. Zuberi, A.

(2016). *Class actions in the United States: A comparative perspective*. Routledge.

³⁴ El derecho ambiental en Ecuador, por mandato constitucional, tiene una dimensión especial sobre la noción de Derechos de la Naturaleza

³⁵ El sometimiento a arbitraje para el Estado implica la renuncia a privilegios e inmunidades. El arbitraje tiene por antonomasia una naturaleza contractual; sin embargo, existen legislaciones como la de Perú que establece arbitrajes de manera mandatoria. Así, destaca el texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N. 082-2019-EF, 2019

³⁶ Navarro Moreno, Lenin, Tratado Derecho Internacional, Omeba México. Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo IX -I, y Tomo IX -I 2012.

declarativa, conservativa, ejecutiva y reduplicativa.³⁷ Estas actuaciones son propias del derecho público imperante en América Latina bajo las doctrinas francesas, alemanas y españolas.³⁸

Las disputas de construcción a menudo involucran cuestiones altamente técnicas, como la ingeniería, el diseño y la gestión de proyectos, que requieren experiencia especializada para comprender y resolver. El arbitraje de construcción conlleva importantes dificultades, entre las que destaca la naturaleza disputas multipartidistas.

El contexto de litigios complejos incluye información comercial protegida, lo que hace que la confidencialidad sea un resguardo mayor. La capacidad del arbitraje para proporcionar un proceso confidencial y laudos ejecutables es una ventaja significativa.

Adaptación del proceso arbitral

La flexibilidad del arbitraje permite a las partes personalizar el proceso para que se adapte a las necesidades específicas de su disputa de construcción, como la selección de árbitros con experiencia técnica relevante. Los proyectos de construcción pueden abarcar múltiples jurisdicciones, lo que requiere que los árbitros resuelvan complejos problemas legales y operativos para garantizar una resolución justa y efectiva, con decisiones informadas, eficaces y sostenibles.

Las reglas de arbitraje institucional, como las proporcionadas por la CCI, la LCIA y la SIAC, a menudo incluyen disposiciones adaptadas a las necesidades de las disputas ambientales y de construcción, incluido el nombramiento de árbitros expertos, las adaptaciones y adecuaciones a temas de construcción son relevantes.

Las partes pueden incorporar disposiciones específicas en sus contratos de construcción para efectos de ley aplicable y solución de controversias. La flexibilidad del arbitraje, y particularmente modalidades expeditas de solución técnica, permite a las partes adaptar el proceso a las circunstancias particulares y específicas de su disputa, como el uso de la determinación de expertos o juntas de adjudicación junto con los procedimientos de arbitraje principales. Destaca el fomento a la comunicación abierta y colaborativa entre todas las partes interesadas, incluidas las comunidades locales, hecho que puede ayudar a mitigar el riesgo de disputas y facilitar la implementación exitosa de proyectos de construcción y ambientales.

La participación de terceros (*amicus curiae*)³⁹ y la existencia de reconveniones por temas ambientales⁴⁰ y puntualmente de construcción despierta interés en el litigio complejo.

³⁷ La autotutela declarativa permite a la administración aprobar permisos, declarar la idoneidad de proyectos, adjudicar, terminar, modificar contratos. La autotutela conservativa busca proteger los derechos existentes, a través de la no alteración del *statu quo*. La autotutela ejecutiva permite a la administración tomar decisiones e imponerlas sin necesidad de intervención judicial. Por otro lado, la autotutela reduplicativa establece que los contratistas deben agotar recursos administrativos antes de acudir a los tribunales, salvo que se haya pactado arbitraje.

³⁸ Entre otros, ver: Ginsburg, Tom, y Alberto Simpser. *Constitutional Law and Administrative Law in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Harlow, Carol, y Richard Rawlings. *Law and Administration*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

³⁹ Sobre el tema, entre otros, ver: Barton, J. (2013). *The role of amicus curiae in international arbitration*. Oxford University Press. Foster, C. E. (2011). *International investment law and arbitration: Leading cases from the 1990s to the present*. Sweet & Maxwell. Kaufmann-Kohler, G., & Potestà, M. (2016). *The role of amicus curiae in international investment arbitration: A comparative perspective*. Cambridge University Press.

La mediación y sus fortalezas en no dañar relaciones y propender a soluciones (rápidas, rentables, flexibles y holísticas) en principio no admite a terceros, partiendo de la obligación central de confidencialidad, sin embargo, pueden existir temas vinculados al interés público. Los métodos no judiciales como consecuencia limitan cuestiones de ley aplicable, autoridad y cumplimiento, que además de complejas son costosas y confrontacionales.

En el propósito de mantener la integridad de las relaciones, la figura de *Dispute Boards* y sus adaptaciones, son cada vez más reconocidos como mecanismos efectivos para resolver disputas en materia de construcción, particularmente en proyectos complejos donde una demora o falla puede producir un efecto dominó que desestabilice todo el proyecto. Sirven para facilitar resoluciones oportunas y rentables, reduciendo así la necesidad de arbitrajes tradicionales o litigios más formales y al mismo tiempo más confrontación.

Los Dispute Boards (juntas de disputas) pueden clasificarse en tres tipos principales:

Dispute Review Board (DRB): Brinda asesoramiento informal y recomendaciones no vinculantes a las partes involucradas.

Dispute Adjudication Board (DAB): Emite decisiones vinculantes sobre las disputas que surgen durante el proyecto. Los DAB suelen establecerse al inicio de un proyecto y pueden abordar las disputas a medida que surgen.

Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB): Un modelo híbrido que no sólo resuelve disputas, sino que también tiene como objetivo evitar que las disputas se intensifiquen proporcionando intervenciones y recomendaciones tempranas.

La operatividad de las Dispute Boards se da sobre un marco contractual.⁴¹ Las funciones, poderes y procedimientos de la junta de disputas deben estar claramente definidos en el contrato de construcción. Esto incluye el alcance de la autoridad, los procesos de toma de decisiones y los plazos para emitir decisiones. La resolución de temas ambientales, vinculación de partes no signatarias e incluso participación de autoridades públicas lleva dificultades, sin embargo, no es un limitante absoluto.

Las reglas y nociones prácticas sobre Dispute Boards tuvieron su origen en el ámbito de la construcción, en referencia a importantes proyectos que afectaban potencialmente al derecho público local y el derecho internacional. El hito inicial se encuentra en los modelos de contratos planteados por FIDIC,⁴² específicamente en su edición correspondiente al año 1999. Estos contratos introducen un enfoque expedito y eficiente de resolución de disputas en múltiples niveles, comenzando con la Junta de Adjudicación de Disputas (DAB), que se estableció como un requisito previo obligatorio antes de recurrir al arbitraje. Esta estructura fue diseñada para facilitar la resolución temprana de conflictos y minimizar la necesidad de litigios prolongados.

Posteriormente, en 2004, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI)⁴³ introdujo sus propias Reglas de la Junta de Disputas, posteriormente revisadas y actualizadas,⁴⁴ que, aunque

⁴⁰ Los costos icónicos a nivel mundial sobre reconversiones ambientales en arbitraje de inversión son: ICSID Case No. ARB/08/5. Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador.

ICSID Case No. ARB/08/6. Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador).

⁴¹ Las leyes locales en algún momento podrían determinar la constitución de juntas de disputas mandatorias.

⁴² Ibidem.

⁴³ International Chamber of Commerce, 1919. <https://iccwbo.org>

se utilizan principalmente en el contexto de la construcción, no se limitan exclusivamente a este sector. Estas reglas han sido bien recibidas y complementan el marco existente de resolución de disputas.

La Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA)⁴⁵ ha desarrollado sus propias especificaciones para la resolución de disputas en contratos de construcción, estableciendo un marco que data de 2000 y que ha influido en la práctica de arbitraje en Estados Unidos. Este enfoque se basa en la idea de que la resolución de disputas debe ser accesible y eficiente, promoviendo la colaboración entre las partes involucradas.

En agosto de 2014, el Instituto Colegiado de Árbitros (CIArb)⁴⁶ del Reino Unido presentó un conjunto de

reglas que representan un avance significativo en la adaptación de las normas de arbitraje a las necesidades contemporáneas del sector de la construcción. Este desarrollo refleja el creciente uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas y la necesidad de un marco flexible que responda a las demandas del mercado.

La evolución de las reglas de resolución de disputas en el ámbito de la construcción ha sido impulsada por la necesidad de abordar de manera oportuna, efectiva y eficiente los conflictos que surgen en proyectos complejos. La integración de mecanismos como las DAB en los contratos FIDIC y el desarrollo de reglas por parte de organizaciones como la CCI, la AAA y el CIArb subrayan la importancia de contar con procedimientos claros y accesibles para la resolución de disputas en el sector de la construcción.

El propósito funcional y misional de las Dispute Boards se enfocan a:

- Prevención de Disputas: La Junta puede alentar a las partes a resolver sus diferencias de manera informal antes de que se conviertan en disputas formales.
- Asistencia: Si las partes no pueden resolver la disputa, la Junta puede intervenir con asistencia no propiamente de carácter formal.
- Decisiones: En caso de que la disputa no pueda ser resuelta o solventada, la Junta puede emitir decisiones que son de carácter final y vinculante, es decir, no se permiten recursos ni mecanismos de revisión.

En cuanto a la estructura funcional, tanto el modelo CIArb como el ICC permiten la creación de Dispute Boards, CIArb ofrece dos tipos (DRB y DAB) con un enfoque más flexible, mientras que ICC tiene un enfoque más estructurado y formal, por su parte la AAA incluye el enfoque de Dispute Review Boards (DRB) y Dispute Adjudication Boards (DAB) El CIArb se centra en la prevención de disputas y la emisión de recomendaciones no vinculantes, mientras que ICC se enfoca en decisiones vinculantes que pueden ser ejecutadas. En cuanto a la naturaleza de los procedimientos: CIArb permite un proceso más informal y flexible, mientras que ICC sigue procedimientos más formales y estructurados. CIArb promueve la colaboración y la comunicación abierta, mientras que ICC se centra en la resolución efectiva y rápida de disputas.⁴⁷

⁴⁴ El documento vigente en la actualidad es internacionalmente conocido como:

ICC, Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce In force as from 1 October 2015, with Appendices in force as from 1 October 2018

⁴⁵ American Arbitration Association, 1926 <https://www.adr.org/>

⁴⁶ Chartered Institute of Arbitrators, 1915. <https://www.ciarb.org/>

⁴⁷ Entre las obras destacadas sobre dispute boards en disputas internacionales de construcción, destaca: Chern, Cyril. 2015. The FIDIC Forms of Contract. 3rd ed. Chichester: Wiley-Blackwell.

En resumen, puede anotarse:

Elemento	AAA	ICC	CIArb
Tipos de DB	DRB, DAB	DRB, DAB	DRB, DAB
Ámbito de Aplicación	Principalmente construcción	Internacional, diversos sectores	Internacional, diversos sectores
Naturaleza de las Decisiones	Recomendaciones no vinculantes (DRB), decisiones vinculantes (DAB)	Recomendaciones no vinculantes (DRB), decisiones vinculantes (DAB)	Recomendaciones no vinculantes (DRB), decisiones vinculantes (DAB)
Proceso de Nombramiento	Flexible, adaptado a las partes	A través de la ICC	A través de CIArb
Frecuencia de Reuniones	Periódicas, según necesidad	Regulares, según proyecto	Regulares, según el contrato
Enfoque en la Prevención	Alto, con asesoramiento continuo	Alto, con énfasis en la comunicación	Alto, con énfasis en la educación
Formación de Miembros	No especificado	No especificado	Enfoque en la formación y educación

Operativamente, en razón de lo expedito del procedimiento, se debe establecer preferiblemente el calendario procesal reducido al inicio del proyecto para permitir una gestión proactiva y oportuna. Las partes

deben tener la opción de solicitar una audiencia ad hoc donde la junta de disputas se reúne para escuchar el asunto y emitir una decisión con prontitud.⁴⁸

La elección entre Dispute Boards y diversos métodos de arbitraje depende de múltiples factores, incluyendo la naturaleza del contrato, la relación entre las partes y la complejidad de la disputa. Mientras que los Dispute Boards ofrecen un enfoque proactivo y preventivo, el arbitraje

Hernández García, Roberto. 2022. Dispute Boards: Teoría y Práctica. 1ª ed. Lima: Dijuris.

Bunni, Nael G. 2005. The FIDIC Forms of Contract: The Fourth Edition of the Red Book 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book. 3rd ed. Oxford: Blackwell Publishing.

Gaitskell, Robert. 2005. ICC Force Majeure Clause 2003 and Hardship Clause 2003. ICC International Court of Arbitration Bulletin 16 (2) P. 37-48.

⁴⁸ La celeridad y simplicidad del proceso en algún momento podría plantear cuestiones de debido proceso. CIADI,⁴⁹ ICC,⁵⁰ UNCITRAL⁵¹ y local proporcionan soluciones más formales y estructuradas para la resolución de conflictos. Cada mecanismo tiene sus propias ventajas y desventajas, y es crucial que las partes evalúen cuidadosamente sus opciones antes de tomar una decisión.

Los grandes proyectos constructivos no tendrán únicamente un resguardo contractual, sino que potencialmente buscarán ser protegidos por normas de derecho internacional referidas al derecho de las inversiones. Existen más diferencias que posibles semejanzas entre el arbitraje internacional comercial y el arbitraje de inversión.

El arbitraje CIADI es particularmente complejo, demorado y costoso. Aun cuando se soliciten medidas provisionales⁵² dentro del arbitraje no se podría tener el efecto preventivo y de mantener el *statu quo* tanto económico, legal y operativo como podría suceder respecto de los Dispute Boards.

El *cooling-off period*⁵³ en el contexto del arbitraje de inversión, especialmente en disputas relacionadas con la construcción, es un mecanismo que permite a las partes involucradas en una disputa tomar un tiempo (comúnmente oscila entre 3 a 6 meses) para intentar resolver sus diferencias antes de recurrir al arbitraje. Este no es un tema menor, sino por el contrario una cuestión central en temas de jurisdicción. Destaca, entre otras, la decisión de diciembre de 2010, donde un tribunal del CIADI dentro del caso Murphy contra Ecuador⁵⁴ decidió que no tenía jurisdicción debido a que los demandantes no cumplieron con el período de “enfriamiento” de seis meses especificado en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador.⁵⁵ Esta decisión resalta la importancia de considerar cuidadosamente el cumplimiento de dichos períodos de reflexión antes de comenzar un arbitraje. En temas complejos de construcción una espera sin negación efectiva es perjudicial y se traduce en el agravamiento de la disputa.

En Ecuador su legislación no incluye métodos expeditos similares a las Dispute Boards o arbitrajes abreviados y especializados de construcción que resuelvan o prevengan de manera técnica conflictos. Sin este resguardo, los grandes proyectos que requieren inversión extranjera o financiamiento bancario difícilmente se sentirán resguardados.

Luego de la consulta popular celebra en Ecuador el 21 de abril de 2024, donde aparece un nuevo capítulo de rechazo al arbitraje internacional, queda latente la pregunta de que, si la negativa referida incluye o no a diversas modalidades, incluido el Dispute Board en construcción.

Conclusión

A medida que la industria de la construcción continúa evolucionando, impulsada por la promoción global de la energía sostenible y la administración ambiental, el papel de los procedimientos abreviados no judiciales en la resolución de disputas complejas crecerá en importancia. Al aprovechar la experiencia especializada, los procedimientos personalizados y el compromiso con la colaboración, el arbitraje puede proporcionar una herramienta poderosa para navegar por el intrincado panorama de las disputas ambientales y de construcción, apoyando en última instancia el desarrollo exitoso y sostenible de proyectos de infraestructura crítica. El derecho público local, en particular el derecho administrativo no transita a la misma velocidad que las prácticas internacionales.

Un litigio de construcción (con multiplicidad de partes, prestaciones y obligaciones) debería ser

resuelto por un sinnúmero de jueces, con diversas facultades y competencias. La competencia y jurisdicción están determinados en razón de la materia, territorio, cuantía, personas, jerarquías – fueros, e inmunidades, la disputa compleja desborda aquello, esta es la razón de la necesidad de procesos expeditos y preventivos.

El funcionamiento de un Dispute Board se basa en el establecimiento de un ambiente de comunicación continua entre las partes. Los miembros del DB, que suelen ser expertos en la materia, están involucrados desde el inicio del proyecto, lo que les permite entender el contexto y las dinámicas entre las partes. Esto les permite ofrecer asesoramiento y recomendaciones informales antes de que surjan disputas formales. La noción de Dispute Board tiene directa relación con el funcionamiento de las reglas de arbitraje.

En Ecuador no se encuentra previsto en la legislación interna la existencia de un arbitraje especializado de construcción ni el funcionamiento de juntas de disputas sobre la materia de concesiones públicas y contratos con el Estado. Es importante crear y consolidar sistemas preventivos de conflictos, mantener la salud financiera y promover el crecimiento de la construcción responsable y planificada; esto es indispensable para lograr el crecimiento económico dentro de un contexto de desarrollo sostenible.

⁴⁹ Ver: <https://icsid.worldbank.org/>

⁵⁰ Ver: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/>

⁵¹ Ver: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

⁵² Sobre el tema destaca: Navarro Moreno Lenin, *Medidas Provisionales en Disputas Internacionales contra Estados Soberanos*, UTPL, 2012.

⁵³ El cooling-off period es una herramienta valiosa en el arbitraje de inversión, especialmente en el contexto de disputas de construcción. Fomenta la resolución pacífica de conflictos, ahorra costos y tiempo, y ayuda a preservar las relaciones comerciales entre las partes. Sin embargo, su efectividad depende de la disposición de las partes para negociar de buena fe y buscar soluciones mutuamente beneficiosas.

⁵⁴ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4

⁵⁵ Ecuador - United States of America BIT (1993)

BIBLIOGRAFIA

- Brewer-Carías, A. R. (1988). *La evolución del concepto de contrato administrativo*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino.
- Burton, Steven J. *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*. Harvard Law Review 94, N. 2 (1980). P 369–404.
- Fernández Acevedo, R. (2015). *Las concesiones administrativas de dominio público* (2ª ed.). Editorial Civitas.
- Ginsburg, T., & Simpsen, A. (2014). *Constitutional Law and Administrative Law in Comparative Perspective*. Cambridge University Press.
- Guha, S. K. (2020). *Turnkey construction contracts in construction and infrastructure projects: An introductory overview*.
- Harlow, C., & Rawlings, R. (2014). *Law and administration* (3rd ed.). Cambridge University Press.
- Hernández García, R. (2022). *Dispute boards: Teoría y práctica*. Dijuris.
- International Chamber of Commerce. (s.f.). *Dispute resolution services*.
- Jenkins, J. (2013). *International Construction Arbitration Law* (2nd ed.).
- Kaplan, A. (2010). *Class action: A legal and empirical study*. New York University Press.
- Klonoff, R. H. (2018). *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell* (5th ed.). West Academic Publishing.
- Ley N° 30225. (2019). *Ley de Contrataciones del Estado*. Decreto Supremo N. 082-2019-EF.
- Mayer, C. (2015). *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*. Editorial Universidad Externado.
- Menendez, K. G. (1997). *Construction law*. *Compleat Lawyer*, 14(1), 22–24.
- Moore, W. J., & Miller, R. D. (2014). *Class actions: A comprehensive guide to the law and practice*. American Bar Association.
- Motta, M. (2004). *Collusion and horizontal agreements*. En *Competition Policy: Theory and Practice*, 137–230. Cambridge University Press.
- Navarro Dávila, E. F. (1982). *La política exterior*. Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- Navarro Morán, J. A. (1988). *El orden público y el orden privado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Navarro Moreno, L. (2012). *Tratado de Derecho Internacional*. Omeba México: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX-I.
- Navarro Moreno, L. (2015). *Noción de inversión extranjera*. Casa de la Cultura del Ecuador.

- Navarro Moreno, L. (2016). Judicial review en el constitucionalismo. Casa de la Cultura del Ecuador.
- Navarro Moreno, L. (2021). Investment in international arbitration. En *Modern developments of private international law*, Libro conmemorativo a Leonel Pereznieta Castro, coordinado por Lenin Navarro Moreno. Tirant lo Blanch.
- Navarro Moreno, L. (s.f.). Cloud computing y administración pública. En preparación.
- Navarro Moreno, L. (2022). *International Law (Selected Essays)*. Editorial El Siglo.
- Navarro Moreno, L. (2017). Judicial review en el constitucionalismo. Casa de la Cultura del Ecuador, Ciencias Jurídicas, Epoca II, 6.
- Ginsburg, T., & Simpser, A. (2014). *Constitutional Law and Administrative Law in Comparative Perspective*. Cambridge University Press.
- González, J. M. (2018). *Derecho administrativo y concesiones públicas*. Ediciones Jurídicas.
- Gould, N., & Lockwood, C. (2014). Introduction to dispute boards.
- Guha, S. K. (2020). Turnkey construction contracts in construction and infrastructure projects: An introductory overview.
- Harlow, C., & Rawlings, R. (2014). *Law and administration* (3rd ed.). Cambridge University Press.
- Hernández García, R. (2022). Dispute boards: Teoría y práctica. *Dijuris*.
- ICC. (s.f.). Dispute resolution services.
- Jenkins, J. (2013). *International Construction Arbitration Law* (2nd ed.).
- Kaplan, A. (2010). Class action: A legal and empirical study. New York University Press.
- Klonoff, R. H. (2018). *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell* (5th ed.). West Academic Publishing.
- Ley N° 30225. (2019). Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N. 082-2019-EF.
- Mayer, C. (2015). Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano. Editorial Universidad Externado.
- Menendez, K. G. (1997). Construction law. *Compleat Lawyer*, 14(1), 22–24.
- Moore, W. J., & Miller, R. D. (2014). *Class actions: A comprehensive guide to the law and practice*. American Bar Association.
- Motta, M. (2004). Collusion and horizontal agreements. En *Competition Policy: Theory and Practice*, 137–230. Cambridge University Press.
- Navarro Dávila, E. F. (1982). *La política exterior*. Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- Navarro Morán, J. A. (1988). *El orden público y el orden privado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Navarro Moreno, L. (2015). Noción de inversión extranjera. Casa de la Cultura del Ecuador.
- Navarro Moreno, L. (2016). Judicial review en el constitucionalismo. Casa de la Cultura del Ecuador.
- Navarro Moreno, L. (2021). Investment in international arbitration. En *Modern developments of private international law*, Libro conmemorativo a Leonel Pereznieta Castro, coordinado por Lenin Navarro Moreno. Tirant lo Blanch.
- Navarro Moreno, L. (s.f.). Cloud computing y administración pública. En preparación.
- Navarro Moreno, L. (2022). *International Law (Selected Essays)*. Editorial El Siglo.
- Navarro Moreno, L. (2017). Judicial review en el constitucionalismo. Casa de la Cultura del Ecuador, Ciencias Jurídicas, Epoca II, 6.
- Ginsburg, T., & Simpser, A. (2014). *Constitutional Law and Administrative Law in Comparative Perspective*. Cambridge University Press.
- González, J. M. (2018). *Derecho administrativo y concesiones públicas*. Ediciones Jurídicas.
- Gould, N., & Lockwood, C. (2014). Introduction to dispute boards.
- Guha, S. K. (2020). Turnkey construction contracts in construction and infrastructure projects: An introductory overview.
- Harlow, C., & Rawlings, R. (2014). *Law and administration* (3rd ed.). Cambridge University Press.
- Hernández García, R. (2022). Dispute boards: Teoría y práctica. *Dijuris*.
- ICC. (s.f.). Dispute resolution services.
- Jenkins, J. (2013). *International Construction Arbitration Law* (2nd ed.).
- Kaplan, A. (2010). Class action: A legal and empirical study. New York University Press.
- Klonoff, R. H. (2018). *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell* (5th ed.). West Academic Publishing.
- Lahosa, J. M. (2002). Delincuencia y ciudad. Hacia una reflexión geográfica comprometida. *Universidad Barcelona, Ta Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, 7(349).
- Ley N° 30225. (2019). Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N. 082-2019-EF.
- Mayer, C. (2015). Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano. Editorial Universidad Externado.
- Menendez, K. G. (1997). Construction law. *Compleat Lawyer*, 14(1), 22–24.
- Moore, W. J., & Miller, R. D. (2014). *Class actions: A comprehensive guide to the law and practice*. American Bar Association.
- Motta, M. (2004). Collusion and horizontal agreements. En *Competition Policy: Theory and Practice*, 137–230. Cambridge University Press.
- Navarro Dávila, E. F. (1982). *La política exterior*. Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- Navarro Morán, J. A. (1988). *El orden público y el orden privado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Navarro Moreno, L. (2015). Noción de inversión extranjera. Casa de la Cultura del Ecuador.

- Navarro Moreno, L. (2016). Judicial review en el constitucionalismo. Casa de la Cultura del Ecuador.
- Navarro Moreno, L. (2021). Investment in international arbitration. En *Modern developments of private international law*, Libro conmemorativo a Leonel Pereznieta Castro, coordinado por Lenin Navarro Moreno. Tirant lo Blanch.
- Navarro Moreno, L. (s.f.). Cloud computing y administración pública. En preparación
- O'Malley, Debra. "If You Build It, They Will Come: Collection Management of Construction Contracts." *Legal Information Management* 23, no. 4 (2023): 255-63
- Navarro Moreno, L. "La protección jurídica del medio ambiente en el derecho internacional." *Revista de Derecho Público y Ciencias Sociales*, vol. 25, no. 2, 2018, pp. 45-67.
- Pérez, María J. "Contratos administrativos y su regulación en la legislación latinoamericana." *Revista del Derecho Administrativo*, n° 50, 2019, pp. 112-130.
- Ramírez, Carlos. "La solución de controversias en proyectos de infraestructura: mediación y arbitraje." *Revista de Resolución de Conflictos*, vol. 17, no. 3, 2017, pp. 89-105.
- Sánchez, Laura. "El papel de las juntas de resolución de disputas en la construcción pública." *Revista Internacional de Derecho Contractual*, año 2020, pp. 234-249.
- Stiglitz, J. E. (1989). *Economics of the public sector*. W. W. Norton & Company.
- Torres, Miguel. "El contrato de concesión en el marco del derecho administrativo peruano." *Revista de Derecho Administrativo y Administrativo*, n° 65, 2021, pp. 78-94.
- Ugarte, Jorge. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los contratos públicos." *La Ley*, edición 2300, 2022, pp. 56-72.
- Vargas, Elena. "Análisis comparado de los sistemas de resolución de disputas en América Latina." *Revista de Derecho Comparado*, vol. 14, no. 1, 2019, pp. 150-168.
- Weir, T. (1995) *Comparative Studies in Construction Law: The Sweet Lectures*. Construction Law Press.
- Williams, Peter. "Global trends in legal frameworks for project arbitration." *Journal of International Arbitration*, n° 33, 2020, pp. 205-222.
- Xavier, Pablo. "Participación ciudadana y control en procedimientos de contratación pública." *Foro Público*, n° 42, 2021, pp. 33-49.
- Yupanqui, Rosa. "La perspectiva ecológica en la planificación urbana y sus implicaciones jurídicas." *Revista de Urbanismo y Ambiente*, vol. 19, no. 2, 2018, pp. 101-117.
- Zúñiga, Luis. "Marco legal del financiamiento de proyectos de infraestructura en países emergentes." *Revista Financiera*, año 2022, pp. 77-92.
- Fernández, Ana. "Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la contratación pública." *Revista Derecho & Sociedad*, vol. 24, no. 4, 2020, pp. 199-215.
- Gómez, Ricardo. "Innovaciones en la regulación de contratos públicos internacionales." *Derecho Internacional y Comparado*, n° 58, 2021, pp. 130-147.
- López, María. "Responsabilidad y regulación del contrato de obra pública en la legislación europea." *Revista Europea de Derecho Público*, 2022, pp. 88-104.

The Case of Chilean Health Insurers [ISAPRES]: Jurisprudential Considerations on a Potential International Arbitration linked to Human Rights

El caso de las aseguradoras de salud chilenas (ISAPRES): consideraciones jurisprudenciales sobre un posible arbitraje internacional vinculado a los derechos humanos

Patricio Cury-Pastene  
University of Chile - Chile

Abstract

Based on international arbitration cases concerning investment protection, this article examines jurisprudential criteria that can be applied in disputes, for example, between states and foreign investors. The analysis highlights the incorporation of human rights criteria in arbitration situations regarding the case of Chilean health insurers [ISAPRES]. A Chilean Supreme Court's ruling, concerning an across-the-board decision on arbitrary discrimination by insurers that would have affected users, could eventually be discussed in international forums. If the owners of health insurers consider that they have not been treated fairly, the decision adopted by the court could be expropriatory. This study addresses the compatibility of human rights criteria in arbitration proceedings within foreign investment frameworks. Finally, the main aspects under examination will consider jurisprudential criteria and the Court's ruling regarding health insurers.

Keywords: insurance companies, health economics, investment, arbitration, human rights, investment arbitration, right to health, isapres, investment protection.

Resumen

A partir de casos de arbitraje internacional que conciernen la protección de inversiones, se examinan criterios jurisprudenciales que pueden aplicarse en contiendas, por ejemplo, a litigios entre estados e inversionistas extranjeros. El análisis subraya la incorporación de criterios de derechos humanos, en situaciones de arbitraje, al caso de las aseguradoras de salud chilenas [ISAPRES]. Un fallo de la Corte Suprema de Chile, a propósito de una decisión aplicada masivamente en materia de discriminación arbitraria de los aseguradores que habría afectado a los usuarios, podría, eventualmente, ser discutida a nivel internacional. En el evento que los propietarios de los aseguradores de salud estimaren que no han tenido un tratamiento justo, la decisión adoptada por el tribunal pudiere ser expropiatoria. Se discutirá la compatibilidad de los criterios de derechos humanos a propósito de procedimientos arbitrales en marcos de inversión extranjera. Finalmente, se expresarán los principales aspectos a considerar en base a análisis de la jurisprudencia y del fallo de la Corte Suprema chilena sobre los aseguradores de salud.

Palabras clave: compañías aseguradoras, economía de la salud, inversión, arbitraje, derechos humanos, arbitraje de inversiones, derecho a la salud; isapres; protección de inversiones.

Introducción

Business activity in the world has traditionally been confronted with the problem of expropriations and political risks, which has led to the emergence of bilateral investment protection treaties and, therefore, the emergence of conflict resolution systems regarding disputes between the host state of the investment and the foreign investor. However, a growing trend in Latin America and throughout the world is a potential contradiction between the practical application of fundamental rights (economic, social or cultural), versus an increasingly relevant influence of foreign investment, that is not limited to industrial or manufacturing sectors but has grown in the extractive sector and, recently, the service provision sector.

In addition, it should be taken into consideration that in the case of Latin America, there is a growing judicialization before the national courts by means of constitutional actions. Hence the provision of some specific fundamental rights is claimed before court in each country, such as the right to life, access to education, health, non-arbitrary discrimination. This occurs both in the national legal system and the set of treaties on applicable fundamental rights. It should also be considered that in the case of legal systems of Latin American countries, the role of the Inter-American Court of Human Rights, through the so-called control of conventionality has been gaining an increasing influence. It should be mentioned, however, that Latin American systems are not a strong legal link as is the case of provisions of the European Court of Human Rights with respect to the members of the Council of Europe. Especially in the case of the European Union the decisions of the European Court of Justice are binding.

There are issues associated with foreign investment which overlap with the demand or provision of some fundamental rights, for example, right to health, either through medical benefits or through the provision of medicines. In addition, there are areas such as ownership of natural resources or the use of certain geographical spaces, where tensions emerge between the rights of foreign investor versus the claims of local communities (usually native Peoples) claiming ancestral rights. It is in this scenario that the regulation established for foreign investment would be at odds with the regulation applied in terms of fundamental rights standards. This could be an antinomy not only of rules but of entire branches of the legal system not only at the national but also at the international level. This generates harmful effects on the legal system such as discredit or lack of legitimacy regarding decisions adopted by some international courts, or an oscillating jurisprudence where is practically impossible to ensure predictability of decisions. This situation generates a scenario that results in a drop in foreign investments and undermines business, affecting economic growth. On the other hand, employing judicialization as a mechanism of litigation as a means of regulation, especially in the case of litigation of a structural, strategic or public interest nature that may have a strong social justice root.

In light of this phenomenon, this article examines the situation of the ISAPRES in Chile as a potential case of judicialization before arbitral tribunals under international investment protection regimes. It seeks to identify the potential legal and financial risks that the Chilean State may face in such proceedings, as well as the human rights considerations that arbitral tribunals might take into account in their deliberations. To provide adequate context, the analysis will also consider the impact of domestic litigation brought by local communities against large-scale investment projects. A comparative methodology will be applied, drawing on case law from regional human rights courts in Latin America, alongside relevant arbitral jurisprudence in the field of foreign investment, which may offer instructive insights for addressing the issues raised in this study.

General setting applicable to the problem

Overview

This article exposes something similar to a collision course, because it is precisely what researchers seem to face in Latin America. The conflict lies in the contradiction that would arise between the protection of fundamental rights and the development of productive activities. This would have to do with an economic structure, but countries with a strong extractive matrix do not seem to have this contradiction. Now, where could the problem of this possible collision course lie? The problem could be determined by the balance between economic activity and universal legal principles (González Butrón, 2012). Comparative methodology

or comparative analysis comes into play. On this point, it is vital to refer to the cryptotype¹, or the ethos that a certain legal branch supposes. (Caterina, 2017) Thus, the perspective of fundamental rights or human rights is a perspective that, obviously, takes sides on the basis of ideal conditions: ideals that must be achieved towards a condition of dignity or well-being. (Nogueira Alcalá 2005: 2012). In short, it is an idea that to be achieved, that is definitely looked-for because encompasses an ethical mission.

Current globalized society interacts within a capitalist system to meet economic needs (García Garnica y Taboada Ibarra 2012). Thus, we have a counterpoint between these two worlds, one that is an essentially empirical world. A world, let's say, based on what would be British pragmatism and empiricism in the Anglo-Saxon tradition and in short, it seems that this two "ethos" are opposing each other. It is worth asking the question if this two "ethos" can be compatible. (Tobar Torres 2021). One possible answer, in the case of Latin America in general—and Chile in particular—, is if they can be unified. This would be possible using methodologies compared to institutions of foreign legislation. (Míguez Nuñez 2011). This also has to do with a factor of great importance with respect to two cases or matters that seem interesting, specifically, on jurisprudence that has been pronounced on the protection of fundamental rights and business activity.

Methodology and sample selection

This article analyzes a set of five cases involving arbitration or litigation with transnational implications. Four of these pertain to international arbitration proceedings arising from disputes between foreign investors and host States under investment protection agreements. The remaining case involves domestic litigation in Chile concerning price variations in Health Managed Organization (ISAPRE) policies. The selection criteria focused on whether the disputes were eligible for arbitration and had proceeded to a final decision, thereby allowing for substantive legal analysis. If the issue arises from a clear violation of fundamental rights, it cannot be limited to an economic matter, nor can it be understood solely as related to international investments or commercial interests. Therefore, it is reasonable to infer that the arbitral tribunal can consider the issue as one of transgression of fundamental rights, including health, access to water, and environmental protection.

Hypothesis

The central question of this article is the correlation between judicial rulings and fundamental rights in relation to an activity carried out by a private party within a state. This research aims to determine why in a context of the private provision of a social service—traditionally a public good until the application of the theory of subsidiarity—what prevails are the economic considerations not the general provision of the service. Fundamental rights should reign over economic efficiency or the prerogatives that a private party has obtained through concession to provide a certain public service. This research follows the hypothesis: "There are divergences in the treatment that arise in controversies related to public goods or services that are categorizable as social rights". This hypothesis will be contrasted with the choice of a limited group of cases, which meet certain specific requirements to be considered as paradigmatic cases

Discussion

This paper focuses on the tension that occurs in accessing public goods. From a perspective of human rights, recognised at the international level, goods are considered social or economic rights; while, from an economic point of view, they are considered an investment. The right to health is a social right and must be understood from a perspective that goes beyond access to medical infrastructure and medical professionals who provide medical care. This implies that we must go beyond promotion, protection, recovery and rehabilitation actions, with regard to medical ailments. Accessing health services implies actions and infrastructures, which encompass environmental, social and attitudinal aspects that allow, in one way or another, to achieve the maximum biopsychosocial well-being of people. Therefore, the right to health should not only be understood as the benefit itself offered to people who need to prevent a disease or recover from one. Human beings are imbedded in social and physical situations or conditions that intervene throughout

¹ We refer to Rodolfo Sacco's terminology about the influence of a general idea that illustrates or guides the judicial system.

their lives that could affect their health, well-being and quality of life. The level of income, schooling, housing and employment situation, sanitary infrastructure related to drinking water, sewage and wastewater treatment services affect these circumstances too.

Affordability affects access to medical benefits as well. Social security systems are partly responsible for allowing access to medical benefits, for example with regard to the link with occupational accidents or work-related diseases. However, a comprehensive system of medical benefits must also consider situations if people out of work (either because they have retired or because they have not yet formally entered the labour market) can access medical services, through a medical benefits financing system. This service can be provided both by a public system (responsible for the financial coverage of health benefits), as well private companies, usually insurance companies that provide coverage to clients who require medical care, through the subscription of an of insurance.

Conceptual framework

Judicialization

Judicialization of disputes means the escalation a disagreement once other, non-judicial, instances have been exhausted. The Spanish legal system considers judicialization the “access to effective judicial protection”; nevertheless, this procedure reflects a tendency to appeal to courts when disputes that arise in social life have not been settled. Judicialization also implies submitting a dispute, for example differences that exist between states and foreign investors, to an adjudicative entity. It is important to keep in mind that an arbitral tribunal does not recourse to national public justice, but to an international decision-making body.

Subsidiarity

The principle of subsidiarity is one of the foundational elements of the 1980 Chilean Constitution, inspired by the ideas of German *Ordoliberalismus* (ordoliberalism). Under this doctrine, the State should limit its intervention in economic and social affairs to those activities that private actors cannot perform independently. In essence, the State recognizes and affirms the primacy of private initiative in providing goods and services (even those traditionally classified as public goods). This principle influences Chile’s constitutional framework. By enshrining subsidiarity, the legal system enables public and private actors to provide public services. This dual provision model has become particularly relevant in healthcare, education, and utilities, where the line between public service and commercial enterprise has been increasingly blurred.

Economic services of general interest

The concept of *economic services of general interest* (ESGI) originates in European Union law. It refers to activities deemed essential for the public and whose provision must be ensured for all citizens. These services (public transportation, access to drinking water and sanitation services) are of collective rather than individual interest. Initially, the European Court of Justice adopted a broad interpretation, holding that any activity involving the provision of goods or services in a given market qualifies as an economic activity. As such, the scope of ESGI has remained flexible and somewhat indeterminate.

Nevertheless, economic services of general interest consider openness to competition and their potential for market-based provision. These services are delivered to everyone uninterruptedly, under conditions that ensure quality, accessibility, and affordability. Conversely, social services of general interest are not considered economic activities per se. They are usually excluded from market-based competition and are governed by distinct legal and policy considerations, often rooted in social welfare obligations.

Foreign direct investment

FDI refers to the transfer of capital —whether in monetary form or capital goods— into a host country, to establish a productive enterprise or a commercial project. While historically associated with manufacturing and industrial facilities, the scope of FDI has expanded to include the services sector, encompassing financial institutions, healthcare providers, and essential utilities such as water supply and telecommunications. FDI is not limited to traditional production but is increasingly present in sectors with direct implications for public

interest and human rights. This evolving dynamic raises complex legal questions, particularly when private investors engage in sectors traditionally reserved for State provision.

Investment protection treaties

Investment protection treaties are instruments of public international law designed to foster and safeguard cross-border investments. These bilateral or multilateral treaties establish a legal framework that ensures reciprocal protection for investors from each contracting State. Federal Republic of Germany and Pakistan signed the first modern investment protection treaty in 1959. Core principles include fair and equitable treatment, national treatment, and most-favoured-nation treatment, all intended to prevent arbitrary or discriminatory measures against foreign investors.

A defining feature of these treaties is the inclusion of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanisms. These mechanisms allow investors to bring claims directly against host States before international arbitral tribunals, bypassing domestic courts. The panels are usually lawyers with experience in investment and public international law. Arbitral decisions can review and even overturn national authority rulings, including those by judicial bodies, raising important questions about the limits of State sovereignty and the interplay between economic and human rights obligations.

Arbitration and human rights

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic ICSID No. ARB/03/19

This arbitration concerned a concession for bottled water services granted to French and Spanish investors in the Buenos Aires Province. The concession was operated by Aguas Argentinas S.A. (AASA). The claimants alleged that the Argentine State infringed its obligation to provide fair and equitable treatment, particularly concerning tariff-setting mechanisms that failed to account for increasing operational costs.

The investors argued that the regulatory authority's refusal to adjust pricing in light of economic conditions deprived the concessionaire of a reasonable return on investment and constituted indirect expropriation. Amidst economic instability and a sharp currency devaluation, the government ultimately re-nationalized water distribution, terminating the concession and resuming control over the service (Bayón, 2018). The tribunal admitted amicus curiae submissions from consumer protection and human rights organizations. This decision acknowledged the importance of incorporating affected users' perspectives while treating disputes that involve essential services such as water. While the tribunal emphasized transparency as the primary rationale for accepting these submissions, it also indirectly referenced the human right to water (ESCR-Net, 2006).

Company de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3

This dispute involved claims for compensation filed by a French investor concerning rights obtained through the privatization under a 30-year concession of Aguas de la Conquista, a water utility in the Province of Tucumán. Following political opposition and public criticism—partly fueled by allegations of irregularities in the privatization process and incidents of water turbidity—local authorities attempted to terminate the concession and repeatedly sought to renegotiate tariff terms. These measures conflicted with the company's obligations to invest in and improve service delivery (Ripinsky & Williams, 2008).

In 1997, due to political and regulatory pressures, the company attempted to terminate the concession unilaterally. However, provincial authorities insisted on continuing operations until 1998. The first arbitration proceedings started in 1996, but the tribunal found that although it had jurisdiction, it could not fit to rule (Ferro, 2001). A subsequent claim, filed in 2003, asserted a violation (under the investment treaty) of fair and equitable treatment.

The tribunal considered arguments by the provincial government that emphasized the need to safeguard citizens' health and well-being. These included claims that service interruption would endanger public health and that water quality concerns—allegedly exaggerated by authorities—were used to justify renegotiation

efforts. The award noted the strategic invocation of health-related arguments, revealing the complex interplay between investment protection and human rights obligations (ITLaw, 2008).

Ely Lilly v. Novopharm

This case concerned the withdrawal of a pharmaceutical patent in Canada, originally granted to Eli Lilly, a U.S. pharmaceutical company. The dispute centred on Canada's application of the *promise of utility* doctrine, under which a patent must fulfil the functional promise stated in its claims. The revoked patent pertained to the drug Zyprexa (olanzapine), used in the treatment of schizophrenia and related mental health conditions (Barros Michell, 2017).

Eli Lilly alleged that the revocation, prompted by a challenge from Canadian generics manufacturer Novopharm, was arbitrary, discriminatory, and contrary to Canada's obligations under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). Specifically, the claim was based on Articles 1116, 1117, 1118, and 1119, asserting that the Canadian judiciary and patent office had discriminated against U.S. pharmaceutical firms and undermined investor protections.

The tribunal ultimately dismissed Eli Lilly's claims, finding that the revocation of the patent was neither arbitrary nor discriminatory. It held that Canadian authorities acted within a reasonable and legally justified framework and that applying the "promise doctrine" did not breach Canada's international obligations. Thus, the claim for expropriation and denial of fair and equitable treatment was rejected (Jus Mundi, 2018).

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. the Oriental Republic of Uruguay

This case involved a claim by the U.S. tobacco company Philip Morris against Uruguay, contesting the legality of tobacco control regulations that restricted branding and mandated large graphic health warnings—particularly the dangers of cancer associated with smoking—covering 80% of cigarette packaging. Philip Morris alleged that these measures violated its intellectual property rights, constituted indirect expropriation, and significantly impaired its commercial interests.

Uruguay defended the regulations as part of its sovereign prerogative to protect public health, considering the high incidence that smoking has in the diagnosis of several types of cancer. The measures were adopted pursuant to its obligations under the World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control, which Uruguay had ratified (Gianelli, 2016).

The arbitral tribunal, convened under ICSID, ruled in favour of Uruguay. It found that the State's regulatory measures were legitimate, proportionate, and non-discriminatory. The tribunal emphasized the State's right to regulate in the public interest, particularly in matters of public health, and held that the tobacco control policy was consistent with Uruguay's domestic legal framework and its international treaty commitments.

The case of the ISAPRES in Chile

General background

The case of the ISAPRES² does not evidence regulation by administrative means but regulation by way of litigation. The occurrence of legal intervention, as described in the literature, can be seen in cases such as use of asbestos case or class action, the diesel engine dispute in the United States. In dealing with certain types of litigation (class actions or collective litigation actions), courts become regulatory entities, in an almost analogous way to traditional regulatory bodies.

Within the Chilean constitutional system there are certain social rights that are offered by private providers. In the case of the ISAPRES or Social Security Health Institute, they are health insurance companies, which are equivalent to the North American HMOs³. In short, the scheme shows a commercial provider that offers to the public a service that from the point of view of fundamental rights is treated or called as a social

² It corresponds to the acronym of Social Security Health Institutions.

³ It stands for health management organizations.

right.

The essential issue or problem raised by the cryptotype or ethos that exists with respect to each area of law, because the judgment and this problem starts from the year 2010 regarding a challenge that is made with respect to the table of factors that is the mechanism through which the risk is calculated and the risk of insurers is measured with respect to those of, specifically, the insured, of the people who have ISAPRES plans, and that is eliminated or in the end it is declared unconstitutional and a process of massive litigation begins. Also, with regard to those of the litigation that is made collective regarding production resources, claiming from the increases the blood plans.

The core issue concerns the underlying *ethos* or cryptotype that informs distinct areas of law, particularly in how they respond to systemic challenges. In the case of the Chilean ISAPRES system, the turning point emerged in 2010, when the Constitutional Court declared unconstitutional the so-called “tabla de factores” (risk adjustment table), the mechanism used by private health insurers to calculate premiums based on individual risk assessments of policyholders. This ruling catalysed a wave of litigation, as thousands of policyholders challenged premium increases that had previously been justified through actuarial risk profiling.

The Supreme Court of Chile rules correctly, applying criteria of fundamental rights. It applies the right to non-discrimination, but there is a problem. In this case, it should be remembered that we are dealing with the situation of a series of companies that are insurers and that what they do is distribute risks, and the distribution of risk is a technically complex matter, which must be subject to certain specific rules, which is why there are tables of factors. It is important to make a clarification: that the position held in this text, in the sense that the ISAPRES is being defended or that it is good, this is not the case. The controversy surrounding ISAPRES regulation reveals that both the supervisory authorities and the insurers themselves failed to anticipate the erosion of public trust. This failure extended beyond technical regulation and into the realm of perceived legitimacy, particularly from the perspective of policyholders and the broader public.

In this judicial process, the Court establishes that the table prompts a situation of arbitrary discrimination. (Izquierdo Serrano 2023). However, the same ruling does not consider the risk distributions of each of the ISAPRES. And this brings us to the current problem for the ISAPRES, which specifically have to do with the return of money to their users, for the premiums that have been paid, more precisely, that have been paid in excess in favour of the insurers. (Vío, 2024).

About the table of factors (as well as the GES table⁴) it should be mentioned that they are, in essence, statistical mechanisms referring, in one case to general mortality and in the second, associated with catastrophic diseases, specifically established in the specific health guarantees. Furthermore, two of the ISAPRES are subsidiaries of international groups originating from Anglo-Saxon countries, specifically the United States and Great Britain, which are institutional investors that are also covered by investment protection treaties.

If the ISAPRES system were to collapse economically as a result of having to comply with the Chilean Supreme Court’s ruling—which possesses expansive effects not only in its immediate outcome but also in its interpretive reach—this would raise several complex legal and institutional challenges, and would compromise the health system altogether. The controversial nature of the decision lies not only in its content but in its consequences, particularly the systemic financial impact it may impose on private health insurers. Additionally, the Supreme Court is the last legal resort within Chile’s legal framework. Consequently, there is limited—if any—scope for further domestic review or correction of the resulting dilemma.

Given the above, a problem arises, which is the possibility of modifying or filing an appeal against the decision of a supreme court. It is then that international investment protection mechanisms and dispute resolution mechanisms come into play, with the purpose of eventually raising the possibility of suing the state in the future before international [arbitral] tribunals.

Practical problems of the application of the Supreme Court Ruling on ISAPRES

⁴ These are the Explicit Health Guarantees, which consist of the guarantee of access to the benefit, that it is provided in a timely manner and financial coverage by the tax authorities.

The challenging task is finding a mechanism that allows compliance with the judgment and, at the same time, prevents the private health system from collapsing to protect users. (Benavides *et al*, 2023)

As a result of economic integration, at the national and international levels, the institution that comes to mind is specifically the use of mechanisms such as those proposed in the Mendoza case, consisting of incorporating a compliance mechanism within the judgment itself, but it should, as far as possible, be an organic compliance mechanism.

A potential solution could consider a *special master*, a procedural mechanism commonly used in the U.S. legal system, typically appointed by a court to oversee the implementation of complex judgments, serving as an intermediary, monitor, or facilitator of compliance.

Mechanisms for managing complex litigations would be advisable for the ISAPRES system. Compensation to users should reflect the individual economic, financial, and risk profiles of each insurer. A uniform compensation scheme, as proposed in the ruling, fails to account for the distinct characteristics of each ISAPRE. The debtor insurers are not homogeneous; each serves a different segment of the health insurance market, and even within the same company, customer profiles vary significantly (Cid Pedraza 2011).

An alternative mechanism should ensure the feasibility of compliance with the ruling and allow managing large-scale and diverse claims efficiently and deliver payments. For the Deepwater Horizon (catastrophic oil spill) and the Samarco (mining accident in Brazil) cases, a centralized system of payments and compensation funds was implemented to address claims from affected parties. Specialized mechanisms can support the effective enforcement of judicial decisions while taking into account the complexity and diversity of the affected populations.

The use of Special Masters or trust funds for the payment of compensation (Galisteo 2019) could be useful to avoid delays that compromises effective judicial protection to achieve judicial decisions efficiently. There is a risk, as Chile's Supreme Court is the highest judicial authority and operates without oversight within the domestic legal system. Nonetheless, foreign investors are unlikely to remain passive, particularly when the potential financial impact exceeds two billion dollars and entails a significant loss of market share in an established sector.

Crucially, the Court's ruling appears not to address—or at least not to explicitly acknowledge—the relevance of actuarial analysis, a fundamental element in the pricing and risk assessment of insurance products. In insurance markets, decisions must rely on rigorous and technically grounded actuarial studies. The absence of such analysis may become central if the dispute is brought before an international arbitral tribunal.

In such a scenario, it is highly probable that the insurers—as claimants—would engage prominent arbitrators and leading actuarial experts to demonstrate that the Chilean Supreme Court failed to consider critical technical evidence. This could substantiate claims of judicial bias or, at a minimum, a serious procedural omission. Such arguments present a credible risk and must be carefully weighed in assessing both the legal exposure and broader financial consequences this case may entail under the framework of international investment law.

The above does not constitute a value judgment, it consists of a prevention about a potential scenario that may eventually involve a payment of more than 2,000 million dollars, a cost that would ultimately have to be paid by the State of Chile, which ultimately is all Chilean taxpayers. For the same reason, in a scenario of economic problems and uncertainty for a developing country like Chile, assuming the payment of compensation for an arbitration claim is indeed harmful. Given the above, the possibility of incorporating an intermediate solution arises as a preventive or remedial measure, depending on the course of action followed by the possible claims that are formulated, which can be understood as a third way of economic regulation—characteristic of North American legislation—which is regulation by means of negotiation. It constitutes an instance in which regulation, although issued by a regulatory authority, involves active participation by the regulated entities. The objective is to reach consensus through transparent and participatory dialogue, resulting in a regulatory framework that is not sectarian, but rather acknowledges the complexity of each industry. This approach aims to enhance both the efficiency and enforceability of the regulation.

ISAPRES is strongly established institution, not only from a legal point of view but also economically

and socially incorporated into the daily life of the population of Chile, it is therefore difficult to challenge the regulatory design (Alvear Téllez, 2015). In this sense, and which in some way can illustrate us as an equivalent means of regulation, it is to refer to the services of general and economic interest that exist in Europe, which are of a commercial nature, they are commercial services, but which there is a common interest then.

The court's ruling would have been less complicated if an economic safeguard had been contemplated. The protection of the rights of consumers should have been incorporated within its assumptions, allowing its filing before higher courts such as the Courts of Appeals. This seems to be a much more effective mechanism to ensure collective interest, because it would have allowed the protection of the interests of the insured, as guarded costumers, but also of the insurers, as economic agents that provide a relevant economic service.

However, class actions offer a more practical solution to the challenge of addressing mass infractions, allowing for differentiated treatment by class or group and adjusting compensation according to the needs of the group and the capacity of the entity ordered to pay. In this way, when a company is sanctioned or needs to pay compensation, such measures must be proportional and based on objective and impartial standards. In cases of non-compliance, the issue may be brought before international investment arbitration tribunals, whose rulings are comparable to a constitutional analysis of non-discrimination. This function can also be carried out domestically by lower and higher courts of justice. Thus, in conclusion, through different procedural channels, adjudicative bodies ultimately engage in the same intellectual exercise: the application of legal reasoning by actors charged with the task of delivering judgments.

Conclusions

Based on the analysed jurisprudence, it has been possible to determine that the parameters used by arbitral tribunals, in certain cases, do not take into account human rights factors as a determining element regarding the grounds that states have had to adopt decisions that foreign investors consider to be discriminatory. However, it must be taken into consideration that in certain cases, the process by which a decision is adopted by a state has a rational justification that foreign investors must ultimately understand as a power that states must necessarily fulfil.

The difficult occurs between the criteria of fundamental rights that must be followed with regard to certain public policies and the commitments assumed at the international level by investment protection treaties. However, a determining factor is to establish how states, before escalating a decision against foreign investors, can demonstrate that they are inserted within international commitments in the field of human rights, that the best interest of people should be protected, and that these are not whimsical decisions.

On the other hand, it should also be taken into consideration that the negotiation carried out between states and foreign investors or with other states to establish investment protection treaties, should consider some form of prior submission to domestic jurisdiction. Although not a common procedure is not illegal but there are a significant number of countries that distrust the objectivity of national justice, especially when they have to decide on the matter of government public policies or defend companies or entities in the same country.

It should also be taken into consideration that the decisions that are submitted to foreign arbitral tribunals must be able to explain contextually the commitments that states assume at the international level, and that they are part of the obligations that states must comply with regard to multilateral public policies. For example, the provision of drinking water, conceived as a fundamental human right, has a clear basis, which is to be a social conditioning factor of the right to health, which ultimately improves the quality of life of citizens and ultimately results in a substantial decrease in absenteeism from work, which is a consideration that is taken into account by foreign investors. when capital enters a certain country.

Likewise, policies aimed at giving greater access to financial coverage of medical benefits have an impact beyond human rights. It must also be considered the social factor consisting in a workforce that has better quality of life, which accounts for a much more convenient environment to make investments in a given country, since would allow a workforce focused on developing professional tasks that does not need to mortgage all their assets in case of being affected by a medical problem.

Consequently, all indications suggest that states, in the context of negotiating or amending bilateral

or multilateral investment protection treaties, should consider including clauses that safeguard their ability to adopt measures aligned with international human rights obligations —such as disease prevention or the reduction or temporary suspension of certain patent protections— in situations of major public health emergencies, as exemplified by the COVID-19 pandemic.

Referencias

- Alvear Téllez, J. (2015). Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica: Un paradigma a desarrollar. *Estudios Constitucionales*, 13(1), 321–372. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100010>
- Barros Michell, C. (2017). Comentario sobre la sentencia del Tribunal Arbitral en el caso Eli Lilly y Compañía con el Gobierno de Canadá. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 6(1), 92–112. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2017.45771>
- Bayón, Á. (2018, December 16). El CIADI obliga a Argentina a pagar 200 millones a Agbar y Suez. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/12/16/companias/1544989191_084024.html
- Benavides, P., Bitrán, E., Engel, E., García, B., & Salinas, M. (2023). Crisis de las ISAPRES: Vías de solución para un problema crónico. *Espacio Público*. <https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2023/05/INFOME-CRISIS-ISAPRES.pdf>
- Caterina, R. (2017). El criptotipo, mudo e inactuado. *Revista de Derecho Privado*, (32), 99–108. <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.04>
- Cid Pedraza, C. (2011). Problemas y desafíos del seguro de salud y su financiamiento en Chile: El cuestionamiento a las ISAPRE y la solución funcional. *Temas de la Agenda Pública*, 6(49). Centro de Políticas Públicas UC. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1762>
- Corder, V., & Galant, F. (2022). What is a Special Master? The use of Special Masters in New York Courts. *New York Journal*, Norton Rose Fulbright. https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/knowledge-pdfs/us_47374_reprint_what-is-a-special-master_r4.pdf
- Ferro, G. (2001). Aguas del Aconquija: Revisión a una experiencia fallida de privatización (Textos de Discusión). Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa.
- Galisteo, E. R. (2019, May 20). Los Special Masters: Agente de cambio necesario para la ejecución de la sentencia en los procesos de reforma estructural (Parte I). *Diario Civil y Obligaciones*, (187). <https://classactionsargentina.com/wp-content/uploads/2019/05/special-masters-i-civil-y-obligaciones-20.05.19.pdf>
- Gianelli, C. (2016). Interferencia de la industria del tabaco en la aplicación del convenio marco de control del tabaco: El caso Philip Morris contra Uruguay. Universidad Católica del Uruguay.
- González Butrón, M. A. (2012). Ética de la economía, sujeto y derechos humanos. *Polis*, 11(33), 235–254. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682012000300011>
- ITLAW. (2008). Laudo Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina Caso No. ARB/97/3. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0216.pdf>
- Izquierdo Serrano, T. (2023). La sentencia del caso ISAPRES: Un análisis jurídico sobre su alcance. *Revista Chilena de Derecho*, 50(3), 149–161. <https://doi.org/10.7764/r.503.7>
- Jusmundi. (2018). Eli Lilly v. Canada. ICSID Case No. UNCT/14/2. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-eli-lilly-and-company-v-canada-final-award-thursday-16th-march-2017>
- Míguez Núñez, R. (2011). Comparar: Conversaciones con Rodolfo SACCO. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (17), 193–226. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722011000200006>
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15–64. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>
- Nogueira Alcalá, H. (2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 301–350. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>
- Roa Ramírez, J. (2023). Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor como límite extrínseco de la regulación económica. Ponencia presentada en el Congreso Los Límites de la Regulación Económica en América Latina.
- Ripinsky, S., & Williams, K. (2008). Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic: Case summary. In *Damages in International Investment Law*. British Institute of International and Comparative Law. https://www.biiicl.org/files/3904_2007_vivendi_v_argentina.pdf
- Tobar Torres, J. A. (2021). Receptividad y resistencias del discurso de los derechos humanos en los arbitrajes de inversión. *Ius et Praxis*, 27(3), 64–81. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122021000300064>
- Vío, F. (2024). ISAPRES: Un debate inconducente y confuso. *Revista Mensaje*, (727), 34–39. <https://inta.uchile.cl/dam/jcr:8c089697-9373-47de-937f-c451c6ac3b57/Mensaje%20727%20Marzo-abril%202024-36-41.pdf>

Sección Abierta

Suficiencia y corrección motivacional: análisis crítico de garantía de la motivación

Sufficiency and Motivational Accuracy: A Critical Analysis of the Guarantee of Reasoning

Fernando Bajaña-Tovar  

Corte Constitucional del Ecuador - Ecuador

Universidad de Especialidades Espíritu Santo - Ecuador

Resumen

En el presente trabajo se analizará la motivación como un fenómeno donde la corrección y la suficiencia constituyen dos enfoques inseparables. Se examinan la vinculación entre su estructura formal, validez material y contexto pragmático, así como el esquema general y elementos básicos de la motivación. De igual forma, se propondrá una evaluación crítica de la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional con la sentencia No. 1158-17-EP/21, en lo relativo a las razones aportadas para el abandono del antiguo “test de motivación”, la estructura mínima motivacional y la tipología de las deficiencias argumentativas. Por último, se revisarán las cuatro principales modalidades con las cuales se representa el vicio de motivación aparente, analizando su contenido, principios y relaciones.

Palabras clave: motivación, corrección, suficiencia, deficiencias de la motivación.

Abstract

This paper will analyze motivation as a phenomenon where correctness and sufficiency constitute two inseparable approaches. The link between its formal structure, material validity and pragmatic context will be examined, as well as the general scheme and basic elements of motivation. Likewise, a critical evaluation of the jurisprudential line set by the Constitutional Court with Ruling No. 1158-17-EP/21 will be proposed, regarding the reasons provided for the abandonment of the old “test of motivation”, the minimum motivational structure and the typology of argumentative deficiencies. Finally, the four main modalities with which the defect of apparent motivation is represented will be reviewed, analyzing its content, principles and relationships.

Keywords: argumentation, correctness, sufficiency, argumentation defects.

Introducción: ¿qué es motivar?

No es nada extraño que en la Doctrina se afirme que motivar es un término con ambigüedad por polisemia, esto es, una palabra cuyo contenido se presenta como difícil de descifrar en la medida en que se otorgan diferentes significados. De esta forma, dependiendo el campo del conocimiento o la escuela de pensamiento que se revise, se podrán encontrar definiciones que lo asimilan a un encadenamiento de términos y proposiciones que traen consigo una conclusión lógica (Atienza, 2015, p. 1421), una tarea para el descubrimiento de premisas que sustentan una tesis (González Lagier, 2003, p. 35), una técnica para persuadir y movilizar a un auditorio (Wenger Calvo, 2015, p. 212), e incluso una especie de juego racional para la resolución de problemas (Lozada & Ricaurte, 2015, p. 40).

No obstante, sin perjuicio de la aparente ambigüedad del término, en todas las definiciones revisadas se puede observar que se reitera la estructura del binomio proceso/resultado (Atienza, 2013, p. 109). En efecto, cuando se asevera que motivar es un encadenamiento, una tarea, una técnica o un juego, en el fondo se enumeran diferentes especies que se pueden englobar dentro de un mismo género: el proceso. Asimismo, cuando se habla de deducir una conclusión, sostener una tesis, persuadir un auditorio o resolver un problema, se expresan diferentes nombres para producto o resultado. Con esto, indistintamente de la definición que se escoja para el término motivar, parece estar clara la idea de que identifica una noción de proceso útil, o, dicho de otro modo, es un concepto que tiene que ver con un proceso que desencadena en la obtención de un efecto.

Sin embargo, el estar consciente de que la motivación es un proceso útil no ayuda en mucho para entender su contenido; de hecho, hay un sinnúmero de procesos útiles que nada tienen que ver con la motivación. Por ejemplo, el ensamblaje de un vehículo es un proceso útil en donde mediante el engranaje de piezas mecánicas se obtiene un maquina funcional; pero que el ensamble de un vehículo sea un proceso útil no lo convierte en un ejercicio de motivación sin más. De ahí que, además de tener en claro que la motivación opera bajo un binomio de proceso/resultado es imprescindible averiguar los elementos o piezas que la organizan y dotan de función (Carrillo, 2007, p. 297).

Teniendo esta idea en mente, al releerse las definiciones antes expuestas, se puede notar que en todas aparecen referenciar a objetos estudiados por el lenguaje, tales como: proposición, premisas, persuasión, comunicación, entre otros. Esto refleja un fuerte indicio para sostener que la motivación constituye un proceso útil adscrito al campo del lenguaje. Empero, conociendo la pluralidad de objetos que analiza el lenguaje, hace falta revisar entre los elementos y esquemas de dicha área para descubrir cuáles son los más idóneos para la construcción motivacional.

La motivación como fenómeno del lenguaje

La unidad mínima del lenguaje es el fonema (Barrajón López, 2025), el cual Trubetzkoy ha definido como “[l]as unidades fonológicas que, desde el punto de vista de la lengua tratada, no pueden ser analizadas en unidades fonológicas aún más pequeñas y sucesivas” (Trubetzkoy, 1973, p. 32). Son ejemplos de fonemas, las letras /g/, /n/, /f/ y /c/, sin embargo, parece poco verosímil que se pueda deducir una conclusión, resolver un problema o persuadir a alguien, con la sola enunciación de las letras precitadas sin contextualización alguna -salvo que ese alguien tenga algún tipo de interés particular con tales letras-.

Más arriba de los fonemas se encuentran las palabras que son agrupaciones de fonemas “dotada[s] generalmente de significado, que se separa[n] de las demás mediante pausas potenciales en la pronunciación y blancos en la escritura” (Real Academia Española, 2025). /Planta/, /amor/, /arbitraje/, /consentimiento/ y /lápiz/ configuran ejemplos de palabras, no obstante, que alguien obtenga alguno de los resultados asignados a la motivación a través de la mera expresión de una palabra (aislada) sigue sin parecer creíble.

Las palabras pueden unirse organizando secuencias y cuando estas secuencias han obedecido ciertas reglas para su ordenamiento, se dice que son secuencias con sintaxis; si, además, tienen la capacidad para denotar a un objeto (significar), se dice que las secuencias gozan de un contenido semántico propio. De esta forma, entre la secuencia /el convenio arbitral obliga a quienes lo han pactado/ y la secuencia /obligan el pactado lo convenio a arbitral han quienes/, únicamente la primera goza de sintaxis y contenido semántico, en tanto que cumple con estar dispuesta de forma ordenada y poseer la aptitud para comunicar un mensaje, sin perjuicio de que ambas secuencias tienen exactamente las mismas palabras.

Cuando estas secuencias encierran una intención comunicativa y no se reducen a una construcción sintáctica y semántica abstracta, se las conoce bajo el nombre de enunciados, y son definidas como la “producción lingüística concreta asumida por un hablante particular, con una intención específica y en circunstancias espaciales y temporales determinadas” (Pérez y Barale, 2025).

Con todo, si volvemos a revisar las funciones que se han vinculado a la motivación, como la de justificar una conclusión, sostener una tesis o persuadir a un auditorio, se comprueba que en todas aquellas se repiten dos variables: (i) por lo menos un sujeto hablante y (ii) una aspiración intencional (Wenger Calvo, 2015, p. 215). En ese caso, al ser la motivación un ejercicio donde un hablante busca producir un resultado de manera intencional (persuadir, justificar, probar, etc.), la noción de enunciado constituye la herramienta lingüística más idónea para analizarla, revelándose como su unidad básica estructural. A partir de lo expuesto se puede concluir, prima facie, que la motivación es un proceso a través del cual un hablante valiéndose de enunciados persigue intencionalmente obtener un resultado, que puede ser el soporte de otro enunciado denominado tesis o conclusión, o la comunicación de un mensaje a otra persona.

Desarrollo: ¿cómo se construye una motivación?

En este marco, si se asume como aceptada la idea de que el enunciado es el elemento básico y estructural de la motivación, salta a la vista la necesidad de analizar la disposición formal en que se debe emplear dicho elemento para construir la motivación. En este orden, debe tenerse en cuenta que para entender la motivación no solamente se debe conocer cuáles son los elementos que la componen, sino cómo es la manera de componerla; para esto podemos acudir como analogía a la construcción de un vehículo.

Así, partamos de la hipótesis de que el elemento básico y estructural de un vehículo son las piezas mecánicas. Queda en evidencia que la forma en la que se va a realizar la conjunción de estas piezas es un factor relevante, en tanto que la mera yuxtaposición de piezas no conlleva necesariamente a la aparición de un automotor funcional, siendo imprescindible conocer la forma en que se deben unir cada una de las piezas, la manera cómo se debe aprovechar sus funcionalidades, así como el contexto requerido (espacial, temporal y de agente) para asegurar la operatividad del vehículo. De este modo, se puede constatar que la construcción de un vehículo involucra la interacción de tres etapas o dimensiones: una que se interesa por la forma y la organización de las piezas mecánicas, otra que persigue optimizar el rendimiento y funcionamiento del vehículo, finalmente, una que se preocupa por el ambiente y los agentes involucrados en el manejo del automotor.

Por consiguiente, en la primera etapa, los planos estructurales dictarán los lugares que deben ocupar cada una de las piezas y la forma en que deben unirse. Por ejemplo, prescriben que los retrovisores no deben ir en el eje de las ruedas y que el motor no debe ser puesto sobre el asiento del acompañante. Esta fase se asegura de que las piezas mecánicas y sus componentes cumplan con los parámetros establecidos en la planimetría del vehículo, y de que cada pieza del vehículo se haya unido de manera coherente. En la siguiente fase, la de mecánica funcional, el enfoque de la construcción va a precisar todas las instrucciones técnicas que debe cumplir cada una de las piezas para que el vehículo pueda alcanzar un funcionamiento. No obstante, vale clarificar que la finalidad de esta etapa no es la mera comprobación del cumplimiento de especificaciones técnicas formales, sino el análisis de la aptitud de cada pieza, su calidad y rendimiento, tanto desde un enfoque individual como en el conjunto del sistema vehicular.

Como último punto, la adecuación al escenario y la evaluación de la utilidad del vehículo ocupan los papeles centrales de la etapa final de su construcción. Por ello, si partimos de una conceptualización de escenario como contexto espacio-temporal donde opera el agente, podremos reparar que inclusive un vehículo que ha obedecido las indicaciones de los planos estructurales y los mandamientos de la mecánica funcional, no siempre resulta útil ni operativo para cumplir con un fin requerido; siendo primordial que se haya tomado en cuenta el escenario donde funcionará y los sujetos involucrados.

Por citar ejemplos, es notorio que un vehículo plenamente funcional que haya sido construido para moverse en un medio terrestre, inclusive obedeciendo todos los planos estructurales y demandas funcionales, no tendrá ningún impacto útil si se lo emplea en un medio acuático, esto, porque no es un barco ni submarino (contexto espacial); así tampoco, un vehículo que se ha construido para mover carga pesada por la noche,

no tendrá ninguna función eficaz si es que no se lo ha equipado con la luminaria pertinente, pese a que podría operar plenamente por el día (contexto temporal).Igual valoración se puede considerar con relación al agente; un vehículo funcional no tendrá ninguna operatividad si es que no ha cumplido con ninguna de las adaptaciones que se requieren cuando el conductor que lo va dirigir es una persona con una discapacidad física (inadecuación del agente); ni tampoco será útil, en el caso de que, habiendo sido construido con sujeción a las reglas estructurales y funcionales requeridas, no haya persona alguna que lo conduzca (inexistencia de agente).

Las piezas de la motivación: los enunciados

Al igual que sucede con la construcción de un vehículo, la edificación de un ejercicio motivacional desentraña un proyecto de tres etapas o dimensiones, para cuya examinación se deben respetar ciertos elementos y emplear determinados enfoques. Ahora bien, ya se ha afirmado que el elemento básico y estructural de la motivación es el enunciado; a pesar de ello, tal como pasaba en la construcción de un vehículo, en donde las piezas eran de distinta naturaleza (ruedas, motores, luminaria, etc.), los enunciados también pueden ser clasificados según varias tipologías.

Así, regularmente se clasifican a los enunciados en descriptivos y prescriptivos; los primeros son aquellos en donde el hablante busca ajustar la palabra al mundo (Xin, 2016, p. 28), es decir, afirmar o representar un hecho que existe ‘en la realidad’ con independencia del enunciado. Este tipo de enunciados pueden ser calificados como verdaderos o falsos, según se adecue lo afirmado con lo reproducido en la realidad. Por ejemplo, el enunciado /En Guayaquil existen cuatro centros de arbitraje/ es un enunciado descriptivo en la medida en que persigue reflejar un hecho que aparentemente se suscita realmente en la ciudad de Guayaquil; sin embargo, este enunciado será verdadero o falso según se adecue o no a lo que realmente pasa en Guayaquil.

Por su parte, en los enunciados prescriptivos, el hablante busca dar una orden o dirección que afecta a la realidad; por esta razón, en este tipo de enunciados el hablante persigue ajustar el mundo a sus palabras, principalmente, bajo direcciones de prohibición, orden o permisión (Navarro, 2000, p. 122-125). El enunciado /Los cónyuges de las partes tiene prohibido actuar como árbitros/ es un ejemplo de enunciado prescriptivo, toda vez que no busca registrar algo que se ha percibido previamente en la realidad, sino que pretende ajustar la realidad a lo dicho, haciendo que lo pronunciado (la prohibición) gobierne al mundo (los procedimientos arbitrales).¹ Estos diferentes tipos de enunciados se organizarán en las tres etapas antes analizadas, dando origen al proceso de motivación.

Las tres dimensiones (o etapas) de la construcción motivacional

La dimensión estructural

Tal como sucedía con el vehículo, es importante en primer momento conocer los “planos estructurales” que gobiernan la ubicación y organización de los enunciados, a efectos de seguir sus instrucciones. Tradicionalmente, a este aspecto inicial, la Doctrina lo ha encasillado dentro de la “lógica argumentativa”, campo del conocimiento encargado de:

[S]eñala[r] ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción características de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el modus ponens o silogismo subsuntivo; si un razonamiento asume esa forma, entonces cabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto. (Atienza, 2013, p. 110)

Lo transcrito deja ver la manera en que la lógica argumentativa se encuentra sometida a las reglas de los silogismos aristotélicos y a los mandatos de la lógica proposicional, en cuyos enfoques prevalece una concepción deductiva. Bajo esta perspectiva la validez y/o veracidad de una conclusión se tiene por probada, si y solamente si se hubieran obedecido a las instituciones vinculadas a la disposición lógica de las premisas, los términos, las inferencias y las relaciones entre palabras y conectores.

¹ A esta clasificación de enunciados descriptivos y prescriptivos podría agregársele la de enunciados constitutivos, compromisorios, expresivos, declarativos, entre otros.

Sin embargo, la deducción entendida como aquella forma de razonar en donde se parte de lo general para llegar a lo particular y en la cual “es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no lo sea (no se transmita ese valor)” (Atienza, 2013, p. 117), no es la única forma por medio de la cual se puede organizar la argumentación. Por el contrario, existen paralelamente estructuras argumentativas guiadas por esquemas inductivos y conjeturales (abductivos), que emplean métodos y formas que difieren de los de la lógica argumentativa clásica.

Así, inversamente, la motivación inductiva aparece como aquel modelo de razonamiento que utiliza enunciados con afirmaciones particulares para abordar a conclusiones o afirmaciones generales y cuya validez solo puede ser analizada en términos de probabilidad, tal como lo ha señalado Atienza, para quien en “[e]l caso de las inducciones, lo que queremos decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas válidas o correctas), entonces lo sea también la conclusión” (Atienza, 2013, p. 178). Por su lado, la motivación conjetural o por abducción se modela como “la inferencia de un caso a partir de una regla general y un resultado” (Peirce, 1988), lo cual dota a esta forma de razonamiento de una fuerte potencialidad creativa en tanto que se puede inferir una idea completamente nueva, no aportada de las premisas (Génova, 2025).

En este escenario, los esquemas inductivos y conjeturales son plenamente aceptables para fundamentar la manera en que se debe estructurar la motivación, debiéndose tener en consideración que la evaluación de la validez de esta forma de razonamientos, a diferencia de la lógica silogística y proposicional, necesariamente toma en consideración factores materiales y del contexto, no limitándose a lo meramente formal (Atienza, 2013, pág. 178). En este sentido, lo que se vela en esta primera etapa de la motivación es que la misma haya empleado como unidades básicas estructurales a los enunciados y que estos tengan un orden mínimamente coherente indistintamente de que se haya respetado un enfoque deductivo, inductivo o conjetural. A esta fase, primero denominada ‘lógica motivacional’, con mayor justicia se la denominará dimensión estructural de la motivación, a efectos de evitar caer en el equívoco de creer que solamente se puede construir válidamente una motivación obedeciendo las reglas de la lógica silogística o proposicional.

La dimensión material

En la segunda etapa, al igual que lo visto con la construcción ideal de nuestro vehículo, además de conocer los planos estructurales, se requiere emplear piezas óptimas y que reporten un alto grado de eficacia y eficiencia. En esta fase, a diferencia de lo observado con la dimensión estructural, no hay mayor preocupación por averiguar la forma que deben adoptar los enunciados, sus términos y figuras inferenciales, sino que la preocupación se concentra en averiguar la veracidad y corrección de los mismos. Por ello, desde el enfoque material se busca verificar que los enunciados sean verdaderos, es decir que se adecuen o identifiquen válidamente a “los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados” (Atienza, 2013, p. 110); y que además sean correctos, lo cual dependerá de los criterios de corrección que se utilicen para dicha evaluación (interpretación, validez, aplicabilidad, etc.) (Carbonell Bellolio, 2017).

Por estos motivos, la idea de compromiso es el eje central sobre el cual va a girar la dimensión material de la motivación, tanto en un sentido intelectual como en uno práctico. Por consiguiente, la primera obligación que debe asumir el hablante (quien construye la motivación) en esta etapa material, es la vocación de estar “comprometido con la verdad o corrección de las premisas y, por tanto, también con la de las conclusiones”, así como procurar que su ejercicio motivacional mueva “una acción o algún precursor o antecedente de la acción” (Atienza, 2013, pág. 277). En definitiva, la motivación desde esta concepción es concebida como un compromiso con la racionalidad (Lozada y Ricaurte, 2015, p. 41), tanto con la racionalidad teórica, a saber, la tarea de probar la verdad de una conclusión a partir del aporte de enunciados que la justifiquen; como, con la racionalidad práctica, o sea, con la toma de acciones (modificación de la conducta) con base en razones válidas.

De todos modos, la determinación de que si un enunciado sirve o no para la justificación de la veracidad o corrección de una conclusión, dependerá de cuán relevante sea argumentativamente hablando. Para aquello podemos valernos de tres criterios postulados por la teoría estándar de la argumentación jurídica: aplicabilidad, interpretación y validez. Para calificar la aplicabilidad de un enunciado, deberá revisarse el grado

de atinencia de aquellos con la materia que se intenta probar o la tesis que se busca justificar. Debiéndose evaluar si las premisas mayores se adecuan con las menores, o, dicho de otra forma, si no hay un extravío de las razones con relación a lo que se quiere justificar o probar. Por su parte, en lo que concierne a la interpretación, lo que se evalúa es si la exegesis que se le ha dado a un hecho natural o institucional para convertirlo en un enunciado no ha sido arbitraria, o que la adaptación de un hecho o una norma para convertirla en parte del ejercicio motivacional no sea completamente discrecional (Arráez y Calles, 2007, p. 173).

Finalmente, en lo que refiere a la validez, está dependerá de la naturaleza del enunciado. Se valorará que un enunciado descriptivo es válido, en la medida de que se haya sujetado a criterios epistemológicos acertados y se tendrá que un enunciado prescriptivo es válido cuando el mismo ha sido emitido por una autoridad reconocida y competente, de conformidad con las reglas de producción de las normas.

La dimensión contextual o pragmática

En tercer lugar, en lo concerniente a la construcción contextual de la motivación, de igual forma a lo que se suscitaba con la construcción del vehículo, para la edificación de un ejercicio de motivación es vital tener en cuenta el escenario en que se manifiesta y los agentes que intervienen. En síntesis, el aspecto contextual de la motivación exige que dicho proceso sea visto como un fenómeno social (sujetos y ambiente). Podemos destacar dos ‘subdimensiones’ contextuales desde las cuales abordar la motivación. Una subdimensión dialéctica, la cual analiza a la motivación como un proceso donde intervienen al menos dos agentes: ponente y oponente, el primero quien propone la tesis y el segundo quien la objeta o refuta, originando una discusión. No es cualquier tipo de discusión sino una discusión crítica-racional donde se deben obedecer ciertas reglas, entre las cuales se cuentan:

[quien] presenta un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le solicita hacerlo [U]na parte solo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista [...] En su argumentación las partes sólo pueden usar argumentos que sean lógicamente válidos o que sean susceptibles de ser validados explicitando una o más premisas implícitas. Una defensa fallida de un punto de vista debe tener como resultado el que la parte que lo presentó se retracte de él y una defensa concluyente debe tener como resultado el que la otra parte se retracte de sus dudas acerca del punto de vista [...] Las partes no deben usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deben interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible (Van Eemeren y Grootendorst, 2021, p. 117).

Vale aclarar que esta relación de confrontación entre el hablante-proponente y el hablante-oponente no requiere necesariamente de la existencia de dos personas físicas, pudiéndose ser una relación de oposición ideal llevada a cabo por una misma persona, como una suerte de dialéctica interior, donde una tesis en confrontada con una antítesis que finalmente lleva a la asunción de una síntesis por el mismo sujeto. Con esto, el método científico es una clara ejemplificación de una práctica de dialéctica individual, en tanto que quien elabora la hipótesis es el mismo que la confronta mediante la experimentación, lo que le permitirá asumirla como demostrada o no demostrada. Por otra parte, en lo que atañe a la sub-dimensión retórica de la motivación, aquella envuelve:

[U]n tipo de actividad en la que pueden identificarse, por un lado, un orador (quien argumenta, verbalmente o por escrito) y, por otro, un auditorio, y en la que el objetivo del primero es persuadir (conseguir que el auditorio adhiera a una cierta tesis mediante técnicas que tienen en cuenta el carácter de los oyentes o lectores, el talante del orador y determinadas características del discurso) acerca de la plausibilidad de la tesis defendida (Lozada y Ricaurte, 2015, pp. 39-40).

Los dos niveles de la motivación: el diseño y la ingeniería

En mérito de lo analizado, se puede afirmar que el estudio de la motivación se puede llevar a cabo en dos niveles, uno de diseño, donde el enfoque enfatiza el reconocimiento de su presentación general y la identificación de su elemento básico; el otro, de ingeniería, revisa la organización, funcionamiento y ambiente específico. En este sentido, en el nivel de diseño, lo que interesa averiguar es cuál es el elemento básico de la

motivación -el que ha sido identificado como el enunciado- y cuál es la presentación general que aquella debe tener y corresponde a la de un proceso útil; e decir, un proceso encaminado a la obtención de un resultado.

Por su parte, en el nivel de ingeniería lo se revisa de manera detenida, son las dimensiones estructurales, materiales y pragmáticas de la motivación, revisando el contenido y la interacción de cada una de estas. Esta distinción entre nivel de diseño e ingeniería servirá para comparar los distintos contenidos que la Corte Constitucional del Ecuador le ha otorgado a la garantía de la motivación a lo largo de su evolución jurisprudencial.

Nivel	Objetos de estudio
Diseño	Elemento básico-estructural: enunciado Esquema general: proceso-resultado
Ingeniería	Construcción de la motivación: Dimensión estructural Dimensión material Dimensión pragmática

Motivación jurídica

Guastini considera que las motivaciones pueden clasificarse según el tipo de enunciados que empleen en aleticas y normativas. Para este autor, son motivaciones aleticas o teóricas aquellas donde todos sus elementos “premisas y conclusiones son [...] enunciados del discurso cognoscitivo o descriptivo, como tales verdaderos o falsos”; mientras que son motivaciones normativas o prácticas, aquellas “cuya conclusión es una norma, es decir, un enunciado del discursos prescriptivo o directivo, como tal ni verdadero ni falso” (Guastini, 2014, pág. 226).

Esta clasificación lleva a Guastini a aseverar que la motivación jurídica no es más que una variante del razonamiento práctico cuya conclusión es una norma jurídica propiamente dicha (no social, no cultural, etc.); concluyendo que se “[l]amar[á], por tanto, jurídico a todo razonamiento cuya conclusión sea una norma jurídica” (Guastini, 2014, pág. 226). Algo semejante ha sido expresado por Atienza (2013, p. 110) para quien:

[E]n los [argumentos] prácticos, una de las premisas y la conclusión son normas, o bien, sin ser normas tienen una dimensión práctica, están de alguna manera volcados a la acción [E]l razonamiento jurídico es, esencialmente, un tipo de razonamiento práctico, aunque en el mismo figuren también (y pueden ser decisivos) fragmentos de razonamiento teórico [...] En la motivación de sus decisiones, los jueces no pueden perseguir propósitos ajenos a las normas y a los valores de su sistema jurídico.

Sin perjuicio de esto, a diferencia de lo argumentado por los tratadistas precitados, el autor de este ensayo considera que es posible valorar el carácter jurídico de una motivación por la intencionalidad del hablante y sus efectos, más que por el contenido o la naturaleza de sus premisas y conclusión (descripciones o prescripciones). Por ejemplo, existen muchos casos de actividad jurídica, tal como visualiza con algunos tipos de decisiones jurisdiccionales, donde lo que se concluye es netamente descriptivo, como se advierte en los procesos de declaratoria judicial de paternidad o maternidad biológica, donde el juzgador concluye: “La persona X es hijo o hija de la persona Y”; o en los procesos de rectificaciones de extensiones, áreas o linderos, donde lo que se resuelve puede representarse bajo la fórmula: “La extensión, área o linderos del inmueble A es B”.

En los ejemplos expuestos, la dirección de ajuste del enunciado, vista en abstracto, es mundo a palabra, conformando enunciados que afirman aquello que se reproduciría empíricamente en la realidad. En efecto, el que una persona sea hijo o hija de otra es un fenómeno biológico y el que un inmueble abarque determinada área es un dato geográfico, es decir, son hechos que existen con independencia de la pronunciación del enunciado, el cual se limita a registrarlos de forma posterior. Con esto, en los dos ejemplos, lo que convierte a la construcción motivacional en una construcción jurídica es la intención del hablante, a saber, la voluntad del juez o el árbitro de que aquello que ha sido descrito en la conclusión de su razonamiento sea reconocido como un hecho institucional con relevancia para el Derecho.

Para entender mejor esta última idea se debe repasar la teoría de los actos del habla de Austin. Para este filósofo del lenguaje toda producción lingüística está compuesta por tres actos simultáneos o, dicho de otra forma, toda emisión lingüística puede ser analizada desde tres aristas: el acto locucionario, el acto ilocucionario y el acto perlocucionario. De este modo, el acto locucionario, refiere al contenido semántico de la emisión, por lo que está vinculado con el significado de las palabras; por su parte, el acto ilocucionario “tiene que ver con la intención, finalidad o propósito que tiene el emisor cuando realiza la emisión” (Xin, 2016, pp. 14-15) y, finalmente, el acto perlocucionario está dado por los efectos que el hablante produce en el receptor.

En este sentido, al retomar los ejemplos de razonamiento jurisdiccionales empleados, en los que los que la conclusión se ha expuesto de la forma de los enunciados: “La persona X es hijo o hija de la persona Y” y “La extensión, área o linderos del inmueble A es B”; podemos comprobar que en ambos casos su aspecto locucionario, se corresponde con un contenido descriptivo que asevera que una persona descende genéticamente de otra, o que una extensión de terreno responde al detalle de determinadas medidas. No obstante, en todos los casos la intención del juzgador, en su calidad de administrador de justicia, se reduce a describir tales acontecimientos (biológico y geométrico), sino a procurar que a los hechos descritos se le reconozcan los efectos, funciones y objetivos que el Derecho prevé para tales casos. En otras palabras, la intención del juzgador (hablante) es que a un hecho natural descrito como un acontecimiento del mundo, se lo equipare a un acto institucional determinado conforme a las prescripciones del sistema jurídico. De ahí que, cuando un juzgador dice que una persona X es hija o hijo de una persona Y, más allá del contenido descriptivo y proposicional de esta afirmación, lo que el juzgador persigue es que a la persona X se le reconozcan todos los derechos y obligaciones paterno-filiales con relación a la persona Y. Lo mismo, cuando se afirma que un inmueble A responde a las medidas B, en el fondo, la intención del juzgador es la de que el contenido del derecho de propiedad (uso, usufructo y disposición) se respete en la integralidad de las áreas, linderos y medidas del inmueble.

Cabe entonces coincidir con Guastini y Atienza en que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico, en tanto que mueve o demanda “una acción o [concluya] algún precursor o antecedente de la acción” (Atienza, 2013, p. 110), como la de declarar los efectos jurídicos de un hecho; con la salvedad de que aquella demanda de acción no se depositará necesariamente como un enunciado prescriptivo en la conclusión del razonamiento, como afirman estos autores; toda vez que, acogiendo la teoría de los actos del habla de Austin, siempre cabe la posibilidad de desprender la practicidad de lo que se enuncia, de la intencionalidad jurídica que el proceso encierra (acto ilocucionario), sin perjuicio de la forma en que el enunciado a ha sido expresado (acto locucionario). En conclusión, es motivación jurídica aquel ejercicio de razonamiento práctico en donde la intención del hablante es prescribir o reconocer determinado hecho como un fenómeno o acto institucional reglado por el Derecho.

La evolución de la motivación jurídica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución del Ecuador reconoce en su artículo 76.7.l el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación:

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 la siguiente garantía básica: las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante “la Corte”) en la sentencia No. 227-12-SEP-CC, de la causa No. 1212-11-EP, empezó a estandarizar un contenido tripartito para la garantía de motivación, sancionado que la protección de esta garantía debía verificarse por medio de la comprobación de tres elementos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se

adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto (Sentencia 227-12-SEP-CC, 2012).

Estos tres elementos pasaron a conocerse por la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana como el *test de motivación*, el cual se caracterizaba por ser un criterio de corrección monista en tanto que, sin perjuicio de estar organizado por tres elementos, cada uno carecía de relevancia per se, debiendo necesariamente evaluarse como un complejo único. Por ende, el test de motivación conformó un ejercicio exhaustivo en el que se debía agotar necesariamente la revisión de los tres criterios de razonabilidad, lógica y comprensibilidad en conjunto. De hecho, era empleado como una especie *check list* donde el juzgador debía comprobar que cada uno de los ítems requeridos se encuentren presentes:

[...] el test ha sido usado como si se tratase de una “lista de control”, integrada por sus tres parámetros, con la que el juez debe auditar integralmente la motivación, cuando lo que corresponde es que el juez responda al cargo de vulneración de la garantía de la motivación específicamente esgrimido por la parte procesal. De esa manera, el test se presta para que los jueces lo utilicen como si se tratase de un algoritmo (un procedimiento preciso) para comprobar el cumplimiento de la garantía de la motivación (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Este complejo tripartito era bivalente, de tal forma que el test de motivación servía para darle contenido a la parte sustancial de la garantía motivación, es decir, definiéndola y, a la vez, funcionaba como formato de análisis, como una herramienta metodológica que debían obedecer los operadores jurisdiccionales. De conformidad con las estadísticas de la propia Corte Constitucional, aproximadamente el 91% de acciones extraordinarias de protección en las que se abordó una presunta violación de la garantía de motivación, fueron resueltas bajo la guía del “test de motivación” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Dimensiones del test de motivación

Previamente se había señalado que la motivación se podía analizar en dos niveles, uno de diseño centrado en el esquema general y los elementos básicos estructurales de la motivación, y otro de ingeniería, relacionado con el estudio de la organización, funcionamiento y ambiente específico de la motivación. En este último nivel, mediante la analogía de la construcción de un vehículo, se evidenció que la edificación de la motivación abordaba aspectos estructurales, materiales y pragmáticos.

Ideas semejantes a esta han expuesto doctrinarios como Atienza (2013, p. 109) que ha señalado que toda argumentación puede evaluarse tanto en una esfera de concepto como en una de concepción:

[P]ara lograrlo, una estrategia adecuada puede consistir en utilizar la distinción que suele hacerse entre concepto y concepción; o sea, entre una noción muy amplia -un concepto- caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e interpretaciones -concepciones- distintas de esos mismos elementos.

En esta línea, si volvemos a revisar el contenido del test de motivación establecido por la Corte en 2012, que disponía:

[...] las decisiones judiciales para que se consideren debidamente motivadas deben contener al menos tres requisitos [...] a) razonabilidad, que implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, sin que puedan incluirse criterios que contradigan dichos principios; b) lógica, en el sentido de que la decisión se encuentre estructura de forma sistemática, en la cual las premisas que la conforman mantenga un orden coherente y c) comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social (Sentencia 61-14-SEP-CC, 2014).

Es viable notar que prevalece un nivel de ingeniería sobre uno de diseño. De hecho, cada uno de los ‘requisitos’ del test de motivación propuesto por la Corte están relacionados con las dimensiones estructural, material y pragmática a las que se aludió. En esta línea, si nos detenemos a analizar la definición del elemento de lógica del test de motivación, según el cual dicho requisito exige que “la decisión se encuentre estructurada de forma sistemática” e “implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre

esta y la decisión” (Sentencia 227-12-SEP-CC, 2012); fácilmente puede detectarse nociones de la dimensión estructural de la motivación, la cual se preocupaba en reglamentar la manera en la que deben organizarse los enunciados, interesándose especialmente por la forma y sistematización de la motivación, antes que por el contenido o la corrección de sus enunciados. Algo semejante sucedería con el requisito de razonabilidad, el cual era interpretado por la Corte como:

[...] un juicio de adecuación de la resolución judicial respecto de los principios y normas consagrados por el ordenamiento jurídico, particularmente con aquellos contenidos en la Constitución de la República, [que] muestre que el criterio del juzgador se fundamenta en normas e interpretaciones que guardan conformidad con la Norma Suprema y demás cuerpos legales y no en aspectos que colisionen con las fuentes de derecho, precautelando de esta manera la supremacía constitucional y la vigencia del ordenamiento jurídico (Sentencia 64-16-SEP-CC, 2016).

La concentración de este requisito en aspectos de aplicación y validez de normas jurídicas constitucionales e infraconstitucionales, traza un puente de conexión con la dimensión material de la motivación, en cuanto la dimensión que envuelve el análisis de la corrección de los enunciados, de la atinencia de su aplicación y la adecuación a los preceptos rectores del sistema normativo. Finalmente, en lo que concierne a la comprensibilidad, requisito que manda que los actos jurisdiccionales gocen:

[...] de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto. Así, el lenguaje debe requerir una explicación suficientemente clara que permita entender la concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea, con las conclusiones connaturales que deben devenir de aquel (Sentencia 71-14-SEP-CC, 2010).

Puede encontrarse algún tipo de vinculación con las reglas de discusión crítica que deben ser obedecidas en el aspecto dialítico de la motivación, es decir, su esfera pragmática, especialmente con relación a aquella que obliga las partes (ponente y oponente) a no “usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deben interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible” (Van Eemeren y Grootendorst, 2021).

Empero, la relación entre los requisitos del test de motivación y las dimensiones de la motivación previstas en su nivel ingeniería, tampoco es del todo completa. Puede advertirse que, en el test de motivación, el requisito de lógica tiene una perspectiva clásica e inferencial que protege la coherencia entre las premisas y la conclusión, dejando fuera otras formas de motivación no deductivas como la inducción y la conjetura. Asimismo, el requisito de razonabilidad se centra en la aplicación y la validez de los enunciados normativos, pero no hace ninguna referencia a los enunciados descriptivos que también son materia de análisis en la dimensión material de la motivación. Por último, el requisito de comprensibilidad hace un énfasis en el allanamiento de oscuridades, ambigüedades y vaguedades de las palabras y no en todo el ejercicio dialéctico y retórico del discurso. Entonces, si bien lógica se vincula con estructura, la razonabilidad con corrección jurídica y la comprensibilidad con la pragmática, esta vinculación es parcial y no de total identidad.

Corrección y suficiencia motivacional

El 20 de octubre de 2021, una nueva conformación de jueces de la Corte Constitucional², mediante la sentencia No. 1158-17-EP/21 (en adelante la “sentencia in examine”) resolvió alejarse explícitamente del test de motivación. Este había sido empleando, desde junio de 2012, para adoptar un nuevo enfoque de la motivación orientado por el rector de ‘suficiencia’, según el cual todo ejercicio motivacional debe respetar una ‘estructura mínimamente completa’ establecida en el artículo 76. 7. l) de la Constitución. Lo anterior implica la exigencia de cumplir con: “i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores] y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Sentencia 1184-12-EP/19, 2019).

Para justificar este alejamiento, la nueva conformación de la Corte expuso cinco razones que dejarían en evidencia varios de los defectos del test de motivación anterior:

² El 5 de febrero de 2019 fueron posesionados ante el Pleno de la Asamblea Nacional, las juezas y jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Avila Santamaría, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín, Enrique Herrería Bonnet, Carmen Corral Ponce y Karla Andrade Quevedo.

1. El test de motivación contenía una exigencia máxima de corrección y no una mínima de suficiencia. En el nivel de razonabilidad demandaba “que la motivación no contenga errores de interpretación y aplicación de la Constitución, la ley u otra fuente del Derecho”, lo que a su vez era exigido también desde “la idea de coherencia por el parámetro de lógica” y, en el nivel de comprensibilidad, “so pena de la nulidad del acto, [exigía] que la motivación sea comprensible para todo ciudadano común (para el “gran auditorio social”)”.
2. No tomaba en consideración la “estructura argumentativa” establecida en el artículo 76.7.I de la Constitución.
3. Pasaba por alto lo relacionado a la “fundamentación fáctica”.
4. Su aplicación metodológica impelía a los jueces a utilizarla como una “lista de control”, que a la vez contravenía el principio dispositivo, en cuanto obligaba a la autoridad jurisdiccional a “auditar integralmente la motivación, cuando lo que corresponde es que el juez responda al cargo de vulneración de la garantía de la motivación específicamente esgrimido por la parte procesal”.
5. Fomentaba la arbitrariedad. (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021)

Aun así, es posible hacer varios reparos a algunas de las afirmaciones antepuestas. Para empezar, se puede refutar que no existe un vínculo necesario entre la idea de corrección y la obligatoriedad de alcanzar un umbral máximo de motivación, ni tampoco entre la noción de suficiencia y la sujeción a un umbral mínimo. Incluso, en la propia sentencia No. 1158-17-EP/21 se reconoce que la rigurosidad del estándar de motivación bajo el criterio de suficiencia dependerá del contexto y los derechos que estén involucrados en cada proceso. El estándar de suficiencia es el grado de desarrollo argumentativo que razonablemente se debe exigir para dar por suficiente la fundamentación normativa o la fundamentación fáctica de una argumentación jurídica. El referido estándar señala cuán riguroso debe ser el juez frente a la motivación que examina. La determinación del referido estándar va a depender del tipo de caso de que se trate.

En palabras de la Corte IDH, la exigencia de motivación “dependerá de la naturaleza de los procesos y materias sobre las cuales se pronuncian” [...] por lo que, en definitiva, “corresponde analizar en cada caso si dicha garantía [la de la motivación] ha sido satisfecha”. Finalmente, la Corte ha señalado que “en consideración de la gravedad de la restricción de los derechos que se pone en juego con una sentencia condenatoria (privación de libertad, suspensión de derechos políticos, etc.) [...] la garantía de motivación en los procesos penales exige, dentro de los criterios de suficiencia desarrollados por esta Corte, que se exponga la forma mediante la cual se ha superado el umbral de la duda razonable y se han desvirtuado los argumentos de defensa del procesado”. En suma, el estándar de suficiencia tiene un margen razonable de variación: no se puede evaluar con el mismo nivel de rigurosidad, por ejemplo, las fundamentaciones normativa y fáctica de una sentencia penal que las de un acto de simple administración [...] (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Por consiguiente, es completamente concebible que la aplicación de un criterio de suficiencia coexista con un umbral riguroso de motivación, tal como sucede con las causas penales o las relativas a las garantías jurisdiccionales. De hecho, la propuesta en sí de una distinción estricta entre un criterio de suficiencia y otro de corrección no es una empresa tan sólida ni plausible, en tanto que, ambos criterios no configuran conceptos contrapuestos, sino que constituyen categorías complementarias y coetáneas en toda motivación.

Es importante reiterar la existencia de dos niveles desde los cuales se puede estudiar a la motivación, uno de diseño y otro de ingeniería. El primero relativo a la presentación general y elementos básicos de la motivación; el segundo atinente a su organización, funcionamiento y contexto. Si se tiene esta idea en mente, es más sencillo notar que el nivel de diseño está vinculado de forma irrompible con el criterio de suficiencia, toda vez que ambos persiguen constatar los componentes mínimos y el esquema general de la motivación, como es, la exposición de enunciados. Por su lado, también se podrá afirmar que el nivel de ingeniería de la motivación alude a su corrección, en la medida en que sanciona la forma, la validez y el pragmatismo que deben obedecer los elementos de la motivación.

Por esta causa, así como se vinculan nivel de diseño e ingeniería, la suficiencia y la corrección son dos caras de una misma moneda. No puede imaginarse un concepto de corrección de la motivación que actúe sobre la nada, debiendo operar con referencia a componentes mínimos que son aportados desde el diseño básico de la motivación, esto es, desde su suficiencia. De este modo, la crítica expuesta en la sentencia in

examine que asevera que el test de motivación no toma en cuenta la “estructura argumentativa” mínima contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución no es plenamente acertada; definitivamente, es inviable el acogimiento del criterio de corrección de la motivación (test de motivación) que no emplee una estructura elemental (suficiencia). De hecho, si se hace una revisión detenida, se tiene que fueron muchas las sentencias de la antigua conformación de la Corte que previo a aplicar el “test de motivación” hacían hincapié en la necesidad de cumplir con los elementos enunciados en el 76. 7. l de la Constitución:

La motivación es una garantía procesal en virtud de la cual, en la especie, la Sala de la Corte Provincial de Justicia estaba obligada a determinar las normas o principios jurídicos en que fundamentó su decisión y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (Sentencia 27-15-SEP-CC, 2015).

La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: la motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (Sentencia 69-10-SEP-CC, 2010).

En este supuesto, tampoco parece ser totalmente plausible el argumento contenido en la sentencia in examine que declara que el test de motivación no se interesa en la ‘fundamentación fáctica’. Ciertamente, si bien fueron escasas las veces en que el test de motivación hizo una referencia expresa a los enunciados fácticos, hay que reconocer que sí hubo este tipo de alusiones jurisprudenciales al momento de definir la motivación:

[...] la motivación de las resoluciones judiciales o administrativas debe expresar las razones de hecho y de derecho que conducen al órgano jurisdiccional a tomar determinada decisión, en la cual no cabe la arbitrariedad del juzgador, que está obligado a interpretar y aplicar las leyes de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, por mandato del artículo 11 numeral 5 de la Constitución (Sentencia 242-15-SEP-CC, 2015).

Luego, con el fin de establecer si la sentencia impugnada cumple con el presupuesto de lógica, la Corte Constitucional ha determinado que se debe verificar que la sentencia “[contenga] una estructura ordenada, que guarde coherencia y relación directa entre los presupuestos fácticos y jurídicos, a fin de que las valoraciones y los criterios vertidos [...] guarden un hilo conductor con los hechos puestos en su conocimiento y la decisión final (Sentencia 227-12-SEP-CC, 2012).

[Corresponde] a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado [...] (Sentencia 24-13-SEP-CC, 2013).

Es consecuencia, no es del todo apropiada la crítica que apunta a que el test de motivación no erigía ninguna obligación de enunciar hechos o realizar una justificación fáctica. Además, vale recordar que en la línea de lo aceptado por la propia sentencia No. 1158-17-EP/21, la justificación fáctica no siempre es un elemento esencial, en tanto que aquella dependerá del tipo de causa que esté en análisis:

Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Por lo que existen ocasiones en las que los enunciados fácticos pueden ser omitidos, sin que aquello

implique una vulneración a esta garantía.

Con méritos en lo analizado, pareciera que las razones expuestas por la Corte para alejarse del test de motivación no gozan de total plausibilidad, a tal punto que inclusive varios de los parámetros del test de motivación se conservan de manera parcial en los ‘nuevos estándares’. Más bien, daría la impresión que el abandono del test de motivación obedeció a razones del ámbito de competencia y metodología judicial, antes que a criterios sobre el contenido material del ejercicio motivacional. Esta última idea, parece comprobarse con la sentencia 1158-17-EP/21 y otras decisiones previas de la nueva conformación de la Corte, que han resaltado la poca conveniencia de que dicho este organismo de control constitucional asuma la labor de realizar evaluaciones de fondo de los actos jurisdiccionales:

Si bien tal motivación puede adolecer de incorrecciones o imperfecciones, la labor de esta Corte se debe limitar, en este caso (en atención a los cargos formulados), a establecer el cumplimiento o no de los elementos mínimos de la garantía de motivación, a la luz de la Constitución (Sentencia 1442-13-EP/20, 2020).

Además, dicha garantía resulta vulnerada siempre que se viole una norma legal, lo que no es aceptable, sobre todo, en el contexto de las acciones extraordinarias de protección, cuya configuración procesal excluye, en general, las cuestiones de “mera legalidad” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Asimismo, el argumento de que el test ha sido usado como si se tratase de una ‘lista de control’, integrada por sus tres parámetros, con la que el juez debe auditar integralmente la motivación, cuando lo que corresponde es que el juez responda al cargo de vulneración de la garantía de la motivación específicamente esgrimido por la parte procesal (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Lo anterior descifra una objeción de la Corte a tener que hacer una labor extensiva y contraria al principio dispositivo:

[...] cuando a un órgano jurisdiccional le compete establecer si, en un caso concreto, se ha vulnerado la garantía de la motivación, aquel no tiene el deber de usar ninguna ‘lista de control’ con la que auditar la totalidad de la motivación de un acto del poder público (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Lo que nuevamente parece demostrar que las razones de la Corte para alejarse del test de motivación no estribaron tanto en el extravío de su contenido sustancial, como en la importunidad de que un órgano de control constitucional de cierre deba agotar una revisión total de un texto jurídico para comprobar si se encuentra o no motivado (argumento de competencia), so riesgo de convertirse en un grado judicial ordinario o de menor jerarquía.

Los ‘nuevos’ estándares de la garantía de motivación

Un objeto puede definirse -es decir limitarse- por atribución o por exclusión. En el caso de las definiciones por atribución al objeto se le asignan o reconocen determinadas particularidades que lo individualizan; por su parte, cuando se define por exclusión, se señala todas las cosas que el objeto no fuere. Al momento de encontrar una ‘definición’ para los nuevos estándares de la garantía de motivación fijados en la sentencia No. 1158-17-EP/21, se advierte compleja la empresa de procurarle una definición por atribución, ya que, tal como lo ha determinado el organismo constitucional, los nuevos estándares de motivación no modelan una obra completa y consumada, sino que refieren a “pautas que naturalmente están abiertas a desarrollos futuros” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Por tanto, es mucho más sencillo establecer lo que no son los nuevos estándares de esta garantía, antes que definir que son. En consecuencia, se pueden destacar cuatro puntos respecto de lo que los nuevos estándares de motivación no son:

1. No son una exoneración a los órganos del poder público -ni a aquellos que ejercen una potestad o función pública (como la jurisdicción)- respecto de motivar su deber de correctamente. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho y (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida

como la mejor argumentación posible conforme a los hechos (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

2. No son una abjuración al ideal de racionalidad del Estado constitucional de justicia y derechos: El de la motivación correcta es un ideal inherente al Estado constitucional porque este persigue la realización de la justicia a través del Derecho; dicho ideal debe ser promovido como un pilar de la cultura jurídica por la sociedad en su conjunto (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).
3. No son una herramienta totipotencial y por ende no sustituyen los estándares y criterios de motivación de todas las áreas del ordenamiento jurídico, instancias, recursos y grados jurisdiccionales, ni las consecuencias previstas para este tipo de incorrecciones. “[El] ordenamiento jurídico establece múltiples consecuencias para cuando una motivación es incorrecta conforme al Derecho- por ejemplo, en casos de errores en la interpretación y aplicación de normas jurídicas- o conforme a los hechos -por ejemplo, en casos de errores en la valoración de la prueba-. En general, ese tipo de incorrecciones afectan la validez de las resoluciones de autoridad pública y deben ser corregidas (dejadas sin efecto) por los órganos competentes a través de los medios de impugnación disponibles. Por ejemplo, los recursos administrativos, la acción contencioso-administrativa, los recursos de apelación o casación, las garantías jurisdiccionales, etc. Es más, algunas de esas incorrecciones pueden traer consigo responsabilidades de orden civil, administrativo o penal para sus autores (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).
4. No son una prohibición total de que se analice tópicos sobre aplicación de normas en sede constitucional. “[Al]gunas incorrecciones conforme al Derecho constituyen desaciertos en la interpretación y aplicación de normas sobre derechos o garantías fundamentales distintos a la garantía de la motivación; para enmendarlas, está disponible todo un sistema de garantías jurisdiccionales, además de las garantías procesales ordinarias” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

En síntesis, el deber de los órganos públicos y de quienes ejercen una potestad o función pública (como la jurisdicción) de motivar correctamente sigue vigente y debe ser respetado. De forma especial, los operadores de justicia deben continuar acatando la obligación de motivar correctamente sus decisiones, así como de tutelar y corregir las incorrecciones en las que incurran las decisiones de las instancias inferiores a ellos, o de los actos impugnados puestos a su conocimiento.

En esta línea, es de importancia descartar la idea de que los estándares de motivación fijados en la sentencia 1158-17-EP/21 integran un criterio paradigmático aplicable a todas las garantías jurisdiccionales o al ejercicio de cualquier actividad de justicia constitucional. En este sentido, por ejemplo, en la tramitación de acciones de protección, habeas corpus, habeas data, acciones de acceso a la información pública, entre otras; los operadores de justicia que están en conocimiento de dicha garantía jurisdiccional deben seguir velando porque los actos impugnados (actos administrativos, boletas de encarcelamiento, etc.) hayan obedecido una motivación correcta en lo normativo y lo fáctico.

La garantía de motivación en la sentencia 1158-17-EP/21

La Constitución del Ecuador ha optado por un concepto construido en clave negativa de la motivación, así ha expuesto en el artículo 76.7.l que “[n]o habrá motivación” si es que es en la resolución “no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda” y “no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. Además, ha estipulado dos tipos de sanciones para los casos en los que se compruebe que un acto ha estado inmotivado; una de naturaleza objetiva dirigida al acto jurídico en sí: “[los] actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”. Y otra de carácter subjetivo, que afecta a la persona o personas individualizadas que originaron dicho acto: “Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Según lo ha señalado la Corte Constitucional, la primera parte de esta norma determina la estructura mínima que debe cumplir todo acto jurídico para estar suficientemente motivado, a saber: “i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores] y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Sentencia 1184-12-EP/19, 2019). En otras palabras, un acto se encuentra motivado si ha sido construido con enunciados (normativos y fácticos) y si dicha construcción se ha sujetado a un principio de pertinencia. Sin embargo, a la hora de explicar en qué consiste cada uno de

estos elementos la Corte se ha enfocado principalmente en la exposición de los enunciados, clasificándolos y exigiendo que exista un proceso de justificación interna para su plausibilidad, sin profundizar mayormente en la explicación del elemento de la pertinencia.

Fundamentación normativa

Acerca de la fundamentación normativa la Corte Constitucional ha declarado:

Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en “la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas”. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, “[l]a motivación no puede limitarse a citar normas” y menos a “la mera enunciación inconexa [o “dispersa”] de normas jurídicas”, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

De esta aclaración se pueden extraer tres ideas importantes: (i) la diversidad del tipo de normas que se pueden emplear para la motivación; (ii) la necesidad de explicar los criterios de interpretación y aplicación de las normas y (iii) que la suficiencia motivacional deba revisarse en una dimensión ‘atómica’ y en una dimensión ‘molecular’. En efecto, cuando la Corte Constitucional ha dicho que la fundamentación normativa debe incluir “la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos”, de forma indirecta está admitiendo que los ejercicios motivacionales, en lo relativo a la utilización de enunciados normativos, no se reduce al empleo de normas-reglas (hipotéticas o de acción), sino que incluye además la posibilidad de emplear normas-principios (téticas o de fin). Aquello tendrá directas consecuencias sobre la estructura motivacional.

De este modo, cuando el enunciado normativo esté dado por una regla o norma de acción, por lo general la motivación adopta una construcción subsuntiva, en donde el operador jurisdiccional va a buscar “clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma” (Atienza, 2013, p. 183). Por su parte, en el caso de que el enunciado normativo esté dado por una norma de fin o principio, el operador jurisdiccional no puede “limitarse simplemente a clasificar, sino que tiene que efectuar un razonamiento finalista” (Atienza, 2015, p. 1432), esto es, emprender la “complicada situación de diseñar el mejor curso de acción para alcanzar el estado de cosas señalado por el Derecho, o sea, elegir el mejor medio para cumplir el fin ordenado” (Lozada y Ricaurte, 2015, p. 58).

Pero además de las reglas y los principios, hay ocasiones en que “los jueces no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que puedan aplicar para resolver un caso” (Atienza, 2013, p. 184). En este supuesto tendrán que acudir a los valores y mandatos de optimización, y emplear la ponderación como esquema argumentativo. Por último, hay que tener en cuenta que no todo enunciado normativo es un enunciado jurídico propiamente dicho, en tanto que existe enunciados normativos sistémicos, extrasistémicos y parasistémicos. En palabras de Atienza los enunciados sistémicos son:

[E]n términos generales, las normas -válidas- del sistema jurídico en cuyo contexto tenga lugar la argumentación. [Incluyendo los enunciados] que, en sentido estricto, no son normas, como las definiciones y los valores: las definiciones funcionan en tanto razones auxiliares, en el sentido de que permiten identificar normas; los valores son enunciados prácticos en los que a diferencia de lo que pasa con las normas, el elemento justificativo prima sobre el directivo (Atienza, 2013, págs. 280-281).

Por su parte, los enunciados extrasistémicos son los que “no supongan apelaciones a la autoridad [y que] consistan en consideraciones morales, económicas, políticas o de otro carácter social” (Summers, 1978, p. 716). En muchos casos las decisiones de un órgano jurisdiccional se valdrán de estos tipos de premisas ya como razones principales o accesorias para justificar una decisión. De hecho, la Corte Constitucional en la sentencia 47-15-IN/21 reconoció la validez de los razonamientos jurídicos que emplean enunciados extrasistémicos, definiendo a aquellos como: “[R]azones o premisas obtenidas de afuera del sistema jurídico

(no normativas o extrasistémicas), cuya naturaleza dependerá de las circunstancias específicas de cada caso, pudiendo consistir en material probatorio, estudios antropológicos, análisis económicos, etc.” (Sentencia 47-15-IN/21, 2021).

Finalmente, los enunciados parasistémicos responden a aquellos provenientes de los sistemas normativos reconocidos por la Constitución que rigen a ciertos grupos humanos no hegemónicos como es el caso del derecho y la justicia indígena (Kymlicka, 2009, p. 31) e inclusive los principios jurídico-ecológicos de la Naturaleza (pluralismo normativo) (Sentencia 253-20-JH/22, 2022).

Por otro lado, la necesidad de explicar los criterios de interpretación y aplicación de las normas, nos devuelve a la dimensión material de la construcción motivacional que, en línea con lo mencionado, impelía revisar el grado de atinencia de los enunciados con la materia que se intenta probar o la tesis que se busca justificar (aplicación); además de valorar si la interpretación que se le ha dado a un hecho natural o institucional para convertirlo en un enunciado de la argumentación no es arbitraria (interpretación) y, que el enunciado haya obedecido un proceso epistemológico y de configuración prescriptivo adecuado (validez). A la vez, pareciera que el requerimiento contemplado en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de que la motivación no se reduzca a “citar normas” y menos a “la mera enunciación inconexa [o ‘dispersa’] de normas jurídicas”, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Este enunciado se contradice con otra disposición de la misma sentencia que aclara que bajo los nuevos estándares de suficiencia no se debe reparar en el análisis de la aplicación e interpretación de las normas:

Si una motivación, a pesar de ser suficiente, es incorrecta, la garantía de la motivación no se vulnera. Sin embargo, como se ha expuesto, esto no significa que dicha incorrección no tenga consecuencias jurídicas. Por ejemplo, algunas incorrecciones conforme al Derecho constituyen desaciertos en la interpretación y aplicación de normas sobre derechos o garantías fundamentales distintos a la garantía de la motivación; para enmendarlas, está disponible todo un sistema de garantías jurisdiccionales, además de las garantías procesales ordinarias. (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021)

Pero esta aparente contradicción no es sino una evidencia más de que es improbable separar radicalmente un criterio de corrección de uno de suficiencia de la motivación, en cuanto ambos descifran dos niveles, que, aunque distinguibles, son inseparables de esta construcción del lenguaje.

Para finalizar, en lo que concierne a la fundamentación jurídica, es justamente la obligación de que se deba justificar las razones por las cuales se ha aplicado o interpretado una norma de cierta manera, lo que deja ver que la Corte Constitucional ha reconocido de alguna forma que las motivaciones jurídicas son procesos de varias etapas, que se pueden dividir en etapas de justificación interna y en etapas de justificaciones externa; en el sentido de que toda premisa empleada en el razonamiento de una resolución jurídica, debe estar justificada o soportada en otras razones que comprueben su certeza y validez. De hecho, la sentencia 1158-17-EP/21 no marca la primera ocasión en que la Corte Constitucional haya reconocido este ejercicio de construcción de la motivación, en tanto que en sentencias previas ya ha definido estas etapas de la siguiente forma:

Se entiende como justificación externa el proceso argumentativo por medio del cual se sustenta lo declarado en una o varias de las premisas empleadas en un razonamiento principal. Se entiende como justificación interna al razonamiento principal propiamente dicho. (Sentencia 47-15-IN/21, 2021).

Por estas consideraciones es que Guastini ha mencionado que todo razonamiento jurídico termina siendo un razonamiento molecular y más no un razonamiento atómico, en tanto que:

Hay que decir, por si no fuese obvio, que esta definición se refiere a un razonamiento ‘atómico’ (un micro-razonamiento). Pero naturalmente, sucede frecuentemente que una pluralidad de razonamientos atómicos están entrelazados unos con otros, de manera que producen un razonamiento ‘molecular’, un macro-razonamiento o una cadena de razonamientos, donde la conclusión de un razonamiento atómico desempeña el papel de premisa en otro razonamiento atómico. Por ejemplo: “Todas las palomas son pájaros. Todos los pájaros son vertebrados. Por tanto, todas las palomas son vertebrados. Todos los vertebrados son animales. Por tanto, todas las palomas son animales”, donde la conclusión del primer

razonamiento atómico constituye la premisa del segundo. (Guastini, 2014, págs. 225-226)

Fundamentación fáctica

En lo que concierne la suficiencia de la fundamentación fáctica, la Corte señaló:

Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, “la motivación no se agota con la mera enunciación de [los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]”, sino que, por el contrario, “los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [si] no se analizan las pruebas”. En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en “la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas”, sino que se debe: “exponer [...] el acervo probatorio aportado a los autos”, “mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado” y “permitir conocer cuáles son los hechos”. Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes. (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021)

A partir de lo expuesto se desprenden dos premisas sobre la fundamentación fáctica: (a) todo hecho afirmado debe estar acompañado de las razones probatorias que lo justifiquen y (b) bajo ciertos presupuestos, se podrá prescindir de enunciados fácticos cuando el asunto que se discuta sea de puro de derecho. La primera premisa, nos remite a algunas nociones incluidas dentro del concepto de “defecto fáctico” que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional de países como España y Colombia y describe aquel error que “se presenta en los eventos en que el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión” (Sentencia T-459/17, 2018).

Este defecto puede manifestarse tanto en una dimensión positiva como en una negativa. La primera hipótesis se reproduciría en las situaciones donde: “(i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos”; mientras que la dimensión negativa se manifiesta en aquellas circunstancias en que “(i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos” (Sentencia SU448/16, 2016).

Está claro que los supuestos de defecto fáctico que atañen la aceptación de prueba ilícita, ilegal o inconstitucional y a la negación de la práctica de pruebas determinantes, no entrarían dentro del esquema de la garantía de motivación gobernada por el criterio rector de suficiencia. Su pretensión de tutela se adecua de forma más precisa al derecho al debido proceso en la garantía de la constitucionalidad y licitud de las pruebas reconocida en el artículo 76.4 de la Constitución; así como al derecho a la defensa en la garantía de contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra sancionado en las letras b) y h) del artículo 76.7 de la Constitución. Lo anterior ocurre sin perjuicio de que respecto de ambos supuestos la Corte Constitucional ha destacado la interdependencia de estos derechos con la garantía de motivación:

Finalmente, la Corte Constitucional considera necesario aclarar que el derecho a la defensa en la garantía de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, no le impide a las autoridades judiciales inadmitir, negar o no calificar medios probatorios solicitados por las partes, por considerarlos inconstitucionales, inconducentes, inútiles, inoportunos, o impertinentes, sino que exige que dicha negativa haya obedecido a un proceso de razonamiento judicial que goce de suficiencia motivacional. [Por] lo expuesto, la Corte concluye que se violó el derecho del accionante a derecho a la defensa en la garantía de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (Sentencia 363-15-EP/21, 2021)

Por su parte, los supuestos de defecto fáctico relativos a dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos y a omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella, sí podrían conllevar una lesión a la suficiencia motivacional en el marco de los nuevos

estándares de la Corte Constitucional. Primero, porque se afirmarí un enunciado fáctico sin que exista prueba, es decir justificación del mismo o razones de soporte; mientras que en el segundo, porque habiendo justificaciones evidentes sobre un determinado hecho no se lo ha atendido o se lo ha pasado por alto, constituyendo un vicio de congruencia conforme se lo verá más adelante.

Empero, la duda aparece cuando se debe analizar lo que tiene que atañe a aquel supuesto de defecto fáctico que versa sobre la valoración defectuosa de la prueba. Prima facie, si se consideraran las reiteradas afirmaciones de la Corte Constitucional respecto a que carece de competencia para analizar la corrección probatoria de las sentencias puestas a su conocimiento, salvo ciertas excepciones donde procede el análisis de mérito, se podría concluir in fine que dicho supuesto de defecto fáctico excede al ámbito tutelar de los nuevos estándares de la garantía de motivación. Pero, la respuesta en realidad no es tan simple.

Para notar de mejor manera este problema podemos valernos nuevamente de la idea de Guastini de que los razonamientos judiciales son razonamientos moleculares formados por una serie de pequeños razonamientos atómicos que justifican cada una de las premisas o razones esenciales que se utilizan como el eje central de la resolución. Si se transpola este esquema al campo probatorio de las decisiones jurisdiccionales o de la fundamentación fáctica de estas, es viable afirmar que tal como se ha reconocido en la jurisprudencia anglosajona, una resolución jurisdiccional está compuesta por “hechos probados”, también conocidos como *ultimates facts* o *material facts* y “hechos probatorios” o *evidentiary facts*. Siendo los primeros aquellos enunciados fácticos principales que utiliza el operador jurisdiccional para estructurar su ratio decidendi; en tanto que los segundos, todas las razones que sirvieron para darle soporte a los primeros (testimonios, documentos, principios probatorios, etc.) (Cornell University, 2025).

Comúnmente, al proceso por medio del cual cierto hecho se da por probado con base a otros enunciados (descriptivos o prescriptivos) se conoce como valoración probatoria. En apego a esta idea, la Corte Constitucional ha afirmado que las cuestiones de valoración probatoria son aquellas “[donde] se debe argumentar acerca de qué hechos cabe o no dar por probados a partir de los medios de prueba jurídicamente admisibles, es decir, válidos” (Sentencia 687-13-EP/20, 2020).

En este punto, es fácil notar que el trabajo de sostén que hacen los hechos probatorios con relación a la tesis que se afirma en el hecho probado, descifra un ejercicio de suficiencia motivacional en sí; en tanto que cumple con el requisito de configurar un conjunto de enunciados que soportan una conclusión. De ahí que, todos los estándares de suficiencia que se le atribuyen a la garantía de la motivación pueden ser aplicables al proceso de justificación fáctica. En consecuencia, son concebibles situaciones de defectos fácticos por valoración defectuosa de la prueba que podrán tutelarse a través de la garantía de motivación, de forma específica, cuando el proceso de justificación fáctica contenido en el fallo judicial haya incurrido en algún defecto de incoherencia, inatención o incomprensibilidad.

Por otra parte, en cuanto a la segunda premisa que se destacó, esto es que existen casos que puede prescindir de enunciados fácticos cuando el asunto que se discuta sea de puro de derecho, ya la Doctrina ha hecho varios reparos en cuanto a distinguir asunto de hecho y de derecho, en la medida de que en el fondo todos los asuntos involucrados dentro de una resolución jurisdiccional terminan siendo cuestiones de hecho. En palabras de Atienza, las razones empleadas en un ejercicio de motivación no deben ser considerados como “simples enunciados lingüísticos, sino como aquello de lo que depende que los enunciados en cuestión puedan calificarse como verdaderos o correctos. Y eso no puede ser otra cosa que algún hecho” (Atienza, 2015, p. 1434). Lo que se debe reconocer es que hay diferentes tipos de hechos, algunos son del mundo externo, sean dependientes o independientes de la voluntad humana; otros son del mundo interno, como los fenómenos, estados psicológicos o las acciones mentales. Otros son institucionales subordinados a la preexistencia de instituciones o normas, como pasa con las “promesas, deberes o el hecho de estar casado o de ser juez”; finalmente, están los hechos complejos o generales, que “es lo que ocurre con las normas, con las leyes científicas o con las máximas de experiencia. Por eso puede decirse que (...) el hecho de que F haya dado a muerte a Z junto con la norma que establece que si alguien mata a otro debe ser condenado a tal pena es una razón para que el juez condene a F a esa pena” (Atienza, 2013).

Claro está, que lo que diferencia a una norma en su calidad de hecho complejo de los hechos simples, es que la norma es un hecho motivador de la acción, lo que implica que se manifiesta a través de un enunciado

con dirección de ajuste mundo-palabra, es decir que contiene la pretensión de ajustar a la realidad a lo que se afirma en el enunciado (orden, prohibición, entre otros). Por consiguiente, en el fondo, siempre que se elabore una motivación jurídica se está recreando una motivación sobre hechos.

Pertinencia

Retomando lo previamente expresado, en lo que involucra al elemento de pertinencia, la Corte Constitucional no ha ahondado profundamente en su significado. En esencia ha reiterado que la “enunciación de los hechos del caso” es parte de la “explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas al caso” (Sentencia 1125-16-EP/21, 28). Con esto, si se parte directamente del texto constitucional se podrá constatar que el artículo 76.7.l dispone que “[n]o habrá motivación si en la resolución [...] no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. Con esto, el texto constitucional deja ver que la pertinencia no es propiamente una pieza individual, sino que es una acción: la de explicar. Por ende, al momento de valorar el parámetro de pertinencia se lo debe observar como un ejercicio de relación entre otros dos elementos: los enunciados fácticos y los normativos.

Antes se había aseverado que los enunciados eran el elemento básico-estructural de la motivación. Esta afirmación es correcta, pero merece una precisión; en realidad, los enunciados fácticos y normativos que se utilizan en el proceso de motivar constituyen el elemento básico-estructural. Por su parte, el resultado o la pretensión que el proceso de motivación persigue justificar, generalmente una tesis o una propuesta de acción, que también se expone a través de un enunciado (la conclusión), conformaría el elemento básico-final. Con lo cual, la labor que se emprende para evidenciar el proceso en que los elementos básico-estructurales de la motivación (los enunciados normativos y fácticos), se relacionan para desembocar en el elemento básico-final (tesis o pretensión), es conocido como relación de pertinencia. La pertinencia de esta manera ocupa el lugar del elemento funcional de la motivación, o lo que describe su operatividad.

La teoría de la argumentación de Toulmin es útil para comprender el parámetro de pertinencia. Para este autor, toda construcción motivacional parte de una pretensión o *claim* que “[e]xpresa la conclusión a la que se quiere arribar con la argumentación, el punto de vista que la persona quiere mantener, la proposición que se aspira que otro acepte” (Rodríguez Bello, 2004, p. 7). Esta pretensión se sostiene gracias a hechos de diferente naturaleza que dan testimonio de su corrección, estos hechos se conocen como evidencia, razones o *data*. Empero, el deber de explicitar por qué la evidencia soporta a la pretensión, en palabras de González-Lagier “debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión” (González Lagier, 2003, p. 35); enunciado que se conoce como garantía o *warrant*.

La garantía es la pieza fundamental del esquema de pertinencia, sin la garantía no hay justificación del por qué cierta evidencia ha llevado a justificar determinada pretensión. Pero inclusive esta pieza fundamental requiere de una ayuda en ocasiones, para lo cual se apoya en otro respaldo o *backing*, “que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad [de la garantía]” (González Lagier, 2003, p. 35). En resumen, la explicación de pertinencia puede definirse como el aporte de enunciados que sirvan de garantía y respaldo para justificar el tránsito desde ciertas razones o evidencias hacia una pretensión o tesis específica.

La deficiencia motivacional y sus modalidades

La Corte Constitucional determinó que podían existir tres tipos básicos de deficiencia motivacional que pueden afectar una resolución jurisdiccional: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia. Se afirma que la motivación es inexistente cuando el acto jurídico adolece de una ausencia radical de fundamentación normativa y fáctica, lo cual implica que no cumple al menos con contar con los elementos básicos-estructurales de la motivación, los enunciados. Por otro lado, una motivación es insuficiente cuando “cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). A partir de aquello, es posible advertir que la insuficiente motivacional puede verificarse en dos niveles: directamente como la omisión parcial de los enunciados principales del razonamiento jurídico (justificación externa), o bien como la falta de razones para soportar dichos enunciados principales (justificación interna).

En este orden de ideas, tanto la inexistencia como la insuficiencia motivacional son dos defectos del nivel de diseño de la motivación, el que se había dicho que atañía a su esquema general (proceso-resultado) y a sus elementos básicos-estructurales, en la medida en que ambas deficiencias representan, en mayor o menor medida, situaciones de ausencia de. Ahora bien, en cuanto a la motivación aparente, aquella ha sido definida por la Corte Constitucional como la motivación que “a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Dicho de otra manera, según el criterio de la Corte Constitucional la motivación aparente no es sino otra forma de carencia de fundamentación normativa y/o fáctica que ha sido presentada con la máscara de una motivación suficiente.

Al respecto, pareciera que la definición de la Corte Constitucional hasta cierto punto subestima la autonomía ontológica de la motivación aparente, haciéndola ver como un alter ego de los vicios de inexistencia motivacional e insuficiencia motivacional. Sin embargo, la motivación aparente a diferencia de las otras deficiencias antes nombradas se caracteriza por no limitarse a un nivel de diseño de la motivación, sino por adentrarse a valorar la forma en que los enunciados se organizan (coherencia), la pertinencia de su aplicabilidad (atinencia) y las relaciones que guardan estos con las pretensiones e inteligibilidad de las partes procesales y el Derecho (congruencia y comprensibilidad). De este modo, el vicio de motivación aparente a diferencia de lo visto antes, es un defecto que lesiona a la ingeniería de la motivación, en cada una de sus tres dimensiones, fases o etapas: estructura, materialidad y pragmatismo; demostrando, una vez más, que los contenidos del denominado test de motivación no han desaparecido del todo, sino que antes bien han sido sistematizados con mayor orden y claridad.

En este contexto, la reciente jurisprudencia constitucional ha identificado cuatro anomalías que pueden manifestarse en una motivación aparente, aclarando que tales anomalías no constituyen un catálogo numerus clausus, pues la Corte Constitucional está abierta a distinguir otras clases de defectos que pueden presentarse con este tipo de deficiencia motivacional. Dichas anomalías son: la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprensibilidad.

Incoherencia

Se ha señalado que una motivación adolece de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o jurídica existen contradicciones entre los enunciados que la configuran, o entre los enunciados y la conclusión que se pretende sostener. La primera situación se denominará incoherencia lógica y la segunda, incoherencia decisional:

Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Es importante destacar que, en cuanto a la incoherencia lógica, si bien la Corte Constitucional recoge para su exposición la noción de lógica para explicar en qué consiste uno de los vicios de la motivación, esta vez tal referencia no se ha enfocado directamente a proteger el apego a métodos inferenciales deductivos (como la subsunción), sino que de alguna manera ha aludido al sometimiento a los principios de lógica bivalente. En efecto, cuando la Corte Constitucional sostiene que se provoca un vicio de incoherencia lógica ocurre “cuando un enunciado afirma lo que otro niega”, resume los tres principios básicos de la lógica bivalente: el principio de identidad, de no contradicción y tercero excluido. Estos tres principios mandan que un enunciado X es idéntico a sí mismo, no pudiendo contradecirse; que un enunciado X no puede ser X y no X a la vez y, que un enunciado X es verdadero o es falso, no existiendo una tercera posibilidad para su valor. En este sentido, habrá una incoherencia lógica cuando se atente contra cualquiera de los tres principios básicos de la lógica bivalente.

En otro orden de cosas, la incoherencia decisional sería una especie de incompatibilidad entre el elemento final de la motivación, su conclusión y la intención operativa de aquella, o sea lo que se pretende poner en marcha en el mundo. Esta incoherencia entre la conclusión y la decisión, si bien traduce una transgresión a la dimensión estructural del ejercicio motivacional, la misma también puede comprenderse desde el parámetro de pertinencia, en la medida de que es gracias a las garantías y respaldos que un operador jurisdiccional puede conocer qué debe hacerse cuando se ha concluido como probado cierto hecho o teoría. Por ejemplo, si se comprueba que existe una cláusula arbitral en un contrato de seguro (conclusión), el juez debe inhibirse y remitir el expediente a la sede del arbitraje (decisión), gracias a los principios *pro arbitrii* y *kompetez-kompetez* (garantía) reconocidos en la Ley de Arbitraje y Mediación y jurisprudencia constitucional (respaldo). De esta forma, la incoherencia decisional suele acarrear consigo una violación del parámetro de pertinencia de la motivación, en el sentido aquí analizado, sin perjuicio de reconocerla como una contravención a la lógica.

Incongruencia

En cuanto a la incongruencia, la Corte Constitucional determinó que una sentencia podía estar afectada por este vicio en los casos donde no se toma en cuenta alguno de los argumentos relevantes del debate judicial para la resolución de los problemas jurídicos que conforman el quid de la resolución jurisdiccional. Esta incongruencia puede ser de dos tipos: incongruencia frente a las partes e incongruencia frente al Derecho. La primera cuando “en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica [...] no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales”; la segunda, se da en los supuestos en los que “no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

En relación a esto, existe un fuerte vínculo entre el parámetro de congruencia y la subdimensión dialéctica del enfoque pragmático de la motivación. Como se había señalado, la perspectiva de subdimensión dialéctica funciona gracias a un esquema donde intervienen al menos dos agentes: el hablante ponente y hablante oponente; el primero propone una tesis y el segundo la objeta, lo que desemboca en una discusión. En una controversia jurisdiccional estos reciben el nombre de accionante y accionado; el primero quien propone la pretensión y el otro quien opone la excepción, denominándose esta discusión, juicio o Litis. Sin embargo, el juicio al ser una discusión crítica se encuentra arbitrado por un heterocomponedor, que recibe el nombre de juez. El juez debe calificar y dirigir la discusión a efectos de que prevalezcan las razones con un mayor fuerza y validez, ya sean las de la tesis del accionante o bien de la antítesis del accionado. De ahí que, de algún modo, la resolución del heterocomponedor constituye una síntesis de las razones contrapuestas, configurando el proceso jurisdiccional un ejercicio dialectico en toda su extensión.

Le corresponde al juzgador evaluar las razones que componen cada uno de los discursos en colisión, para poder tomar a partir de aquellos una decisión que allane dicha colisión. En otras palabras, adoptar un nuevo discurso (sentencia, laudo, auto, etc.) que nove los discursos de las partes (pretensión y excepción). Para que dicho proceso sea dialéctico, el operador de justicia deberá otorgarle idéntico peso abstracto a ambas tesis de las partes procesales, o lo que es lo mismo, no puede simplemente desvalorar su contenido *in limine*. Debe sopesar a cada una de las razones relevantes de las partes con sus correspondientes contradicciones, a efectos, de que solamente luego de esa evaluación, pueda determinar cuál tesis prevalecerá y se mantendrá como sustento del nuevo discurso: la sentencia o laudo. Solamente luego de la evaluación de cada una de las argumentaciones relevantes es que se puede comprobar cuál tiene un peso concreto superior a la otra. Es a la vigencia de este examen dialectico que dirige el operador jurisdiccional sobre las premisas relevantes de las partes, lo que se conoce como congruencia frente a las partes.

Vale anotar que, además de los discursos de las partes, en la decisión del juzgador debe mediar la valoración de un discurso institucionalizado que no se origina en el proceso, sino que lo precede a este: el derecho objetivo o discurso jurídico. En este sentido, el Derecho además de disponer las reglas que rigen al debate procesal, a efectos de conservar su carácter de discusión crítica, tales como, el principio de paridad de armas, la oralidad, la inmediación, el principio dispositivo, entre otros. También, aporta razones sustantivas

al proceso dialéctico, en la forma de cuestiones o problemas jurídicos que el operador jurisdiccional deba obligatoriamente atender en la elaboración de su decisión. Esto último se conoce como congruencia frente al Derecho.

En el desarrollo de este asunto, un punto destacado para atender efectivamente la extensión de este vicio, es tener en cuenta que sólo se lesiona cuando el argumento o razón que se ha dejado de conocer posee relevancia, especialmente cuando se trata de proteger la congruencia frente a las partes. Sobre esto, la Corte Constitucional ha determinado que: “[p]ara que un auto o sentencia se considere motivado debe contener congruencia argumentativa que implica que el juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes” (Sentencia 2344-19-EP/20, 2020).

Ciertamente la Corte no ha sido de lo más clara para definir qué debe entenderse por argumento relevante, limitándose a declarar que “[l]os argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Pero esta definición en sí, solamente da indicios de lo que es un argumento vencido o descartado, esto es, aquel argumento que no fue acogido o aceptado por el operador jurisdiccional para resolver el problema jurídico puesto a su conocimiento. No obstante, pareciera que asimilar la noción de argumento vencido con la de argumento relevante no es del todo plausible, puesto que puede haber argumentos vencidos o descartados que se agoten en expresar insatisfacción, o que, pese a defender o proponer una solución distinta para el o los problemas jurídicos carecen de razones de soporte, es decir sean infundados.

Antes esto, la distinción doctrinaria entre razones operativas y auxiliares se muestra como una herramienta útil para distinguir entre argumentos relevantes y no relevantes. Para Juan Carlos Bayón una razón es operativa cuando su reconocimiento “implica tener una actitud crítica práctica (no sería posible, por ejemplo, creer en la existencia de cierto valor sin aprobar *eo ipso* las acciones que lo promueven o lo materializan)”. En síntesis, una razón operativa “consiste en la premisa de deber ser, que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción” (Bayón, 1991, p. 37). Las demás razones, que se limitan a identificar medios para satisfacer una razón operativa, se conocen como razones auxiliares.

De esta forma, los operadores jurisdiccionales para tutelar el principio de congruencia deben identificar las razones operativas expuestas en las tesis de las partes procesales y, una vez identificadas, proceder a comprobar cuál de estas posee mayor fuerza o peso concreto en un sentido material (criterios de validez, aplicación e interpretación) y, por tanto, debe prevalecer como razón concluyente:

Las razones para actuar -operativas o completas- se relacionan entre sí por su peso o fuerza respectivos: si entran en conflicto, la razón de más peso prevalece sobre la de fuerza menor. Una razón es concluyente si, en una situación dada, ninguna otra prevalece sobre ella (Atienza, 2013, p. 295).

Con todo, no ha quedado claro si esta valoración de la relevancia de una razón también debe ser aplicado cuando lo que se analiza es el principio de congruencia frente al Derecho, en tanto que en la sentencia No. 1158-17-EP/21 la Corte Constitucional omitió pronunciarse sobre este aspecto.

En una causa resuelta por la Corte Constitucional, relativa a una cuestión arbitral, este organismo, si bien reconoció que la cuestión de derecho que no había sido atendida por el tribunal arbitral era un tópico incidental y no sustancial para la resolución central del laudo, procedió a declarar la violación de la garantía de la motivación por falta de congruencia frente al Derecho. De este modo, en la sentencia No. 1573-15-EP/21 habiéndose reconocido que la jurisprudencia aplicable determinaba que la declaratoria de temeridad y/o mala fe para la condena en costas de una de las partes procesales “no es la parte sustancial de la resolución de la causa, no es el asunto principal sobre el que se ha trabado la Litis, sino un aspecto incidental en la sentencia” (Sentencia 1573-15-EP/21, 2021). Esta declaratoria era una obligación jurídico procesal que debía ser observada por los operadores jurisdiccionales como una exigencia de congruencia frente al Derecho:

[...] se desprende que la autoridad que ejerza potestades jurisdiccionales al momento de condenar en costas debía: (i) calificar las actuaciones de una de las partes o de quien ejerza la defensa técnica del Estado como temerarias o de mala fe y (ii) ordenar el pago de las costas mediante auto o sentencia, en este caso laudo (Sentencia 1573-15-EP/21, 2021).

En virtud de lo cual declaró vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación en

lo relacionado a la condena en costas procesales y como medida de reparación integral, se limitó a dejar sin efecto, únicamente, la sección del laudo referente a las costas. Esta forma de reparación integral, de hecho, es una evidencia más de que el asunto viciado era un tópico accesorio, que en nada afectó al cuerpo y la *ratio decidendi* de la resolución principal.

Lo analizado hace ver que en lo que concierne a la congruencia frente al derecho, la misma se encuentra gobernada por un principio de autoridad antes que por un principio de relevancia. En línea con este, cada vez que exista un mandato normativo que imponga una obligación a un operador jurisdiccional de proceder de cierta forma dentro de la resolución de una causa, inclusive si dicha norma identifica un aspecto incidental y no sustancial del fallo central, los jueces y árbitros están obligados a observar dicho mandato, so riesgo de incurrir en un vicio de incongruencia frente al derecho.

Inatinencia

La inatinencia ha sido discernida por la Corte Constitucional como aquella deficiencia de la motivación en donde “se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido; esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Este defecto puede afectar tanto la fundamentación fáctica como la fundamentación jurídica de la decisión jurisdiccional.

El organismo constitucional ha sido claro en expresar que este vicio “no se refiere a la pertinencia jurídica de las razones esgrimidas en la argumentación”. En otras palabras, no tiene que ver con que “si las disposiciones jurídicas invocadas por el juzgador son o no aplicables al caso concreto” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). Solamente se vulnera la garantía de motivación “si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021). En consecuencia, solo será un vicio efectivo si aquel lesiona a la *ratio decidendi* de la resolución.

Con esto, se tiene que el vicio de inatinencia guarda relación con las falacias del *stramineus homo* u hombre de paja y de la *ignoratio elenchi*. La primera falacia consiste en “adjudicar al interlocutor palabras que no dijo, argumentos que no utilizó. Aprovechando el desconcierto del oponente, se rebate el argumento, dando la sensación de haber ganado la discusión. Se deforman las tesis del contrincante” (Battú, 2020, p. 80). La segunda, en “[u]n razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente. Se responde a otra cosa de lo que está en cuestión, se inserta en una argumentación alguna materia extraña al asunto” (Battú, 2020, p. 79).

Para entender esto, debe partirse por el hecho de que el vicio de inatinencia puede reproducirse de dos maneras diferentes. En el primer supuesto, tal como sucedía con el *stramineus homo*, el operador jurisdiccional fija los problemas jurídicos a resolver distorsionando los argumentos relevantes de las partes procesales, deformando el contenido de las pretensiones y excepciones para dar respuesta a un problema jurídico que nunca fue planteado por las partes inmersas en el proceso. De esta forma, el operador jurisdiccional resuelve los problemas jurídicos que él mismo ha creado alterando las tesis de las partes, dando la sensación de que su razonamiento ha gozado de manera efectiva de una fundamentación normativa y fáctica suficiente. No obstante, esta sensación sería ficticia en cuanto que los problemas jurídicos planteados en el razonamiento, no surgen orgánicamente de las tesis originales de las partes, siendo problemas jurídicos “de paja”.

En otro orden de cosas, la otra manera en que se puede percibir el vicio de inatinencia, se presenta en aquellas situaciones donde habiendo el operador jurisdiccional establecido los problemas jurídicos acertadamente con apego a las tesis de las partes procesales, la conclusión a la que se llega extravía totalmente el punto de partida, invocando en el camino una tesis que no era parte de los problemas jurídicos. Nuevamente, si planteáramos un caso hipotético, se podría emplear como ejemplo una situación donde las partes discutan sobre la posesión regular de un inmueble en el marco de una acción publiciana, ante lo que el juzgador concluya que no se ha demostrado la vigencia de un título de dominio.

Los ejemplos expuestos, nos permiten ver que el vicio de inatinencia se vincula con una de las modalidades del defecto de incongruencia frente a las partes. Se realiza por acción, que en palabras de la Corte Constitucional se presente “si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Incomprensibilidad

La incomprensibilidad, como última deficiencia motivacional analizada por la Corte Constitucional, se vislumbra como una falla que acomete sobre la dimensión pragmática de la motivación, tanto en la subdimensión dialéctica como en la retórica. La jurisprudencia constitucional la ha definido como la situación en que:

[U]n fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana. (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021)

Ahora bien, cuando se analizó la subdimensión dialéctica, se sostuvo que el ejercicio motivacional se asemeja a una discusión crítica sujeta a determinadas reglas de racionalidad, una de las cuales ordenaba a las partes intervinientes a evitar “usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deben interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible” (Van Eemeren & Grootendorst, 2021, p. 43).

La regla transcrita tiene como función dentro de la subdimensión dialéctica permitirle al hablante oponente, tener un presupuesto comunicacional al cual responder o con motivo del cual actuar. Puesto que, si el hablante oponente que -en el caso de los procesos jurisdiccionales puede ser una de las partes procesales con relación a la otra, o la parte procesal que requiere impugnar la decisión- no comprende la tesis que ha sido expuesto por su contraparte o contenida en el acto jurisdiccional que va a impugnar, básicamente ha perdido toda oportunidad de hacer valer sus derechos de contradicción y de recurrir.

En la subdimensión retórica -que vigila la eficacia que ha tenido un hablante para persuadir a un auditorio de la plausibilidad de su razonamiento- la comprensibilidad busca facilitar la línea de comunicación y la transmisión del mensaje entre el hablante, que en los procesos jurisdiccionales puede ser un juez o un árbitro, y el auditorio receptor, las partes procesales y demás sujetos con interés directo en la causa. Es claro que un operador jurisdiccional está prácticamente imposibilitado de persuadir a su auditorio receptor sobre la validez de su argumentación y, por ende, de que su resolución debe ser aceptada y acatada, si es que para el auditorio receptor no es inteligible lo que ha expresado. Sin embargo, es oportuno precisar que la jurisprudencia constitucional ha determinado que la pretensión de comprensibilidad no debe extenderse de forma absurda, al punto de intentar que la comprensibilidad del mensaje alcance a la sociedad en su totalidad: “El tipo de incomprensibilidad que puede vulnerar la garantía de la motivación no se refiere a la exigencia de que todo ciudadano común (el “gran auditorio social”) pueda entender el texto de la motivación” (Sentencia 1158-17-EP/21, 2021).

Empero de lo expresado, habrá casos donde los receptores directos del mensaje (sujetos procesales) requieran de adaptaciones del canal, o del mismo mensaje, para poder tomarlo de manera eficaz. Escenarios así pueden evidenciarse en procesos judiciales que envuelven a niñas, niños y adolescentes, a personas con discapacidades visuales, auditivas o fonéticas, grupos étnicos con sistemas lingüísticos diferentes al hegemónico, entre otros.

En esta línea, la sentencia 239-17-EP/22 de la Corte Constitucional resaltó la necesidad de tomar en consideración el interés superior de las niñas, niños y adolescentes involucrados, y escucharon su opinión en los procesos que los afecta, es un ejemplo de adaptación del canal de comunicación para asegurar la comprensibilidad del mensaje. En esta resolución, la Corte redujo la sentencia canal ordinario de sus fallos a una carta simple de tres párrafos, con la finalidad que la niña y los niños involucrados en la causa de origen puedan entenderlo que este organismo había resuelto (Sentencia 239-17-EP/22, 2022). Otro ejemplo adaptación del mensaje, se puede vislumbrar en la sentencia 1-12-EI/21, en la cual la Corte Constitucional esclareció cómo identificar un conflicto interno indígena y la aplicación de los principios pro jurisdicción indígena, así como del principio de autonomía del derecho indígena. La sentencia originalmente escrita en español debió ser traducida al kichwa, con el objeto de que las partes procesales pertenecientes a la comunidad kichwa saraguro de Tambopamba pudieran comprender eficazmente el mensaje del fallo constitucional (Sentencia

1-12-EI/21, 2021).

Conclusión

Con la emisión de la sentencia No. 1158-17-EP/21, la Corte Constitucional ha inaugurado una nueva etapa en el entendimiento del contenido y las derivaciones metodológicas de esta garantía del debido proceso que, si bien no son totipotenciales, al no aplicar para todos los casos y materias, no deja de ser importante para comprender el alcance tuitivo de la acción extraordinaria de protección y clarificar las competencias jurisdiccionales de este organismo de control constitucional.

De esta forma, a través de este ensayo se ha procurado mostrar a la motivación como un fenómeno del lenguaje y describir sus elementos e interacciones internas y externas, especialmente cuando la misma se torna de corte jurídico, poniéndose de realce su intencionalidad práctica e institucional. Para aquello, ha existido un repaso de los elementos estructurales y funcionales del proceso de motivación jurídica, con énfasis en el hecho de que, siempre conviven dentro de este ejercicio, un nivel de diseño y otro ingeniería; el primero encargado de enunciar sus elementos y esquemas generales, como son los enunciados y, el segundo, dispuesto a darle forma, operatividad y contexto, o en términos llanos, adecuación lógica, material y pragmática. Asimismo, se ha buscado realizar un recuento sobre la diversidad teórica y práctica que enriquece a cada uno de estos factores. Por citar un ejemplo, se ha insistido en la superación de la tendencia a equiparar dimensión formal de la motivación con lógica deductiva; demostrando que son posibles otros métodos y diseños de coherencia motivacional, que no requieran responder a esquemas de la lógica silogística, como la abducción o la motivación inferencial.

Por otra parte, se han esbozado varios argumentos con la finalidad de dejar en evidencia que las innovaciones jurisprudenciales de los últimos años, en lo que corresponde a la materia de motivación, no pueden interpretarse en la forma de una abjuración al ideal de racionalidad del Estado constitucional, de justicia y derechos, ni tampoco al paradigma de corrección judicial. Para esto se ha recalcado que varios de los contenidos del antiguo test de motivación siguen subsistiendo de forma total o parcial bajo el estándar de suficiencia motivacional o, al menos, han sido resistemizados dentro de éste. Esta última idea resulta natural, en la medida en que es imposible construir un esquema de examinación que se soporte en una concepción mínima y estructural de la motivación, que funciones sin atender los enfoques formales, materiales y pragmáticos de la misma, o viceversa. Se insiste en la noción de que, a pesar de las ideas recientemente extendidas en la cultura jurídica ecuatoriana, suficiencia y corrección son dos caras de la misma moneda.

La asunción de esta dualidad irrompible brinda al menos dos beneficios dentro del campo de los estudios del derecho. En un primer momento, reconcilia de manera más directa el bagaje jurisprudencial emitido previo al año 2019, con el estandarizado por la nueva conformación de la Corte Constitucional. Se demuestra que no son perspectivas irreconciliables, sino que descubren dos momentos de la práctica constitucional que han puesto énfasis en dos dimensiones diferentes de la motivación; lo cual enriquece el debate y permite visualizar a este fenómeno en su completitud y sofisticación. Como segundo beneficio, la dualidad descrita relieves en la discusión jurídica la noción de corrección, que a momentos pudo llegar a sentirse como un asunto superado y ajeno a la actualidad del derecho constitucional. Así, la asunción de esta dualidad en las dimensiones de la motivación, revaloran la necesidad de obtener decisiones suficientes y correctas. Sería insuficiente que solo que gocen medianamente de uno de estos elementos, en cuanto que son tan dañinas para la tutela de derechos las decisiones insuficientes pero correctas, como aquellas que siendo suficiente carecen de corrección. Unas fallan en el proceso para la obtención del resultado (arbitrariedad), y las otras convierten al proceso en un esquema inútil, toda vez que lo desconectan de su fin último: la justicia.

Finalmente, el estudio de los diversos vicios de motivación compendiados por la sentencia *in comento*, en particular los relativos a la apariencia motivacional, han permitido encontrar puntos de conexión e interdependencia de la coherencia, congruencia, atinencia y comprensibilidad. De esta manera se desvirtúa la creencia de que son escenarios herméticos y desconectados; más bien, en el abordaje de estos vicios donde también se ha descubierto de manera más clara la pervivencia de diversas dimensiones del antiguo test de motivación. Desde este enfoque, a partir el desarrollo expresado en este artículo, es viable concluir que la contribución de la sentencia 1158-17-EP/21 reside realmente en la empresa de sistematización que

erige del complejo fenómeno lingüístico de la motivación y la necesaria delimitación competencial de la Corte Constitucional, a fin de evitar la sobre posición de la justicia constitucional a otras estructuras judiciales, rangos, grados, acciones y recursos.

Referencias

- Arráez, M. y Calles, J. (2007). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, vol. 7, núm. 2.
- Atienza, M. (2015). Razonamiento jurídico. En V. Rodríguez-Blanco y Fabra Zamora, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Barrajón, E. (30 de 03 de 2025). Sistema fonológico español. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19827/9/Presentacion_tema2.pdf
- Battú, N. (2020). Falacias y manejo falaces con impacto. Ideas para detectarlos & neutralizarlos. Ciudad de la Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- Bayón, J. (1991). Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz, . *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* No. 10.
- Carbonell, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de la Justicia*.
- Carrillo, L. (2007). Argumentación y argumento. *Revista Signa* No. 16.
- Cornell University. (30 de 03 de 2025). Legal Information Institute. Ultimate Fact & Evidentiary Fact. Obtenido de https://www.law.cornell.edu/wex/evidentiary_fact
- Génova, G. (30 de 03 de 2025). Los tres modos de inferencia. Disponible <https://www.unav.es/gep/AF/Genova.html>
- González, D. (2003). Hechos y argumentos: (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) . *Jueces para la democracia* No. 47.
- Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. Ed. 2da. Centro de estudios políticos y constitucionales: Madrid.
- Kymlicka, W. (2009). Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional. En C. Espinosa, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Lozada, A y Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Navarro, P. (2000). Enunciados jurídicos y proposiciones normativas. *Revista Isonomía*, No. 12.
- Peirce, C. (1988). Lección IV: Tres tipos de inferencia. En *Lecciones de Harvard sobre el pragmatismo*. Navarra: Universidad de Navarra.
- Pérez, L., y Barale, E. (30 de 03 de 2025). Enunciado y oración. Relaciones entre oraciones. Disponible: <https://www.dgeip.edu.uy/IFS/documentos/2015/lengua/recursos/Jornada4/EnunciadoYOracion.pdf>
- Real Academia Española. (30 de 03 de 2025). Diccionario de la lengua española. Obtenido de <https://dle.rae.es/>
- Rodríguez, L. (2004). El modelo argumentativo de toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa. *Revista Digital Universitaria*, Vol. 5, No.1.
- Summers, R. (1978). Two types of substantive reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification. *Cornell Law Review*, No. 63.
- Trubetzky, N. (1973). *Principios de fonología*. Cincel.
- Van Eemeren, F., & Grootendorst, R. (2021). *Argumentación, comunicación y falacias*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Wenger Calvo, R. (2015). Teoría de la argumentación, retórica y hermenéutica: Un álbum familiar a revisar. *Revista Advocatus*, Vol. 12, No 25.
- Xin, Y. (2016). *Las teorías de los actos de habla*. Oviedo: Centro Internacional de Postgrado de la Universidad Oviedo.

Sentencias Corte Constitucional del Ecuador

- 1125-16-EP/21 (2021 de abril de 28).
- 1-12-EI/21 (17 de noviembre de 2021).
- 1158-17-EP/21 (20 de octubre de 2021).
- 1184-12-EP/19 (11 de diciembre de 2019).
- 1442-13-EP/20 (24 de junio de 2020).
- 1573-15-EP/21 (15 de diciembre de 2021).
- 227-12-SEP-CC, Causa 1212-11-EP (21 de junio de 2012).
- 2344-19-EP/20 (24 de junio de 2020).
- 239-17-EP/22 (12 de enero de 2022).
- 24-13-SEP-CC, Causa 1437-11-EP (07 de junio de 2013).
- 242-15-SEP-CC, Causa No. 2199-13-EP (22 de julio de 2015).

Sentencia 253-20-JH/22 (27 de enero de 2022).
Sentencia 27-15-SEP-CC, Causa 977-12-EP (04 de febrero de 2015).
Sentencia 363-15-EP/21 (02 de junio de 2021).
Sentencia 47-15-IN/21 (10 de marzo de 2021).
Sentencia 61-14-SEP-CC, Causa 1616-11-EP (09 de abril de 2014).
Sentencia 64-16-SEP-CC, Causa 1336-11-EP (02 de marzo de 2016).
Sentencia 687-13-EP/20 (30 de septiembre de 2020).
Sentencia 69-10-SEP-CC, Causa 5-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de diciembre de 2010).
Sentencia 71-14-SEP-CC, Causa 1327-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de diciembre de 2010).
Sentencia SU448/16, Expediente T-5.305.136, (Corte Constitucional de Colombia. 22 de agosto de 2016).
Sentencia T-459/17, Expediente T-6.054.054 (Corte Constitucional de Colombia 17 de julio de 2018).

El principio precautorio y la IA: una ausencia Normativa en Ecuador

The precautionary principle and AI: a regulatory absence in Ecuador

Mgt. Bryan-David Díaz-Alava  
Universidad Estatal Península de Santa Elena - Ecuador

Mgt. Thalia Cevallos-Palma  
Universidad Estatal Península de Santa Elena - Ecuador

Resumen

Este estudio analiza los nuevos fenómenos que enfrentan el Derecho Ambiental derivados de la evolución del uso y manejo de las TIC. El objetivo es evaluar el impacto y desafíos de la inteligencia artificial en el medio ambiente, mediante un análisis dogmático y normativo vinculado al principio precautorio en las nuevas tecnologías, para inferir medidas respecto a una reforma normativa entorno a las sanciones del Derecho Ambiental. El enfoque cualitativo de este artículo visibiliza el problema y sintetiza las bases teóricas, doctrinarias y jurisprudenciales a partir del método histórico, analítico y exegetico vinculado a una revisión bibliográfica que aborda las instituciones jurídicas de carácter nacional como internacional entorno al ámbito del Derecho Ambiental. La investigación subraya la ausencia normativa y vacíos legales en el Código Orgánico del Ambiente referente a la inteligencia artificial en nuestro país. La finalidad es la construcción de un sistema de justicia en defensa de los derechos humanos y de la naturaleza.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, derecho ambiental, principio precautorio, jurisprudencia, tecnologías.

Abstract

This study analyzes the new phenomena faced by Environmental Law derived from the evolution of the use and management of ICT. The objective is to evaluate the impact and challenges of artificial intelligence on the environment, through a dogmatic and normative analysis linked to the precautionary principle in new technologies, in order to infer measures for a normative reform regarding the sanctions of Environmental Law. The qualitative approach of this article makes the problem visible and synthesizes the theoretical, doctrinal and jurisprudential bases from the historical, analytical and exegetical method linked to a bibliographic review that addresses the legal institutions of national and international character around the field of Environmental Law. The research highlights the absence of regulations and legal gaps in the Organic Environmental Code regarding artificial intelligence in our country. The purpose is the construction of a justice system in defense of human rights and nature.

Keywords: Artificial Intelligence, environmental law, precautionary principle, jurisprudence, technologies.

Introducción

El Derecho Ambiental ha transformado la defensa del medio ambiente y su regulación jurídica en los Estados, porque se ha convertido en un medio sistemático de normas regulatorias de derecho público y privado, inclinados a disciplinar las conductas en orden al uso racional, conservación y protección del medio ambiente. Es, del mismo modo, el ente rector en cuanto a la prevención de daños, vinculadas a establecer la relación de protección medioambiental, mediante las fuentes del derecho como herramienta para la eficacia de la protección.

Las nuevas tecnologías conllevan cambios a nivel internacional como nacional que están transformando los sistemas de justicia, debido a la adopción de un marco normativo acorde que debe abordar nuevas realidades del presente. El carácter de la justicia, la igualdad y la protección de los derechos humanos necesita enfrentar los desafíos y límites que conlleva la integración de la inteligencia artificial lo que, a su vez, acarrea desafíos y oportunidades a nivel global.

Desde una visión del avance de la tecnología en la asistencia y automatización de procesos, las aplicaciones digitales ha dejado de lado la gestión judicial entorno a la demanda del consumo energético, la liberación de datos, las expropiaciones indebidas a la privacidad, la autonomía y la contaminación, entre otros factores negativos al medio ambiente y que resultan atentatorios a la calidad de vida y los derechos humanos que se ven involucrados por el manejo de la inteligencia artificial planteando inquietudes éticas debido a los sesgos de los algoritmos y datos personales.

En este sentido, la inteligencia artificial conllevaría una regresión de derechos ambientales debido a la competitividad y la presión de los avances tecnológicos que amplían la brecha en la sociedad. Esto ocurre porque frente a las TIC no es suficiente crear mecanismos de protección de los recursos naturales por vía sanciones, permisos y licencias ambientales; sino que un análisis global debe considerar un marco normativo que condicione el cumplimiento de las normas técnicas que involucren a la IA en la construcción del desarrollo sostenible y la preservación del principio precautorio dentro del territorio nacional (Almonacid y Ávila, 2020, p. 42).

En un país megadiverso como Ecuador la implementación de las herramientas tecnológicas constituye un avance para mitigar los efectos de la contaminación como la de sus áreas protegidas. La Constitución del 2008 crea un nuevo sistema en el fomento, protección y regulación del medio ambiente como titular de derechos, cuyos lineamientos se fundamentan en la garantía y preservación del entorno a través de la Autoridad Ambiental Nacional (AAN). El sentido de esta normativa se visibilizaría en los acuerdos y tratados internacionales de los que el país forma parte y coadyuvan en la protección de áreas verdes (que constituyen el 19% de su extensión territorial). La inteligencia artificial, en lugar de una amenaza, podría significar un avance significativo en los procesos de crecimiento ambiental. La empresa privada podría involucrarse en el desarrollo de procesos de eficacia, legales y técnicos de manera responsable mediante el uso de la IA (Moscoso, 2019, p. 83).

El presente artículo tiene como objetivo analizar los tratados internacionales en materia ambiental (convenios, declaraciones, leyes y reglamentos) que buscan determinar una estructura jurídica del sistema legal antes los desafíos del principio precautorio, derivados de la protección de los recursos amenazados por la actividad humana. La inteligencia artificial podría intervenir en la regulación interna de los gobiernos locales, ser una herramienta que ayude a adoptar nuevas herramientas jurídicas, desde el ámbito social, político y económico, por ejemplo mostrando nuevos caminos para la codificación del COA como marco legal que garantice los derechos a las personas a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y en el que se protejan también los derechos de la naturaleza.

La inestabilidad normativa entorno a las políticas públicas nacionales es un punto débil ante los avances tecnológicos. El evidente deterioro del medio ambiente demanda una revisión de las fuentes del derecho ambiental como respuesta emergente para recomponer la regulación jurídica y los ordenamientos internos de cada Estado, frente a la ineficacia jurídica que se había desarrollado en las últimas décadas.

La metodología de esta investigación tiene un enfoque cualitativo que aborda los principales desafíos de la doctrina en la búsqueda bibliográfica y argumentativa, se lleva a cabo, además, un análisis pragmático de fuentes primarias y se revisan postulados teóricos sobre la importancia de la inteligencia artificial y el

principio precautorio como línea conexas para la preservación del derecho ambiental. A partir de los métodos de síntesis y exegético, se examina, de manera crítica, las normas vinculantes dentro del territorio nacional, para subrayar las ambigüedades normativas del Derecho Ambiental. En síntesis, la metodología combina una revisión documental exhaustiva con un análisis cualitativo de tipo dogmático-normativo, utilizando herramientas históricas, analíticas y exegéticas para evaluar la situación del principio precautorio frente a la IA en el ordenamiento ecuatoriano.

El principio precautorio como medio del desarrollo sostenible ambiental

El desarrollo sostenible ambiental como un modelo de desarrollo busca satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Este enfoque promueve el equilibrio entre el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente, particularmente, se enfoca en la gestión responsable de los recursos naturales, la reducción de la contaminación y la preservación de los ecosistemas, con el objetivo de garantizar un bienestar duradero y equitativo para todas las personas y el planeta.

Para Contreras (2014, p. 120) el desarrollo sostenible es:

Como una empresa que pretende transformar en mercancía la relación de los hombres entre ellos y con la naturaleza [Una empresa que] trata de explotar, de ponerle un valor, de sacar ganancias de los recursos naturales y humanos. Una empresa agresiva con la naturaleza y con los pueblos, que es, de igual modo que la colonización que la precede y la globalización que la sigue, una obra a la vez económica y militar de dominación y conquista [De ahí que] lo queramos o no, no podemos hacer que el desarrollo sea diferente de lo que ha sido [esto es] la occidentalización del mundo.

La Revista Jurídica de LACCEI determina que:

La reflexión sobre el desarrollo lleva necesariamente a diferenciar los conceptos de Desarrollo Sostenible y Sostenibilidad Ambiental del Desarrollo, discusión que se ha desarrollado bastante pero que aún no cuenta con un consenso global sobre sus componentes y reales significados, pues aunque ambos conceptos tienen en común las palabras Desarrollo y Sostenibilidad y, además, parezcan similares, no lo son [Esta] confusión puede llevar fácilmente a cometer errores en la formulación de las políticas y más aún en su implementación a través de los procesos de gestión [...] Desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. (Mora, 2013, pág. 16)

El concepto de desarrollo sostenible ambiental, tal como se expone en los textos de diversos autores, busca un equilibrio crucial entre el progreso económico, la justicia social y la protección del medio ambiente. Mientras que para Contreras este modelo es visto como una forma de explotación agresiva de los recursos naturales, un reflejo de la occidentalización global, Mora subraya la distinción entre desarrollo sostenible y sostenibilidad ambiental, destacando la importancia de una comprensión clara y consensuada de estos términos para evitar errores en la formulación y aplicación de políticas. En última instancia, el desarrollo sostenible requiere un enfoque holístico y responsable que garantice que las generaciones presentes no comprometan las posibilidades de las futuras para satisfacer sus propias necesidades, subrayando la necesidad de políticas efectivas que integren estos principios en la práctica.

El principio precautorio se formula como un concepto clave en la protección del medio ambiente sobre la la premisa de que, cuando hay amenazas de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de certeza científica absoluta no debe ser utilizada como justificación para retrasar la adopción de medidas de protección. Ante la presencia de riesgos potenciales que podrían poner en peligro la salud humana, la biodiversidad o los ecosistemas, se deben tomar acciones preventivas, incluso en ausencia de pruebas científicas concluyentes. Guerrero (2024, p. 45), cita la definición del principio precautoria de la siguiente forma: “Medidas tendientes a evitar o mitigar anticipadamente daños al ecosistema, en el aprovechamiento y manejo de los recursos forestales y de fauna silvestre. No podrá invocarse la falta de certidumbre científica como argumento para aplazar tales medidas”.

Este principio promueve la idea de que la responsabilidad recae en quienes promueven actividades o

proyectos que podrían causar daño ambiental, obligándolos a demostrar que sus acciones no representarán un peligro para el entorno natural, siendo que este enfoque destaca la importancia de actuar de manera preventiva para evitar consecuencias irreversibles, considerando que la incertidumbre científica no debe paralizar la adopción de políticas o medidas para proteger el medio ambiente. Está reconocido en diversas normativas internacionales, como en el Tratado de la Unión Europea y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En el plano práctico, el principio precautorio fomenta un enfoque proactivo y holístico en la toma de decisiones ambientales que prioriza la protección de la biodiversidad, los recursos naturales y la salud pública frente a intereses económicos a corto plazo, (De Janeiro, 1992, p. 16) tal como lo determina en sus artículos:

- El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.
- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. (Morandín-Ahuerma, 2023, pág. 86)

Las barreras ambientales

En el ámbito del derecho ambiental, las barreras ambientales se refieren a los obstáculos, tanto legales como prácticos, que dificultan o impiden la implementación efectiva de las políticas y medidas de protección ambiental, estas barreras pueden surgir de diversas fuentes y afectan la capacidad de los sistemas jurídicos para garantizar la sostenibilidad ambiental y la conservación de los recursos naturales. Algunas de estas barreras son:

- Las barreras legales aquellas que surgen debido a deficiencias o vacíos en la legislación ambiental incluyendo la falta de leyes adecuadas o claras sobre ciertos aspectos del medio ambiente. La ausencia de normativas específicas sobre problemas emergentes, o la falta de mecanismos para hacer cumplir las leyes existentes, en algunos casos, la legislación ambiental puede ser incoherente o contradictoria, lo que genera confusión y dificulta la aplicación efectiva de las normas.
- Las barreras institucionales se refieren a la debilidad de las instituciones encargadas de la gestión y protección del medio ambiente, pueden incluir una falta de recursos, de personal capacitado o de coordinación entre las distintas agencias y autoridades responsables de la protección ambiental. También puede haber una falta de voluntad política o corrupción que impida una gestión eficiente de los recursos naturales.
- Las barreras económicas en muchos casos, la implementación de políticas ambientales se ve obstaculizada por la falta de recursos financieros ya que los costos asociados con la transición a prácticas más sostenibles o con la restauración de ecosistemas degradados pueden ser elevados, lo que dificulta su financiamiento, especialmente en países en desarrollo. Además, en algunas ocasiones, los intereses económicos en sectores como la minería, la agricultura o la industria pueden entrar en conflicto con los objetivos de protección ambiental.

Las barreras ambientales constituyen obstáculos significativos que dificultan la implementación efectiva de políticas y medidas para proteger el medio ambiente y asegurar la sostenibilidad de los recursos naturales. Estas barreras, que incluyen aspectos legales, institucionales, económicos, sociales y culturales, afectan profundamente la capacidad de los sistemas jurídicos para abordar los desafíos ambientales de manera eficiente. La falta de legislación adecuada, la debilidad de las instituciones encargadas de la gestión ambiental, los limitados recursos financieros y los conflictos de intereses económicos son solo algunas de las

dificultades que deben enfrentarse.

Uno de los problemas latentes de la actualidad son las barreras de los impuestos verdes, que, a pesar de su propósito de incentivar prácticas más sostenibles, enfrentan problemas de implementación y distribución debidos a la resistencia de diversos actores sociales y económicos. Superar estas barreras requiere un esfuerzo coordinado y multidisciplinario, que involucre reformas legales, fortalecimiento institucional, y una mayor colaboración entre los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado.

La inteligencia artificial un enfoque doctrinario y normativo

La doctrina señala que los primeros abordajes conceptuales entorno a la inteligencia artificial fueron los desarrollados en 1955 en los centros de investigación Artificial Intelligenc cuyo concepto está vinculado a definir cómo los componentes de una maquina pueden fomentar el uso y manejo de la inteligencia humana mediante un ordenador tecnológico, describiendo con ello el aprendizaje de las nuevas tecnologías en el lenguaje de la inserción de la IA . (Carrillo, 2020, pág. 39)

A través de la historia esta conceptualización se ha desprendido de la esencia por cubrir un concepto jurídico que busca regular modelo de estructura jurídica cuyo objetivo es garantizar la seguridad jurídica de la AI en el respeto de los derechos humano y del medio ambiente . Los primeros aportes los brinda la Unión Europea, que establece tres componentes esenciales la conservación, protección y la autonomía. La Comisión de Inteligencia Artificial para Europa (2018) establece que la introducción de la IA busca un manejo de datos, imágenes asistencia de voz etc. que no determinan un medio de deterioro ambiente, al contrario contribuyen a mitigar los efectos de la contaminación y agentes de prevención (Del Olmo, 2022, p. 22).

Costa Rica creó la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial en que tiene como objetivo buscar estrategias nacionales promover el uso, adopción y desarrollo de la IA de manera ética, segura y responsable bajo una dimensión de principios en la gestión estratégica de los derechos humanos y la denominada Agenda 2030, (Araiz, 2023, p. 130). Esta estrategia incentiva la promoción de políticas públicas en el desarrollo social, político y económico, generando con ello el primer apartado jurídico, cuyo reglamento en el artículo 3 concibe herramientas tecnológicas (software) que desarrollen técnicas y estrategias ambientales, propuestos por la COM . Dentro de las estrategias ambientales referentes a la Carta de la UNESCO sobre la ética de IA, establece los siguientes lineamientos en el cuidado del medio ambiente:

Tabla 1. Estrategias de gestión ambiental de la IA

Principio	Recomendación
Precaución	El impacto ambiental de los sistemas de IA, en particular, aunque no exclusivamente, su huella de carbono, para asegurar la minimización del cambio climático y los factores de riesgo ambiental, y prevenir la explotación, la utilización y la transformación no sostenibles de los recursos naturales que contribuyen al deterioro del medio ambiente y a la degradación de los ecosistemas
Prevención	Los Estados Miembros y las empresas deberían evaluar el impacto ambiental directo e indirecto de los sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida, en particular, aunque no exclusivamente, su huella de carbono, su consumo de energía y el impacto ambiental de la extracción de las materias primas necesarias para la fabricación de tecnologías de la IA, y reducir el impacto ambiental de los sistemas de IA y las infraestructuras de datos.
Evaluación	Someter a evaluación cualquier activada que involucre un impacto ambiental a los sistemas IA

Fuente: UNESCO. Elaborada por el autor.

Estrategias internacionales y nacionales en la dimensión ambiental de la IA

Establecer un marco normativo en la defensa de los derechos del medio ambiente constituye uno de los grandes problemas que enfrenta el Gobierno actual. A lo anterior se suma el escaso poder jurídico y la

ausencia de instituciones sólidas en la preservación del desarrollo sostenible (Vázquez Pita, 2021, p. 41). La UNESCO es el primer eje transversal en la preservación del cumplimiento de los derechos humanos, en razón del creciente incremento en la sociedad de la inteligencia artificial IA. Busca soluciones alternativas y urgentes a los nuevos retos ambientales como la degradación climática, la saturación e invasión de sistemas de pruebas y la amenaza a los derechos humanos en la invasión de sus territorios debido al aumento de los sistemas tecnológicos. Los nuevos programas impulsados por la UNESCO (por ejemplo, la Ética de la Inteligencia Artificial) buscan focalizar lo plasmado en la agenda 2030 bajo un sistema de cooperación con el sector privado, la academia y la sociedad civil para crear una base normativa sostenible para la evaluación y preparación del impacto ambiental en los diversos sectores estratégicos de innovación y prueba de los sistemas tecnológicos. Sin embargo, los países miembros en la escasa existencia de normas y no prohibición bajo su jurisdicción han adoptado normas técnicas sin la intervención del fenómeno de la IA.

Desde un enfoque europeo, se han propuesto diversos acuerdos por conseguir una línea normativa en la fiabilidad de la IA para el medio ambiente. Entre ellos el Reglamento 2021/694, las directrices éticas del 8 de abril por parte de la COM y los principios del Plan Coordinado adoptados en el 2021 que tienen como objetivo precautelar la seguridad ambiental, los daños a la integridad física como moral y la preservación del entorno natural frente a los contaminantes (Ordóñez, 2021, pág. 46). Otro de los nuevos programas planteados son las proyecciones de la IA verde por parte de la Policy Department for economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), sus políticas están asociadas a los objetivos de sostenibilidad de la contratación pública en efectos de emisión y creación de tecnologías amigables al medio ambiente y por ende a la creación, uso y manejo de sistemas de IA a entidades públicas, cuyos procesos de adjudicación deberán contar con un proceso de variante ambiental y ecológico.

Las bases jurídicas en las propuestas internacionales son solo medios de inversión interna y extranjera que buscan alianzas estratégicas en la inversión político y económico. Consideran tres ejes principales: garantizar sistemas de IA seguros; la seguridad jurídica en la inversión; mejorar la gobernanza y legislación vigente y facilitar el desarrollo de un mercado legal, seguro y confiable. No estipulan principios generales del medio ambientales en las bases jurídicas por el respeto de la naturaleza y el hombre (Barredo, 2021, p. 17).

La falta de regulación normativa se profundiza alrededor del mundo como una nueva alarma del fenómeno de la IA. Los tecnológicos que mejorarían la calidad de vida en la sociedad, no se encuentran en un marco de regulación normativa clara, y sus escasos procesos o reglamentos no visibilizan una verdadera estrategia por precautelar el medio ambiente. La Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA), del 2 de diciembre de 2020 y la Carta de Derechos digitales con el denominado programa Nacional de Algoritmos Verde del 13 de diciembre del 2022, mencionan “Costa Rica [que los] poderes públicos promoverán la eficiencia energética en el entorno digital, favoreciendo la minimización del consumo de energía y la utilización de energías renovables y limpias” (Zabala, 2018, p. 2011). Frente a estos desarrollos internacionales, el examen del marco jurídico ecuatoriano revela los desafíos específicos que enfrenta el país.

El rol constitucionalista ambiental del Ecuador involucra el otorgamiento de personalidad jurídica a la naturaleza como un sujeto de derecho, en el marco del ejercicio de los derechos y por tanto promoviendo una igualdad a su titularidad. Cabe indicar que los derechos de la naturaleza se enfatizan desde un marco netamente conceptual y no jurídico; en consecuencia, no se visibilizó la esencia de la protección de la naturaleza y los planes de gobierno se limitaba a un régimen de desarrollo social. La Constitución del 2008 establece el *sumak Kawsay* o *buen vivir* que alinea las estrategias sociales, políticas y económicas del Estado en un marco la conservación ambiental (Bedón, 2017, p. 15).

En el Estado ecuatoriano la satisfacción de las necesidades humanas y el medio ambiente se configuran conexas según lo estipulado en el título II, capítulo séptimo de los artículos 71 al 74 de la Constitución, en concordancia con el artículo 14 y 15. La protección del derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado conlleva involucrar a la sociedad civil e instituciones privadas en el trabajo colaborativo de la preservación ambiental: “[e]l Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto” (Constitución, 2008).

La visión de la protección de la naturaleza desde la doctrina y el marco normativo promulgan la alianza de la naturaleza con el hombre (Bodero-Solís, 2024, p. 31), cuyo paradigma biométrico reafirma el compromiso

del derecho comparado en la aplicación del sistema jurídico nacional reafirmando la cooperación de los tratados internacionales en el reconocimiento de vivir en un ambiente sano y que involucra a todo los actores sociales, desde esta premisa se fundamenta la reparación, licencias y la protección del medio ambiente en atenuar o frenar aquellos incidentes que ha tenido la naturaleza a través de los años en el desconocimiento de la restauración ambiental, que va más allá de lo que conoce como indemnización del daño

El nuevo Código Orgánico del Ambiente (CODA) busca reestructurar y recoger los principales aportes a la tutela efectiva, seguridad, prevención desarrollo sostenible y el principio precautorio a partir de su vigencia en 2018 bajo la rectoría de la Autoridad Ambiental Nacional. Sin embargo, los esfuerzos internos por establecer un marco legal acorde a los nuevos avances y desafíos del derecho ambiental frente a nuevas tendencias tecnológicas, encuentran el inconveniente que de que el derecho ambiental es tratado como una estructura autónoma sin una vinculación concreta con la aplicabilidad de la inteligencia artificial. Si bien se destacan la protección y aseguramiento, no prevé la lesión e inseguridad de las aplicaciones y sumisitos que se utilizan en los aparatos tecnológicos en la generación del territorio nacional estableciendo con ello un nuevo fenómeno jurídico que debe ser atendido por los sujetos y organismos competentes y no determinar un nuevo vacío legal o ambigüedades de interpretación individualizadas en las brechas internacionales y de los gobiernos locales.

Los desafíos del Derecho Ambiental en la actualidad

La inteligencia artificial se ha constituido en los últimos años como una herramienta en la lucha contra el cambio climático, la deforestación, la protección de la flora y fauna la salud y bienestar no deja de constituir una inversión privada en las empresas (Corvalán, 2018, p. 298). Si bien Ecuador busca un nuevo enfoque en la implementación de los planes y la base tecnológica de la Inteligencia Artificial su uso y manejo aún no se encuentra en un régimen jurídico vigente frente a la protección de la ciencia en la extracción de datos como un desafío legal en las sanciones causadas por el alto impacto ambiental.

Uno de las grandes consecuencias de la implementación de la IA de carácter global es el consumo energético que se evidencia según los estudios de la Universidad de Berkeley con un total 552 toneladas de CO₂. produciendo con ello la falta de implementación y recargo energético esto vinculado a países desarrollados, sin enmarcar el escenario crítico que provocaría en el territorio ecuatoriano referente al impacto ambiental producido por la inteligencia artificial, tanto en sectores rurales como en las áreas verdes como principal vector en las pruebas de los sistemas digitales.

Los factores de alto consumo energético son los lugares de almacenamiento, equipamiento tecnológico (hardware), centros de datos (data center), los servidores y las funciones internas de la infraestructura, produciendo redes de transmisión exponencial en el consumo energético, produciendo un incremento continuo debido a la falta de observancia o de regulación en la política pública (Maldonado y Yáñez, 2020, p. 21)

Otro de los referentes desafíos es la privacidad de los datos y la explotación sistemática de algoritmos que han generado alarma en los sectores rurales . La creación de este tipo de herramientas involucran pruebas piloto en la ejecución de los programas dentro del campo ambiental cuyo impacto ecológico se vincula a la cantidad de dispositivos que utilizan las empresas provocando una alta emisión de carbono que genera un riesgo de primer grado en el entorno. Las consecuencias de estos desafíos ambientales dentro del sistema nacional buscan enmarcarse dentro de las medidas preventivas tanto en la contingencia, mitigación y corrección del daño causado (García Amez, 2015).

Conclusiones

Como podemos determinar la adopción de mecanismos internacionales en materia ambiental como fuente del derecho blando, ha constituido un precedente hasta la actualidad por instaurar en los ordenamientos jurídicos internos una verdadera conservación y protección en áreas ecológicas frente al nuevo fenómeno de la inteligencia artificial. La operación de esta tecnología implica altos niveles de consumo energético, almacenamiento, gestión de datos u operaciones de infraestructura . Dejar en manos de solo el sector privado el uso y manejo de las TIC, provoca la ausencia de una verdadera gestión ambiental y del reconocimiento de políticas públicas internas que regulen las malas prácticas y contaminación de los recursos naturales.

Pese a la existencia de tratados y convenios internacionales, en nuestro país no se analiza un esquema jurídico en la esfera de las nuevas tecnologías y su relación con el ser humano. El cuidado del medio ambiente y el bienestar de las personas en un entorno sano y sigue en las antípodas del crecimiento económico. Frente aquello aún se persigue el énfasis preventivo en propender evitar el daño con el determinado (principio precautorio), destaca la tutela de intereses supra individuales. La aplicación de los derechos difusos es un desafío jurídico ante el poder judicial en lograr su efectiva tutela jurídica tanto en nuestro ordenamiento jurídico como internacional y que se evidencia a través del actual Código Orgánico del Ambiente al no determinar sanciones o en su defecto normas regulativas entorno al uso y manejo de la inteligencia artificial.

Referencias

- Araiz, D. (2023). La inteligencia artificial como agente contaminante: concepto jurídico, impacto ambiental y futura regulación. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 130, 51-105. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00071>
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf?fbclid=IwAR0isXjK
- Almonacid, J. y Coronel, Y. (2020). Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, (38), 119-142. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.05>
- Barredo, D., de la Garza, D., Torres-Toukourmidis, Á., y López-López, P. (2021). Inteligencia artificial, comunicación y democracia en América Latina: Una revisión de los casos de Colombia, Ecuador y México. *Profesional de la Información*, 30(6), 1-17. <https://doi.org/10.3145/epi.2021.nov.16>
- Bedón, Rene (2017) Aplicación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte. Vol. 14. Número 28. 2017. Pág. 15.
- Bodero-Solís, M. K., Robles-Zambrano, G. K., & del Rocío García-Sánchez, G. (2024). Inteligencia artificial en la administración de justicia en el Ecuador. *Revista Multidisciplinaria Perspectivas Investigativas*, 4(Derecho), 26-31. <https://doi.org/10.62574/rmpi.v4iDerecho.128>
- Código Orgánico del Ambiente (2017). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional de la República de Ecuador, 92.
- Carrillo, M. (2020). La gobernanza de la inteligencia artificial: contexto y parámetros generales. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (39). Recuperado a partir de <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2989>
- Contreras, J. (2014). del desarrollo sostenible a la sustentabilidad ambiental. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 115-136.
- Corvalán, J. G. (2018). Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades-Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5, 295-316.
- De Janeiro, R. (1992). La declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro República Federativa del Brasil., aprobada en Estocolmo , 16.
- Del Olmo, M. V. (2022). Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial. Desarrollo y regulación. Fedea, Colección Apuntes, 2022-14. <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-14.pdf>
- Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial de Costa Rica. -San José, C.R.: MICITT, 2024. ISBN: 978-9968-732-94-9
- García Amez, J. (2015). Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.
- Guerrero, V. (2024). Incidencia de la regulación tributaria frente a la sostenibilidad ambiental en Colombia. *Unidades Tecnológicas De Santander*, 1-58.
- Maldonado, F. y Yáñez, K. (2020). El constitucionalismo ambiental en Ecuador. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 97, 5-31.
- Mora, L. (2013). Dimensión Ambiental, Desarrollo Sostenible y Sostenibilidad Ambiental del Desarrollo. In Eleventh LAC-CEI Latin American and Caribbean Conference for Engineering and Technology (LACCEI'2013) "Innovation in Engineering, Technology and Education for Competitiveness and Prosperity", 14-16.
- Morandín-Ahuerma, F. (2023). Diez recomendaciones de la Unesco sobre ética de la inteligencia artificial. En Principios normativos para una ética de la inteligencia artificial (pp. 86- 94). Puebla, México: Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Puebla (Concytep).
- Moscoso, A. M. (2019). El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador. Estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente. *Actualidad jurídica ambiental*, 89, 3-32.
- Vázquez Pita, E. (2021). La UNESCO y la gobernanza de la inteligencia artificial en un mundo globalizado. La necesidad de una nueva arquitectura legal.
- Zabala, I. &. (2018). Historia de la Educación Ambiental desde su discusión y análisis en los congresos internacionales. *Revista de investigación*, 201-218.

Omisión propia en posición de garante: señales de una mixtura dogmática-legislativa

Proper omission in position of guarantor: signs of a dogmatic-legislative mixture

Bairon-Iván Espinoza-Guillén  
Investigador jurídico independiente

Resumen

En el saber jurídico-penal la omisión propia engloba delitos que no exigen un resultado. Como es habitual, el legislador ecuatoriano en su intento de arribar a una política criminal racional, ha complicado el marco de operatividad de las dos categorías de omisión existentes: omisión propia y comisión por omisión. La investigación tiene por objeto determinar que la norma penal en sede de omisión propia no ha sido abordada en el delito de desatención del servicio de salud desde un plano diferencial entre las categorías omisivas y, al mismo tiempo, critica los problemas de interpretación e imputación del tipo penal. Finalmente, este trabajo concluye exponiendo que la mixtura reconoce la categoría de delitos omisivos propios en posición de garante y pone de relieve problemas que califican al delito de ambiguo, contradictorio y desproporcionado.

Palabras clave: Comisión por omisión, omisión propia, omisión de socorro, legislador, posición de garante, reforma penal.

Abstract

In criminal law doctrine, pure omission encompasses offenses that do not require a result. As is often the case, the Ecuadorian legislator while attempting to develop a rational criminal policy has complicated the operational framework of the two existing categories of omission: proper omission and commission by omission. This research aims to demonstrate that the criminal provision regarding proper omission has not been addressed within the offense of neglect of healthcare service from a differential standpoint between the categories of omission. At the same time, it critiques the problems of interpretation and attribution inherent in the legal classification. Finally, this study concludes by showing that the mixture acknowledges the category of proper omission offenses in a position of guarantor, while highlighting issues that render the offense ambiguous, contradictory, and disproportionate.

Keywords: Commission by omission, proper omission, failure to provide assistance, legislator, guarantor position, criminal reform.

Introducción

De manera general, es posible afirmar que la base fundamental de la omisión propia se origina en la construcción del tipo penal de la omisión del deber de socorro. Con ello, fungen nuevos delitos que, en principio, responden a una necesidad de intervención punitiva. Esta necesidad se origina por el hecho de no actuar conforme se espera en términos morales-sociales y en pro de la tutela de bienes jurídicamente protegidos. Ecuador presenta múltiples aspectos por analizar con relación a este tipo de omisión. Prueba de ello es la configuración normativa realizada por el legislador en el delito de desatención del servicio de salud, tipificado en el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal (2014) (en adelante COIP). La implementación de este delito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha generado serios problemas, no solo a nivel interpretativo, sino también en su determinación normativa y dogmática.

En España, país que servirá como referencia comparativa la situación es notablemente distinta, pues el legislador, a pesar de las críticas doctrinales recibidas por contribuir con la expansión penal, ha realizado una labor configurativa razonable en la omisión propia, evitando sobre todo inmiscuirse en una esfera omisiva distinta. Quizá aquello se deba al reconocimiento del delito de omisión de socorro en el Código Penal español (1995) (en adelante CP), o sencillamente se trate de un saber jurídico-penal del legislador al cobijar los aportes derivados de la dogmática penal en general y de la omisión en especial.

Pese a ello, las decisiones adoptadas por el legislador español han dado pie al reconocimiento de las omisiones puras o propias de garante, a partir de la ampliación del delito de omisión de socorro, con la entrada en vigor de lo que denomina un sector de la doctrina como una omisión de socorro agravada (denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios).

Por su parte, Ecuador, pese a no contar con una estructura base (delito de omisión de socorro), el COIP reconoce de manera implícita la existencia de la omisión propia en posición de garante, y ello, indudablemente, comprende la ampliación de los límites sobre los que recaía la omisión propia para que una persona pueda ser reprochada penalmente por este tipo omisivo. Dicho de otra manera, la posición de garante era apreciada como una figura exclusiva de la omisión impropia o comisión por omisión, de modo que su expansión a otra esfera omisiva abrió el camino a la necesidad de debatir y analizar distintos matices que ya se han materializado en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Durante el desarrollo de la investigación se resolverán cuestiones relativas a los elementos objetivos y subjetivos del delito de desatención del servicio de salud. Además, será preciso advertir al lector sobre el punto de inflexión en donde se genera una mixtura dogmática omisiva. Finalmente, a través de los criterios resultantes, será posible acercarse a una configuración del tipo omisivo mucho más coherente y en armonía con los presupuestos desarrollados en la dogmática penal. Ante todo, se expondrán criterios que permitan apuntalar la idea de que el tipo penal referido ha complicado la esfera de los tipos omisivos cuando existe posición de garante.

Enfoque metodológico

Para desarrollar lo anterior, la presente investigación se sustenta en un análisis jurídico-dogmático y se vale del método comparativo. Se examinarán los elementos configuradores del delito de desatención del servicio de salud en el ordenamiento ecuatoriano, contrastándolos con el tratamiento de figuras análogas en el Derecho Penal español. La elección de este último como sistema de referencia se fundamenta en la tradición jurídico-penal compartida, las influencias doctrinales comunes y, de manera particular, en su consolidada jurisprudencia sobre la omisión propia, lo que facilita un análisis crítico y diferencial de la mixtura legislativa ecuatoriana y sus problemáticas.

Fundamentos generales de la omisión propia

Conceptualización de la omisión en la dogmática penal

Decía Armin Kaufmann (2006, p. 26) que “la dogmática penal se ha desarrollado en primera instancia a la medida del delito comisivo y para éste”. Por consiguiente, el concepto de omisión propia no puede ser abordado de forma individual, sino que es indispensable que su estudio conceptual parta de la omisión como modalidad de conducta y no como tipo de omisión. Bajo esta perspectiva, se confirma que la acción y la

omisión se encuentran yuxtapuestas, ya que la omisión esta cobijada en el concepto más amplio de acción. Siguiendo esta idea, se puede afirmar que el hecho de no realizar una acción no implica negar la posibilidad de actuar, sino solamente la ausencia de una conducta encaminada hacia un propósito concreto (Kaufmann, 2006). Ello implica, entonces, que la omisión no significa “no hacer nada”, sino “no hacer algo”. La doctrina mayoritaria coincide en que el actuar que se espera debe estar normativamente determinado, pues solo a partir de dicha determinación se origina un deber jurídico general (omisión propia) o especial (comisión por omisión) de actuar.

De modo más contundente, Jesús-María Silva Sánchez (2025, p. 769) sostiene que “la omisión no debe identificarse ni con la mera pasividad (no hacer nada) ni tampoco con la mera no realización de una conducta posible para un sujeto”. En consecuencia, la valoración de la omisión no se reduce a un análisis escueto en el que baste ubicar, de manera superficial, el incumplimiento de un deber negativo o positivo, sino que expresa diversos sentidos posibles que operan bajo un sistema de reglas. Así, por ejemplo, el verbo rector de un delito de omisión propia constituye solo la base superficial del tipo penal, por lo que luego es necesario identificar y valorar cada uno de los elementos que conforman el delito en concreto.

Características y penalidad en la omisión propia: perspectiva comparada

Con este esbozo conceptual de la omisión, ahora es necesario volver a la esfera de la omisión propia. Aquí es clave señalar que la estrecha relación entre el Derecho y los valores sirve como elemento nuclear de los delitos de omisión propia, teniendo en cuenta que estos delitos no persiguen un reproche penal en la noción más ruda de castigo, venganza o de un Derecho Penal máximo, si se quiere. En realidad, apuntan hacia otra dirección, pues buscan avivar ese sistema personal de valores y alcanzar una sociedad en la que imperen los valores esenciales de la humanidad, tales como la solidaridad, la igualdad, la libertad, etc.

Desde esta perspectiva, se origina un mandato que puede entenderse como el deber de actuar que recae sobre el sujeto activo de un delito omisivo puro y que encierra el contenido de la relación natural entre el Derecho y los valores, siendo esta relación la esencia de la omisión propia. Bien apuntaba Jescheck (2003, p. 883) al sostener que “los delitos de omisión propia consisten en la infracción de un mandato”. Con lo cual, el mandato constituye un elemento fundamental que permite avivar esa relación natural ante posibles quebrantamientos normativos; sin él, no sería posible hablar de la omisión propia.

También hay que considerar, que el nivel de rudeza del castigo en esta categoría es menor que en los delitos de comisión por omisión. Ello es razonable, y considerando el principio de proporcionalidad como límite constitucional de la intervención del Estado (Puig, 2011), la pena debería siempre apuntar a ser pecuniaria y, solo en casos puntuales, privativa de libertad. Visto así, la tipificación de delitos omisivos propios parece coherente, sin embargo, su adopción normativa dependerá de la necesidad y realidad de cada Estado. Por ejemplo, el legislador ecuatoriano ha considerado oportuno que prevalezca la pena privativa de libertad sobre la pecuniaria en los delitos de omisión propia que reconoce el COIP.

Un claro ejemplo, es el delito de omisión de denuncia, tipificado en el artículo 277 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014), que sanciona a:

[...] la persona que en calidad de servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción penal y no lo ponga en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

De este modo, si la única pena a considerar en la omisión propia fuese la privativa de libertad, el fin sería otro y, como tal, estaría íntimamente ligado a lo que sucede con los delitos de comisión activa. En cambio, en España, pese a ser un país que no encuentra fin a la expansión penal, su ordenamiento jurídico se ha caracterizado por la adopción de penas privativas de libertad relativamente bajas. En los delitos de omisión propia, por ejemplo, salvo que concorra alguna circunstancia grave o algún elemento que intensifique la determinación de la pena (posición de garante), la regla general será la imposición de una pena pecuniaria. Así sucede con el delito de omisión de socorro, un delito que data del año 1822, cuando se promulgó el primer Código penal español según Alamillo Canillas (1962) y actualmente está reconocido en el artículo 95 del CP de 1995, con serias modificaciones, pero sin cambios en la conducta punible:

[E]l que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave,

cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses [...] (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1995).

Elementos configuradores de la omisión propia

Ahora bien, con estas puntualizaciones comparativas, es claro pensar que se trata de sociedades muy distintas, con problemas diferentes y con factores variables que influyen sobre los criterios político-criminales y penales, no solo a la hora de fijar la pena, sino desde el primer momento en que se plantea la tipificación de nuevos delitos. Lo que no es diferente es la naturaleza de la omisión propia a partir de la dogmática penal. En los ejemplos citados se puede apreciar una misma conducta: “no hacer”, esto es lo que normativamente exige el mandato y en ambas se proyectan los elementos característicos de la omisión propia, que según Mir Puig (2006), son: “una situación típica generadora del deber, la ausencia de una acción requerida y la capacidad de realizar dicha acción” (p. 316 y ss.).

En primer orden, la situación generadora del deber no es más que el origen del mandato o, si quiere, la obligación de actuar a partir de un hecho fáctico que pone en peligro un bien jurídico-penal en concreto. Bajo este enfoque, la norma penal exige que la persona sobre quien recae la obligación de actuar ejecute la conducta debida con el propósito de contribuir a la disminución o cese del peligro sobre el bien jurídico, pero ello no significa que se evite finalmente el resultado. Así pues, los delitos de omisión propia son delitos de mera actividad y su especial diferencia con la comisión por omisión, es que no se exige un resultado. El segundo elemento pone de relieve la noción dominante de que toda omisión representa una acción, ya que se refiere a las distintas acciones que la norma ha determinado en los tipos penales para evitar una conducta omisiva. Por ejemplo, el deber de denunciar en el artículo 277 del COIP, que se traduce en la acción que cabría esperar a efectos de no concurrir en la conducta omisiva objeto de reproche penal (“no denunciar”).

Por otro lado, la estructura de elementos que propone Finger coincide con la de Mir Puig, pero llama la atención la forma en que aborda el tercer elemento, esto es, “que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida” (Finger en Kaufmann, 2006, p.109). Da la impresión de que no es solamente la capacidad de actuar lo que se requiere, es decir, que la persona sobre quien recae el mandato tenga la posibilidad de hacer algo, sino que, además, es necesario que dicha persona sepa cuál es su deber en tales circunstancias. De lo contrario, no habría posibilidad alguna de reprochar penalmente su conducta omisiva. Aquello iría más allá de exigir una capacidad meramente física, y, por tanto, la capacidad de actuar estaría determinada tanto por el comprender la situación que origina el deber como por el conocimiento de los medios para realizar la acción y el propósito de esta última (Kaufmann, 2006).

En suma, los elementos de la omisión propia permiten rechazar la idea de que es fundamental que el legislador cuente con un delito base (como el de la omisión del deber de socorro) para estructurar una configuración normativa más eficiente y así evitar intromisiones en figuras dogmáticas distintas. Bajo esta premisa no se pretende descartar una adopción viable del delito de omisión de socorro en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, pues precisamente a partir de este delito ha surgido una rica jurisprudencia en países como España que ha permitido el desarrollo de otros tipos penales omisivos.

Mientras tanto, el fundamento intrínseco de la omisión propia alude a la idea de promover una cercanía social dotada de sólidos valores, con la especial anotación de que el *ius puniendi* no exige actuaciones heroicas en detrimento de bienes jurídicos propios del sujeto sobre quien recae el deber jurídico general de actuar, sino una mínima contribución que permita poner freno a un peligro amenazante de un bien jurídico ajeno. Así pues, cabe preguntarse: ¿qué ocurre cuando la persona sobre la que recae el mandato de auxilio asume una posición de garante? ¿Debe actuar incluso en menoscabo de sus bienes jurídicos?

La omisión propia en posición de garante

Con lo expuesto en líneas anteriores conviene enmarcar, en este apartado, que sobre los delitos de omisión propia recae un deber jurídico general de actuar. En principio, no existe un sujeto activo cualificado sobre quien recae el mandato (puede ser cualquier persona), precisamente, esta es otra distinción clave que la diferencia de la comisión por omisión, ya que en esta última lo que se presenta es una posición de garante, un requisito *sine qua non* para que se lleve a cabo el juicio de imputación en esta esfera. Por ello, una madre,

en relación con su hijo, tiene un deber especial de cuidado y protección, o una posición de garante natural como lo denomina Harro Otto (2017), y, en el supuesto de que la madre no alimente a su hijo y éste muera por inanición, el resultado final sería equivalente a causarlo activamente, en consecuencia, su reproche penal será mayor.

Llegados a este punto, es admisible poner de relieve que no llega a ser del todo cierto que, sobre la omisión propia, únicamente recaen deberes jurídicos generales de actuar, sino también especiales, en donde se cobijan los delitos omisivos propios en posición de garante. Esta categoría parece incluso poco usual en la doctrina mayoritaria, pero es evidente que se desprende de ella una adopción de la solución tripartita que propuso, en su momento, el profesor Jesús-María Silva Sánchez (2003), en la que plateaba el siguiente esquema:

Primero existirían deberes generales de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión pura, en segundo lugar, existirían deberes jurídicos cualificados de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión para agravarla (o de garante). Finalmente, existirían casos en que el sujeto no sólo tiene un deber jurídico cualificado de evitar el resultado, sino que, además, sucede que su omisión, esto es, la infracción de tal deber muestra una clara identidad, tanto en el plano estructural como en el plano normativo-material, con la comisión activa del delito. Estos últimos, y sólo ellos, son los casos de “comisión por omisión” [...]. (pág. 49)

La segunda clasificación es precisamente sobre la que se asienta la presente investigación, debido a que existen supuestos de hecho en los que, pese a recaer un deber jurídico especial sobre un sujeto, su conducta omisiva no equivale a causarlo activamente. Esto es, el médico que no prestó asistencia médica a una persona que requería de ella. A mi juicio, la posición de garante en este escalafón no desempeña la misma función que en la comisión por omisión, en ésta el deber jurídico especial de actuar funge como contención del *ius puniendi*, permitiendo, de manera cautelosa, distinguir la gravedad de la conducta y determinar de forma proporcional la pena en concreto.

De esta manera, pensar que el médico, por asumir una posición de garante a partir del mandato de auxilio, debe a toda costa actuar incluso en menoscabo de sus propios bienes jurídicos es un criterio jurídicamente discutible y contradictorio con el fin que promulga el Estado, y, además, abre paso a la confusión en los ciudadanos. El Estado no puede pretender justificar el detrimento de bienes jurídicos de quien se encuentra en posición de garante a costa de la protección de bienes jurídicos ajenos, precisamente, este es el límite propuesto en uno de elementos propios del delito de omisión de socorro, que tiene que ver con la capacidad de actuar sin riesgo propio.

Si así fuese, se apunta a la disparatada idea de que el personal sanitario estaría en la obligación de dar hasta la vida por sus pacientes en estado de emergencia. Por lo tanto, lo que en verdad interesa en esta posición de garante por asunción es, como bien refiere Otto (2017, p. 249), “la asunción efectiva de la función de protección y la capacidad real de repeler peligros”. Finalmente, es posible asegurar que el reconocimiento de la omisión propia en posición de garante cumple con un fin en concreto: el de evitar que ciertas conductas omisivas no queden en la impunidad por falta de adecuación normativa. En todo caso, la conducta omisiva alcanza el nivel suficiente para que el incumplimiento del mandato sea penalmente relevante, y, con razón, la intervención punitiva se presenta con menor rigurosidad en la omisión propia.

Tratamiento dogmático de la omisión propia en el Derecho Penal español

En España, resulta ilustrativo decir que se trata de una suerte de omisión intermedia entre el reconocido delito de omisión del deber de socorro y lo que involucra la comisión por omisión (Silva, 2003). Así, el artículo 196 del CP sanciona al:

Profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1995).

Tal y como lo ha planteado el legislador español, se entiende que este delito omisivo gozaría de autonomía propia y su materialización no dependería del desarrollo jurisprudencial y dogmático de otro delito precedente. Aunque para un sector de la doctrina, el delito de denegación de asistencia sanitaria ha sido construido sobre la base del delito de omisión del deber de socorro. Esto supone que, en un caso concreto, la aplicación del artículo 196 va a depender de los elementos recogidos en el artículo 195 del CP, con lo cual esta tesis rechazaría la noción de autonomía del tipo penal y confirma su dependencia.

Así, por ejemplo, ocurrió en el caso concreto que resolvió el Tribunal Supremo español (en adelante TSE) en la sentencia núm. (56/2008), en donde una persona que había acudido a un hospital se desvaneció frente a la puerta principal. Su acompañante ingresó al hospital para solicitar asistencia médica urgente, no obstante, el médico de turno se negó a prestar auxilio, alegando que la persona que requería atención no se encontraba dentro del recinto hospitalario, sino en el área externa. La víctima falleció y el médico fue condenado por el delito de omisión del deber de socorro. En este caso, es evidente situarse en el delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196) y, desde allí, efectuar el juicio de imputación. No obstante, los magistrados decidieron aplicar el artículo 195 del CP, sin obviar algunas pinceladas propias del artículo 196. Por hechos así, el argumento de que un delito depende del otro es hasta cierto punto, real. De igual manera, se cobijan argumentos respecto de que se trataría de un delito de omisión de socorro agravado, considerando que la determinación de la pena se fija conforme a lo establecido en el artículo 195 del CP.

Otro sector de la doctrina, en cambio, se decanta por la tesis de que es posible aplicar y resolver un caso concreto únicamente a partir del delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196), pero no ofrece argumentos convincentes para obviar el desarrollo dogmático y jurisprudencial del delito de omisión del deber de socorro (art. 195). Esto implica que es necesario atender a criterios que ya han sido objeto de análisis y que, en la actualidad, han sido bien recibidos para resolver casos de omisión propia sobre la estructura comprendida en el delito de omisión de socorro. Por lo que no se trata de inobservar un delito por otro, sino de complementar el análisis para mejor resolver.

Tratamiento dogmático de la omisión propia en el Derecho Penal ecuatoriano

En otro ámbito territorial, la cuestión es: ¿qué sucede en un país como Ecuador que no ha tipificado el delito de omisión del deber de socorro? En principio, la ausencia de un delito no supone la carencia de argumentos para resolver o aplicar un tipo penal determinado, pues en líneas anteriores se justificó que la categoría de omisión propia se construye a partir de elementos determinados por la dogmática penal. Consecuentemente, la situación típica, la ausencia de acción y la capacidad de actuar se convierten en elementos esenciales que posibilitan el examen valorativo de un hecho concreto en un proceso penal, sin necesidad de contar con una base delictiva.

Decantarse por una tesis u otra no resulta clave y podría ser objeto de una línea de investigación aparte. Incluso al analizar la posibilidad de introducir el delito de denegación de asistencia sanitaria como modalidad agravada del delito de omisión del deber de socorro, se estaría incorporando un deber jurídico especial en un tipo que parte de un deber general. *A prima facie*, la idea no sería viable, pero tampoco inconcebible.

Retomando la discusión inicial, se ha podido advertir que, en España, el delito de denegación de asistencia sanitaria recae sobre un sujeto activo cualificado (personal sanitario) y que su efecto más notorio es una mayor severidad de la pena. En Ecuador, el legislador tipificó en el artículo 218 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) el delito de desatención del servicio de salud, que sanciona lo siguiente:

La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años. Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal.

El primer contacto con este tipo penal permite identificar una omisión propia sustentada, cuestionablemente, en un mandato negativo (no negar). Lo cuestionable radica en la posible presencia de dos verbos rectores en el tipo penal, cuestión que se planteará en las siguientes líneas. Si vamos más allá de

una apreciación superficial, surgen los primeros aspectos que difieren de la forma tradicional en que se han concebido los delitos de omisión propia. Prueba de ello es la característica especial del sujeto activo: “quien se encuentre en la obligación de prestar un servicio de salud”, es decir, ya no cualquier sujeto capaz de actuar, sino aquel que se encuentra en posición de garante por asunción.

Conviene reiterar que la posición de garante en este ámbito no alcanza la intensidad propia de la comisión por omisión. Ello convierte estas conductas en omisiones de gravedad intermedia, pues la severidad de la omisión radica en la lesión de deberes de mayor grado y no en deberes de mera solidaridad general (Silva, 2003). En el mismo círculo se ubica, por ejemplo, el delito de omisión de denuncia (artículo 277 COIP), ya que también la conducta omisiva reposa sobre un servidor o funcionario público.

Ante tales características, es evidente que la omisión propia en posición de garante está reconocida en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. Pese a ello, no queda claro si tal reconocimiento surgió de un razonamiento integral -abarcador de aspectos político-criminales, dogmáticos, axiológicos y normativos-, o bien obedeció a un impulso de mero populismo penal. Solamente desde un razonamiento integral es posible alcanzar una configuración normativa satisfactoria y reducir la interpretación de las categorías omisivas a términos claros, sin forzar su sentido (Silva, 2003, p. 339). Intencional o no, el legislador optó con esta norma por abandonar la clasificación bipartita de la omisión y adoptar una clasificación tripartita, tal como propone el profesor Silva Sánchez. Precisamente, esta es la clasificación empleada por el legislador español, quien vio en ella la posibilidad de introducir nuevos delitos que, en la esfera de la comisión por omisión, no encajarían.

Ahora bien, la evidencia sobre el fundamento seguido por el legislador ecuatoriano al tipificar el delito de omisión propia en posición de garante es escasa o nula. De ahí que, al leer detenidamente la redacción del tipo penal, se avizoren matices que impiden determinar con claridad si seguimos situados en la omisión propia o si el tipo se ha cambiado bruscamente a la comisión por omisión dentro del mismo tipo penal. En este panorama, la primera parte del artículo 218 del COIP constituye una clave para constatar la omisión propia en posición de garante en Ecuador. Mientras que, en la segunda parte del tipo, que vale la pena citar de nuevo, señala que “si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años” (2014). Aquí, la conducta negativa del sujeto activo se vincula directamente con el resultado (muerte), cuyo impacto se refleja en la rudeza de la pena. El fundamento punitivo no se limita a sancionar la mera omisión de actuar, sino que también penaliza el resultado acaecido por esa omisión.

Se configura, pues, una mixtura entre aspectos propios de la omisión propia y de la comisión por omisión, lo cual no sería viable, teniendo en cuenta que solo es posible imputar un resultado lesivo de un bien jurídico en conductas omisivas que equivalen a causarlo activamente. Además, se originan problemas interpretativos y de imputación subjetiva, ya que, a pesar de ser un delito doloso, existen serios matices que apuntan hacia la culpa. En fin, la redacción de este tipo penal nos sitúa en un contexto de notable ambigüedad e inseguridad jurídica, pues el legislador ha introducido elementos de la comisión por omisión en un tipo penal que, desde su título, se enmarca en una categoría de omisión propia. Ello demuestra que la omisión propia en este apartado ha sido abandonada por el legislador, ocasionando un segundo nivel de valoración del tipo. En este segundo nivel, la posición de garante se intensifica hasta equipararse a la comisión activa; se exige un resultado acaecido de una conducta originada en un delito de mera actividad y, así mismo, se incrementa la pena privativa de libertad de forma desproporcionada, rasgo típico de los delitos de comisión por omisión.

Inclinaciones populistas sobre la pena

Continuando con el análisis del tipo penal, hay que tener en cuenta que, si existe responsabilidad de la persona jurídica, el legislador determinó una pena pecuniaria y la clausura temporal del establecimiento de salud. Esto implicaría dar paso a una vulneración masiva de derechos constitucionales -particularmente del derecho a la vida y el derecho a la salud de toda una población-, considerando que la persona jurídica podría ser, un Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o el Hospital público Vicente Corral Moscoso de la ciudad de Cuenca; es decir, establecimientos de salud públicos y gratuitos cuya función principal es garantizar el derecho a la salud de su población.

Por consiguiente, es imposible anular un derecho constitucional a costa de imponer una sanción penal a

una persona jurídica que funge principalmente como garante del derecho a la salud. El legislador ecuatoriano parece haber previsto dicha sanción para establecimientos de salud privados. En tal caso, también pueden aterrizar problemas si el efecto impositivo de la pena deriva en la vulneración de los referidos derechos constitucionales. Frente a la clausura temporal de una clínica privada en el país, cabe preguntarse: ¿qué sucedería con los pacientes internos? ¿El Estado sería capaz de atenderlos mientras dure la clausura?

Esta sanción penal, impuesta por el legislador sin una mínima observancia a la Constitución o sin haberse materializado en casos concretos, plantea más dudas que soluciones efectivas a la necesidad de imposición de la pena. Bien refiere al respecto Silva (2018, p. 45) que “no por mucha necesidad que exista puede imponerse una pena a una conducta que no la merece”. En consecuencia, la aplicación de esta sanción se vuelve nula: ni la pena pecuniaria ni la clausura temporal -que, según la interpretación literal de la norma, se imponen de manera indivisa- persiguen un fin constitucional y su vigencia solo confirmaría la influencia del populismo penal en la configuración de la norma.

Dicho esto, conviene poner atención a la pena privativa de libertad en el delito de desatención del servicio de salud. La cual, a simple vista, resulta desproporcional y pretende proteger un bien jurídico. Cabe contemplar que la pena no solo reacciona ante la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino que debe cumplir una función de protección ante un posible quebrantamiento de la norma. Por ello, la importante labor del legislador al tipificar nuevos delitos debe sustentarse en un ámbito de protección que va más allá de la mera salvaguarda de bienes jurídicos; sin ese acoplamiento estructural (Navarrete, 2019), difícilmente se llegará a una imposición de pena racional y, sobre todo, proporcional.

Se ha de coincidir con Georg Freud (2004) en que la pena debe ser una reacción adecuada y relacionada con otros delitos concretos. No se trata de imponer penas sin que aquellas respondan al contenido de merecimiento de una. Así sucede en el delito de desatención del servicio de salud: si la víctima fallece por la desatención, la pena privativa de libertad es de trece a dieciséis años, un rango incluso superior al del homicidio simple y mucho más grave que el homicidio culposo por mala práctica profesional, en el que el sujeto activo es el mismo. En este último delito la pena es inferior teniendo en cuenta el elemento subjetivo del tipo (culpa). A pesar de ello, tal circunstancia no altera el discutible fundamento por el cual el legislador ecuatoriano decidió imponer una pena desproporcionada.

El Estado cumple una tarea esencial de aseguramiento del orden social a través del Derecho Penal, pero ello no justifica un exceso de dominio sobre sus ciudadanos infundiéndoles temor por medio de la imposición de penas irracionales. Otro de los puntos de inflexión que genera dudas sobre el aspecto cuantitativo de la pena se relaciona con el bien jurídico protegido. Recordemos que este delito subyace de un mandato de auxilio, no obstante, todavía no se ha zanjado el debate sobre qué bien jurídico tutela realmente. Para un sector de la doctrina el bien jurídico que tutela es la solidaridad, mientras que para otro sector el bien jurídico tutelado es la vida. Por esta razón, difícilmente se puede asegurar que la pena establecida sea proporcional a la conducta típica, especialmente cuando se exige un resultado.

Casos de estudio y cuestiones sobre el juicio de imputación

El delito de desatención del servicio de salud en Ecuador no es un delito de bagatela, ya que en la ciudad de Cuenca existen, al menos, dos casos abiertos que buscan la aplicación de este tipo penal. A continuación, se propone un breve análisis de ambos casos; cabe mencionar que ninguno ha sido resuelto aún. Lo relevante será examinar los hechos de manera general y, desde esa perspectiva, comprender la materialización de este tipo penal en situaciones concretas.

Análisis del primer caso de estudio: la negativa a la atención y sus límites interpretativos

El primer caso ocurre cuando José acude, junto con su esposa, a un hospital público debido a que su estado de salud no era óptimo. Mientras se encuentran en la sala de espera, el médico A ordena la realización de varios exámenes (de sangre, radiografías, etc.) y la esposa, en diversas ocasiones, solicita una camilla para José, pues su estado de salud empeoraba. A pesar de ello, la petición no pudo ser atendida por falta de camillas, dado que los hechos tienen lugar en el apogeo de la pandemia por COVID-19. El médico A, entre otras indicaciones, le indica a la esposa que es necesaria una endoscopia, pero aclara que el hospital actualmente

carece de las herramientas para efectuar dicho examen, por lo que sugiere acudir a una clínica u otro centro de salud privado. Finalmente, José es trasladado y atendido en un hospital privado donde se le realiza lo requerido y, aun así, fallece.

Como consecuencia de la muerte de José, su esposa denuncia los hechos y Fiscalía abre una investigación por el delito de desatención del servicio de salud. La acusación sostiene que el resultado muerte debe atribuirse al médico A, pues no prestó la atención debida. Cabe destacar que no se niega que el médico A atendiera a José, sino que se cuestiona si dicha atención fue idónea para evitar el resultado dañoso. Hay que recordar que el verbo rector en el tipo penal es “negar”, es decir, no atender a pacientes en estado de emergencia. Por lo tanto, si José fue atendido y no se le negó el servicio de salud, no cabría atribuir responsabilidad penal por este delito.

Desafíos en la determinación de la idoneidad de la atención y la capacidad de actuar

Los problemas de imputación surgen cuando se analiza si la atención brindada fue realmente idónea. Si se atendiera exclusivamente al verbo rector del tipo, el asunto sería sencillo, bastaría con descartar cualquier examen sobre la calidad de la atención. Sin embargo, cuando el tipo penal alude a la “capacidad de hacerlo”, conviene reiterar que esta exige “el conocimiento de la situación generadora del deber, la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última” (Bacigalupo, 1999). Ello implica no solo la prestación de un servicio de salud básico o lo que denomina el TSE como “desamparo relativo” (2022), sino una atención al menos suficiente para asegurar que la conducta debida del profesional contribuyó a mitigar un riesgo latente.

Los profesionales de la salud deben actuar conforme a la *lex artis*, esto significa que los ciudadanos confiamos en que su conducta preserve nuestra integridad. Aun así, como apunta Ricardo Robles Planas (2004, p. 93), “el Derecho Penal no puede pretender que el concreto autor conozca toda la realidad posible, sino que sólo exige a los ciudadanos que dado el caso de encontrarse ante una determinada realidad operen orientando su conducta de una determinada manera”. De ahí que resulte compleja la determinación de dos circunstancias: 1) cuándo un paciente se halla en estado de emergencia y 2) cuándo la atención sanitaria es “idónea”.

En ambos supuestos intervienen múltiples factores necesarios para un diagnóstico concreto, pero ello no garantiza el cese inmediato del riesgo. Determinar de forma inmediata el estado de emergencia resulta altamente subjetivo y exigir una atención estrictamente idónea elevaría las barreras punitivas y eliminaría el margen de error para los profesionales de la salud. En consecuencia, sería difícil justificar la existencia de dolo. La exigencia debería centrarse en garantizar una atención mínima suficiente, que pruebe el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo, especialmente, la capacidad de actuar y que, de producirse un resultado mortal, no se atribuya al profesional de la salud.

Resulta vital integrar en el verbo rector todos los elementos del tipo penal: la obligación del profesional de la salud, su capacidad de actuar, el estado de emergencia y la desatención como elemento de resultado. Así, en España el delito de omisión de socorro exige no solo la conducta omisiva, sino también la concurrencia de elementos imprescindibles para la configuración del ilícito (capacidad de actuar, situación de desamparo...). El problema es que el CP español define estos delitos con claridad y el juicio de reproche es claro, mientras que el COIP mezcla esferas omisivas, complicando el método de imputación.

Los delitos de omisión propia no pueden resolverse igual que los de comisión por omisión, pues no existen razones suficientes para abordar cuestiones de omisión propia en la esfera de la imputación objetiva del resultado (Silva, 2019, p. 2). Basta recordar el primer requisito de la imputación objetiva del resultado para darse cuenta: “que el autor haya producido a través de su comportamiento el resultado” (Frisch, 2015, p. 52). Es conveniente no dejar de mencionar que en la omisión propia no se exige resultado; por ende, ¿cómo operaría la imputación objetiva del resultado teniendo en cuenta el delito de desatención del servicio de salud en su parte omisiva propia? Se vuelve imposible, además de que la conducta debida debe valorarse *ex ante*.

La exigencia de un resultado en el tipo penal conduce a juicios hipotéticos *ex post* sobre lo que habría ocurrido si el médico A hubiera brindado una atención suficiente para evitar el resultado muerte. Ante estos juicios, la imputación objetiva del resultado se convierte en criterio decisivo, pues exige cotejar, según Frisch

(2004, p. 73), “la relación causal y de realización entre el riesgo desaprobado creado con la conducta y el resultado”. De este modo, el tipo penal *in examine* oscila entre dos enfoques: el primero, basado en un estricto apego a la esfera de los delitos omisivos propios y, el segundo, en donde la imputación objetiva del resultado aparece como el criterio determinante.

Análisis del segundo caso de estudio: la ‘desatención’ y la posible coexistencia de verbos rectores

El segundo caso de estudio involucra a Pedro, quien tras sufrir una paliza en la calle es estabilizado por sanitarios en ambulancia y luego dejado en su domicilio. Al día siguiente, Pedro amanece muerto. Se investiga a quienes lo atendieron por el delito de desatención del servicio de salud, alegando que debieron trasladarlo al hospital, practicarle los exámenes correspondientes y no dejarlo sin diagnóstico. De nuevo, el personal atendió a Pedro, pero ¿fue esa atención suficiente para neutralizar el peligro? En consecuencia, el tipo alude al “desatender” además de “negar”. Es importante recordar que este verbo no solo se halla en la denominación del tipo, sino que también de forma interna se determina que “si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Aquí, se debe cuestionarse si ¿negar es lo mismo que desatender? De ser sinónimos, la cuestión quedaría resuelta y se descartaría la posibilidad de reconocer dos verbos rectores en este tipo penal. La Real Academia Española brinda tres definiciones del término desatender, de las cuales dos están directamente relacionadas con el objeto de análisis. En primer lugar, desatender se define como “no hacer caso o aprecio de alguien o de algo”. En segundo lugar, significa “no corresponder, no asistir con lo que es debido” (Diccionario de la lengua española, 2024). Además, cabe destacar algunos de sus sinónimos: abandonar; descuidar; desamparar; desinteresarse, entre otros. Ninguna de esas acepciones coincide con “negar”, lo que confirma la existencia de dos verbos rectores operando en esferas distintas.

No es posible saber si el legislador tuvo intenciones de reconocer dos verbos rectores en el tipo penal o si lo que pretendió fue determinar un verbo rector para cada categoría omisiva del tipo o si se trata simplemente de una ambigüedad de redacción y, en consecuencia, únicamente existe un verbo rector (negar). En este punto de la investigación, no es del todo descartable la posición de reconocer la existencia de dos verbos rectores en el tipo, pues en el caso formulado la conducta podría estar relacionada a una omisión en términos de desatención, ya que, Pedro debió ser traslado hacia un hospital y una vez allí, ser atendido integralmente. De esta forma, el foco de peligro hubiese sido controlado o cesado a partir de un diagnóstico.

Sin duda, una primera atención en ambulancia difícilmente basta para un diagnóstico definitivo dentro del caso concreto. Como señala Frisch (2004, p. 60), “una conducta que reduce el riesgo de producción de determinadas lesiones de bienes desde el primer momento no es una conducta prohibida. Lo que en todo caso puede recriminarse es no haber reducido suficientemente el riesgo”. Además del cumplimiento de los elementos objetivos del tipo, habría que demostrar que la decisión de no trasladarlo al hospital encierra un elemento doloso. En ese escenario, el juicio de imputación se tambalea y emerge el elemento de culpa, lo que permite cuestionarse si la conducta omisiva del personal sanitario, especialmente, en el caso de Pedro, encajaría en el artículo 146 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) que sanciona a:

La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas,

la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

En este contexto, la idea se encamina hacia la dificultad de determinar el elemento subjetivo de un delito que indudablemente es doloso, pero que en la práctica parece encajar más en un delito culposos si se atiende a los requisitos que determinan una infracción del deber objetivo de cuidado. Sin duda, ello genera una contradicción clara de identificar y compleja de resolver.

Por su parte, no se rechaza por completo la existencia de dos verbos rectores en el delito de desatención del servicio de salud. Sin embargo, la ambigüedad del término “desatención” podría dar lugar a una interpretación jurídicamente discutible del tipo penal, lo que incluso podría ser resultante de una protección excesiva de pacientes en estado de emergencia a fronteras inimaginables. Asimismo, encajar la conducta omisiva de desatención en el tipo no es una tarea sencilla, pues debe resolverse en sede de comisión por omisión, mediante la imputación objetiva del resultado. Esto abre paso a posturas dogmáticas sobre la exigencia de una probabilidad rayana a la certeza de que la conducta omitida (por el personal sanitario) habría evitado el resultado dañoso.

Implicaciones dogmáticas de la exigencia de resultado en la omisión

Sobre esto último, vale concluir con lo que sostiene Diego Manuel Luzón Peña (2017, p. 171), al afirmar que “aquello genera una duda irresoluble para el juez a la hora de determinar si estará imputando a la omisión un resultado que es posible”. Esto cobra especial relevancia al tener en cuenta los distintos factores que influyen en la producción del resultado. Entre ellos, se incluyen circunstancias propias del paciente, como el estado de salud previo, las cuales podrían no guardar relación alguna con la capacidad de actuar del personal sanitario ni con su conducta omisiva, tal como ocurrió en el primer caso, donde la autopsia reveló un deterioro significativo de los órganos vitales de José.

Conclusiones

El principio de libertad configurativa de la norma penal constituye la herramienta que permite al legislador diseñar el catálogo de delitos de un Estado, pero dicha tarea se encuentra limitada en materia penal. Así lo aclaró la Corte Constitucional del Ecuador (2019) en la sentencia núm. 6-17-CN/19. Esto implica que el legislador debe atender primero a los preceptos constitucionales antes de formular su propuesta configurativa, la cual debería integrarse en una política criminal y penal coherente. No obstante, esa descripción ideal no siempre coincide con la práctica, de ahí las complicaciones normativas que suelen surgir.

De la investigación es posible concluir que la omisión, en el contexto jurídico ecuatoriano, no está lo bastante clara como para afrontar sin tropiezos los problemas de interpretación e imputación en las esferas de omisión propia y comisión por omisión. Aun así, los inconvenientes no derivan de la falta de un delito base (omisión de socorro), sino de la necesidad de razonar a partir del propio concepto de la omisión propia, de donde emanan todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal.

El reconocimiento de la omisión propia en posición de garante representa un avance hacia un derecho penal más contemporáneo, alejado de la clasificación binaria y tradicional. Con todo, aún queda mucho por hacer si lo que se pretende es cobijar definitivamente una clasificación tripartita de la omisión, ya que las omisiones propias en posición de garante, aunque más graves que las meramente solidarias, no justifican un *quantum* de pena equiparable al de la comisión activa. Precisamente, en el delito de desatención del servicio de salud se ha incurrido en un error manifiesto al imponer penas desproporcionadas.

Surgen, además, serias dudas respecto de si ese reconocimiento fue fruto de un razonamiento intencional o, por el contrario, de un simple “copiar y pegar” legislativo, que ha terminado fusionando indebidamente ambas categorías omisivas. De igual modo, la mixtura dogmática-legislativa engendra las dificultades interpretativas y de imputación observadas. Lo único plausible, por ahora, es afirmar que no se trata de un delito de bagatela ni de una expansión injustificada del Derecho Penal, sino de un tipo penal cuya *praxis* revela profundas contradicciones, incluso en lo tocante al fundamento del dolo y la culpa.

El debate también gira entorno al verbo rector o a la coexistencia de posibles verbos rectores identificados en el tipo penal. Esta investigación se alinea con la tesis de que en el delito de desatención del servicio de salud conviven dos verbos rectores. Si bien esa no sería la solución perfecta, su reconocimiento impediría

que conductas omisivas de relevancia penal queden impunes. Sin embargo, mientras no se comprenda a cabalidad cada elemento constitutivo del tipo y se valore únicamente la conducta troncal (“negar”) para imputar el delito, resultará casi imposible obtener sentencias condenatorias por este delito.

En suma, una clasificación tripartita de la omisión debe incorporarse en el ordenamiento penal si se pretende identificar adecuadamente aquellas conductas dignas de reproche penal. No es tarea sencilla -las dificultades derivadas de la tipificación del delito de desatención del servicio de salud lo demuestran-, pero cabe criticarla de *lege ferenda* y proponer, desde ahora, una comprensión razonable de las categorías de omisión, de modo que cada una conserve su ámbito sin invadir el de las otras.

Asimismo, es preciso desarrollar de forma fiable los elementos objetivos del tipo, que permitan determinar qué implica la “capacidad de actuar” de quien asume el rol de garante y cuándo el “estado de emergencia” de un paciente configura un desamparo relativo o absoluto, tal como lo ha definido el Tribunal Supremo español. Este enfoque permitirá someter el juicio de imputación a una valoración integral del tipo penal y no a estándares basados en meras presunciones. Finalmente, resulta crucial precisar el dolo en relación con el tipo penal, pues en varios momentos parece diluirse en la culpa, lo que nos traslada hacia un tipo penal culposos que genera serias contradicciones normativas e interpretativas en un delito doloso.

Referencias

- 761/2022 (Tribunal Supremo 15 de septiembre de 2022).
- 56/2008, 56/2008 (Tribunal Supremo Sala 2ª 28 de enero de 2008).
- Alamillo Canillas, F. (1962). La solidaridad humana en la ley penal (Ley de 17 de julio de 1951). Madrid: Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi.
- Corte Constitucional del Ecuador, 6-17-CN/19 (18 de 06 de 2019).
- Ecuador, A. N. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: CEP.
- Española, R. A. (2024). Diccionario de la lengua española. Obtenido de <https://dle.rae.es/desatender?m=form>
- Frisch, W. (2004). Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid: Marcial Pons.
- Frisch, W. (2015). La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Barcelona: Atelier.
- Frisch, W., & Robles Planas, R. (2004). Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier.
- Hans-Heinrich, J., & Weigend, T. (2003). Tratado de Derecho Penal Parte General. Granada: COMARES.
- Kaufmann, A. (2006). Dogmática de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995). Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Luzón Peña, D. M. (2017). Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. Libertas, 145-272.
- Mir Puig, S. (2006). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Navarrete, M. P. (2019). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Madrid: Tecnos.
- Otto, H. (2017). Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier.
- Puig, S. M. (2011). Bases Constitucional del Derecho Penal. Barcelona: IUSTEL.
- Sánchez, J. M. (2018). Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier.
- Sánchez, J. M. (2019). Frustración de oportunidades terapéuticas. InDret, 1-3.
- Sánchez, J.-M. S. (2003). El delito de omisión concepto y sistema. Montevideo: B de f.
- Sánchez, J.-M. S. (2025). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Civitas.
- Wolter, J., & Georg, F. (2004). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons.

Los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el Consejo de La Judicatura De Pichincha

The rights of pregnant and breastfeeding women in the Consejo de La Judicatura De Pichincha

Gabriela-Anahí Robalino Lucero  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Ecuador

Resumen

A todo ser humano le atañen derechos fundamentales y otros más específicos de acuerdo con su contexto de vida. En ese sentido, durante la maternidad y sus distintas fases a la mujer y a su bebé le corresponden varios derechos constitucionales y otros proclamados en instrumentos internacionales que procuran su cuidado físico y psicológico y el correcto desarrollo del infante. Lamentablemente, las funcionarias de las unidades judiciales del Consejo de la Judicatura de Pichincha enfrentan con frecuencia la falta de reconocimiento y libre ejercicio de sus derechos y garantías, una evidente antinomia si se toma en cuenta que este organismo es el rector de la función judicial y, por consiguiente, defensor de los derechos. De los resultados de la investigación llevada a cabo en las cuatro principales unidades judiciales de la provincia, Iñaquito, Mariscal Sucre, Quitumbe y Rumiñahui, así como en la planta central, se desprende una evidente transgresión de los derechos de las madres y sus hijos. El panorama es desalentador: apenas una unidad judicial cuenta con un lactario aprobado por el Ministerio de Salud Pública desde inicios de 2024 y ninguna tiene una sala lúdica y menos aún una guardería que cumpla con todos los parámetros necesarios para atender a los infantes y asegurar su integridad.

Palabras clave: derechos, garantías, constitución, mujeres embarazadas, período de lactancia.

Abstract

Every human being is bound by fundamental rights and others that are more specific according to the context of his or her life. In this regard, during pregnancy and its different phases, a woman and her baby are guaranteed several constitutional rights and other rights proclaimed in international instruments that ensure their physical and psychological care and the child's proper development. Unfortunately, the female employees of the judicial units of the Consejo de la Judicatura de Pichincha often face the lack of recognition and free exercise of their rights and guarantees, an obvious antinomy if one considers that this body is the head of the judicial function and, therefore, the defender of rights. From the results of the investigation carried out in the four main judicial units of the province, Iñaquito, Mariscal Sucre, Quitumbe and Rumiñahui, as well as in central plant, there is an evident infringement of the rights of mothers and their children. The outlook is discouraging only one judicial unit has a lactation center approved by the Ministry of Public Health since the beginning of 2024 and none has a playroom; even less a nursery that meets all the necessary parameters to care for infants and ensure their integrity.

Keywords: Rights, Guarantees, Constitution, Pregnant women, Breastfeeding period.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador ampara una serie de derechos relacionados con las mujeres embarazadas y en período de lactancia. A raíz de ello, el presente estudio analiza la situación de este grupo de atención prioritaria en el Consejo de la Judicatura de Pichincha, pues al ser el órgano rector de la política pública de la función judicial y al estar directamente relacionado con la legislación nacional e internacional se espera que los derechos no sean vulnerados.

El artículo aborda varios temas que hacen parte de la problemática y que permiten comprenderla desde diversas aristas: derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, grupos de atención prioritaria y especializada, derecho a la intimidad y a la no injerencia arbitraria, derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva, enfoque de género como categoría de análisis, derecho al trabajo y a la no discriminación, derecho al cuidado y a la lactancia materna. De igual forma, se analizó la gestión del Consejo de la Judicatura en las principales unidades judiciales de la provincia de Pichincha sobre casos de violencia institucional y los medios de acción ante vulneraciones de derechos, con la finalidad de brindar al lector un panorama amplio de cómo se maneja esta institución y el ambiente laboral para este grupo de atención prioritaria.

El presente estudio se enmarca en una metodología analítica-crítica y de enfoque cualitativo, con un alcance descriptivo. El enfoque analítico-crítico implicó no solo describir la situación normativa y empírica, sino también contrastarlas para identificar brechas, tensiones y las implicaciones de estas para los derechos de las mujeres. El objetivo general fue analizar la aplicabilidad de los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el Consejo de la Judicatura de Pichincha. Para ello, se respondió a la pregunta: ¿cómo se aplican (o no se aplican) los derechos constitucionales y laborales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el Consejo de la Judicatura de Pichincha, y qué factores inciden en esta aplicabilidad? Los objetivos específicos incluyeron: 1) identificar el marco normativo y jurisprudencial que protege a este grupo en Ecuador; 2) describir las experiencias y percepciones de las funcionarias respecto al ejercicio de sus derechos en las unidades judiciales y planta central del Consejo de la Judicatura de Pichincha y 3) analizar las barreras y facilitadores para la garantía de estos derechos en dicha institución.

La recolección de información se realizó mediante dos estrategias principales. Primero, una exhaustiva revisión e interpretación de material documental, incluyendo el ordenamiento jurídico ecuatoriano (Constitución, leyes, códigos), instrumentos internacionales de derechos humanos, jurisprudencia de la Corte Constitucional y sentencias relevantes (técnica casuística). Segundo, se llevaron a cabo entrevistas semiestructuradas y anónimas con funcionarias y funcionarios de distintas unidades judiciales de Pichincha (Iñaquito, Mariscal Sucre, Quitumbe, Rumiñahui) y de la planta central del Consejo de la Judicatura. La selección de los participantes se realizó mediante un muestreo intencional o por bola de nieve, buscando diversidad de roles (desde personal administrativo hasta cargos jerárquicos) y experiencias dentro de las unidades clave para obtener una comprensión profunda del fenómeno (ver Anexos para la sistematización de entrevistas). El enfoque cualitativo se justifica por la necesidad de comprender las vivencias subjetivas, los significados y las dinámicas institucionales que no son fácilmente cuantificables.

La información documental y testimonial fue triangulada para contrastar el marco normativo con la realidad institucional. Las entrevistas sistematizadas fueron sometidas a un análisis de contenido cualitativo, identificando temas y patrones recurrentes en las narrativas de las participantes para comprender las percepciones sobre sus derechos y las prácticas institucionales. Los hallazgos de esta investigación se presentan de manera detallada en los capítulos subsiguientes y se sintetizan en las conclusiones.

Derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia

La etapa de maternidad (embarazo, parto, posparto y período de lactancia) conlleva varios retos físicos y psicológicos a lo largo de todas las etapas en vista de que la mujer requiere de mayores cuidados para sí misma como para su bebé. Desde ese momento, el rol de madre queda establecido de por vida e incide en varios aspectos como en la esfera laboral, por ejemplo, conlleva una carga adicional dado que la trabajadora debe gestionar las responsabilidades inherentes a su puesto y, al mismo tiempo, requiere de energías para atender los aspectos vinculados a la maternidad, lo cual genera una atención particular a realizar un análisis

en cuanto a un enfoque de género (Salgado, 2013), conforme a las prerrogativas y luchas constantes que enfrenta la mujer.

Ahora bien, las mujeres, más aún al estar en período de lactancia y con licencia de maternidad, son titulares de derechos constitucionales y de aquellos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos (Montero, Romero y López, 2022). En ese sentido, en primera instancia hay que dejar por sentado lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008):

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos. (art. 332)

Como puede observarse, las embarazadas y en período de lactancia tienen una protección especial que además está en concordancia con lo establecido en el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) en cuanto al derecho al cuidado y a la asistencia durante la maternidad y la infancia, derechos inherentes a la persona, tras el resultado de una ardua e incansable lucha y construcción histórica. Al respecto, Ruth García manifiesta que el rol de la mujer dentro de la esfera laboral (*trabajo femenino*) deben enfrentar varias brechas como discriminación y limitaciones en cuanto a sus garantías para la igualdad de oportunidades, como de su capacidad reproductiva. (2021)

En ese sentido, es importante precisar que este derecho tiene un doble campo de acción: por un lado, salvaguarda a la mujer durante toda la etapa de maternidad (incluido parto, postparto o puerperio y lactancia); asimismo, subraya en la protección a niños y niñas e inclusive la DUDH hace énfasis en quienes han nacido durante o fuera del matrimonio y cuando se trata de adopciones. Como se puede observar, el nivel de cobertura de este derecho es amplio y salvaguarda varios escenarios de acuerdo como el ser humano se desarrolla ordinariamente. Más adelante, el texto sirve al lector una serie de tópicos relacionados con la dignidad humana y el correcto ejercicio de protección integral de los derechos de las mujeres en el campo laboral.

La protección de estos derechos se torna aún más relevante si se analiza desde una perspectiva de género. Tal como lo plantea Marcela Lagarde (1996), el género es una construcción social y cultural que asigna roles, atributos y espacios diferenciados a hombres y mujeres, lo que históricamente ha resultado en relaciones de poder desiguales y en la subordinación de las mujeres. En el contexto laboral, esto se traduce en la necesidad de políticas que no solo reconozcan la maternidad, sino que activamente contrarresten las discriminaciones y desventajas estructurales que enfrentan las mujeres al conciliar trabajo y vida familiar.

Grupos de atención prioritaria y especializada

La Constitución aborda este aspecto en torno a los derechos de las personas y de los grupos de atención prioritaria¹, pero para efectos del presente estudio vale ahondar específicamente en lo que respecta a las embarazadas y en período de lactancia; el Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. *La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.*
4. *Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia* [énfasis agregado]. (CRE, 2008, art. 43)

De ahí que la atención prioritaria y especializada se destina para la mujer (en las distintas fases de maternidad), los hijos y las hijas, además que debe reforzarse en los diferentes sectores de la sociedad. En efecto, la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano (LODCH, 2023) expone que “tendrán protección especial hasta que termine la licencia remunerada o no remunerada de maternidad, paternidad, de adopción

¹ Para más información revisar el art. 35 de la CRE.

y de lactancia en todo tipo de contrato o nombramiento del sector público; y, contratos en el sector privado” (art. 29).²

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho a la protección especial de la mujer en período de maternidad³ en la Sentencia No. 878-20-JP/24 (2024) emitida por el juez ponente, doctor Alí Lozada Prado. La accionante era funcionaria pública (jueza) bajo relación de dependencia de la provincia de Imbabura y siguió una acción de protección (10333-2019-01025) en contra del Consejo de la Judicatura debido a actos administrativos mal aplicados al haberse suspendido su licencia de maternidad ante el fallecimiento de su hijo recién nacido⁴. El empleador consideraba que ya no tenía derecho a esa licencia, pero sin tomar en consideración las condiciones físicas y psicológicas que en ese momento enfrentaba. Evidentemente, la negligencia cometida por Talento Humano causó graves vulneraciones infraconstitucionales hacia la accionante.

La Corte Constitucional declaró “la vulneración a los derechos a la protección especial como mujer en período de maternidad, a contar con las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y a la salud de la accionante” (Sentencia No. 878-20-JP/24, 2024, decisión 2, párr. 26). Esta resolución es fruto de un exhaustivo análisis que parte del derecho a la salud y la falta de empatía del Consejo de la Judicatura al obligar a la funcionaria a reintegrarse a sus labores mientras se resolvía la consulta en sede administrativa sobre la vigencia de su licencia por maternidad:

En el caso particular de la accionante, ella se encontraba recuperándose físicamente de su embarazo y cesárea, así como psicológicamente de la pérdida de su hijo cuando la entidad accionada le requirió que se reintegre a sus funciones a los 26 días del parto. Es decir, la accionante no contó con el tiempo legalmente previsto -12 semanas- para su recuperación después del parto, considerando, además, que no solo debía recuperarse de su parto por cesárea que, al ser una cirugía, podía suponer complicaciones posteriores en su salud, sino, también, de todos los cambios que su organismo sufrió durante su periodo de embarazo para el nacimiento de un nuevo ser humano. De esta manera, *la Dirección Provincial de Imbabura y la Dirección Nacional de Talento Humano vulneraron los derechos fundamentales de la accionante a la protección prioritaria de la mujer en período de maternidad* [énfasis añadido], a contar con las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y a la salud. (Sentencia No. 878-20-JP/24, 2024, párr. 49)

Aquel precedente jurisprudencial deja en claro que quienes hacen parte del grupo de atención prioritaria y especializada tienen una protección reforzada en el ámbito laboral; en este caso, se focaliza en la etapa de embarazo, parto y posparto. Por ende, el Estado (el Consejo de la Judicatura como empleador) debe brindar las facilidades necesarias para la recuperación de la mujer a fin de que ella y su bebé reciban la atención adecuada de salud y a su vez garantizar y respetar la tutela judicial efectiva de los derechos y la seguridad jurídica.

Indudablemente, la protección del Consejo de la Judicatura fue nula debido al incorrecto accionar del departamento de Talento Humano y Administrativo, cuyo proceder y vacíos de conocimientos con respecto a los derechos y las obligaciones que atañen a nivel nacional e internacional deja mucho que desear. Sin duda, es preocupante que el órgano rector de la política pública de la función judicial cometa este tipo de vulneraciones cuando en realidad supone ser una entidad que impulsa el ejercicio adecuado de los derechos.

En otro panorama, el Ministerio de Trabajo (2025), cuenta con una Dirección de Grupos de Atención Prioritaria, cuya misión es “prevenir, promover, proteger los derechos laborales de los grupos de atención prioritaria [...] mediante la aplicación y fortalecimiento de la política pública, normativa instrumentos nacionales e internacionales con enfoque de género”, con la finalidad de ofrecer servicios a la ciudadanía que son parte de este grupo de atención prioritaria.

De acuerdo con los servicios que ofrece está la “asistencia y criterios técnicos en temas referentes a grupos de

² Sobre la protección especial revisar todo el art. 29 de la LODCH.

³ Ver párr. 80, pág. 20, de la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados en cuanto a grupos de atención prioritaria (en especial mujeres embarazadas y en período de lactancia) y el derecho a la protección especial.

⁴ Revisar párr. 3, pág. 29, del voto concurrente de la jueza Alejandra Cárdenas en la Sentencia No. 878-20-JP/24 de la Corte Constitucional.

atención prioritaria y/o en condiciones de vulnerabilidad en materia laboral” (MT, 2025). Esta institución asiste y orienta a quien requiera implementar estrategias para el ejercicio de derechos, así como también la creación y promoción de talleres y cursos. Esta información, se traduce como un intento de crear políticas públicas, pero que en realidad no se ejecutan o no se hace una correcta actuación. Para entender mejor el tema, las políticas públicas⁵ de acuerdo a Aréballo Vargas (2007, p.) son:

Son un conjunto de “decisiones formales”, caracterizadas por conductas o actuaciones consistentes y repetidas por parte de aquellos que resultan afectados por las mismas, es decir un conjunto de prácticas y normas (un programa de acción gubernamental) que emanan de uno o varios actores públicos [...] se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno detecta la existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema.

Al respecto, la Secretaría Nacional de Planificación explica de manera sucinta como es el proceso o ciclo de construcción de políticas públicas con cinco pasos que son: 1. identificación y definición del problema; 2 formulación de las alternativas de solución; 3 adopción de una alternativa; 4 implantación de la alternativa seleccionada y 5 evaluación de los resultados obtenidos. Para que este proceso se cumpla es importante plantear metas, al igual que detectar posibles cambios o amenazas para llegar a cumplir los objetivos propuestos o mejorarlos. (2022).

La falta de aplicación de las políticas públicas se refleja por la incorrecta actuación de quienes lo aplican, ya que necesitan analizar dos puntos que complementan la investigación realizada. El primero es resolver problemas concretos y el segundo debe ser orientador la decisión hacia cambios sociales benéficos, sin embargo, no existe una explicación lógica sobre la investigación con la forma de aplicación de la política pública. De igual forma, este problema existe en todas las instituciones y organismos del Estado, que no pueden ejecutar políticas públicas, ni mucho menos políticas internas en beneficio de sus trabajadores.

Derecho de las mujeres a la intimidad y a la no injerencia arbitraria

Los pilares que rigen a este tema radican en la DUDH (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1996), sobre todo en los art. 12 y 17, respectivamente. Ambos instrumentos mencionan que nadie debe ser objeto de intervenciones o ataques no justificados o no autorizados en aspectos personales como la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia y mucho menos vulnerar la honra de las personas.

Ahora bien, la Corte Constitucional recopiló la información de casos de acciones de protección —a través de la revisión de causas— sobre actos en los que se ha culminado la relación laboral de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. A partir de la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados de la Corte Constitucional párr. 25 (2020, p. 6) del 5 de agosto de 2020, este organismo realizó un análisis sobre la problemática con el fin de emitir un pronunciamiento y generar un precedente jurisprudencial; de ahí que el juez ponente, Ramiro Ávila Santamaría, menciona lo siguiente:

Por el derecho a la intimidad, las mujeres pueden guardar reserva sobre sus planes de vida, su situación de embarazo, sobre su salud y sobre cualquier condición que crean importante reservarse de comunicar. La notificación del embarazo permite que las personas obligadas cumplan con su responsabilidad, pero *las mujeres pueden, por las razones que crean, decidir el momento de la notificación.* [énfasis añadido] El derecho a la intimidad es violado cuando el Estado o los particulares, por ejemplo, cuando se pregunta a las mujeres sobre sus planes de matrimonio o embarazo, solicitan pruebas de embarazo, divulgan el historial médico de la trabajadora, o cuando el uso de dicha información condiciona el ejercicio de otros derechos como el trabajo. (Sentencia No. 3-19-JP y acumulados, 2020, párr. 66-67)

La intimidad y la no injerencia arbitraria como derechos aglutinan varios aspectos relacionados a la protección de la información personal, los espacios privados (vigilancia, correspondencia) y la autonomía personal y familiar (toma de decisiones), todos vinculados con el art. 66 de la Constitución. Al respecto, existe una guía llamada AIPEO, orientada a integrantes de los equipos de salud para los servicios de

⁵ Ver art. 85 CRE. Sobre las políticas públicas

anticoncepción inmediata posevento obstétrico, es decir, está previsto para “ampliar, mejorar el acceso a métodos anticonceptivos luego de un parto, cesárea o aborto poniendo en énfasis en la oferta y colocación de los métodos de larga duración antes del alta” (2022), cuyo objetivo final es la igualdad de género, así como garantizar que las intervenciones lleguen a los segmentos más marginados de la población.

Esta guía busca ayudar a las mujeres a ejercer y decidir mejor sobre sus derechos referentes a la salud, con la ayuda de los servicios y equipo médico, para que exista una cobertura y protección amplia, tanto para el derecho a la anticoncepción como para el derecho a la concepción y embarazo en todas sus fases, incluyendo un monitoreo y posibles riesgos para la vida que está por nacer, donde se cuenten con las mismas garantías y acompañamiento por los agentes de salud y el Estado.

Derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva

En lo que concierne a la libertad, la CRE (2008) contempla las “decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud sexual y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener” (art. 66.10). Es un derecho que también está adscrito a otros como el derecho a la vida, a la libertad, a la educación, al trabajo, por nombrar algunos. Con relación a los tres primeros existe una gama de tópicos, pero entre los más relevantes resalta la promoción de la información para acceder a una planificación familiar eficaz; es decir, sobre métodos anticonceptivos modernos y confiables, enfermedades de transmisión sexual y gestacionales, embarazo y aborto libre y seguro. Al respecto, la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados (2020), en el párrafo 58, indica que:

El derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva respecto de personas trabajadoras impone tres obligaciones específicas: respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que el Estado como empleador se abstenga de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el trabajo, o de promulgar leyes y políticas que obstaculicen su acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para evitar que terceros, entidades públicas o personas, limiten, restrinjan o anulen el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en el contexto laboral. Por último, la obligación de cumplir requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva. En este caso en concreto, como parte del Estado, la Corte Constitucional desarrolla mediante esta sentencia el alcance y el contenido de algunos de estos derechos. Estas obligaciones específicas no excluyen la adopción de otras medidas generales que fueren necesarias y no previstas en esta sentencia para hacer efectivos estos derechos.

A la esfera laboral le concierne un carácter especial sobre estos derechos dado que hay mayor probabilidad de vulneración por cuestiones de género: la lucha constante por la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, la estabilidad laboral, el cuidado y la protección especial y demás situaciones analizadas en los siguientes puntos. Una de las tantas formas de vulneración se visualiza al momento en que el empleador extraoficial o presuntamente impone la condición de no embarazos; también, cuando no otorga permisos para controles médicos durante el embarazo, parto, posparto y lactancia; asimismo, al disminuir la remuneración o desvincular totalmente a la trabajadora durante cualquier fase de la maternidad en la que se encuentre.

Es importante también tomar en cuenta otro tipo de enfoque, referente a este derecho, la OPS y OMS establecen que la salud sexual y reproductiva es:

un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad, la cual no es la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad [...] requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y de las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias placenteras y seguras, libres de toda coacción, discriminación y violencia. (2025)

Al respecto, este derecho busca garantizar que todas las personas tengan acceso a métodos anticonceptivos modernos, seguros, confiables y preferidos al igual que la eliminación de la transmisión vertical de enfermedades infecciosas y del aborto inseguro, que a su vez refuerza una gran cantidad de derechos entre ellos, el derecho a la vida y la libertad, en concordancia con lo que establece la Declaración de los Derechos Sexuales (WAS). Por lo tanto, el Estado tiene el deber de siempre ofertar y garantizar que este derecho se cumpla, en todas las ramas de la administración pública, instituciones públicas y privadas, sin

importar la condición económica o social.

La resolución de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) de fecha 16 de marzo del 2021, sobre el caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala es un claro ejemplo sobre la importancia del ejercicio de este derecho y el papel negligente del Estado. Este caso hace referencia a 34 personas que viven o vivieron con VIH, dentro de este grupo de personas dos mujeres estaban embarazadas, estas madres durante la búsqueda de atención médica y tratamientos sufrieron actos de discriminación por razón de género, por lo que el Estado guatemalteco fue responsable de violar los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal, no discriminación y protección judicial, por incumplir con su deber de brindar una atención y un tratamiento adecuado a las víctimas, así como por el riesgo de transmisión vertical del virus a sus hijos.

Derecho al trabajo sin discriminación

Para efectos del estudio es fundamental profundizar en la influencia que tienen la jurisprudencia y los instrumentos internacionales sobre el derecho al trabajo y la no discriminación de las mujeres embarazadas y en período de lactancia⁶. Al respecto, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (2025) hace hincapié en que es un derecho el poder laborar sin discriminación alguna y, por ende, el empleador no debe bajo ningún concepto tomar decisiones incentivadas en el color de la piel, las creencias religiosas, el sexo y sus aspectos vinculantes —género, identidad, orientación, embarazo—, la discapacidad, la nacionalidad ni la formación genética.

Por su parte, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, 1979) proporciona en su art. 11 medidas adecuadas para hacer frente a este tipo de situaciones en el ámbito laboral con el fin de que mujeres y hombres mantengan las mismas condiciones y priorizar con mayor ahínco los derechos vinculados al matrimonio, la salud o la maternidad. De ahí que se establezcan, por ejemplo, sanciones por despido y licencias de maternidad con sueldo.

Estándares aún más precisos sobre la protección del empleo y la no discriminación lo determina la Organización Internacional del Trabajo (C183-Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, art. 3) de la siguiente manera:

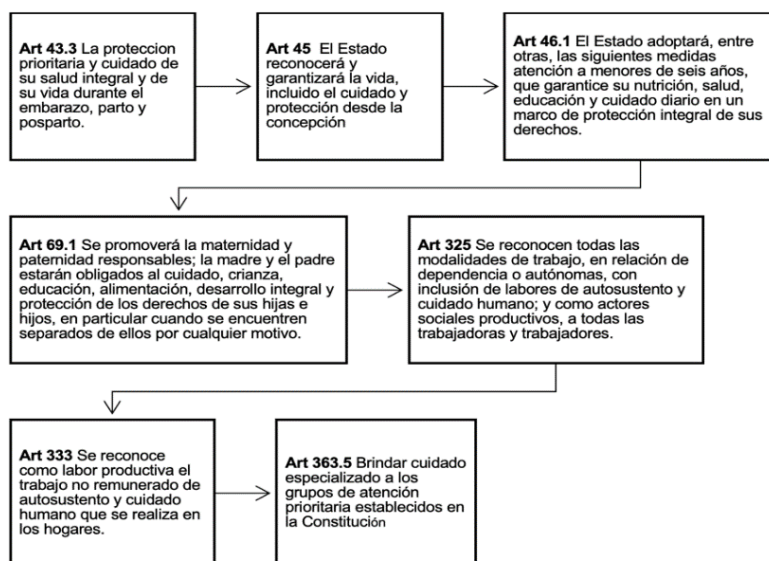
1. Se prohíbe al empleador que despidan a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.
2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Un aporte importante en lo que respecta al estereotipo, el perjuicio y la discriminación en el contexto laboral latinoamericano lo hacen Martínez y Camacho (2017), quienes visibilizan la cruda realidad que enfrentan las mujeres al verse inmersas en actitudes de acoso, diferencia salarial, expectativas inherentes al género, roles de familia, entre otros que impactan física y psicológicamente. Además, las autoras ponen de manifiesto que resulta sumamente complejo encontrar investigaciones similares enfocadas en Latinoamérica, hecho que sin duda prevé la falta de seriedad que se le da al tema inclusive desde el mismo Estado.

Ecuador no es la excepción, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (2025), sobre la base de la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU), indica que entre el período de mayo del 2024 y 2025 el 5,0% de las mujeres de la población económicamente activa (PEA) estuvieron en desempleo, mientras que el porcentaje 3,5 % para los hombres.(Figura 1).

6 Corte Constitucional Sentencia No. 3-19-JP y acumulados párr. 72-75.

Figura 1. Tasa de desempleo según sexo Nacional. Tomado de INEC (mayo, 2025), pp. 40



Los datos ponen en evidencia una realidad latente que deja a entrever posibles vulneraciones de derechos. En ese sentido, es fundamental analizar los derechos de las mujeres en el trabajo y determinar cuál es el alcance que realmente tienen en las embarazadas y quienes transitan por el período de lactancia:

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, *el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos* [énfasis añadido]. (CRE, 2008, art. 332)

Por su parte, el Código del Trabajo (2020) determina en su art. 195.1 la prohibición de despido de las trabajadoras en proceso de embarazo o relativo a la gestación y maternidad, aspecto aplicable al sector público y privado. Asimismo, es menester hacer énfasis en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) y en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), normativas que le atañen directamente al Consejo de la Judicatura como entidad estatal: la LOSEP (2016) indica que la vigencia del contrato de la embarazada “durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley” (art. 58); por su parte, el COFJ (2023) determina sobre el ingreso a la función judicial que “propenderá a la paridad entre mujeres y hombres a través de los procedimientos establecidos en este Código” (art. 52).

La LOSEP recoge varias modalidades contractuales, entre las más comunes en las instituciones públicas y el Consejo de la Judicatura de Pichincha resaltan el nombramiento definitivo, el provisional, el de libre nombramiento y remoción y el contrato de servicios ocasionales. Precisamente, Villavicencio (2020) realiza un estudio sobre el tema interesante enfocado en el régimen laboral ecuatoriano de las empresas públicas y aquellos parámetros y diferencias con el sector privado. Enfatiza que, a fin de cuentas, el servidor público se desempeña en sus labores en función de la categoría y el tipo de contratación y siempre en beneficio de la administración pública.

Para contar con una mejor comprensión sobre cómo incide el tipo de nombramiento en los derechos de las embarazadas cabe acudir a la Sentencia 2006-18-EP/24 (2024). El juez ponente, Alí Lozada Prado, realizó un análisis importante a partir de una acción extraordinaria de protección y de ello se desprende que la Corte haya declarado la vulneración del derecho al trabajo (protección laboral reforzada para mujeres embarazadas) de una funcionaria pública en estado de embarazo que desempeñaba sus funciones con un nombramiento provisional y bajo el régimen de la LOSEP, pero fue despedida a los seis meses de gestación. Es a raíz de este contexto que se equipara inclusive las condiciones del contrato de servicios ocasionales con los del nombramiento provisional:

Ante estos dos escenarios, la Corte advierte que los nombramientos provisionales –al igual que los

contratos de servicios ocasionales— en general no se emiten respecto de cargos de dirección política, estratégica o administrativa, por lo que su emisión no afecta de manera grave a la auto-organización de la administración pública. En cuanto al objetivo de tener a la persona con mejores resultados en la institución para garantizar un servicio público de calidad, en el presente caso, tal propósito no se ve afectado pues podría reubicarse a la mujer embarazada en otro cargo con las mismas condiciones, sin que esto comprometa necesariamente la calidad del servicio público. Asimismo, como se mencionó en líneas anteriores, *la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas permite el ejercicio del derecho al trabajo y los demás derechos que se derivan de este, para garantizar a su vez, una vida digna* [énfasis añadido] En consecuencia, esta Corte debe fallar, en el presente caso, en el mismo sentido que en el supuesto de los contratos ocasionales pues garantizar la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas, en periodos de maternidad y lactancia con nombramientos provisionales, en ambos casos en general, no afecta de manera grave los valores de la administración pública y del ingreso al servicio público. En consecuencia, las instituciones públicas no deben desvincular a mujeres embarazadas, en periodos de maternidad o lactancia con nombramiento provisional, garantizando el derecho al trabajo, en las mismas condiciones, hasta que concluya la licencia por lactancia. (Sentencia 2006-18-EP/24, 2024, párr. 54)

Lo expuesto demuestra que los derechos de las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia deben garantizarse sin que en ello tenga injerencia la modalidad contractual ni el régimen laboral. En resumen, existe una protección reforzada, pues el Estado tiene la obligación de asegurar el libre ejercicio de los derechos de este grupo de atención prioritaria.

Derecho al cuidado

El derecho al cuidado⁷ es universal y cualquier persona puede reclamar su vulneración en función del alcance que le corresponda. Entonces, por ejemplo, a las embarazadas les conciernen varios aspectos relacionados a la salud sexual y reproductiva, a no ser discriminadas, a la intimidad, a la lactancia y a contar con protección especial (López, Quishpe y Vilela, 2023). En otras palabras, el derecho al cuidado aglutina varios otros conexos.

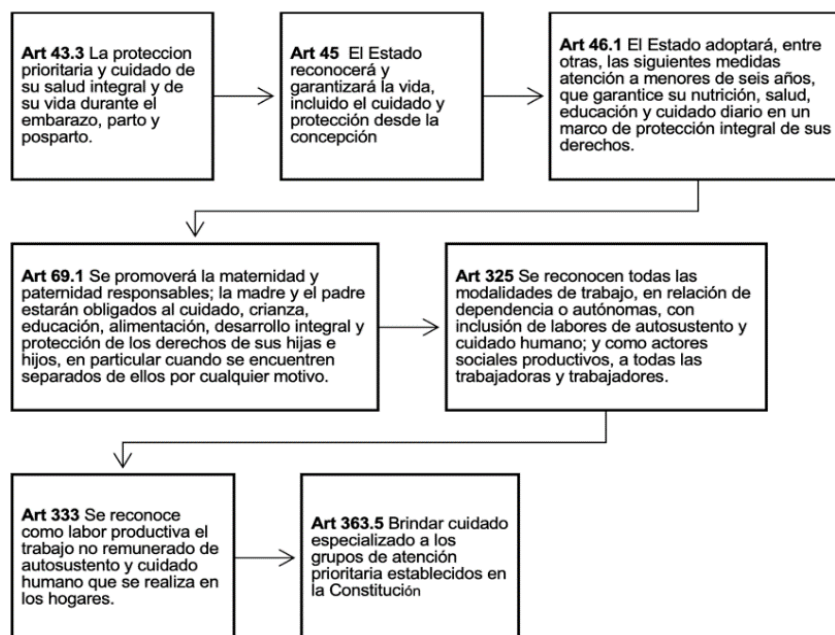
En cuanto a la acción de cuidado enmarcada entre el derecho y el trabajo, Montañó y Calderón (2010) proponen una trilogía con relación a los titulares y bajo tres escenarios: 1) el cuidado, 2) las cuidadoras y 3) los cuidados. Por supuesto, en todos los casos hay que tener presente los aspectos sociales, económicos, laborales, entre otros. Con respecto al primer escenario, el cuidado es un elemento que se concentra en el Estado, su papel garantista de derechos, el rol que tiene en la administración pública y las distintas funciones. Su labor se cristaliza por medio de la promoción y la regulación de políticas públicas con la finalidad de brindar herramientas de protección y amparo de derechos universales, especialmente a los grupos de atención prioritaria como son adultos mayores, discapacitados, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas y en período de lactancia.

Sobre los dos siguientes escenarios, las cuidadoras y los cuidados⁸ engloban a las mujeres en estado de maternidad —sea embarazo, parto, posparto o lactancia— y el rol que tienen sus hijos durante el estado de gestación o como recién nacidos. Se analizan en conjunto por la interacción y las necesidades especiales que conllevan en función de la etapa por la que transita la mujer. De acuerdo con la normativa, el derecho al cuidado recoge varios aspectos sobre el alcance de la protección a nivel constitucional expuesto en la Figura 2.

7 Ver párr. 117-118, pág. 30, de la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados de la Corte Constitucional.

8 Ver párr. 119-131 de la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados de la Corte Constitucional sobre el contenido y el alcance, así como el obligado o la obligada del derecho al cuidado.

Figura 2. Derecho al cuidado en la Constitución del Ecuador



Fuente: Adaptado de CRE (2008).

Vale acotar que el derecho al cuidado está estrechamente relacionado con el *Sumak Kawsay* por medio de dos principios, aunque ciertamente esta cosmovisión no la defina como tal:

Uno de los principios que sustentan el *Sumak Kawsay* es el de relacionalidad. Por este principio, la vinculación entre todos los componentes de la realidad permite la vida, como un tejido: *el ser humano no es más que una hebra del tejido cósmico; es un elemento más del sistema de vida. Todos los seres vivos son elementos esenciales del tejido cósmico que es la vida. La misión del ser humano es el mantenimiento de las relaciones y del equilibrio que generan la vida.* [énfasis añadido].

Otro principio que se deriva del *Sumak Kawsay* es el de reciprocidad, por el que una persona tiene correspondencia mutua con otra y debe dar o recibir según sea la situación. En palabras de una mujer indígena, “en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo”. Toda vida, como la Pachamama, porque abriga, alimenta, da trabajo, brinda alegría, “hay que cuidarla, hay que quererla”. (Sentencia No. 3-19-JP y acumulados, 2020, párr. 106-107)

Los aportes proporcionados por la Corte Constitucional dan luces para entender de una manera más amplia el derecho al cuidado. En todo caso, para contar con una comprensión aún más completa es factible acudir a la LODCH (2023), cuyo objetivo es:

Tutelar, proteger y regular el derecho al cuidado de las personas trabajadoras respecto de sus hijos e hijas, dependientes directos, otros miembros de su familia directa que componen los diferentes tipos de familia, que de manera evidente necesiten su cuidado o protección, a fin de garantizar su ejercicio pleno, en cumplimiento a la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la materia. (art. 1)

De la LODCH se desprende que el cuidado es un derecho humano que concierne el cuidar, autocuidarse y ser cuidado y, por ende, le atañen varios derechos y principios como lo indica el art. 11: la responsabilidad compartida entre padres, familia, sociedad, las esferas estatales y laborales. Esta última engloba una serie de aspectos que en conjunto establecen las condiciones necesarias y a su vez garantizan otros derechos de las trabajadoras (Figura 3 y 4).

Figura 3. Derecho al cuidado en el entorno laboral. Adaptado de la LODCH (2023), art. 13.

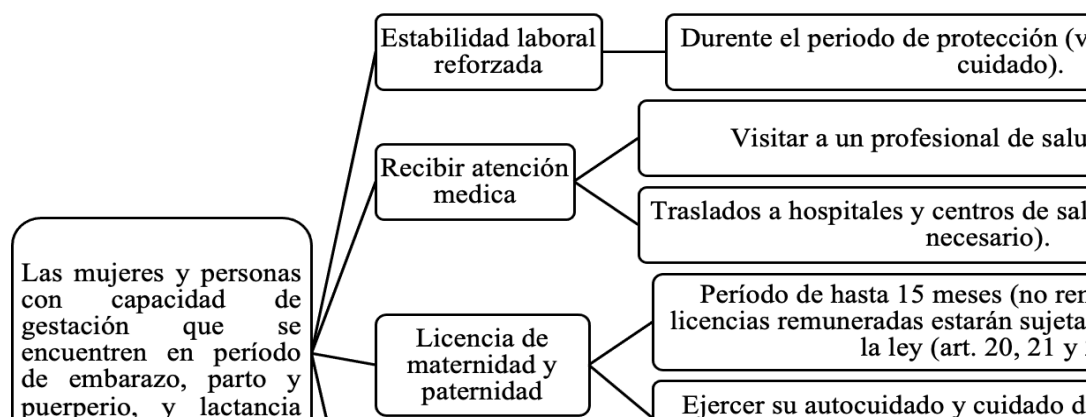
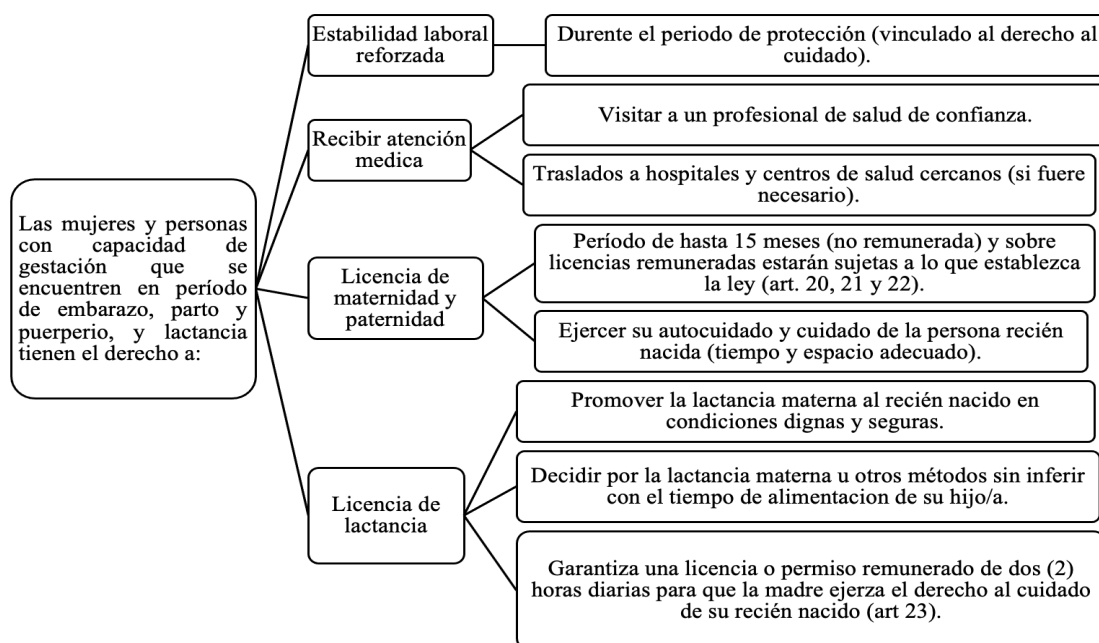


Figura 4. Derecho al cuidado de las personas con capacidad de gestación, embarazadas y en período de lactancia en el contexto laboral. Adaptado de la LODCH (2023).



Lo expuesto pone en evidencia la necesidad institucional y estatal de positivizar en una ley el derecho al cuidado. La LODCH (2023) recopila así todos los elementos que se desprenden de este derecho y, entre otros, resaltan los siguientes: 1) las licencias de maternidad y paternidad remuneradas y no remuneradas, enfatizando en la inclusión cuando se trata de madres y padres adoptivos; 2) la licencia de lactancia, que incluye varios aspectos de índole internacional (mayor detalle se expone en el siguiente apartado); 3) las salas de apoyo de lactancia materna; 4) los servicios de cuidado infantil financiados con recursos públicos o privados.

La Ley promueve además medidas para crear modelos, protocolos y programas con la finalidad de reforzar redes comunitarias nacionales e internaciones para impulsar el derecho al cuidado en igualdad de condiciones, con enfoque de género y con énfasis en elementos como el derecho y el deber a cuidar. Es importante tomar en cuenta que la creación y publicación de la LODCH ampara derechos y aspectos que han sido propuestos y fomentados en instrumentos, convenios y comisiones internacionales y, por lo tanto, constituye una guía básica de soporte de la Constitución para la tutela, la protección y las garantías de derechos relacionados principalmente con la esfera laboral pública y privada.

Derecho a la lactancia materna

La lactancia materna constituye un método trascendental de supervivencia y salud como un medio más idóneo para asegurarle una adecuada nutrición tanto para el lactante como para la madre⁹ porque es:

Segura y limpia y contiene anticuerpos que protegen de muchas enfermedades propias de la infancia. Además, suministra toda la energía y nutrientes que una criatura necesita durante los primeros meses de vida, y continúa aportando hasta la mitad o más de las necesidades nutricionales de un niño durante la segunda mitad del primer año, y hasta un tercio durante el segundo año. (Organización Mundial de la Salud, 2024, párr. 2)

Marquis (2005) concluye en su estudio sobre la lactancia materna y el impacto en el desarrollo emocional y psicosocial infantil que son varios los factores internos y externos que influyen en el lactante como aspectos biológicos (la predisposición y salud de la madre y del lactante), ambientales, nutricionales, entre otros. El análisis demuestra las diferencias que existen en dos grupos: aquellos amamantados con leche materna y quienes mantuvieron otro método de alimentación como, por ejemplo, fórmula.

Tanto el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la OMS (2018) han incursionado en la promoción de este derecho por medio de la *Guía para la aplicación, protección, promoción y apoyo de la lactancia natural en los centros que prestan servicios de maternidad y neonatología* (, p. 12). El documento busca incentivar la estricta aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y las resoluciones conexas de la Asamblea Mundial de la Salud encaminadas a promocionar prácticas y servicios relacionados con la lactancia materna, el desarrollo del lactante y la madre.

Por supuesto, de la salud y el bienestar de la madre y del lactante se desprende el adecuado desarrollo físico, aspecto que Borre, Cortina y González (2014) lo subrayan al mencionar la importancia de socializar información sobre la lactancia materna exclusiva y los métodos de amamantamiento con el fin de asegurar el correcto crecimiento de los hijos. Ahora bien, a partir de la teoría de los derechos humanos, la lactancia puede categorizarse en diversas ramas del derecho:

Como derecho civil, a propósito de un ejercicio de libertades y decisiones sobre la vida privada, personal y familiar. Por vincularse la lactancia con la salud y los derechos a la salud sexual y reproductiva, por seguridad alimentaria o por su impacto para reducir la desnutrición y erradicar la pobreza, podría categorizarse como un derecho de los económicos, sociales y culturales. A propósito de que la lactancia tiene impacto tan importante en la protección ambiental... constituye un derecho colectivo o difuso. En todo caso, no es necesario excluir el derecho a la lactancia de una categoría de derechos humanos para encasillarlo en otra, igualmente se aprecia su verdadera importancia e impacto social. (García, 2019, pp. 332-333)

Es indispensable asimismo tomar en cuenta lo establecido en la normativa nacional sobre el derecho a la lactancia y su impacto en la esfera laboral para analizar y corroborar con experiencias reales su correcta aplicación en el Consejo de la Judicatura. A fin de cuentas, la CRE (2008) determina en sus art. 43 y 332 que el Estado tiene el deber de garantizar los derechos de las mujeres durante su período de lactancia.

De ahí que el Ministerio de Salud Pública (MSP, 2024) impulse la implementación de salas de apoyo a la lactancia materna¹⁰ o lactarios¹¹: hasta 2019 se registraron 52 entidades públicas y privadas que son parte de la iniciativa promulgada en todo el territorio ecuatoriano con miras a potenciar la alimentación y el desarrollo de los menores de dos años. La premisa radica en concientizar sobre la relevancia que tiene la lactancia materna natural para el desarrollo del bebé y el cuidado de la madre, aspecto que tiende a ser subestimado en la sociedad.

En 2024, se expidió un Acuerdo Interministerial Nro. MDT-MSP-2024-0000 entre el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud Pública, con la finalidad de expedir el reglamento para la implementación, adecuación

⁹ Sobre la lactancia materna ver párrr. 82-88, pág. 21, de la Sentencia No. 3-19-JP y acumulados de la Corte Constitucional.

¹⁰ Ver Acuerdo Interministerial Nro. MDT-MSP-2024-0000, las salas de apoyo a la lactancia materna con ambientes o espacios higiénicos y acondicionados, en donde las madres que ejercen la lactancia materna y durante la jornada laboral o académica, puedan amamantar y/o extraer su leche materna y conservarla adecuadamente (según las recomendaciones o parámetros) para que, con posterioridad, su hijo o hija pueda ser alimentada de forma segura. (2024)

¹¹ Ver datos del MSP sobre la aprobación de lactarios en las instituciones públicas y privadas en <https://www.salud.gob.ec/lactancia-materna/>

y uso de las salas de apoyo a la lactancia materna en los centros de trabajo del sector público y privado y su instructivo, para definir acciones, adicionalmente establece los tipos de lactancia materna que son:

Lactancia materna exclusiva

Consiste en dar al lactante únicamente leche materna; es decir, no se deben dar otros líquidos (incluyéndose agua), tampoco dar alimentos sólidos, considerando la excepción de la administración de soluciones de rehidratación oral o de vitaminas, minerales o medicamentos en forma de gotas o jarabes. Se la recomienda hasta los primeros seis (6) meses de vida del lactante.

Lactancia materna predominante

Significa que el proceso predominante de alimentación del lactante es a través de la leche materna (incluida la leche extraída o de nodriza). El niño o niña puede recibir además líquidos como agua y bebidas a base de agua, jugos de fruta, líquidos rituales y sales de rehidratación oral, gotas o jarabes (vitaminas, minerales y medicamentos prescritos). (2024, pp. 7)

Bajo la Coordinación Nacional de Nutrición se elaboraron las normas para la implementación y el funcionamiento de lactarios institucionales en el sector público y privado (Tabla 1). El propósito es brindar recomendaciones a las madres sobre la correcta extracción, recolección y almacenamiento de la leche y a su vez garantizar que el niño o niña acceda a este beneficio dentro de las instituciones.¹²

Aspectos	Especificaciones
Espacio y ubicación	- Área no menor a diez metros cuadrados (10m²) - Disponibilidad de tomacorriente - Ubicación accesible (entre el primer o segundo piso)
Privacidad	- Ambiente tranquilo y privado, que permita a las madres estudiantes o trabajadoras la posibilidad de extraer su leche en forma relajada, sin interferencias externas. - El área física del lactario debe ser independiente del baño
Equipamiento	- Mesa y un sillón que permita a las madres la posibilidad de extraer su leche cómodamente sentada. - Refrigeradora con termómetro para almanecinar la leche extraída durante su jornada (Monitoreo diario de temperatura no mayor 3°C) - Lavado (Jabón líquido y toallas desechables) - Envases para la recolección y almacenamiento de lecha - Espacio o máquina para esterilizar los envases.

Tabla 1. Requisitos generales para la implementación de lactarios. Adaptado de MSP (2011).

Sin duda, la instalación y el funcionamiento de las salas de lactancia en los centros de trabajo tanto en el sector público como en el sector privado es una iniciativa de gran envergadura que impulsa el Estado. Pero claro, ello no exime ni soslaya tantos otros retos compartidos que tiene el Estado, el empleador y la trabajadora al momento en que se reincorpora a sus actividades tras cumplir su licencia de maternidad y las condiciones que debe enfrentar durante su período de lactancia.

Perspectiva de género

Como se ha visto en los anteriores acápites la perspectiva de género es visible, como una reestructuración progresiva de los derechos humanos. Judith Salgado explica el enfoque de género desde un aspecto personal,

¹² Ver art. 26 de la LODCH sobre las salas de apoyo de lactancia.

dentro del cual expone las diferentes alternativas que se pueden aplicar para reconfigurar la organización social, política, económica y cultural, en razón del constante debate entre las relaciones de poder de hombres y mujeres que se entrelazan. Para Marcela Larde (1996, p.1):

Esta perspectiva reconoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática. Sin embargo, plantea que la dominación de género produce la opresión de género y ambas obstaculizan esa posibilidad. Una humanidad diversa democrática requiere que mujeres y hombres seamos diferentes de quienes hemos sido, para ser reconocidos en la diversidad y vivir en la democracia genérica.

La autora menciona que la perspectiva de género se ha convertido en una categoría de análisis para promover los derechos humanos, que tiene como fuente principal el cumplimiento de la igualdad formal y material, estableciendo redes de comunicación, aprendizaje, participación política con la aplicación de mecanismos institucionales para promover que entre hombres y mujeres existen diferencias, y esas mismas se convierten en elementos para beneficio de los dos sectores. Esto tiene relación con la Norma Técnica para Transversalizar el Enfoque de Género en el Sector Público, que fue instaurado en 2024, cuyo artículo 3 numeral 2 establece:

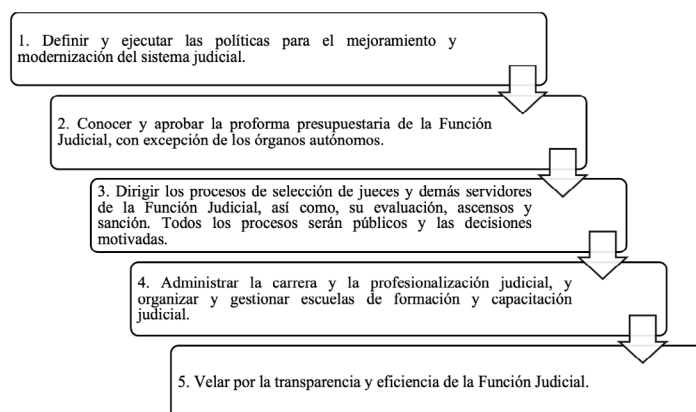
Enfoque de género: Permite comprender la construcción social, cultural de roles y prácticas entre hombres y mujeres, que históricamente han sido fuente de inequidad, discriminación, amenaza y vulneración de derechos, y que convoca a modificar creencias, valores y principios, para construir relaciones sociales diferentes que garanticen la plena igualdad de oportunidades entre personas diversas.

Esta norma recoge directrices técnicas internas y externas enfocadas en entidades del sector público que tienen como objeto entablar un plan de igualdad de género institucional, asimismo, como la implementación de políticas públicas y mecanismos de participación ciudadana. Bajo esta línea García (2021, pp. 104.) menciona que “bajo el principio de la indivisibilidad de los derechos humanos, el análisis de género debe incluir una mirada interdisciplinaria e intersectorial para comprender la situación de las madres trabajadoras que enfrentan desafíos [...] para mantener sus ingresos”.

Un enfoque de género sobre los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia implica en primer lugar, reconocer la discriminación estructural que las mujeres enfrentan desiguales específicas derivadas tanto de su condición biológica, como de los roles sociales asignados por la sociedad. Este enfoque busca diseñar políticas públicas y normativas específicas para garantizar que se respeten, protejan y se promuevan los derechos, así como también la promoción de la igualdad de oportunidades, mejoramiento de las condiciones laborales dignas, sin represalias por su maternidad. Gestión del Consejo de la Judicatura en las principales unidades judiciales de Pichincha

El Consejo de la Judicatura “es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial” (CRE, 2008, art. 178). Las funciones que le corresponden a esta entidad las detalla la Figura 6.

Figura 5. Funciones del Consejo de la Judicatura. Tomado de la CRE (2008), art. 181.



Pese a que el Consejo de la Judicatura es el órgano principal de la función judicial, al momento enfrenta problemas presupuestarios y de diversa índole que le limitan a cubrir las necesidades inherentes a su gestión. Con la finalidad de develar esta realidad se realizaron varias entrevistas en las cuatro unidades judiciales más concurridas de Pichincha, así como en la planta central, en las que se recopiló información de funcionarias y funcionarios públicos de distintos rangos y departamentos administrativos. Para analizar la gestión del Consejo de la Judicatura respecto a los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, es útil distinguir los tipos de discriminación que pueden presentarse, tal como lo sugiere la literatura especializada y las observaciones de los revisores. Estos tipos son: i) *discriminación directa*: cuando una norma, política o acto explícitamente trata de forma desfavorable a una mujer por razón de su embarazo o maternidad; ii) *discriminación indirecta*: se produce cuando una norma, criterio o práctica aparentemente neutra perjudica de manera desproporcionada a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a menos que dicha norma, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean necesarios y adecuados; iii) *discriminación estructural*: se refiere a las desventajas sistemáticas y arraigadas que experimentan las mujeres debido a patrones culturales, sociales y organizacionales que, a menudo de forma implícita, limitan sus oportunidades o el ejercicio de sus derechos, como la falta de infraestructura de cuidado o la persistencia de culturas laborales que no facilitan la conciliación.

A lo largo de este capítulo, se examinarán diversas situaciones y testimonios que pueden ser interpretados a la luz de estas categorías, evidenciando las múltiples formas en que los derechos de este grupo pueden ser vulnerados. Se evidenciaron graves vulneraciones de derechos para las mujeres embarazadas y en período de lactancia en las principales unidades judiciales de Pichincha, en razón de varios aspectos que provocan que la institucionalidad se encuentre en crisis.

Departamento de Talento Humano de la Dirección Provincial de Pichincha

Las entrevistas realizadas en el Departamento de Talento Humano de la Dirección Provincial de Pichincha (DTHDPP o Talento Humano) fueron trascendentales para comprender el proceso establecido en la institución ante un embarazo y durante el período de lactancia de las trabajadoras. Entonces, el primer paso consiste en que la colaboradora comunique por correo institucional a este departamento sobre su situación de maternidad para tomarla en consideración como parte del grupo de atención prioritaria; por supuesto, debe adjuntar los respaldos correspondientes, por ejemplo, el certificado médico. De ese modo, se determinan los derechos que legalmente le corresponden como, entre otros, el tipo de licencia.

El Consejo de la Judicatura otorga 84 días por licencia de maternidad equivalente a 12 semanas, tal como lo dispone la LOSEP (art. 24), contados a partir del nacimiento del bebé (si nace en días no laborables o feriados también se cuenta para la licencia). Al cumplirse este periodo, en el día 85, la madre debe entregar un formulario interno para acceder a su licencia por lactancia y en el cual tiene que detallar el horario que va a utilizar para tal efecto, tomando en cuenta que la LOSEP (2016) dispone que “tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad” (art. 33).

La licencia de lactancia no ha sido regulada por la ley sino más bien a partir de la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de la Corte Constitucional¹³ y se encuentra reglamentada a través del Acuerdo Ministerial 0266-2018 (arts. 9-10) del MSP, conforme a las atribuciones conferidas por la CRE (2018) en el art. 154, num. 1, y el art. 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE, 2018).

Ahora bien, de las entrevistas realizadas llama la atención que las funcionarias deban necesariamente tener un horario previamente establecido para la lactancia, hecho que depende de varios factores como la unidad judicial, el puesto de trabajo, la carga laboral y la coordinación con el equipo. Estos son aspectos que inciden en el libre ejercicio del derecho a la lactancia y, en consecuencia, transgreden otros vinculados a esta doble titularidad que atañe a la mujer y a su hijo o hija, lo cual, es una clara muestra de una forma de discriminación estructural, ya que este organismo no actúa de manera diligente frente a las necesidades que enfrentan este grupo de atención prioritaria.

13 Ver pp.65-68 de la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de la Corte Constitucional.

Al respecto como forma de solución el artículo 4 del Acuerdo Interministerial Nro. MDT-MSP-2024-0000 establece la responsabilidad que tienen las Unidades de Administración del Talento humano, dentro del cual establece 3 puntos clarísimos que pueden fortalecer al Consejo de la Judicatura, estos son:

1. Poner en conocimiento de la Coordinación General Administrativa Financiera del centro de trabajo, o quien hiciere sus veces, el listado de las posibles usuarias de las salas de apoyo a la lactancia materna, a fin de garantizar su acceso adecuado y oportuno.
2. Mantener un registro pormenorizado de gestantes y en período de lactancia materna, así como del uso de las salas de apoyo a la lactancia materna; de acuerdo a la forma y términos señalados en el anexo 1 del presente Reglamento.
3. Controlar el funcionamiento y el buen manejo de los equipos y bienes que se encuentren en las salas de apoyo a la lactancia materna.

De igual forma, en los artículos siguientes del Acuerdo Interministerial, establece las formas de uso de los lactarios, así como las sanciones que pueden enfrentar a través de la Contraloría General del Estado. En consecuencia, la administración pública ha interpuesto las herramientas para que las demás instituciones y organismos del Estado puedan gestionar la ejecución y garantizar los derechos de las funcionarias públicas.

Planta central del Consejo de la Judicatura

La información recolectada en la planta central del Consejo de la Judicatura permitió configurar un criterio más profundo sobre la ineptitud y la falta de conocimiento por parte de Talento Humano y la problemática que ello desencadena en las funcionarias que atraviesan un embarazo o están en período de lactancia. A pesar de que en esta sede labora la mayor parte del personal administrativo y de las funcionarias de grados jerárquicos superiores, los atropellos por parte de Talento Humano a sus derechos de maternidad son iguales o mayores que en las unidades judiciales.

Al respecto, es importante acotar que el Consejo de la Judicatura no posee a nivel nacional con protocolos internos ni trámites automatizados que beneficien y brinden un tratamiento especial a los grupos de atención prioritaria. Solicitar cualquier tipo de permiso o licencia es un trámite engorroso porque las funcionarias no cuentan con el conocimiento ni tampoco con una guía o procedimiento a seguir. Si a ello se suma la inoperancia de Talento Humano inclusive llegan a existir ciertas acciones que desembocan en una suerte de hostigamiento. Un ejemplo tangible se evidencia al momento en que pese a tener autorizada la licencia correspondiente, varias funcionaras optan por completar su jornada ante el riesgo de perder su trabajo por ausentarse o bajar su nivel de gestión. De ahí que sus compañeros cumplan un papel preponderante para apoyar a la colaboradora durante su etapa de gestación y lactancia.

En cuanto se refiere a la sala de lactancia se encuentra en la planta baja, lugar en el que también funciona el departamento médico, por lo que el monitoreo a las servidoras públicas es constante. Además, se lleva un registro de las visitas que es entregado mensualmente al MSP en conjunto con un reporte. La sede tampoco cuenta con salas lúdicas en vista de que aparentemente la demanda no lo amerita ni tampoco dispone de baños con cambiadores para bebés, que resultan de gran apoyo cuando las funcionarias llevan a su hijo o hija al lugar de trabajo.

La Planta Central del Consejo de la Judicatura es una de las principales agentes que pueden generar cambios significativos, como la implementación de políticas públicas, en concordancia con la norma técnica para transversalizar el enfoque de género en el sector público, con apoyo de la administración pública, se pueden lograr grandes cambios como es el caso de instructivos de planificación o normativas que pueden ser gestionadas por grupos la participación ciudadana.

En resumen, existen vulneraciones por parte del departamento de la Planta Central debido a la falta de tratamiento y aplicación oportuna de los derechos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia. Además, resalta la negligencia del Consejo de la Judicatura y del Estado por no contar con el presupuesto necesario para cubrir las necesidades inherentes a esta problemática.

Unidad Judicial de la parroquia Ñaquito

La información recopilada de esta unidad judicial permitió identificar el proceso que realmente siguen

las funcionarias para acceder a las licencias de maternidad y lactancia. Se observó más a fondo la problemática que enfrentan al no poder ejercer sus derechos libremente debido a que su cargo, el departamento y la sobrecarga laboral podrían verse vulnerados ante una baja en su productividad y, por ende, poniendo en riesgo su trabajo. En esta unidad judicial, se evidencia claramente los tres tipos de discriminación, directa, indirecta y estructural lo cual se despliega a continuación.

En su mayoría, funcionarias y funcionarios públicos no saben cómo seguir el proceso de licencia dado que Talento Humano no ha socializado la información y tampoco existe un canal destinado específicamente a este tipo de consultas. El único medio de comunicación es el correo electrónico institucional, pero no hay respuestas inmediatas; todo lo contrario, inclusive se registran demoras de más de dos meses. Esta situación pone en la mira la poca agilidad para gestionar las solicitudes, pues no hay una comunicación fluida con los servidores públicos y la lentitud genera malestar en el personal e inclusive los desincentiva a poner reclamos de distinta índole dado que quizá se haga caso omiso y provoque una discriminación indirecta y estructural entre el personal de talento humano y las funcionarias públicas.

En lo que respecta a las salas lúdicas fueron creadas para proporcionar un servicio de cuidado momentáneo para los hijos de los usuarios que acuden a las unidades judiciales mientras asisten a una audiencia o realizan un trámite en particular. Es importante acotar que no son espacios destinados a fungir como guarderías y por esa razón la madre debe firmar un formulario interno para acceder al servicio; sin embargo, ello no exime que deben ser áreas que realmente brinden las condiciones y los cuidados específicos que los infantes requieren.

Hace poco más de tres años sí había una guardería, pero se cerró porque la alta demanda superaba la capacidad presupuestaria del Consejo de la Judicatura. No obstante, la entidad ha efectuado ya un levantamiento a nivel nacional sobre las funcionarias que necesitan este servicio y que tienen hijos menores de cinco años a su cargo. El fin es lograr la aprobación de una partida presupuestaria, pero hasta el momento no hay contestación alguna por parte de la Dirección Nacional del Consejo de la Judicatura ni mucho menos del Gobierno Central, lo que pone en evidencia la falta de gestión para hacer valer los derechos sobre el cuidado infantil conforme lo establece el art. 27 de la LODCH (2023).

A pesar de esta situación crítica, la Unidad Judicial de Iñaquito puso a disposición a inicios de 2024 un lactario que cumple con todos los parámetros requeridos (descritos en el apartado de derecho a la lactancia materna). Hasta el momento, es el único oficialmente creado en una unidad judicial y avalado por el MSP en Pichincha. Pero las funcionarias no han recibido la información sobre su existencia, ni mucho menos la promoción de uso de este tipo de salas de apoyo para la lactancia materna.

Unidad Judicial de la parroquia Mariscal Sucre

La también conocida como Unidad Tercera otorga un tratamiento diferente para las embarazadas o en período de lactancia, pues el coordinador de la unidad tiene comunicación directa con Talento Humano (de acuerdo con su puesto administrativo) y por esa razón quienes desean solicitar una licencia de maternidad y lactancia se dirigen a él, pues el proceso es eficiente y agiliza el trámite.

En lo que respecta a las salas lúdicas, al igual que en la unidad de Iñaquito y de Quitumbe, están al servicio de los usuarios que acuden a realizar trámites o audiencias, pero resalta el hecho de que también lo pueden usar las funcionarias por cierto tiempo mientras realizan sus labores dentro de la institución. En lo que concierne a la sala de lactancia, en realidad la unidad no cuenta con una avalada por el MSP, pero hay una oficina adaptada que brinda cierta privacidad y comodidad para la extracción de la leche.

La organización, el compañerismo y la empatía desembocan en que el manejo y la gestión de la unidad judicial sean más efectivos; sin embargo, hay ocasiones que algunos se muestran reticentes cuando una trabajadora lleva a su bebé y destina dos horas diarias para la lactancia. En todo caso, en su mayoría, los trabajadores comprenden los retos intrínsecos de la maternidad porque son padres o madres. A pesar de que, existe un mejor manejo y comunicación en esta unidad judicial, aún se puede palpar la discriminación de tipo indirecta y estructural frente a la inoperancia y falta de gestión por parte de los Departamentos encargados de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura.

Unidad Judicial de la parroquia Quitumbe

Toda gestión concerniente a la licencia de maternidad o lactancia se tramita por medio del coordinador de la unidad y paralelamente en la Dirección de Talento Humano, la cual está físicamente en Iñaquito. Las entrevistadas corroboraron que el trámite es relativamente rápido, pues el coordinador brinda todo el apoyo requerido para que el proceso sea ágil y lo más sencillo posible.

Ahora bien, un aspecto que despierta la atención es la similitud con las otras unidades judiciales sobre los horarios de lactancia y el hecho de que la licencia dependa de varios factores como el puesto de trabajo, la carga laboral y la coordinación con el equipo, situación que puede dar paso a una vulneración de los derechos. En ciertos casos, algunas funcionarias han impuesto quejas a Talento Humano debido a la falta de comprensión por parte de sus compañeros al exigirles culminar la jornada laboral completa, lo que demuestra una falta de empatía. Ciertamente, hay excepciones.

En cuanto a la sala lúdica es un espacio destinado para los usuarios cuando requieren realizar algún trámite; sin embargo, por lo general se encuentra cerrada y la persona a cargo tampoco muestra empeño en promover su uso. Tal es el desinterés que inclusive ante los pedidos de funcionarias que requieren usar la sala por un momento para sus hijos o hijas, la encargada niega por completo esa posibilidad o ni si quiera se encuentra en el lugar.

Finalmente, la Unidad Judicial de Quitumbe no cuenta con un lactario adecuado y aprobado por el MSP ni tampoco con una sala privada destinada a esa actividad. En vista de ello, las madres acuden al baño para realizar la extracción de la leche y el almacenamiento lo hacen en una refrigeradora compartida, pero cuando el espacio es insuficiente no tienen otra alternativa más que desecharla.

Unidad Judicial de Rumiñahui

Esta unidad judicial funciona en condiciones precarias en un edificio con un área muy reducida a diferencia de las otras y, por consiguiente, no existe una sala lúdica ni mucho menos de lactancia. Ante ello, las funcionarias extraen su leche en el baño o en alguna oficina que les permita tener algo de privacidad. El problema inclusive trasciende hacia la falta de un espacio para almorzar, pero el Consejo de la Judicatura no ha realizado hasta la actualidad ninguna gestión para mejorar este panorama.

Las vulneraciones de los derechos de las embarazadas y en periodo de lactancia son más visibles y a ello se suma la desorganización entre el personal administrativo y judicial, hecho que torna más compleja la solicitud de licencias y permisos. Al igual que en las otras unidades judiciales, estos pedidos se tramitan a través del correo electrónico, pero la lentitud y la falta de gestión de Talento Humano despiertan una constante incertidumbre a tal punto que varias funcionarias han debido trasladarse hacia las oficinas de Iñaquito para conocer el estado de su trámite. Como se constata, el tratamiento de cada unidad judicial es diferente y depende de su ubicación geográfica y de la persona responsable de la coordinación administrativa. En ese sentido, esta unidad en particular evidencia serias transgresiones a los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y vulneraciones graves a los derechos del trabajo al no proporcionar un espacio digno para desarrollar las actividades.

Medios de acción ante vulneraciones de derechos

Las mujeres embarazadas y en período de lactancia tienen derechos específicos que deben salvaguardarse mediante la Constitución, la normativa internacional y nacional, las políticas públicas, entre otras. En caso de vulneraciones existen varios medios de acción disponibles para buscar justicia y reparación integral como, por ejemplo, acercarse al Ministerio de Trabajo y presentar una denuncia o visto bueno en contra de su empleador (en este caso, el Consejo de la Judicatura). De igual forma, las servidoras públicas tienen la posibilidad de solicitar auxilio a través del ECU 911 y de la Policía Judicial ante situaciones de emergencias en caso de que atenten en contra de su integridad.

Las funcionarias cuentan también con la opción de presentar un reclamo administrativo en el Consejo de la Judicatura y pedir apoyo a través de los sindicatos ante una transgresión de sus derechos como, por ejemplo, ante la falta de un correcto trámite de la licencia de maternidad o lactancia y las escasas facilidades conforme a la normativa nacional e internacional. Asimismo, por la vía judicial y del derecho constitucional

pueden interponerse varias acciones como, entre otras, despido intempestivo, despido ineficaz y medidas cautelares de dos clases: autónoma, que previene la violación de un derecho; conjunta, que es parte de la garantía reparatoria y la acción de protección interpuesta para cesar las violaciones de los derechos (Guerrero, 2020). Conforme a los tipos de garantías jurisdiccionales, la vía más efectiva y rápida para obtener justicia mediante medidas de reparación es a través de una acción de protección¹⁴:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. (CRE, 2008, art. 332)

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2020) establece las reglas, el objeto, los requisitos y demás elementos necesarios que deben tomarse en cuenta previo a presentar una acción de protección. Además, existe un principio de protección laboral reforzado cuando ocurren vulneraciones a mujeres embarazadas y en período de lactancia, así como vías administrativas y judiciales nacionales. Sin embargo, cuando ningún camino proporciona una solución adecuada, la persona puede recurrir a organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y tantos otros ratificados por el Estado.

En síntesis, a pesar de contar con medios de acción jurídicos, es indispensable que las servidoras públicas obtengan asesoría jurídica y/o asistencia legal ante vulneraciones de sus derechos, así como mecanismos de protección, apoyo psicosocial y asistencia médica dado el impacto emocional y físico que cada situación en particular conlleva para la mujer embarazada o en período de lactancia. Finalmente, es importante impulsar capacitaciones y campañas de concientización para promover el efectivo ejercicio de los derechos.

Conclusiones

Los derechos de las embarazadas y en período de lactancia están amparados en la Constitución, por lo que el Estado es responsable de llevar a cabo las gestiones necesarias para crear políticas adecuadas a nivel público y privado y brindar las garantías para el ejercicio de estos derechos. Es indispensable resaltar y felicitar la gestión de la Corte Constitucional por la emisión de la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados que logró establecer un precedente jurisprudencial importante para promover y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el contexto laboral público. Asimismo, las decisiones de la Corte dieron paso a emitir el Acuerdo Ministerial 0266 del MSP para el uso e implementación de salas de apoyo de lactancia materna en el sistema nacional de salud.

Pese a que el Consejo de la Judicatura es el principal órgano rector de la función judicial y el encargado de la administración de justicia, se evidencian constantes vulneraciones de los derechos hacia las funcionarias embarazadas o en período de lactancia. En efecto, y en concordancia con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la normativa es amplia pero la mayoría de las veces no se cumple y, en consecuencia, por acción u omisión se transgreden los derechos.

La gestión que efectúa la Dirección de Talento Humano de Pichincha del Consejo de la Judicatura demuestra serias deficiencias que se tornan en un tema complejo ante situaciones relacionadas con los grupos de atención prioritaria como son las madres en período de embarazo o lactancia. Solicitar la licencia y/o permiso correspondiente subraya en un proceso sumamente engorroso, pero que en algo se agiliza en las unidades judiciales Mariscal Sucre y Quitumbe gracias al apoyo de sus coordinadores. La Unidad Judicial de Ñaquito es la única que cuenta con una sala de lactancia aprobada por el MSP, pese a que todas tienen la obligación de contar con espacios que brinden privacidad y confort para la extracción de la leche e incentiven la promoción de la lactancia materna natural.

14 Ver capítulo II, desde art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La organización y la empatía son indispensables para el ejercicio eficaz de los derechos. Además, es fundamental tomar en cuenta que las funcionarias que se encuentran en estado de gestación o en período de lactancia son parte del grupo de atención prioritaria y, por lo tanto, su protección y cuidado es obligatorio. La doble titularidad de los derechos recae en la madre, en los hijos e hijas y en el empleador. Surge así la necesidad imperante de disponer un espacio con las facilidades del caso para el cuidado del infante y a su vez proporcionar las condiciones y los recursos necesarios para salvaguardar sus derechos.

El enfoque de género se ha convertido en una perspectiva que redimensiona el contenido mínimo obligatorio e inderogable de los derechos humanos, al igual que su progresividad y no discriminación, al igual que protección de los grupos que merecen atención prioritaria. El Estado ha implementado acuerdos ministeriales, políticas públicas y normativa técnica para que se pueda aplicar en beneficio de los grupos de atención prioritaria, siendo también beneficiadas las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia para que puedan ser ejecutadas tanto en el sector público como en el sector privado.

Es importante reconocer que este estudio se enfoca primordialmente en el Consejo de la Judicatura de la provincia de Pichincha, por lo que sus hallazgos, si bien significativos, reflejan una realidad específica que podría variar en otras jurisdicciones o instituciones del país. El número de entrevistas, aunque proporcionó información valiosa y profunda, representa una muestra cualitativa y no pretende una generalización estadística. Futuras investigaciones podrían expandir el análisis a otras provincias para obtener una perspectiva nacional más amplia, así como profundizar en el impacto a largo plazo de las políticas de cuidado implementadas o en la cultura organizacional específica de otras entidades del sector público respecto a los derechos de maternidad.

Recomendaciones

El Departamento de Talento Humano de Pichincha del Consejo de la Judicatura debe brindar capacitaciones y generar un canal de comunicación constante hacia las y los funcionarios públicos para gestionar los permisos o licencias de maternidad y lactancia. Asimismo, es imperante que el personal administrativo socialice los formularios internos y agilice los trámites, lo que implica crear protocolos internos exclusivos para las funcionarias en estado de maternidad y lactancia.

Es crucial crear espacios adecuados que funcionen como salas de lactancia en cada unidad judicial y fomentar a través del equipo médico, con apoyo del MSP, la correcta forma de extracción de la leche y promover la importancia de la lactancia materna natural. También es importante incentivar el uso de salas lúdicas a través de resoluciones internas para los hijos de las y los funcionarios cuando requieran un espacio de cuidado momentáneo. El objetivo debe enfocarse en generar confianza y apoyar a los servidores públicos en casos de emergencia.

La nueva normativa técnica y acuerdos ministeriales permitiría tomar como punto de partida de las políticas públicas para gestionar y aplicar en el Consejo de la Judicatura de Pichincha. Finalmente, se recomienda realizar el levantamiento de información provincial y llevar a cabo los estudios correspondientes para solicitar un presupuesto encaminado a ejecutar un proyecto o política pública para guarderías institucionales y/o bonos destinados a las y los funcionarios públicos. El propósito radica en que todos ejerzan su derecho al cuidado de conformidad con la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano.

Referencias

- Borre, Y., Cortina, C. y González G. (2014). Lactancia materna exclusiva: ¿la conocen las madres realmente? Revista Cuidarte, 5(2), (pp.723-730): DOI: 10.15649/cuidarte.v5i2.84
- Gallardo, E. (2017). Metodología de la Investigación. Universidad Continental.
- García, R. (2021). Lactancia. Protección y garantía del derecho humano en el ámbito laboral. 1ra. edición. Editorial Jurídica Cevallos.
- (2019). Lactancia: derecho garantizado en el sistema jurídico ecuatoriano. Una mirada desde el enfoque de género y la doctrina de protección integral de la niñez. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49(131), (pp. 327-360). DOI: 10.18566/rfdcp.v49n131.a05%20
- Guerrero, J (2020). Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador. 1ra. edición. Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.

- Jaramillo, C. (2021). Técnicas de Investigación Jurídica. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Lagarde, M. (1996) "El género". En Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia, Ed. horas y HORAS, pp. 13-38.
- López, D., Quishpe, R. y Vilela, W. (2023). El derecho al cuidado de las mujeres embarazadas en el contexto laboral público y sus consecuencias jurídicas. Polo de Conocimiento, 8(3), (pp.464-484). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9285439.pdf>
- Machado, L., Cedeño, M. y Jiménez, D. (2023). El despido ineficaz de mujeres en Ecuador. Enfoque legal, constitucional y convencional. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 6(1), (pp.14-24). DOI: 10.62452/yzsbzq26
- Marquis, G. (2005). Lactancia materna y su impacto sobre el desarrollo emocional y psicosocial infantil: comentarios sobre Woodward y Liberty, Pérez-Escamilla, y Lawrence. Enciclopedia sobre el Desarrollo de la Primera Infancia. Disponible: <https://www.encyclopedia-infantes.com/lactancia-materna/segun-los-expertos/lactancia-materna-y-su-impacto-sobre-el-desarrollo-emocional-y>
- Montero, H., Romero, E. y López, Y. (2022). Derechos laborales de las mujeres embarazadas y lactantes en Ecuador ante el despido intempestivo. Sociedad & Tecnología, 5(S1), (pp.223-236). DOI: 10.51247/st.v5iS1.245
- Presidencia de la República del Ecuador. Decreto Ejecutivo 2428. (4 de mayo de 2018). RO. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Oyarte, R. (2022). Derecho Constitucional. 4ta. edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Quecedo, R. y Castaño, C (2002). Introducción a la metodología cuantitativa. Revista de Psicodidáctica, (14), (pp.5-40). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=739292>
- Salgado, J. (2013). Manual de formación en género y derechos humanos. Corporación Editorial Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Disponible: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7183/1/Salgado%20J-Manual%20de%20formacion%20en%20genero.pdf>
- Sanz, A. (2005). El método bibliográfico en investigación social: potencialidades y limitaciones de las fuentes orales y los documentos personales. Asclepio, 57 (pp.99-115). Disponible: <https://asclepio.revistas.csic.es/index.php/asclepio/article/view/32/31>
- Vargas Arévalo, C. (2007). Análisis de las Políticas Públicas. Perspectivas. Universidad Católica Boliviana San Pablo. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942453011.pdf>
- Villavicencio, L. (2020). Régimen laboral de las empresas públicas ecuatorianas. Revista Facultad De Jurisprudencia PUCE, (7), (pp.366-404). DOI: 10.26807/rfj.v7i7.255

Resoluciones y documentos legales

- Asamblea Nacional del Ecuador. Código del Trabajo. (22 de junio de 2020). RO. 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (29 de marzo de 2023). RO. 544 de 9 de marzo de 2009.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. (24 de mayo de 2018). RO. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (3 de febrero de 2020). RO. 52 del 22 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica de Servicio Público. (28 de marzo de 2016). Registro Oficial Suplemento 294. RO. 294 de 6 de octubre de 2010.
- Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano. (12 de mayo de 2023). RO. 309 de 12 de mayo de 2023.
- Acuerdo Interministerial Nro. MDT-MSP-2024-002 (2024). Reglamento para la implementación, adecuación y uso de las salas de apoyo a la lactancia materna en los centros de trabajo del sector público y privado y su instructivo. Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud Pública.
- C183-Convenio sobre la protección de la maternidad. Organización Internacional del Trabajo. 15 de junio de 2000.
- Comisión para la igualdad de Oportunidades en el Empleo. (s.f.). Tus derechos. Recuperado de <https://www.eeoc.gov/es/youth/tus-derechos>
- Constitución de la República del Ecuador [CRE.]. (2008). 2da Ed. CEP.
- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas. 18 de diciembre de 1979.
- Corte Constitucional. (11 de enero de 2014) Sentencia No. 878-20-JP/24 [MP Ali Lozada Prado].
- (13 de marzo de 2024) Sentencia 2006-18-EP/24 [MP Ali Lozada Prado].
- (5 de agosto de 2020) Sentencia No. 3-19-JP y acumulados [MP Ramiro Ávila Santamaría].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (16 de marzo de 2021) Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.
- Consejo Nacional para la Igualdad de Género (2024). Norma Técnica para Transversalizar el Enfoque de Género en el Sector Público. Resolución Nro. CNIG-CNIG-2024-0001-RESOL. 25 de julio de 2024.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.
- Declaración de Derechos Sexuales. Word Association for Sexual Health [WAS]. Marzo 2014.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia e Instituto Mexicano del Seguro Social [UNICEF e IMSS]. (2021). Lactancia materna. Recuperado de <https://www.unicef.org/mexico/media/5286/file/Cartel%20para%20salas%20de%20lactancia.pdf>

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Organización Mundial de la Salud [UNICEF y OMS]. (2018). Guía para la aplicación, protección, promoción y apoyo de la lactancia natural en los centros que prestan servicios de maternidad y neonatología: revisión de la Iniciativa Hospital Amigo del Niño. Recuperado de <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/326162/9789243513805-spa.pdf?sequence=1>
- Guía AIPEO (2022). Anticoncepción inmediata posevento obstétrico. Ministerio de Salud Argentina. Disponible: https://ossyr.org.ar/wp-content/uploads/2022_Guia_AIPEO_Anticoncepcion_inmediata_posevento_obstetrico.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Censos [INEC]. (2024). Boletín Técnico No. 08-2024-ENEMDU. Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU), I Trimestre 2024. Recuperado de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2024/Trimestre_I/2024_I_trimestre_Boletin_empleo.pdf
- Liga de la Leche Internacional. La leche league Ecuador. Recuperado de <https://lilecuador.org/>
- Martínez, J. y Camacho, C. (2017) Estereotipo, prejuicio y discriminación hacia las mujeres en el contexto laboral latinoamericano. Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia, (12), (pp.347-364). DOI: 10.18002/cg.v0i12.4409
- Ministerio de Salud Pública [MSP]. (8 de febrero de 2019). Agencia Nacional de Tránsito se suma a las 52 empresas e instituciones amigas de la lactancia. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/agencia-nacional-de-transito-se-suma-a-las-52-empresas-e-instituciones-amigas-de-la-lactancia/>
- (2011). Normas para la implementación y funcionamiento de lactarios institucionales en los sectores público y privado en el Ecuador. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2019/07/7.-Norma-implementaci%C3%B3n-lactarios-institucionales.pdf>
- Acuerdo Ministerial 0266-2018. (5 de septiembre de 2018).
- (s.f.). Lactancia materna Sí. Disponible: <https://www.salud.gob.ec/lactancia-materna/>
- Ministerio de Trabajo [MT]. (s.f.). Dirección de Grupos de Atención Prioritaria. Recuperado de <https://www.trabajo.gob.ec/direccion-de-grupos-de-atencion-prioritaria/>
- Montaño, S. y Calderón, C. (Coord.). (2010). El cuidado en acción. Entre el derecho y el trabajo. Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. Naciones Unidas. Disponible: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/9cac34f8-b97f-4b01-b566-69fb7fb9c4df/content>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (s.f.). Lactancia materna. Disponible: https://www.who.int/es/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (s.f.). Salud Sexual y Reproductiva
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.
- Secretaría Nacional de Planificación [SNP] (2022). Guía Metodológica para la Formulación de Política Pública. Disponible: <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2022/02/GuiaMetodologicaParaLaFormulacionDeLaPoliticaPublica-17-02-2022.pdf>

Anexos

Anexo 1. Sistematización de entrevista DPTHP, Quito, 08 de agosto de 2024

Abogada, trabaja bajo relación de dependencia en la Dirección Provincial de Talento Humano de Pichincha. Refiere que se rigen de acuerdo con la LOSEP y el COFJ como unidad administrativa. Explica cómo se llevan a cabo los procesos para obtener licencias para las funcionarias en estado de embarazo o en período de lactancia y la regla de notificar a talento humano sobre su estado de maternidad, a través de un certificado médico, para pasar a ser grupos de atención prioritaria y, a su vez, mantener un monitoreo sobre el estado de la funcionaria para prevenir qué tipo de gestión deben realizar después.

La funcionaria debe llenar formularios internos y enviarlos a través de los correos institucionales para la recepción y análisis. Recalca que, para acceder a estos beneficios establecidos por la ley, debe tomar en cuenta la unidad judicial, el equipo de trabajo y la carga de trabajo que la funcionaria mantiene, ya que el tratamiento es diferente, como en el caso de las unidades flagrantes 24/7 donde existen horarios rotativos, por lo que, en la mayoría de las solicitudes ingresadas, el horario de lactancia va a depender de su turno asignado, sea dos horas antes o después de su turno. Enfatiza que las dos horas de lactancia se cumplen y las mismas no son acumulativas, porque existe un formulario para que la funcionaria pueda adaptar su carga de trabajo y gozar de sus horas de lactancia.

Sobre los servicios de guardería, justifica que el Consejo de la Judicatura no tiene el presupuesto, por lo tanto, tampoco cuenta con espacios adecuados ni personal para crear ese tipo de servicio. La única acción realizada por parte del organismo fue el levantamiento de información y la creación de una partida presupuestaria para esperar la aprobación del Estado, cosa que hasta la actualidad no ha ocurrido, ya que hace unos 4 o 5 años atrás sí brindaban el servicio de guardería. Resalta que el trabajo de talento humano está cubierto en su mayoría y que se procura agilizar los procesos de acuerdo con el presupuesto asignado.

Anexo 2. Sistematización de entrevista DM, Quito, 08 de agosto de 2024

Médico de profesión. Enfatiza que el Consejo de la Judicatura ha creado una sala de lactancia institucional a cargo del departamento médico que cumple con todos los parámetros del Ministerio de Salud. Explica que su labor es brindar toda la información a las madres lactantes, proveer todos los insumos necesarios y revisar que la refrigeradora esté en buen estado y con la temperatura adecuada para el almacenamiento de leche. De acuerdo con la necesidad de la madre, acude a la sala de lactancia para que pueda tener privacidad, comodidad y una asesoría constante en caso de que lo requiera.

La sala de lactancia cuenta con un espacio amplio, con un baño propio, un mesón con lavadero, estantes con insumos para almacenamiento de la leche esterilizados, refrigeradora, muebles, un biombo para privacidad y decoración amigable y de acuerdo con la temática del espacio. Además, cuentan con varios panfletos informativos sobre cómo utilizar el espacio. Comenta que como profesional de la salud buscan promover la lactancia materna natural a través de un canal ininterrumpido de manera presencial y también mediante correos institucionales donde promocionan constantemente el uso del lactario.

Enfatiza que no solo se brinda el servicio a las funcionarias de la unidad judicial, sino también al personal de la Defensoría Pública, a pesar de no ser parte del Consejo de la Judicatura. Las madres pueden usar diariamente, cada dos horas, por veinte minutos, de acuerdo con lo que la ley establece. Existe una hoja de registro que las madres deben llenar obligatoriamente, porque es una forma de que el Ministerio de Salud pueda mantener el control y monitoreo de dichos espacios.

Reconoce que en el resto de las unidades judiciales a nivel de Pichincha se debe implementar también salas de lactancia institucional para fortalecer y ejercer correctamente los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia.

Anexo 3. Sistematización de entrevista FQ, Quito, 08 de agosto de 2024

Funcionaria de la unidad judicial de la parroquia Quitumbe. Conforme a su experiencia, ha atravesado dos veces el estado de embarazo y maternidad; actualmente sus hijas tienen 10 y 3 años. Durante su primer embarazo tuvo varios inconvenientes con el coordinador de la unidad judicial, ya que no respetaba sus horas de lactancia y solicitaba que cumpla con las ocho horas de trabajo. Ante esa situación, recurrió a talento humano mediante un reclamo administrativo, el cual tardó un poco en resolverse, pero logró que se respete su derecho a la lactancia conforme a su licencia. En su segundo embarazo, no ha tenido ningún inconveniente, ya que existió un cambio de personal y fue un apoyo para tramitar las licencias de maternidad y lactancia. Enfatiza que no existe un lactario para realizar la extracción de leche, por lo que se dirige al baño en la hora de almuerzo para tener privacidad o se esconde en una parte de su espacio de trabajo para no incomodar a sus compañeros.

Al publicarse la Ley Orgánica de Derecho al Cuidado Humano, se enteró a través de otras compañeras de trabajo que el empleador del sector público y privado debe brindar el servicio de guardería institucional y, si no lo hace, debe dar un reconocimiento económico a través de un bono para solventar los gastos de cuidado de su hija o hijo menores de cinco años. Ella ha tramitado personalmente, sin tener conocimiento respectivo por parte de talento humano, para obtener esa ayuda económica para su hija. Según sus averiguaciones, al tener esa necesidad de buscar quién brinde servicios de cuidado a sus hijas, talento humano de forma despectiva omite brindar información y justifica que no tienen presupuesto. De acuerdo con su experiencia, no existe el correcto ejercicio de los derechos ni las garantías para cumplir con lo que establece la ley; el accionar del Consejo de la Judicatura deja mucho que desear sobre el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia.

Anexo 4. Sistematización de entrevista FR, Quito, 08 de agosto de 2024

Funcionaria de la Unidad Judicial del cantón Rumiñahui. Expresa con malestar que el Consejo de la Judicatura no ha respetado los derechos mínimos de los trabajadores en general, peor aún de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, ya que el edificio que se ocupa está destinado para departamentos, más no para una unidad judicial. El espacio es limitado, debido a que no hay un espacio para el archivo ni para desarrollar las actividades laborales a cabalidad.

No tienen un espacio destinado para comer ni baños suficientes de acuerdo con la cantidad de personal que labora en la unidad. No existe una sala lúdica, ni tampoco una sala de lactancia institucional. En su experiencia como madre y ahora durante su licencia de lactancia, ha tenido que recurrir a los baños a la hora del almuerzo o a su propio espacio de trabajo con una cobija improvisada para poder realizar las extracciones de leche. Tampoco cuentan con un refrigerador,

así que antes de ir al trabajo procura extraer la mayor cantidad de leche para que, durante su horario laboral, no tenga que hacer las extracciones y botar la leche.

No existe apoyo por parte del coordinador ni mucho menos de talento humano, porque nunca contestan los correos institucionales y su gestión para tramitar las licencias de maternidad y lactancia se ha vuelto tediosa, ya que en varias ocasiones ha tenido que dirigirse a la unidad de Ñaquito para que personal de talento humano pueda darle razón sobre el estado del trámite de su licencia. Trabajaba antes en Quitumbe, pero por cuestiones de tiempo, de sus hijos y del trabajo, solicitó el cambio a la Unidad Judicial del cantón Rumiñahui. Para ello, el trámite fue mucho más largo y tuvo que enfrentarse varias veces con su equipo de trabajo anterior y con talento humano para que le brinden las facilidades de cambio de unidad. Los compañeros y compañeras de trabajo en Rumiñahui, en varias ocasiones, no respetan las horas de lactancia por la carga de trabajo e incluso por la falta de empatía que proviene desde la dirección de talento humano.

Anexo 5. Sistematización de entrevista FMS, Quito, 12 de agosto de 2024

Funcionaria de la Unidad Judicial de la parroquia Mariscal Sucre. Conforme a la experiencia y el tiempo de trabajo desarrollado en esa unidad judicial, el tratamiento es diferente por el nivel de organización, empatía y respeto por parte de todos los funcionarios, sin importar el rango jerárquico que tengan. Para ello es indispensable contar con el apoyo del coordinador, porque es el funcionario que tiene un mayor nexo de comunicación con talento humano conforme al orden administrativo del Consejo de la Judicatura.

Esta unidad judicial cuenta con una sala de lactancia improvisada, donde se adaptó una oficina que estaba desocupada y, ante la necesidad institucional, se adecuó el espacio con un escritorio y varias sillas, con la finalidad de brindar a la funcionaria comodidad y privacidad durante la extracción de leche o cuando necesitan amamantar a su hijo o hija. Resalta que la relación que tienen los funcionarios en la unidad judicial es muy buena, lo cual ha permitido que el desempeño de trabajo sea el más eficiente a nivel Pichincha (de acuerdo con su criterio personal).

La tramitación de permisos y licencias de maternidad y lactancia es más fácil porque, a través del coordinador, se brinda toda la información para gestionar y encontrar los correos institucionales y canales de solicitud y reclamos del departamento de talento humano.

Los equipos de trabajo de cada juez se organizan para respetar los derechos de la madre y de su hijo o hija, en especial respecto a las horas de lactancia, si requiere permisos para atenciones médicas o si la madre tiene la necesidad de llevar a su hijo al trabajo, lo cual ocurre frecuentemente porque no cuentan con el dinero suficiente para una guardería.

Reconoce la necesidad institucional de crear lactarios en cada unidad judicial y, a su vez, que se asigne más presupuesto y apoyo por parte de la institución, porque no hay un correcto ejercicio de los derechos de este grupo de atención prioritaria.

Anexo 6. Sistematización de entrevista FI, Quito, 12 de agosto de 2024

Funcionaria de la Unidad Judicial de la parroquia Ñaquito. Recientemente se convirtió en madre. Durante su embarazo debió seguir con el trámite de informar sobre su estado de gestación por requerimiento de talento humano. A pesar de ser trasladada al grupo de atención prioritaria, talento humano ha infringido gravemente sus derechos, porque existe una constante demora en la tramitación de las licencias por maternidad y lactancia.

Enfatiza que talento humano no brinda la información que requiere la funcionaria para gestionar permisos, vacaciones, licencias, entre otros. Hasta el momento no le han dado respuesta a su solicitud de licencia por lactancia. A pesar de aquello, reconoce que ejerce libremente sus horas de lactancia, y si en el futuro existiese alguna queja por parte de talento humano o de algún otro funcionario, optaría por defenderse en vía administrativa o judicial.

Tiene conocimiento de la sala de lactancia y la usa esporádicamente de acuerdo con su necesidad, pero por su carga de trabajo y porque la sala de lactancia institucional se encuentra únicamente en la planta baja, ha optado por no utilizarla, ya que le quita tiempo valioso. Explica que sí está bien equipada la sala de lactancia, pero por decisión propia prefiere no utilizarla porque le queda muy lejos. Mejor ha optado por adecuar su oficina con una refrigeradora pequeña y un aparato de extracción de leche para hacerlo cuando lo necesite.

Lleva a su hija al trabajo porque aún es muy pequeña y necesita recibir los cuidados y alimentación directa de su madre, lo cual dificulta un poco la realización y desempeño de su trabajo. A pesar de aquello, se siente muy satisfecha y agradecida de que su equipo de trabajo y demás compañeros de área comprendan su situación y la apoyen cuando debe llevar a su hija al trabajo. Recomienda que talento humano debe brindar capacitaciones sobre todos los trámites que

se deben realizar para la obtención de licencia de maternidad o lactancia y un llamado de atención sobre las demoras injustificadas en la gestión de los mismos.

Anexo 7. Sistematización de entrevista FPC, Quito, 19 de agosto de 2024

Funcionaria de nivel jerárquico superior de la Planta Central del Consejo de la Judicatura. Explica que su experiencia durante su embarazo fue un poco compleja, porque tenía un cargo de libre remoción y, cuando ingresaron nuevas autoridades, solicitaron la disponibilidad de su cargo. Durante esa comunicación, ella ya se encontraba embarazada (más o menos nueve semanas). A pesar de aquello, comunicó sobre este particular, dando contestación al memorando y como trámite interno directo a talento humano. A pesar de esa gestión, le seguían notificando con el mismo memorando hasta cuando tuvo 7 meses de embarazo. Cada vez que llegaba un correo con la misma solicitud, la funcionaria daba contestación al mismo, lo cual indirectamente se convirtió en meses de hostigamiento por parte de talento humano al no separarla de esos correos, aun sabiendo que se encontraba embarazada.

Cuando tramitó las licencias de maternidad y lactancia, el trámite se convirtió en una odisea por la falta de conocimiento del personal de talento humano y su ineficiencia al momento de tramitar cualquier solicitud. La licencia de maternidad no cubre el tiempo que necesita una mujer al momento de dar a luz mediante parto natural, mucho menos cuando se trata de una cesárea, ya que el cuerpo necesita más de 2 años en recuperarse por completo.

Enfatiza que, en su caso, las horas de lactancia no eran suficientes porque su hija tenía una condición médica que es el estómago irritable. Para ello necesitaba más tiempo para el cuidado de su hija, por lo que tuvo que solicitar el uso de sus vacaciones, el cual también se convirtió en un trámite fastidioso porque talento humano le comunicó que, para acceder a las vacaciones, debían ser con planificación. Ante la negativa que tuvo, optó por solicitar un permiso por estudios, porque se encontraba terminando su doctorado y necesitaba los 8 días que otorga la ley para poder entregar su tesis y titularse, y a su vez poder cuidar de su hija. Explica que solicitó este nuevo permiso, pero solo le otorgaron 5 días, de los cuales 2 días la llamaron a trabajar presencialmente porque debía firmar varios documentos.

Resalta que las mismas mujeres son las que “te hacen daño”, porque a pesar de que en su mayoría atravesaron su fase de maternidad y lactancia, no comprenden la situación del resto de sus compañeras y provocan que el ambiente laboral se vuelva difícil. Más bien, los hombres tienen más empatía y comprensión hacia la funcionaria embarazada o en lactancia, y se convierten en una ayuda frente a la carga de trabajo que se acumula cuando goza de sus licencias de maternidad. Añade que esta situación es difícil de creer, pero es más común de lo que se espera en esta institución.

Explica que existe una sala de lactancia institucional que se ubica en la planta baja en conjunto con el departamento médico. A pesar de aquello, las funcionarias que se encargan del manejo de la sala mantienen una actitud de indiferencia y un poco hostil, por lo que ha optado por dejar de ir al lactario. Alude que, en varios casos, tiene que llevar a su hija al trabajo, o su esposo la lleva a su oficina. Por casos emergentes de su hija, cuando necesita un cambio de pañal, debe hacerlo en su auto o en el escritorio, ya que en ninguno de los baños de la institución cuentan con un cambiador para bebés. Asimismo, no cuentan con una sala lúdica ni se ofrecen servicios de guardería.

Está claro que el Consejo de la Judicatura atraviesa un momento difícil en cuanto al efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, lo cual genera malestar a las funcionarias a nivel nacional, por la falta de presupuesto y de iniciativa para aplicar protocolos, guías, planes y políticas públicas para cubrir esta demanda que no solo se refleja en la provincia, sino también a nivel nacional.

Descripción del Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE-Q (CJG-PUCE-Q): elementos de gestión y formación profesional

Description of the “Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE-Q” (CJG-PUCE-Q):
management elements and professional training

Vivian-Tatiana Escobar-Haro  

Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Ecuador

Resumen

El propósito de esta investigación es describir elementos de gestión y de formación académica del Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE (CJG-PUCE-Q). La pregunta de investigación exploratoria fue: ¿cuáles son las características identitarias del CJG-PUCE-Q? Para responder esta pregunta se optó por un método cualitativo con una metodología mixta y técnicas de revisión documental entre artículos académicos, tesis y libros. Además, se realizó una entrevista a la coordinadora general de este consultorio, abogada Camila Cedeño quien enfatizó elementos de gestión administrativa que repercuten en la formación de los estudiantes y finalmente devuelven un servicio seguro y de calidad para los usuarios tomando en cuenta el paradigma educativo ignaciano de la universidad. Se presenta, adicionalmente, una gráfica que ilustra el procedimiento que consta en el: “Manual de direccionamiento y control de usuarios 2024”. De manera comparativa se aplicó una encuesta con la herramienta: “Forms” de Google para los estudiantes en prácticas en el espacio del consultorio con preguntas cerradas y la última abierta. Los resultados obtenidos evidencian un espacio histórico de práctica preprofesional con características institucionales propias que centran su servicio en recuperar la dignidad de la persona humana por medio del ejercicio del derecho y en permanente evolución.

Palabras clave: consultorio jurídico gratuito, defensoría pública, pedagogía del derecho.

Abstract

The purpose of this research is to describe elements of the management and academic training of the PUCE Free Legal Clinic (CJG-PUCE-Q). The exploratory research question was: What are the identifying characteristics of CJG-PUCE-Q? To answer this question, a qualitative method was chosen, using a mixed methodology and documentary review techniques, including academic articles, theses, and books. In addition, an interview was conducted with the general coordinator of this office, attorney Camila Cedeño, who emphasized administrative management elements that impact student training and ultimately provide safe, high-quality service to users, taking into account the university's Ignatian educational paradigm. A graphic is also presented illustrating the procedure outlined in the “User Addressing and Control Manual 2024.” Comparatively, a survey was administered using Google Forms for interns in the office space, with closed-ended questions and an open-ended one. The results obtained reveal a historical space for pre-professional practice with its own institutional characteristics that focus its service on restoring human dignity through the exercise of law and in constant evolution..

Keywords: free legal advice, public defender's office, legal education.

Introducción

La investigación tuvo la participación de los estudiantes de la clase de: Lectura y escritura académica P1247-TEÓRICO-Q1125-03-N03 que se ejercitaron en el uso de herramientas digitales de calificación de calidad de fuentes, captura, organización, resumen de la información científica como base para construir la argumentación correspondiente. La metodología cualitativa fue mixta para la recolección de datos: revisión documental (veintiséis fuentes, incluyendo artículos académicos, tesis y libros) para establecer el marco conceptual y contextual; entrevista semiestructurada (a la coordinadora del consultorio) para conocer las características administrativas del consultorio. Las preguntas (ver Anexo 1) consideraron el marco teórico recogido. El formulario de preguntas incluyó una sección para obtener el consentimiento informado para la investigación y una opción de revocatoria o disconformidad. Finalmente, la encuesta empleó la herramienta Forms de Google a los estudiantes que realizaban prácticas en el consultorio. De un total de 94 estudiantes del segundo semestre de 2024, utilizando la calculadora de muestra de QuestionPro (s.f.), se determinó que una muestra de 20 respuestas sería suficiente para mantener un nivel de confianza del 95% con un margen de error del 20%. Las preguntas de la encuesta (ver Anexo 2) también consideraron el marco teórico y los hallazgos de la entrevista.

Teorización sobre los consultorios jurídicos: entre el derecho y las ciencias de la educación

A continuación, se presentará un marco conceptual a partir de la revisión documental realizada en Google Académico y organizada de manera cronológica y con la sistematización de sus características por medio de IA (Open AI, 2025). Desde el año 2008 hasta 2015, los consultorios jurídicos se consolidaron como espacios fundamentales en la enseñanza clínica del derecho y en la formación de abogados con un enfoque social. Durante este período, su función principal era democratizar el acceso a la justicia y vincular la práctica jurídica con la educación legal (Duque y González, 2008). Sin embargo, surgieron debates sobre si su labor social era una necesidad o un obstáculo para la formación profesional del abogado (Velásquez, 2012). En este sentido, algunos autores destacaron la importancia de los consultorios jurídicos como espacios de aprendizaje experiencial (Papa, 2012), mientras que otros resaltaron la necesidad de evaluar su impacto, aunque sin herramientas sistemáticas para su medición (Mena, 2015). A pesar de estas discusiones, los consultorios jurídicos fueron reconocidos como mecanismos clave para el acceso gratuito a la justicia de sectores vulnerables (Chávez y Zuta, 2015), aunque su integración con políticas públicas aún era incipiente.

Entre 2016 y 2022, los consultorios jurídicos ampliaron su función más allá de la enseñanza del derecho, incorporando un enfoque interdisciplinario y consolidándose como herramientas de justicia social (de Matos Barros y Groterhorst, 2018). En este período, se integraron modelos innovadores como los consultorios itinerantes (López, 2019) y se destacó su papel en la mediación y conciliación como mecanismos alternativos de solución de conflictos (Alfaro y Silvera, 2020). Asimismo, se fortaleció el liderazgo directivo con un enfoque ético-social en la gestión de estos espacios (Campoverde, Meleán, y Torres, 2022) y se incorporó la perspectiva de género en su vinculación con la sociedad (Useche *et al.*, 2022). Además, algunos estudios comenzaron a plantear la necesidad de utilizar metodologías cuantitativas para evaluar su efectividad (Franco y Rodríguez, 2020), lo que marcó un avance hacia el análisis estructurado de su impacto en la comunidad.

Finalmente, en el período 2023-2025, se observa una transformación en la gestión y evaluación de los consultorios jurídicos, con un énfasis en el análisis cuantitativo y la jurimetría. Investigaciones recientes han explorado la implementación de métodos estadísticos para mejorar la administración y eficacia de estos espacios (Haro *et al.*, 2024), mientras que otros estudios han resaltado la importancia del consentimiento informado en la atención brindada (Ayala y Rodríguez, 2023). Paralelamente, se ha reforzado el enfoque garantista en el acceso a la justicia, especialmente para poblaciones vulnerables como los privados de libertad (Collaguazo, Romero, y Barba, 2024) y los adultos mayores (Romero *et al.*, 2025). Además, el uso de sistemas tecnológicos ha comenzado a optimizar los procesos de vinculación de los consultorios jurídicos con la sociedad (Rendón *et al.*, 2024). De esta manera, se aprecia el interés que los consultorios jurídicos han despertado entre los investigadores dada su riqueza de experiencias en varios aspectos. Ese interés muestra una evolución que enfatiza desde la comprensión de su función educativa inicial hasta convertirse en actores

clave en la protección de derechos humanos y la implementación de políticas públicas de acceso a la justicia.

Entrevista a informante calificada

Para contrastar esta perspectiva general y doctrinaria, se presenta un resumen de la entrevista realizada a Camila Cedeño, coordinadora general del CJG. Además, se agrega un pequeño flujograma que consta en el Manual de direccionamiento y control de usuarios 2024 que es la normativa de base del espacio. El miércoles 6 de noviembre de 2024 se enviaron las preguntas de la entrevista para consideración. Estas tomaron en cuenta el consentimiento informado de investigación y una revocatoria o disconformidad, además, que se anticipaba la intención de recoger una evidencia de parte de los estudiantes por medio de una encuesta de Google Forms. Las preguntas pueden organizarse en tres grandes temas: formación de los estudiantes de derecho, situación a partir de la publicación de la ley de protección de datos personales y desafíos para el futuro.

Sobre la formación de los estudiantes de derecho de la Facultad de Derecho y Sociedad de la PUCE se puede destacar que en los consultorios se tiene contacto directo con el usuario, donde el rol protagónico lo tienen los mismos estudiantes, incluso tomando en cuenta que está previsto en el equipo la presencia permanente de un abogado experto en el área. En el consultorio se pueden entrenar las habilidades blandas de los estudiantes ya que amplifica la comunicación para obtener información relevante en lo jurídico y que se tenga una ruta acorde a la expectativa a partir de la identificación del problema jurídico y del peso de las emociones humanas.

En primeras consultas, se aprecia que el usuario puede llegar a pedir algo o exige que le ayuden; en todo caso, lo óptimo es realizar preguntas clave para poder ahondar en sus necesidades. Incluso en ese momento se puede apreciar que el usuario no está identificando todo el contexto y a partir de eso se puede ajustar la estrategia para lograr una mayor eficiencia en el servicio. Esto es importante para motivar que el usuario se apersona del caso y pueda impulsarlo con decisión. En casos que lo ameritan por su complejidad, entre los estudiantes y sus docentes, se puede hacer un estudio clínico de una manera más profunda. La institución se compromete a cumplir con la legislación vigente y a proporcionar un servicio accesible y seguro, priorizando la atención a aquellos en situaciones de vulnerabilidad.

El enfoque no es corporativo-empresarial porque se orienta a personas vulnerables esta calificación se obtiene mediante la información socioeconómica, los estudiantes aprenden a señalar los límites profesionales para atender personas que puedan necesitar apoyo, se trabaja con un modelo de bienestar integral con la atención interdisciplinaria desde la psicología y el trabajo social. La relación de horizontalidad entre los estudiantes y los abogados entre el comienzo y el final de su labor en el consultorio facilita el cambio de actitud y el compromiso social que se propone. En otros modelos, los estudiantes egresados tienen la oportunidad de aplicar para una plaza de prácticas pre profesionales y ensayar otros enfoques.

En cuanto al modelo de asignación de cupos, se puede señalar que las prácticas preprofesionales en el ámbito jurídico, específicamente en instituciones públicas como la Fiscalía, el Consejo de la Judicatura y los consultorios jurídicos universitarios son muy didácticas y aparejan un sinnúmero de situaciones que no se pueden únicamente modelar en el aula. Se destacan los requisitos y procesos para acceder a estas prácticas, enfatizando que para postular a través del sistema del Consejo de la Judicatura, los estudiantes deben haber completado su malla curricular. Las plazas son asignadas por el Consejo en instituciones públicas acreditadas, y los estudiantes tienen un rol limitado en la elección del lugar. En contraste, las prácticas realizadas en el CJG son garantizadas por la PUCE, con un enfoque en el contacto directo con usuarios en situación de vulnerabilidad. Estas prácticas buscan fortalecer habilidades humanas, técnicas y de análisis jurídico, promoviendo que los estudiantes sean los principales responsables de la atención y el manejo de casos. Sin embargo, se reconoce que algunos estudiantes prefieren otros espacios, como estudios jurídicos particulares o la Fiscalía. Estos consultorios se diferencian de otros porque, aseguran un cupo para todos los estudiantes.

El consultorio jurídico universitario, a diferencia de otros espacios, evita tareas administrativas o de tramitación, priorizando el estudio clínico de casos y el desarrollo de habilidades blandas. Esto incluye la empatía, la capacidad de comunicación y la comprensión de las emociones de los usuarios. También se subraya la importancia de equilibrar las exigencias académicas y laborales, ya que muchos estudiantes

trabajan mientras cursan el pregrado. El sistema busca que los estudiantes adquieran una formación integral, comprendiendo tanto los aspectos técnicos como humanos del ejercicio jurídico, evitando que se limiten a tareas mecánicas y promoviendo un enfoque estratégico y reflexivo en la resolución de casos.

La PUCE cuenta con un código de ética y convivencia que busca rescatar la dignidad de las personas tanto de los estudiantes como de los usuarios y profesores, por esta razón se busca que las relaciones sean seguras, informadas y planificadas. Sobre la contribución al ejercicio al derecho de acceso a la justicia es importante detenerse un momento en su característica de ser base para el ejercicio de otros derechos. La voluntad del CJG es acompañar desde la presentación de la demanda hasta la obtención de la sentencia, pero que se toma en cuenta la voluntad del consultante porque puede ser que abandone el caso. De esta experiencia se entiende que el sistema de acceso a la justicia está a disposición desde su diseño de mayor jerarquía, es decir desde la cobertura de la Defensoría Pública y sus registros que sirven para monitorear y controlar de manera permanente. Cada año, la Defensoría Pública emite una acreditación que avala la gestión.

Un segundo relevante es la publicación de la ley de protección de datos personales en el ambiente de digitalización de la información con criterios de producción de datos para mediciones. El CJG cuenta con política de seguridad de datos personales en acatamiento de la ley de la materia publicada en 2021. Tiene protección en dos sentidos: académico y judicial. La protección de datos personales y sensibles de los usuarios tiene un protocolo de manejo que pasa la recolección y recopilación mediante una aceptación de servicios que se suscribe de forma autógrafa. Posteriormente, los datos se pueden utilizar de manera anónima con fines estadísticos para evidenciar la gestión. En ese sentido el despacho del CJG bordea los 600 casos mensuales con 30 casos diarios lo que se evidencia por medio de un turnero web. Luego de obtener el turno el usuario se dirige al área de primeras consultas. En el caso de que se trate de un consultante de urgencia que no puede tomar el turno en línea se califica esta circunstancia según la vulnerabilidad o pertenencia a un grupo de atención prioritaria. Además, se evalúa la información socioeconómica y si el caso tiene código rojo que corresponde, por ejemplo, a delitos sexuales. También se pueden encontrar elementos para emitir una negativa de atención que ocurre cuando se identifica que: 1a persona tiene la capacidad de pagar una consulta de abogado particular; el caso se inició por parte de otro abogado y los casos perdidos.

La información de datos personales de los estudiantes tiene fines académicos por esa razón se lleva un sistema conocido como *Balanza* que solo se encuentra disponible en las computadoras del CJG PUCE y que se desarrolla conforme transcurre el semestre. Los turnos garantizan la continuidad del servicio, incluso en vacaciones es decir que no se pueden adelantar las horas académicas de consultorio. En resumen, el CJG PUCE tiene una política robusta de protección de datos personales que garantiza la seguridad, confidencialidad y disponibilidad anonimizada de la información de los consultantes. La institución está comprometida a cumplir con la legislación vigente y a proporcionar un servicio accesible y seguro, priorizando la atención a aquellos en situaciones de vulnerabilidad.

Finalmente, entre los desafíos que la Institución ha identificado se presentan los siguientes: Si bien la universidad asume los costos del servicio, como por ejemplo el pago de honorarios de los profesionales; en casos, por ejemplo, que se necesita un peritaje u obtener documentos y el usuario no puede costearlo, a veces, el estudiante se sensibiliza a pesar de que no existe una obligación. En ocasiones, también ha habido situaciones de riesgo en términos personales porque no se entiende que ninguna de las profesiones liberales puede asegurar resultados; por esta razón, ha tomado relevancia el tema de seguridad en las instalaciones para la atención personal. Es también importante, ofrecer el acompañamiento de psicología como cuidado del cuidador. En estos casos se activa un protocolo de seguridad que implica la identificación del uso del lenguaje no verbal además de la ubicación estratégica de los puestos de trabajo de los estudiantes.

Se ha sugerido la posibilidad de activar brigadas jurídicas que tienen su propias características, como es el convenio con algunas organizaciones específicas para no duplicar esfuerzos con las iniciativas de investigación y vinculación. El trabajo sobre derechos colectivos pertenece al Centro de Derechos Humanos como, por ejemplo: el ejercicio de derechos humanos de acceso a recursos naturales.

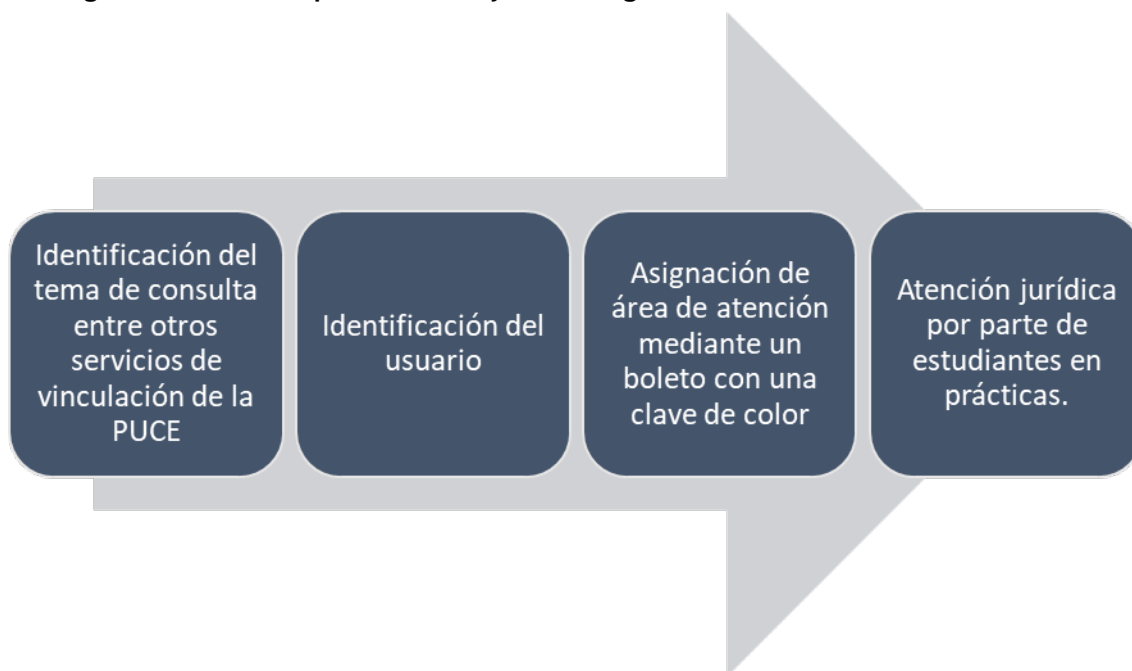
Normativa vigente

La entrevista permitió recuperar una visión de una identidad de gestión histórica centrada en el estudiante con un enfoque de compromiso con los grupos más vulnerables de la población para la atención y que se adapta a nuevas realidades de seguridad de la información sin ocultar los retos que se presentan. Para aportar en la fundamentación normativa de las expresiones y referencias de la doctora Cedeño, se presenta un breve resumen de la normativa de base del espacio.

El Consultorio Jurídico Gratuito cuenta con la normativa del “Manual de direccionamiento y control de usuarios 2024” (Coordinación General de los Consultorio Jurídicos Gratuitos, 2024) como instrumento básico de organización. Tiene como objetivo: “Mantener un mejor control del flujo de usuarios que acuden a los centros de servicios CJG, CDH, CEMASC, con el fin de garantizar una atención de calidad precautelando la seguridad de los practicantes y personal que compone cada una de estas instituciones”. El servicio de atención de consultas se presta en la casa de la esquina de la Av. 12 de octubre y Av. Ladrón de Guevara donde funcionan otros servicios de vinculación de la PUCE (Núcleo de Apoyo Contable y Fiscal, Centro de Psicología Aplicada; Centro de Arbitraje y Mediación y el Centro de Derechos Humanos). El guardia en el acceso de la calle Ladrón de Guevara puede orientar al usuario según su necesidad. Una vez aclarado el motivo de la visita se procede a otorgar al consultante un turno donde se recoge la información de identificación básica y, además: “la información del practicante, el área, la fecha y hora de la cita agendada”. Se busca que con este documento la persona se pueda orientar por una guía de colores en las áreas:

Trabajo Social (rosado)	Area De Psicologia (rojo)	Coordinacion General
Area Penal (naranja)	(turquesa)	
Area Civil (verde)	Direccion CJG (verde menta)	
Area de Niñez (amarillo)	CEMASC/ Salas de Mediacion (café claro)	
Area de Movilidad Humana (morado)	Centro de Derechos Humanos (celeste)	

Figura 1. Asignación de turnos para atención jurídica según las áreas del Consultorio Jurídico Gratuito



Nota: El gráfico representa la fase de ingreso de la primera consulta al CJG.

Lo que dicen los estudiantes en prácticas

Como parte final se corrió una encuesta a los estudiantes en prácticas en el consultorio en donde se obtuvo el dato del número de estudiantes en total 94 en el segundo semestre de 2024. Gracias a la calculadora

de muestra (QuestionPro, s.f.) se determinó que para mantener un nivel de confianza de 95%; un margen de error del 20%; la muestra podía tener la cantidad de 20 respuestas. Las preguntas se elaboraron a partir del marco teórico y de la entrevista. (Anexo 2)

Sobre el conocimiento del protocolo de no revictimización se aprecia que el 70% lo conoce. Esta herramienta se activa para asegurar que haya una entrevista única e interdisciplinaria para poder asegurar la atención integral a la víctima. En la pregunta sobre el conocimiento de la suscripción del contrato de implementación de servicio del CJG la mayoría de estudiantes, es decir el 60% no da cuenta de la importancia del instrumento que facilita la comprensión de las obligaciones mutuas en el entorno jurídico y académico.

El 63,2 % de la muestra expresa su desconocimiento del alcance del Código de ética de la institución por parte de los estudiantes en prácticas lo que implica la incapacidad de valorar de la propuesta pedagógica institucional para la convivencia pacífica en el campus. El 68,4 de los estudiantes en prácticas han utilizado el mecanismo de cuidado al cuidador. Esto es interesante que se reconozca porque el abogado al igual que el psicólogo o el Trabajador Social están expuestos al riesgo psicosocial y es muy acertado que se tenga la oportunidad de aplicar este trámite desde etapas tempranas como el aquella de estudiante.

Sobre el conocimiento del Protocolo de seguridad del CJG se aprecia que un 57,9% no sabe sobre el instrumento. Además, cabe tomar en cuenta que la Ley de protección de datos personales saca a la luz la responsabilidad de combatir los ataques y amenazas es decir de combatir de manera preventiva estos riesgos. De la capacitación en técnicas para la atención presencial a usuarios del CJG mediante la identificación de los gestos no verbales; el 63,2% de los estudiantes que señala esa falencia. Sobre la preparación de los estudiantes para atender todo tipo de consultante se aprecia que el 21,1 % señala haber tenido un consultante conflictivo.

Finalmente, la última pregunta fue abierta, de donde surgieron las siguientes propuestas para mejorar la práctica en el CJG.

- La división de estudiantes por área. Hay áreas como la Civil y Familia donde se requieren mayor cantidad de estudiantes debido a la carga laboral.
- Hay pocos estudiantes y por ende hay una carga muy grande de casos para cada uno.
- Los horarios.
- La información acerca de los protocolos y la mayor capacitación.
- Evitar el exceso de formularios semanales y mensuales que dejan una sensación de repetición de la información.
- La infraestructura tecnológica.
- Que las fichas de primeras consultas contengan el objeto del pedido del usuario y de esa manera agilizar el estudio de caso

Conclusiones y sugerencias.

Luego de aplicar estos métodos de captura y argumentación de la información, corresponde llegar a las conclusiones.

1. El estado del arte revisado señala que la experiencia de Consultorios Jurídicos existe en muchos países y que cada uno se delimita de acuerdo a su realidad y su entorno. Son iniciativas que mantienen una actualidad de investigación académica tomando en cuenta la importancia de su trabajo.
2. En algunos países el espacio de consultorio jurídico se acompaña por la clínica de derechos humanos o las brigadas jurídicas y los espacios de mediación.
3. Se pueden caracterizar tres etapas desde el punto de vista doctrinario, una inicial que destaca la característica de espacio para la educación. Un segundo momento donde se incorpora un enfoque interdisciplinario y busca consolidar herramientas de justicia social. Un tercer momento donde se observa una transformación en la gestión y evaluación de los consultorios jurídicos, con un énfasis en el análisis cuantitativo para mejorar la atención.
4. La entrevista a la doctora Cedeño deja la certeza de la identidad de la atención del CJG de la PUCE enmarcado por el paradigma pedagógico ignaciano. Además, de la tecnificación del CJG de la Facultad de derecho y sociedad de la PUCE-Q tanto interdisciplinaria como tomando en cuenta los

retos que ofrece la sociedad de la información y el conocimiento respecto a la gestión, seguridad y archivo de datos personales. Sin dejar de lado limitantes que son estructurales como la falta de recursos económicos.

5. El manual de direccionamiento y control de usuarios tiene una actualización a 2024, esto abre la posibilidad de evaluar la pertinencia de una siguiente versión.
6. La encuesta para los estudiantes arroja información con retos de mejora en cuanto a la comprensión de las razones por las que se deciden ciertas actividades y un sinnúmero de sugerencias con un nivel de implementación posible como son: las capacitaciones en los instrumentos de vinculación personal; seguridad personal, de la información y de la infraestructura; así como la identificación de lenguaje no verbal de riesgo. Otras medidas que se podrían implementar pero que obedecen a lógicas académicas tienen que ver con la asignación de casos por área y éstas entran en conocimiento de la Facultad.

En resumen, el CJG ha sido el lugar de prácticas por excelencia de los estudiantes de derecho de la PUCE, esta tradición ha aportado importantes valores tanto al currículo expreso como al oculto en la formación y éxito profesional y personal de sus graduados.

Referencias

- Aguilar, A.; Salazar, M.; Vargas, P. y Vargas, J. (2022). Acceso gratuito a la justicia por medio del consultorio gratuito de la Universidad Laica Eloy Alfaro De Manabí. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8638037>
- Alfaro, E., y Silvera, A. (2020). La conciliación y la mediación como una herramienta útil para la construcción de paz – un aporte desde los consultorios jurídicos. Disponible: Pensamiento Americano: <https://core.ac.uk/download/pdf/480332027.pdf>
- Almanza, M. (2010). Las Clínicas Jurídicas y su pertinencia en la formación de abogados. Disponible Justicia: <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/923>
- Ayala, V., y Rodríguez, M. (2023). Implementación de un consentimiento informado en un consultorio jurídico gratuito – Quito, 2023. Obtenido de Trabajos de titulación UDLA: <https://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/14629>
- Campoverde, P., Meleán, R., & Torres, F. (2022). Liderazgo directivo en consultorios jurídicos de universidades: compromiso ético - social en la gestión. doi:<https://doi.org/10.31381/mpp.v1i2.5439>
- Castiblanco, F. (2021). La importancia de la labor social de los consultorios jurídicos en Colombia. Recuperado el 02 de 03 de 2025, de Revista Revoluciones: <https://revistarevoluciones.com/index.php/rr/article/view/38>
- Cedeño, C. (20 de 11 de 2024). Descripción de algunos aspectos de gestión del Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE-Q. (C. d. Jurisprudencia, Entrevistador)
- Chávez, E. y Zuta, E. (2015). El acceso a la justicia de los sectores pobres a propósito de los consultorios jurídicos gratuitos PUCP y la Recoleta de PROSODE. Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible: <https://www.proquest.com/openview/cb08a7fb5df0617604e825750321bb06/1?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y>
- Collaguazo, L.; Romero, J. y Barba, E. (2024). Ius Puniendi y la Situación de las personas privadas de libertad: La intervención garantista del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Nacional de Chimborazo. doi:<https://doi.org/10.69639/arandu.v11i2.380>
- Coordinación General de los Consultorio Jurídicos Gratuitos. (2024). Manual de direccionamiento y control de usuarios. Quito: Consultorio Jurídico Gratuito, Facultad de Derecho PUCE.
- de Matos Barros, N. y Groterhorst, R. (2018). Prefacio. En D. Bonilla, Abogados y justicia social Derecho de interés público y Clínicas jurídicas (págs. 3-5). Siglo del Hombre Editores. Dispoible: Abogados y justicia social Derecho de Interés público y Clínicas jurídicas: <https://bit.ly/4ln1q4J>
- Duque, S. y González, E. (2008). Los consultorios juridicos y la popularización del derecho. Repositorio Institucional de la Universidad de Antioquia: <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/8670>
- Franco, M., & Rodríguez, G. (2020). Una incursión al Modelo Triple Hélice, visto desde la Universidad Metropolitana del Ecuador. doi: <https://doi.org/10.62452/ryw2tj86>
- Furfaro, C. (2023). Deconstrucción, reconstrucción y lucha por el Derecho. Prácticas de programas de extensión universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Memoria académica repositorio institucional FaHCE-UNLP: <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/library?a=d&c=tesis&d=Jte2483>
- Guasco, V. (2018). Prácticas pre profesionales interdisciplinarias en el consultorio jurídico gratuito de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes Uniandes. Repositorio Digital Uniandes. Disponible: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/9209>
- Haro, J.; Barba, E.; Sánchez, A. y Ruíz, E. (2024). Revisión bibliográfica sobre el análisis estadístico en la gestión adminis-

trativa de los consultorios jurídicos universitarios. doi:<https://doi.org/10.55204/trc.v4i2.e439>

- Jordan, J., Espín, M., & Andrade, L. (2024). Análisis de las clínicas jurídicas como metodología de enseñanza de los derechos humanos en el Ecuador. doi:<https://doi.org/10.56124/tj.v7i13.016>
- Leal, Y. y Ortega, G. (2024). La resolución de conflictos en los centros de conciliación de las instituciones de educación superior y consultorios jurídicos: reflexión desde la experiencia profesional. doi:<https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n140.a08>
- Londoño, B. (2015). Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica. doi:<https://doi.org/10.7476/9789587386240>
- López, M. (2019). Capítulo 8: Consultorio Jurídico Itinerante por la Paz - una propuesta de emprendedores sociales exitosos en la relación con la universidad y la sociedad en su vinculación con el entorno. Juntos podemos crear un futuro mejor. Disponible: <https://bit.ly/4ejrify>
- Mena, O. (2015). Relevancia de la autoevaluación para el área de acción social. Revista Jurídica IUS: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/21962/22146>
- Mora, A.; Medina, S. y Sánchez, A. (2023). Los consultorios jurídicos gratuitos como canales para el acceso a la justicia por parte de grupos vulnerables. Recuperado el 02 de 03 de 2025, de Revista de la Universidad del Azuay: <https://revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview/article/view/695>
- Moscoso, S., Pulla, C., Minchala, W., & Álvarez, O. (2024). Análisis de los procesos de vinculación con la sociedad en el marco de la educación superior a través de redes complejas; caso de estudio: Universidad Católica de Cuenca. doi:<https://doi.org/10.35290/ro.v5n2.2024.1290>
- Open AI. (2025). Chat GPT. Disponible: <https://chatgpt.com/c/67c4d249-966c-800c-8ea7-35d1fab129df>
- Papa, A. (2012). La importancia de la práctica profesional en la formación social del futuro abogado. El caso. IV Jornadas de Enseñanza del Derecho. Facultad de Derecho -UBA: <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/documentos/2014-jed-trabajos-completos-intersecciones.pdf>
- QuestionPro. (s.f.). Calculadora de Muestras. Disponible: <https://www.questionpro.com/es/calculadora-de-muestra.html>
- Quevedo, N., García, N., & Alfaro, M. (2019). La formación preprofesional en derecho: el consultorio jurídico gratuito de la universidad. Revista Varela: <https://revistavarela.uclv.edu.cu/index.php/rv/article/view/31>
- Rendón, N., Rivera, F., Grunauer, R., Zambrano, J., y Sánchez, R. (2024). Sistemas aplicados a los procesos de Vinculación de la Universidad Bolivariana del Ecuador en la sociedad de Durán. Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologías de Informação: <https://www.proquest.com/docview/3149272586?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals>
- Romero, W., Romero, J., Fernández, M., Revelo, L., & Carrasco, Y. (2025). Los Consultorios Jurídicos Gratuitos, y la Tutela Judicial Efectiva en Adultos Mayores. doi:<https://doi.org/10.55204/trc.v5i1.e417>
- Useche, M.; Reyes, J.; Ordoñez, M.; Aguirre, M. y Espinosa, E. (2022). Vinculación con la sociedad desde la perspectiva de género: un estudio en la universidad ecuatoriana. doi:<https://doi.org/10.5212/praxeduc.v.17.19241.043>
- Velásquez, H. (2012). El trabajo social de los consultorios jurídicos: ¿necesidad u obstáculo? Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-38862012000100003&script=sci_arttext
- Viña, N., Sacoto, V., y Landívar, J. (2019). Contribución de la Universidad ecuatoriana en beneficio de los sectores vulnerables. Revista Espacios: <http://www.sweetpoison.revistaespacios.com/a19v40n23/a19v40n23p11.pdf>