



CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD INTELECTUAL: UNA MIRADA DESDE
EL DERECHO INTERNACIONAL

01 de Mayo
Día del trabajador



Un mundo de información legal
al alcance de un clic

fielweb
+plus

Guayaquil:
PBX: + 593 99 343 8745

Quito:
PBX: + 593 99 937 9761

Recibimos todas las tarjetas de crédito



Adquiera su licencia
Fielweb.com

CONTENIDO

- 
- 06** Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: una mirada desde el derecho internacional
Análisis
Robert Friend Macías
- 30** El régimen sancionador de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales entra en vigencia, ¿qué esperar de ello?
Editorial
Pablo Solines Moreno
- 36** La objeción parcial o veto
Invitado
Gonzalo Armas Medina
- 52** Correcciones normativas al proyecto de reforma Constitucional al artículo 158 de la Constitución ecuatoriana
Comentarios de Derecho
Lyonel Calderón Tello
- 58** El (ab)uso de garantías jurisdiccionales constitucionales como mecanismo de anulación de actos administrativos
Reflexiones
Alexandra Sierra García
- 65** Por favor nunca pierda la cabeza
Ramiro Díez y el ajedrez
- 66** ¿Es lucrativa la acción de daño moral?
Debate Jurídico
Lidia Alejandra Soria Vásconez
- 74** Reforma al Código del Trabajo: nuevo reto para el sector privado
Prófitas
- 76** Apreciaciones sobre la Ley Orgánica reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral
Didáctica
- 78** Destacamos
Abril 2023

Es una revista de Derecho que nace como respuesta a la necesidad, cada vez más creciente, de los actores del mundo jurídico ecuatoriano de contar con una publicación periódica que recoja y analice problemas legales de actualidad. Busca proyectar la objetividad en el tratamiento de la información e investigación, para que esta llegue con total precisión y veracidad a sus lectores. La publicación de EDICIONES LEGALES EDLE S.A., empresa del grupo de Corporación MYL, con una trayectoria importante en el tiempo, circula en forma mensual y recoge opiniones de los operadores del derecho en torno a las situaciones de coyuntura desde una perspectiva eminentemente jurídica. Intenta la aproximación al foro, poniendo a su disposición un espacio de difusión periódica de sus puntos de vista: reflexivos y críticos sobre la realidad jurídica ecuatoriana, latinoamericana e internacional.

Presidente Corporativo:	Manuel Mejía Dalmau
Gerente General :	Vladimir Zambrano Tinoco
Directora:	Eugenia Silva Gallegos
Comité Editorial:	Ernesto Albán Gómez Juan Pablo Aguilar Andrade Teodoro Coello Vásquez Fabián Corral B. Ramiro Díez Fabián Jaramillo Terán Rodrigo Jijón Letort Patricia Solano Hidalgo Mónica Vargas Cerdán Jorge Zavala Egas Raiza Añasco Carolina Jaramillo

Dirección y Suscripciones:

Guayaquil:

Alborada, Avenida Benjamín Carrión Mora
S/N y Dr. Emilio Romero Menéndez,
Edificio City Office piso 9, oficina L906
PBX: + 593 99 343 8745

Quito:

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos
PBX: + 593 99 937 9761

Las colaboraciones y artículos publicados son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen a la revista o a sus editores.

Se permite la reproducción total o parcial de esta revista, con la correspondiente autorización escrita de Ediciones Legales.

Publicación indexada

Registro: ISSN No. 1390-2539

Arte, diseño y publicación:
EDICIONES LEGALES EDLE S.A.

www.edicioneslegales.com.ec

CARTA EDITORIAL

En el quinto mes del año, el número 203 de la Revista Novedades Jurídicas, saluda a todos los trabajadores en su día internacional, así como recuerda una fecha de gran importancia en la historia de nuestro país: la jornada libertaria del 24 de mayo.

En el contenido de la publicación, el Máster Robert Friend Macías comparte su estudio sobre *“La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: una mirada desde el derecho internacional”*, a partir de algunas observaciones realizadas a varios países por el Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a la aplicación del artículo 12 de la Convención referida, observaciones que han permitido identificar en las legislaciones nacionales, la necesidad de eliminar o reformar el sistema de capacidad y la figura de la interdicción, con el objetivo de respetar el derecho a la capacidad jurídica y a la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Así mismo, se analiza la implementación, en algunos países, de la figura de suministro de apoyos, siendo esta considerada, como el nuevo paradigma concebido para respetar la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en todos los actos y ámbitos de su vida.

El Máster Pablo Solines Moreno recuerda la vigencia de la Ley Orgánica de Protección de datos personales.

El Invitado Doctor Gonzalo Armas Medina, aporta sobre la mejor comprensión de la insti-



tución parlamentaria conocida como *“la objeción parcial o veto”* desde su etimología, su génesis filosófica política, su caracterización como una herramienta de defensa del Ejecutivo frente al Legislativo, su uso en el marco del esquema de pesos y contra pesos democrático como una forma de control y equilibrio entre los poderes o funciones del Estado, y como un recurso valioso para tratar de obtener la mejor legislación posible.

En Comentarios de Derecho, el Doctor PHD Lyonel Calderón Tello presenta el tema: *“Correcciones normativas al proyecto de reforma constitucional al artículo 158 de la Constitución ecuatoriana”*.

En Reflexiones, la Magister Alexandra Sierra García comenta *“el (ab)uso de garantías jurisdiccionales constitucionales como mecanismos de anulación de actos administrativos”*. Uno de los principales problemas de la justicia actual es el uso desmedido de estos mecanismos para, de forma arbitraria, solventar cuestiones que corresponden a la justicia ordinaria, y que, disfrazados de vulneraciones de derechos constituciones, han permitido que se resuelva en la esfera de lo constitucional aquello que le corresponde a la justicia administrativa.

Finalmente, en Debate Jurídico, la Magister Alejandra Soria Vásconez se pregunta *“¿es lucrativa la acción de daño moral?”*, les invitamos a la lectura de tan interesante tema.

Eugenia Silva Gallegos
Directora

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Robert Friend Macías



Resumen

Esta propuesta investigativa analiza fundamentada en algunas observaciones realizadas a varios países por parte del Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a la aplicación del artículo 12 de la Convención referida, observaciones que han permitido identificar en las legislaciones nacionales, la necesidad de eliminar o reformar el sistema de capacidad y la figura de la interdicción, con el objetivo de respetar el derecho a la capacidad jurídica y a la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Así mismo, se analizará la implementación, en algunos países, de la figura de suministro de apoyos, siendo esta considerada, como el nuevo paradigma concebido para respetar la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en todos los actos y ámbitos de su vida.

Palabras clave: Discapacidad intelectual; capacidad jurídica; interdicción; capacidad legal.

Abstract

This investigative proposal analyzes some observations made to several countries by the Committee of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in relation to the application of article 12 of the aforementioned Convention, observations that have allowed to identify in national legislations, the need to eliminate or reform the capacity system and the figure of interdiction, with the aim of respecting the right to legal capacity and decision-making of people with disabilities. Likewise, the implementation, in some countries, of the figure of support provision will be analyzed, this being considered as the new paradigm designed to respect the legal capacity under equal conditions of people with disabilities in all acts and areas of his life.

Keywords: intellectual disability; legal capacity; interdiction; legal capacity.

- Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Autónoma de Barcelona. Doctorando en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Católica de Buenos Aires. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Espíritu Santo. Presidió la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Coordinador en el Centro de Privación de Libertad Regional Guayas en 2014. Fundó en 2015 la firma Lex Bureau. Desde el 2020 al 2021 ejerció el cargo de Director Provincial del Guayas en el ámbito disciplinario del Consejo de la Judicatura. Ha sido docente en la Universidad Politécnica Salesiana. Actualmente en la UEES es docente de grado en la carrera de Derecho, Política y Desarrollo y en los posgrados de Derecho de Empresas y de Contabilidad y Finanzas. Ha participado en ponencias nacionales e internacionales, ha escrito varios artículos científicos relacionados a la discapacidad intelectual y temas empresariales.



Robert Friend Macías

INTRODUCCIÓN

El sujeto individual no tenía subjetividad jurídica en el ámbito internacional ya que el derecho internacional clásico, se configuraba a partir de un modelo rigurosamente Estatal, de naturaleza voluntarista¹. En ese sentido, la necesidad de aprobar una Convención que proteja los derechos humanos de las personas con discapacidad con el fin de reconocerles el derecho al acceso, a los medios y a todos los instrumentos para eliminar cualquier tipo de obstáculo, en razón de una discapacidad, era apremiante².

Las primeras normas jurídicas en el campo internacional relacionadas a los derechos de las personas con discapacidad se dieron en ocasión al número importante de personas que sufrieron alguna especie de discapacidad, resultado de los enfrentamientos entre países en la Segunda Guerra Mundial. En razón de aquello, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, al igual que la Comisión Social, promovieron la asistencia social a través de la cooperación técnica, la rehabilitación y programas de formación profesional para los discapacitados, logrando que en 1950 se emitan informes titulados *"The social rehabilitation of the handicapped"* y *"The social rehabilitation of the blind"*, durante la Sexta Sesión de la Comisión Social³. Podría establecerse que estos informes fue-

ron una de las primeras manifestaciones para cambiar la concepción de beneficencia hacia una perspectiva de rehabilitación, ya que en los primeros años de las Naciones Unidas no existían tratados internacionales de derechos humanos que hagan referencia a los derechos de las personas con discapacidad, ni siquiera la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni los primeros tratados sobre grupos específicos⁴.

Recién en el año 1969, la *"Declaración sobre el progreso y el desarrollo social"*, se constituyó en el primer instrumento internacional que hacía referencia a las personas con discapacidad, a pesar de utilizar términos peyorativos como "impedidos" y "desfavorecidos", contenidos en los artículos 11 literal c y 19 literal d. En la década de los setenta, las Naciones Unidas proclamó la *"Declaración de los Derechos del Retrasado Mental"* y la *"Declaración de los Derechos de los Impedidos"*, mismas que a pesar de tener una visión de prevención y rehabilitación, no eran jurídicamente vinculantes, lo que provocó que pierdan efectividad al no establecer obligaciones⁵.

A pesar de lo anterior, los organismos requirían la creación de instrumentos internacionales

1. Cfr. Gómez Asturias, Vida Eugenia, "Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.", en *American University International Law Review* Washington, Vol. 30, No. 2, 2015, p. 215. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=auilr> Acceso: [20 - 12 - 22].
2. Cfr. Sanjosé Gil, Amparo, "El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, No. 13, 2007, p. 2. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327515> Acceso: [20 - 12 - 22].
3. Cfr. Cristancho Díaz, José Reynel, "Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: ¿Derecho Fundamental Absoluto?", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, Vol. 10, No. 1, 2019, p. 35. Disponible en <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-V10N1-art1919> Acceso: [20 - 12 - 22].
4. Sanjosé Gil, Amparo, "El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Ob. Cit., p. 4.
5. Cristancho Díaz, José Reynel, "Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: ¿Derecho Fundamental Absoluto?", Ob. Cit., p. 35.

que sean vinculantes para los Estados, definiendo el alcance de las obligaciones para los mismos. Entre los documentos promulgados por Naciones Unidas se encuentran la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, así mismo en 1982, se impulsó el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, al siguiente año se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación⁶.

Al concluir la década de los años 80, se aprobaron las *“Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la esfera de los impedidos”*, incorporadas por la Asamblea General de Naciones Unidas como anexo de su Resolución 44/70, de 8 de diciembre de 1989. En 1991 la Asamblea General adoptó los *“Principios para la protección de la salud mental”*, en los que se establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud mental⁷. En la década de los noventa, aparecieron otras normativas referentes a la discapacidad, como la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre *“Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”*, la creación de la Convención Interame-

ricana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, entre otras. Sin embargo, a pesar de las normas antes descritas, no existían disposiciones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁸.

Precedida de innumerables esfuerzos de la sociedad civil y de diversos organismos vinculados, se proclamó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CDPD, la cual entró en vigencia el 3 de mayo de 2008, misma que es considerada como un hito histórico dentro de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el plano internacional⁹. Este tratado internacional tiene la finalidad de proteger a toda persona con discapacidad, incluyendo a todas aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹⁰. En el ámbito de la discapacidad mental ello es un cambio de paradigma, pues implica que la CDPD no enumera todas las patologías que pueden presentar las personas con este tipo de discapacidad, sino que reconocer

6. Cfr. Weidenslauffer, Christine y Truffello, Paola, “Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica Derecho internacional y comparado”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN*, Junio 2019, p. 3. Disponible en [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado\(1\).pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado(1).pdf) Acceso: [20 - 12 - 22].
7. Sanjosé Gil, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ob. Cit., p. 6.
8. Weidenslauffer, Christine y Truffello, Paola, “Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica Derecho internacional y comparado”, Ob. Cit., p. 3.
9. Gómez Asturias, Vida Eugenia, “Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.”, Ob. Cit., p. 221.
10. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 1. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29903.pdf> Acceso: [21 - 12 - 22].

un estándar mínimo de obligaciones para el Estado y la sociedad, con el fin único de proteger de todo tipo de vulneración a estos individuos.

Finalmente, se mentalizó para el periodo 2017-2021, un Plan Estratégico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, permitiendo fundar en el 2017, una Unidad sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo la supervisión de un Comisionado de la propia CIDH. En mayo de 2018, la unidad antes referida convocó a una consulta pública relacionada a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como punto central, lo que permite concluir que este tema sigue siendo pertinente en la actualidad¹¹.

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el proceso de aprobación de la CDPD, la postura de los Estados reflejada en el debate del proyecto de la misma, fue más reduccionista de derechos al concebir más bien un carácter progresivo de los mismos, dependiente de la categoría de derechos económicos, sociales y culturales. De igual manera, en las conversaciones y mesas previas a la CDPD, se consideró inútil tratar de fijar un límite rígido entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Así, por una parte, se constató que varios artículos del borrador de la Convención tenían un carácter mixto y, por

otra parte, se quiso impedir la jerarquización de derechos dentro de este instrumento internacional. Al final, la realidad es que esa “jerarquía” se concreta y la distinción entre un tipo y otro de derechos, se percibe en el cuerpo de la Convención¹².

Ahora bien, por su parte el artículo 12 de la CDPD, reconoce el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas con discapacidad con el fin de que se respete la capacidad jurídica en la toma de decisiones, de manera general. De forma particular, se observa que el primer párrafo del artículo 12 antes referido, establece que las personas con discapacidad tienen derecho a que se reconozca su personalidad jurídica. En el siguiente párrafo, se reconoce a la persona con discapacidad, una capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los ámbitos de la vida. De igual forma, en el párrafo 3 ídem, se constituye la obligación de los Estados de proporcionar a las personas con discapacidad, acceso al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Finalmente, en los párrafos 4 y 5 respectivamente, se propone un sistema de apoyos en la toma de decisiones y la garantía de que los Estados parte, brinden a estas personas respecto de las cuestiones financieras y económicas¹³.

Por lo anterior, a pesar de que la CDPD contiene muchas disposiciones relacionadas a los derechos de las personas con discapacidad, la primera Observación General que se expidió en el año 2014, fue con el fin de explicar el alcance

11. Cfr. De Salas Murillo, Sofía, “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención.”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, Editorial Aranzadi, 2018, p. 3. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6538821> Acceso: [21 – 12 – 22].
12. Sanjosé Gil, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ob. Cit., p. 22.
13. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

real del artículo 12 de la Convención, por sus variadas directrices frente al ejercicio del derecho a la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad y por el hecho de determinar cómo los Estados han adoptado o no determinadas medidas con el fin de cumplir con el mandato, prohibiendo cualquier modelo o disposición normativa que limite la capacidad jurídica de las personas que son parte de este grupo¹⁴.

Esta Observación General ha resaltado que este nuevo paradigma contenido en el artículo 12 de la CDPD, implicando una transición de un modelo antiguo basado en la sustitución de voluntad en la toma de decisiones, a otro modelo social de discapacidad cuyo pilar es brindar los apoyos necesarios para la toma de las mismas. El Comité CDPD por su parte, ha indicado que la negación de la capacidad jurídica, afecta y sigue afectando de forma desmedida a las personas con discapacidad intelectual, violando derechos a consentir en dónde vivir, a un consentimiento informado sobre algún tratamiento médico, a casarse, a votar, etc.

Por otra parte, la estructura diseñada por la CDPD, al igual que en otros instrumentos internacionales, se ha previsto a través de un sistema de control contenido en un Protocolo Facultativo, en adelante el Protocolo, el cual fue aprobado conjuntamente con la CDPD y ratificado por los Estados parte, quienes reconocen a la vez, la competencia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante el Comité CDPD, con el fin de que este reciba y considere comunicaciones individuales en las que se alegue una violación a la Convención.

Estos Comités creados con el fin de garantizar el cumplimiento de un tratado internacional vinculado al sistema universal de protección de los derechos humanos, están integrados por profesionales independientes y especializados en discapacidad, quienes no pueden recibir instrucciones gubernamentales ni de ningún otro órgano u organización nacional o internacional. Bajo esta filosofía de independencia en su labor, estos expertos realizan interpretaciones sustantivas sobre diversos instrumentos internacionales, dando sentido y alcance de los derechos contenidos en ellos. Esta labor se motiva en primer lugar, por las recomendaciones que se realizan en relación con los informes presentados por los Estados parte. En segundo lugar, la citada labor de interpretación, se materializa en las Observaciones Generales que emiten estos Comités y que, según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, contienen la “interpretación de las disposiciones de su respectivo tratado de derechos humanos” y “suministran información adicional más detallada sobre el modo en que deberían aplicarse los tratados¹⁵”.

BREVE ANÁLISIS DE LAS OBSERVACIONES QUE SE HAN REALIZADO A DISTINTOS PAÍSES QUE HAN SUSCRITO Y RATIFICADO LA CDPD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 12

Han transcurrido 12 años aproximadamente desde la firma y ratificación de la CDPD y muchos Estados parte, no han ajustado su legislación interna para incorporar de manera efectiva este nuevo modelo de apoyos para las personas

14. Cristancho Díaz, José Reynel, “Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: ¿Derecho Fundamental Absoluto?”, Ob. Cit., p. 38.
15. De Salas Murillo, Sofia, “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, Ob. Cit., p. 3.

con discapacidad intelectual, lo que permitirá a continuación hacer un análisis de las Observaciones Finales que ha realizado el Comité CDPD sobre el cumplimiento del artículo 12 de la Convención en algunos países del mundo.

2.1. Australia

El Comité CDPD, dentro de la Observación Final que realizó a Australia, recomendó derogar toda norma que apruebe intervenciones médicas sin el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad involucradas, el asilamiento o encierro forzoso de personas con discapacidad en centros de psiquiátricos y la imposición de tratamientos obligatorios, ya sea en instituciones o en la comunidad, mediante órdenes de tratamiento en la comunidad¹⁶.

De igual forma, se puede observar en el párrafo 24 de la Observación Final que se sigue manteniendo el régimen de sustitución en las decisiones y no existe una regulación clara y factible de un sistema de apoyos para la toma de decisiones en ejercicio de la capacidad jurídica¹⁷. De igual manera, el Comité CDPD, en el párrafo 25 recomienda que el Estado australiano, investigue e incorpore medidas que permitan reemplazar el modelo anterior de sustitución de la voluntad, por el actual de implementación de apoyos con el fin de ofrecer alternativas que respeten la autonomía, la voluntad y preferencias en todos los ámbitos de la vida como acceder a la justi-

cia, contraer matrimonio, trabajar y otros actos jurídicos conforme al artículo 12 de la Convención¹⁸. Finalmente, se desprende del párrafo 26 de la Observación Final que se estimula a Australia a capacitar y difundir información conjuntamente con las personas con discapacidad y sus organizaciones sociales, a escala nacional, regional y local, dirigida de manera especial a los funcionarios públicos, jueces y demás actores involucrados, sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los sistemas de apoyo en la toma de decisiones de este colectivo¹⁹.

2.2. Austria

Respecto a este país, el Comité CDPD detecta con mucha alarma, que en el año 2012 unos 55.000 austríacos se encontraban sometido para la figura de la tutela, régimen que para la mitad de estos individuos implicada una representación absoluta en todos los ámbitos en que se podrían desenvolver. De la misma forma, se establece que la regulación de la tutela termina siendo anticuada y no se encuentra en armonía con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, el mismo Comité CDPD aplaude que este país promueva un Plan de Acción Nacional con el fin de experimentar respecto a la figura del apoyo en la toma de decisiones²⁰.

En cuanto a las recomendaciones, el Comité CDPD pide a Austria que reemplace la sustitu-

16. Gómez Asturias, Vida Eugenia, "Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.", Ob. Cit., p. 237.

17. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones*, 21 Octubre 2013, CRPD/C/AUS/CO/1, Párrafo 24. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5280b5f84.html> Acceso: [21 - 12 - 22]

18. *Ibidem*, párrafo 25.

19. *Ibidem*, párrafo 26.

20. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Austria, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones*, 30 Septiembre 2013. Párrafo 27. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5280b7264.html> Acceso: [21 - 12 - 22].



ción en la toma de decisiones por el apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad con el fin de que estas personas no queden sometidas a la figura de la tutela. De la misma forma como lo hizo con Australia, insta a que el sistema de apoyos que se logre instaurar en Austria, res-

pete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona y se ajusten plenamente al artículo 12 de la Convención, respetando su voluntad en diferentes actos jurídicos como acceder a la justicia y elegir en qué lugar van a residir, y además que informe a todos los implicados sobre el reco-

nocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sobre los mecanismos de apoyo a la adopción de decisiones²¹.

2.3. China

El Comité CDPD al examinar la situación de China, concluyó que existen bastantes personas con discapacidades reales o percibidas internadas en centros psiquiátricos en contra de su voluntad por distintas razones como ser autores de quejas²².

Así mismo, el Gobierno de China específicamente al párrafo 22 respecto a la tutela contenido en las Observaciones Finales sobre el informe inicial, manifestó que la legislación en China, protege a las personas con discapacidad intelectual en procesos penales o civiles con una rigurosidad extrema respecto de determinar la capacidad jurídica de obrar so pena de que los tutores respondan penalmente por violar los derechos de la persona con discapacidad²³.

21. *Ibídem*, Párrafo 28.

22. Gómez Asturias, Vida Eugenia, "Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.", *Ob. Cit.*, p. 236.

23. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de China, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)* : Adición : *Comentarios del Gobierno de China sobre las observaciones finales*, (CRPD/C/CHN/CO/1), 2 Abril 2013, CRPD/C/CHN/CO/1/Add.1, Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/549938234.html> Acceso: [21 - 12 - 22].

2.4. Colombia

Con la adopción de la Convención, Colombia tomó medidas de promoción, de integración y de disposición que resultaron en compromisos económicos y políticos en todas las instituciones públicas. Resultado de aquello, se promulgaron dos leyes para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas²⁴. Una de estas normas adoptadas fue la Ley 1618 de 2013, que por reglamentar asuntos relacionados con derechos fundamentales, se aprobó con carácter estatutario²⁵. Esta Ley 1618, implementó el artículo 12 de la CDPD de manera limitada, al ordenar al Ministerio de Justicia, a las entidades del Ministerio Público y al ICBF asumir y ejecutar reformas al sistema de interdicción con el objetivo

de respetar el derecho a la capacidad jurídica y a la toma de decisiones de las personas con discapacidad²⁶.

La otra norma jurídica implementada por este Estado fue un documento de carácter político que direcciona el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014 y la “Política Pública Nacional 28 de Discapacidad e Inclusión Social –PPDIS” para el período comprendido entre 2013 y 2022²⁷.

Lastimosamente, a pesar de los esfuerzos para modificar su ordenamiento jurídico con el fin de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, es una realidad que dichos procesos no hayan sido suficientes por lo lento de su implementación y por no ser siem-

pre coherentes con la CDPD, teniendo más activamente a la Corte Constitucional como actor significativo²⁸, por lo que la reformulación de la política sobre discapacidad, no ha sido satisfecha por un Estado que desarrolló normas y acciones dirigidas a promover un modelo médico rehabilitador²⁹.

Es así que se puede identificar en las Observaciones Finales sobre el informe inicial de Colombia, la preocupación del Comité CDPD sobre el contenido del Código Civil y la jurisprudencia de ese país, por reincidir en limitaciones y restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica a personas con discapacidad, negándoles su derecho a acceder a la justicia, y al derecho a dar o negar su consentimiento libre e informado³⁰. Por lo anterior, el

24. Cfr. Díaz Aya, Mónica Yineth, “Impacto de la CDPD en la reformulación de la política pública: caso Colombia.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol 2 (1), 2018, p. 29 Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/82/29> Acceso: [22 – 12 – 22].

25. Ídem

26. Cfr. Correa Montoya, Lucas ; Castro Martínez, Marta Catalina y Rúa Serna, Juan Camilo, “Del dicho al hecho hay mucho trecho”: logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en Colombia”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 1 (2), 2017, p. 23. Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/43> Acceso [22 – 12 – 22].

27. Díaz Aya, Mónica Yineth, “Impacto de la CDPD en la reformulación de la política pública: caso Colombia.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Ob. Cit., p. 29.

28. Correa Montoya, Lucas ; Castro Martínez, Marta Catalina y Rúa Serna, Juan Camilo, “Del dicho al hecho hay mucho trecho”: logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en Colombia”, Ob. Cit., p. 22.

29. Díaz Aya, Mónica Yineth, “Impacto de la CDPD en la reformulación de la política pública: caso Colombia.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Ob. Cit., p. 32.

30. ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. Adoptadas durante el 16 periodo de sesiones del Comité (15 de agosto- 2 de septiembre de 2016)*. Párrafo 30. CRPD/C/COL/CO/1. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendaciones-comite-colombia-2016.pdf> Acceso: [22 – 12 – 22].

Comité CDPD recomienda al Estado que derogue aquellos artículos del Código Civil y de cualquier norma que limiten parcial o totalmente la capacidad jurídica de personas con discapacidad, y adopte medidas legales para proporcionar los apoyos que les permita ejercer plenamente este derecho³¹.

lisis cuando se resalta lo siguiente:

“El Comité recomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009)”

“El Comité recomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009)”

De igual manera, se contempla en la Observación antes referida, la preocupación que tiene el Comité CDPD por el uso de la figura de interdicción en los programas de atención al habitante de calle con discapacidad según el decreto 1500 de 2014 de la Alcaldía de Medellín³². Esta inquietud se desprende también del párrafo 7 de la Observación objeto de análisis

“...de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.”³³

Finalmente, el Comité CDPD identificó una situación común en los Códigos Civiles influenciados por Andrés Bello y que se desarrolla en la legislación, jurisprudencia, regulaciones y docu-

mentos oficiales de Colombia, como lo es, el uso de terminología peyorativa para referirse a personas con discapacidad³⁴, recomendando que se elimine toda terminología peyorativa en contra de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad³⁵.

2.5. Ecuador

Ecuador firmó el 30 de marzo de 2007 la CDPD y su Protocolo Facultativo, los cuales fueron ratificados en el año 2008 y publicados en el Registro Oficial No. 329 del 05 de mayo del 2008. Desde que entró en vigencia la

CDPD y su Protocolo Facultativo, han transcurrido 12 años y este Estado no ha ajustado su legislación interna para incorporar de manera efectiva este nuevo modelo de apoyo para las personas con discapacidad intelectual.

Para justificar la afirmación anterior, de manera sucinta, en la actualidad podemos encontrar varios artículos del

31. Ibídem, Párrafo 31.

32. Ibídem, Párrafo 32.

33. Ibídem, Párrafo 7.

34. Ibídem, Párrafo 8.

35. Ibídem, Párrafo 9.

Código Civil ecuatoriano que siguen irrespetando el artículo 12 y otros de la CDPD, tales como: el artículo 478 que hace referencia al adulto en estado de demencia; el artículo 479 que explica sobre el niño demente que tras haber llegado a la pubertad debe realizarse el juicio de interdicción, sin mencionar el porcentaje o clase de incapacidad intelectual para que se lo declare interdicto; el artículo 480 contiene de igual forma el imperativo que para ejercerse la curaduría sobre un pupilo demente, debe declararse la interdicción judicial e inclusive hace referencia a que podrá provocarla cualquier autoridad o persona del cantón en caso de que “*locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes*”.

Sin embargo, lo sorprendente no es realmente la expresión contenida en los artículos an-

tecedentes ni tampoco lo es la falta de tecnicidad en su redacción, lo que realmente causa impresión son los alcances que tuvo la reforma al código civil publicada en el Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015 en razón del mandato contenido en la disposición reformativa y derogatoria décimo tercera de la Ley Orgánica de Discapacidad³⁶, la cual establecía que “*se reformará de la normativa nacional vigente aquellos términos peyorativos hacia las personas con discapacidad y se aplicarán los conceptos de la Constitución de la República*”, a la luz de principios contemplados en la CDPD ratificada por el Ecuador³⁷.

Ante esta situación, las observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador se resumen en que la legislación civil prevé aún el modelo de sustitución de la voluntad

mediante la incorporación de figuras como la tutela y la curatela y que no existe un programa inmediato para reformar el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil a efecto de incorporar el modelo de toma de decisiones con apoyo³⁸. El Comité CDPD, recomendó que se conforme un equipo de trabajo con representantes de organizaciones sociales de personas con discapacidad, para analizar la legislación civil e incorporar mecanismos de toma de decisiones con apoyo. De igual manera, recomendó al Estado parte, construir un plan de implementación con fechas preestablecidas³⁹.

2.6. El Salvador

El Comité CDPD, expresó sus inquietudes en las Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador por la inhabilitación legal de

36. (Ley 0). Promulgada el 26 de junio de 2012. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 796 de 25 de septiembre del 2012.

37. El Comité CDPD se pronunció precisamente sobre esta inconsistencia y en las observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador en su párrafo inicial expresó lo siguiente: “*Preocupa al Comité que la Ley Orgánica de Discapacidades, a pesar de haber sido publicada con posterioridad a la ratificación de la Convención por el Estado parte, conserva todavía una definición y una aproximación a la discapacidad desde un enfoque médico. La definición de persona con discapacidad enfatiza la restricción de capacidades y soslaya la dimensión social y relacional de la discapacidad*”. ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador. Adoptadas durante la Sesión 168 el 02 de octubre de 2014. CRPD/C/ECU/CO/1. Disponible en <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/08/Observaciones-finales-sobre-el-informe-inicial-del-Ecuador-ONU-2014.pdf> Acceso: [22 – 12 – 22]

38. Ídem.

39. Ídem.

una persona que se desprende de la normativa civil y de familia, que bajo la figura de la “interdicción” e “incapacidad”, restringe derechos de las personas con discapacidad intelectual, psicosocial, auditiva y visual. El Comité CDPD consideró que existe falta de información sobre el régimen de “tutela” o “guarda” y sobre la procedencia de procesos de revocatoria de la interdicción relacionada a las personas con discapacidad. De igual manera, considera que la Ley de Notariado limita la posibilidad de ejercer funciones de notario a los “ciegos”, los “mudos”, los “sordos” y los que “no estén en pleno uso de sus facultades mentales” por lo que pidió derogar dicha restricción contenida en dicha norma. Finalmente, el Comité CDPD recomienda al Estado de El Salvador que reemplace el régimen de interdicción por un mecanismo de apoyo en el proceso de toma de decisiones con el fin de respetar la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona⁴⁰.

2.7. España

Este país ratificó la CDPD sin ninguna reserva sometiéndose al periodo de examen en virtud del artículo 35 de la misma CDPD. Es así que en las Observaciones Finales del año 2011 emitidas por el Comité CDPD, se recomendó al Estado Español que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que implemente normas que permitan reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona⁴¹.

En esas mismas observaciones, el Comité CDPD recomendó al Estado español la revisión de su normativa en relación a la privación de libertad por motivos de discapacidad y que derogue las disposiciones sobre el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada; y que todos los servicios médicos, incluyendo la salud mental,

se basen en el consentimiento otorgado por el interesado⁴².

Sin embargo, en el año 2019, el Comité CDPD realizó nuevas observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España en donde reafirma su preocupación por las disposiciones contenidas en el Código Civil español respecto a la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones⁴³. De igual manera, el Comité CDPD recomienda al Estado español que derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, con el fin de desaparecer los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca plenamente la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante sistemas para la adopción de decisiones con apoyos que garanticen la dignidad, la autonomía, el deseo y las

40. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité en su reunión 119 de 13 de septiembre de 2013. CRPD/C/SLV/CO/1. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5280b8904.html> Acceso [22 -12 - 22]
41. De Salas Murillo, Sofía, “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención.” Ob. Cit., pp. 11 – 12.
42. Gómez Asturias, Vida Eugenia, “Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.” Ob. Cit., pp. 213-248.
43. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), Observaciones finales sobre los Informes Periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en su sesión 463 celebrada el 29 de marzo de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Párrafo 22. Disponible en <https://www.cerme.es/es/actualidad/novedades/observaciones-finales-sobre-los-informes-peri%C3%B3dicos-segundo-y-tercero> Acceso: [22 – 12 – 22].



2.8. Honduras

El Comité CDPD en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras del año 2017, manifestó su preocupación por el contenido del artículo 277 del Código de Familia que mantiene la figura de tutor y protutor, que no va en armonía con la CDPD, discriminando y restringiendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁴⁵.

En el mismo sentido, el Comité CDPD recomendó a Honduras que derogue toda norma jurídica que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y adopte medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad⁴⁶. De igual forma el Comité CDPD, recomendó a Honduras que garantice a todas las personas con discapacidad el acceso en igualdad de condiciones con las demás personas a ser propietarias y heredar bienes,

preferencias de estas personas⁴⁴.

Finalmente, el 26 de septiembre de 2018 se dio paso a la consulta pública del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de

discapacidad en razón de las exigencias del artículo 12 de la CDPD planteando la modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

44. Ibídem, Párrafo 23.

45. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras, aprobadas por el Comité en su Sesión 327, celebrada el 10 de abril del 2017, CRPD/C/HND/CO/1*. Párrafo 27. Disponible en <https://www.sgid.gob.hn/biblioteca-virtual/documentos-de-interes/441-convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/file> Acceso: [23 – 12 – 22].

46. Ibídem, Párrafo 28.

a créditos, hipotecas y toda la variedad de servicios financieros⁴⁷.

2.9. México

El Comité CDPD considera que en México no existen medidas para eliminar la figura de la interdicción y las limitaciones a la capacidad jurídica de una persona por razón de su discapacidad. Además, el Comité CDPD manifestó que existe una falta de conciencia social y que algunos operadores judiciales se resisten a poner en práctica las recomendaciones realizadas por el Comité CDPD en su Observación General N.º 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la Ley⁴⁸.

De igual manera, el Comité CDPD sugirió al Estado mexicano que suspenda cualquier reforma legal que implique continuar con un sistema de sustitución de la voluntad y que más bien tome medidas

para adoptar leyes y políticas que reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones, al igual de que revise toda la legislación federal y estatal para eliminar cualquier restricción de derechos relacionados con el estado de interdicción o con motivo de la discapacidad de la persona⁴⁹.

Respecto a lo anterior, se puede verificar que el Código Civil Federal restringe la capacidad jurídica a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, sensorial y física. Esta situación es constante y repetitiva en otros códigos como el de Baja California, Coahuila, Chiapas, Jalisco, Nayarit, Morelos, San Luis Potosí, Tlaxcala o Zacatecas. El estudio realizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación a la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre Capacidad Jurídica de las Personas con discapacidad

y los mecanismos de toma de decisiones con apoyo, concluye que los nuevos códigos civiles adoptados por algunos estados federales, se limitan a transcribir de manera íntegra las mismas disposiciones de sus antecedentes civiles en lo referente de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁵⁰.

Finalmente, el Comité CDPD en esta Observación Final sobre el informe inicial, le insta a realizar acciones para capacitar a las autoridades y la sociedad, sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁵¹.

2.10. Panamá

El Comité CDPD, en sus Observaciones Finales a Paraguay, considera que a pesar de que la Ley 15 de 2016 contempla el igual reconocimiento ante la ley y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aún subsisten los

47. Ibídem, Párrafo 30.

48. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de México, aprobadas por el Comité en su Sesión 167, celebrada el 30 de septiembre del 2014*. CRPD/C/MEX/CO/1. Párrafo 23. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1419180.pdf [23 - 12 - 22].

49. Ibídem, Párrafo 24.

50. Vicente Echevarría, Irene, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad a 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Revista Letras Jurídicas*, No. 24, 2017, pp. 10 - 11. Disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/294/292> [23 - 12 - 22].

51. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de México, aprobadas por el Comité en su Sesión 167, celebrada el 30 de septiembre del 2014*. CRPD/C/MEX/CO/1. Párrafo 24.

artículos 404 a 407 del Código de Familia, referencias en el Código de Comercio, y restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contenidas en el artículo 45 del Código Civil⁵².

En razón de lo anterior, el Comité CDPD en concordancia con el artículo 12 de la CDPD recomendó a Panamá que i) derogue toda norma jurídica o práctica que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; ii) adopte políticas concretas para instaurar un sistema de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad y iii) asegure que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la capacidad legal en igualdad de condiciones sin obstáculos de ningún tipo⁵³.

2.11. Paraguay

El Comité CDPD manifestó reparos por el mecanismo de inhabilitación legal de las personas con discapacidad en Paraguay y considera que existe muy poca comprensión sobre el alcance del artículo 12 de la CDPD. En relación a lo anterior, el Comité CDPD manifestó que existe falta de datos e información sobre las personas con discapacidad que han sido declaradas inhábiles judicialmente, siendo esto un obstáculo para el respeto y el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, incluyendo, el ámbito patrimonial⁵⁴.

El Comité CDPD, luego de las observaciones hechas a Paraguay pidió a este país que derogue las disposiciones legales del Código Civil que regulan el proceso de inhabilitación judicial por motivos de discapacidad y adopte un me-

canismo de revisión con el fin de restablecer plenamente los derechos a este grupo de personas; así mismo, recomendó que se adopte mecanismos de salvaguarda necesarios para las personas con discapacidad y desarrolle un modelo de apoyo en el proceso de toma de decisiones con el objetivo que se respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona⁵⁵.

2.12. República Dominicana

En República Dominicana el denominador común sobre la aplicación plena del artículo 12 es parecida al resto de países como lo observamos en Ecuador, ya que una de las críticas que hizo el Comité CDPD en su Observación Final fue precisamente los términos peyorativos contenidos en el Código Civil que sustituyen la voluntad de la persona calificada con “*imbecilidad, enajenación mental o locura*”⁵⁶.

52. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe de Panamá, aprobadas por el Comité en su Sesión 350, celebrada el 24 de agosto del 2017*, CRPD/C/PAN/CO/R.1. Párrafo 30. Disponible en <http://www.senadis.gob.pa/documentos/vitacora/VERSION-AVANZADA-NO-EDITADA-DE-LAS-OBSERVACIONES-Y-RECOMENDACIONES-DEL-COMITE-DE-EXPERTOS-DE-LA-CDPD-DE-LA-ONU.pdf> Acceso [23 - 12 - 22].

53. *Ibidem*, Párrafo 31.

54. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité en su Sesión 102, celebrada el 19 de abril de 2013*, CRPD/C/PRY/CO/1. Párrafo 29. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/5499370a4.html> Acceso [23 - 12 - 22].

55. *Ibidem*, Párrafo 30.

56. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Dominicana, aprobadas por el Comité en su Sesión 196, celebrada el 14 de abril de 2015*. CRPD/C/DOM/CO/1. Párrafo 20. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/CRPD/C/DOM/CO/1> Acceso [23 - 12 - 22].

El Comité CDPD por lo anterior, instó a República Dominicana a eliminar todo régimen de privación parcial o total de la capacidad legal de las personas con discapacidad, y además a que reforme el Código Civil con la finalidad de que se reconozca la plena capacidad jurídica e instaure medidas para facilitar los apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad⁵⁷.

Por otra parte, es interesante notar cómo se repite un patrón discriminatorio contra las personas con discapacidad al observar la preocupación del Comité CDPD ya en algunos bancos nacionales e instituciones financieras de República Dominicana, deniegan a personas con discapacidad, en particular con discapacidad visual, el manejo independiente de sus asuntos financieros⁵⁸.

2.13. Unión Europea

El Comité CDPD en el año 2015, observó que en toda la Unión Europea hay un gran número de personas con discapacidad cuya plena capacidad jurídica está restringida por lo que recomendó la adopción de medidas para que las personas con discapacidad privadas de libertad, puedan ejercer derechos como el acceso a la justicia y el acceso a otros bienes y servicios, incluidos los servicios bancarios, el empleo y la atención de la salud, el derecho al voto y los derechos de los consumidores⁵⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al informe de Alemania al Comité CDPD del año 2011, la capacidad legal y la capacidad para actuar de este país están reguladas en el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), normas que se aplican a personas

con y sin discapacidad, tanto que se define en la sección 1 del BGB, que todas las personas vivas tienen capacidad legal, es decir, tienen derechos y deberes, lo que garantiza que las personas con discapacidad tengan capacidad legal sin restricciones⁶⁰.

Al Comité le preocupa que el instrumento jurídico de la tutela (*rechtliche Betreuung*), según se describe en el Código Civil de Alemania, por el cual se rige, sea incompatible con la Convención por lo que recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para suprimir el artículo 1905 del Código Civil de Alemania y prohibir expresamente en la legislación la esterilización sin el consentimiento pleno e informado de la persona en cuestión, eliminando todas las excepciones, entre ellas las basadas en la sustitución del consentimiento y la aprobación judicial.

57. *Ibidem*, Párrafo 21.

58. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Dominicana, aprobadas por el Comité en su Sesión 196, celebrada el 14 de abril de 2015*. CRPD/C/DOM/CO/1. Párrafo 22. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/CRPD/C/DOM/CO/1> Acceso [23 - 12 - 22].

59. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea, aprobadas por el Comité en su Sesión 229, celebrada el 3 de septiembre de 2015*. CRPD/C/EU/CO/1. Párrafo 37. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/226/58/PDF/G1522658.pdf?OpenElement/CRPD/C/DOM/CO/1> Acceso [23 - 12 - 22].

60. ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Alemania aprobadas por el Comité en su Sesión 194 celebrada el 13 de mayo de 2015*. CRPD/C/DEU/CO/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yu> Acceso [23 - 12 - 22].



2.14. Perú

Al igual que muchos países, Perú a pesar de haber firmado y ratificado la CDPD, y por ende cumplir con las disposiciones contenidas en ella, continuaba aplicando la figura de la interdicción civil sustentado su práctica en lo que estable-

cía su sistema de capacidad en el Código Civil influenciado por Bello, tal como sucede con muchos países de la región bajo el mismo escenario. Por esta razón, Perú no era ajeno a esta situación, ya que el Código Civil de 1984 reconocía la figura de la interdicción civil para personas con discapaci-

dad intelectual y/o psicosocial por considerarlas “incapaces” o “relativamente incapaces”⁶¹.

En el año 2012, el Comité CDPD le instó al Estado peruano “[...] que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención”⁶². En el mismo sentido, le recomendó “[...] que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias”⁶³. De igual manera, el Comité CDPD pidió que se derogue el artículo 11 de la Ley General de Salud N° 26842 del Estado, el cual contemplaba el internamiento forzoso de personas aquejadas de “problemas de salud mental”⁶⁴.

En su momento, a pesar de no tener una normativa in-

61. Paredes Rodríguez, Rosa, “Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú: avances y retos en su implementación.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 3 (2), 2019, p. 38. Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/viewFile/161/89> Acceso [22 – 12 – 22].

62. ONU: Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a Perú aprobada en Sesión 72 celebrada el 20 de abril de 2012*. CRPD/C/PER/CO/1. Párrafo 25. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/7thsession/CRPD.C.PER.CO.1_sp.doc. Acceso [22 – 12 – 22].

63. Ídem

64. Gómez Asturias, Vida Eugenia, “Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.”, *Ob. Cit.*, p. 235.

terna acorde a lo preceptuado por la CDPD en su artículo 12, es importante destacar que algunos jueces peruanos, bajo la figura del control de convencionalidad, han inaplicado lo contenido en el Código Civil. Mérito de aquello, el 25 de abril de 2018, se dictó la primera sentencia en firme⁶⁵ a favor del reconocimiento de la capacidad jurídica de una persona con esquizofrenia, motivando su decisión en las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar la CDPD⁶⁶.

Diez años después de la vigencia de la CDPD en el Perú, se promulgó el Decreto Legislativo (DL) N° 1384 de 04 de septiembre de 2018, el cual reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Este decreto deroga, modifica e introduce artículos al Código Civil buscando que se encuentre más

acorde al artículo 12 de la CDPD⁶⁷ y además estableció un sistema de apoyos en concordancia con la Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD) N.° 29.973.

El 23 de enero de 2019, se emitió el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en observancia al Modelo Social de la Discapacidad, el cual marcó el camino fijando reglas y procedimientos para que los operadores de justicia puedan hacer una correcta transición al sistema de apoyos, e implementar en el menor tiempo posible, tal sistema de apoyos para las personas con discapacidad que cuenten con una sentencia en firme en la cual se les haya designado curador y a las que estén en un proceso de interdicción⁶⁸.

Luego de las reformas antes referidas, el Código Civil peruano actual libera de responsabilidad al apoyo por las decisiones

que toma la persona asistida, sin embargo, no es menos cierto que la persona asistida tiene derecho a repetir contra el apoyo. Es importante aclarar que este régimen de responsabilidad no aplica a las personas en estado de coma, ya que no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente cuando estos últimos, hayan actuado con dolo o culpa⁶⁹. El ámbito y alcance de aplicación de los apoyos es amplio, ya que permite reconocer la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, tanto patrimonial como personal, pudiendo las personas con discapacidad, solicitar los apoyos cuando necesite y de acuerdo a su libre elección⁷⁰. Finalmente, es importante destacar que la persona que asiste como apoyo, no está obligada a rendir caución para garantizar su gestión, a menos que el mismo Juez que la designa así lo requiera, a pedido del consejo de familia⁷¹.

65. Corte Superior de Justicia de Lima Tercera Sala Civil. EXP. 25158-2013-0-1801-JR-CI-02. Lima, 25 de abril de 2018. Disponible en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/sentenciaTerceraSalaCivil.pdf> Acceso [22 - 12 - 22].
66. Paredes Rodríguez, Rosa, "Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú: avances y retos en su implementación.", Ob. Cit. p. 41.
67. Ídem
68. Weidenslauffer, Christine y Truffello, Paola, "Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica Derecho internacional y comparado", Ob. Cit., p. 24.
69. Artículo 1.976-A Código Civil peruano.
70. Artículo 45 Código Civil peruano.
71. Art. 426 Código Civil peruano : *"Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar: 1.- El importe de los bienes muebles. 2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes. 3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor. Los incisos 2 y 3 solo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados"*.



3. Conclusión

Después del abordaje de la temática propuesta, la presente monografía nos permite concluir lo siguiente:

3.1. Primaria

A pesar de que muchos Estados han ratificado la CDPD, se observa que aún existen múltiples retos para afrontar muchos escenarios que van en contra del consentimiento de la persona con discapacidad, lo cual constituye una violación a las normas internacionales de derechos humanos, siendo necesario profundizar en esta problemática, para la cual el Comité de los Derechos de las Personas con Discapaci-

dad, como órgano experto en la materia y supervisor de la Convención, posee importantes herramientas que pueden ser utilizadas para mejorar las condiciones de las personas con discapacidad mental alrededor del mundo con el fin de implementar integralmente el artículo 12 de la CDPD.

3.2. Secundaria

3.2.1. En su mayoría, las observaciones finales del Comité CDPD a los distintos Estados parte analizados en este trabajo de investigación, concluyen en que se debe reformar el sistema de interdicción para respetar la capacidad jurídica y la toma de decisiones de las personas con discapa-

cidad, en que existe falta de información sobre el régimen de “tutela” o “guarda” en estos Estados y que además se necesitan adoptar medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

3.2.2. Perú, es uno de los países que más adaptada tiene su normativa interna en respeto al artículo 12 de la CDPD.

3.2.3. Existen algunos países, entre esos Ecuador y Colombia, que conservan terminología peyorativa en contra de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes bibliográficas

- Correa Montoya, Lucas ; Castro Martínez, Marta Catalina y Rúa Serna, Juan Camilo, “Del dicho al hecho hay mucho trecho”: logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en Colombia”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 1 (2), 2017, pp. 9 – 43. Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/43>.
- Cristancho Díaz, José Reynel, “Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: ¿Derecho Fundamental Absoluto?”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, Vol. 10, No. 1, 2019, pp. 31-56 Disponible en <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-V10N1-art1919>.
- De Salas Murillo, Sofía, “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención.”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, Editorial Aranzadi, 2018, pp. 71 – 120 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=>.
- Díaz Aya, Mónica Yineth, “Impacto de la CDPD en la reformulación de la política pública: caso Colombia.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol 2 (1), 2018, pp. 12 – 36 Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/82/29>.
- Gómez Asturias, Vida Eugenia, "Nuevos retos para el derecho internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las personas con Discapacidad Mental.", en *American University International Law Review* Washington, Vol. 30, No. 2, 2015, pp. 213-248. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=auilr>.

- Paredes Rodríguez, Rosa, “Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú: avances y retos en su implementación.”, en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 3 (2), 2019, pp. 36 - 57. Disponible en <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/viewFile/161/89>.
- Sanjosé Gil, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, No. 13, 2007, pp. 1 – 26 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327515>.
- Vicente Echevarría, Irene, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad a 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Revista Letras Jurídicas*, No. 24, 2017, pp. 1 – 21. Disponible en <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/294/292>.
- Weidenslaufer, Christine y Truffello, Paola, “Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica Derecho internacional y comparado”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN*, Junio 2019, pp. 1 – 37 Disponible en [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado\(1\).pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado(1).pdf).
- **Legislación Internacional**
- ONU: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- ONU: Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de México, aprobadas por el Comité en su Sesión 167, celebrada el 30 de septiembre del 2014. CRPD/C/MEX/CO/1*. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1419180.pdf.

- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones*, 21 Octubre 2013. CRPD/C/AUS/CO/1. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5280b5f84.html>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Austria, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones*, 30 septiembre 2013. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5280b7264.html>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de China, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012) : Adición : Comentarios del Gobierno de China sobre las observaciones finales. CRPD/C/CHN/CO/1, 2 Abril 2013, CRPD/C/CHN/CO/1/Add.1*, Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/549938234.html>.
- ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. Adoptadas durante el 16 periodo de sesiones del Comité (15 de agosto- 2 de septiembre de 2016). Párrafo 30. CRPD/C/COL/CO/1*. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendaciones-comite-colombia-2016.pdf>.
- ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador. Adoptadas durante la Sesión 168 el 02 de octubre de 2014. CRPD/C/ECU/CO/1*. Disponible en <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/08/Observaciones-finales-sobre-el-informe-inicial-del-Ecuador-ONU-2014.pdf>.

- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité en su reunión 119 de 13 de Septiembre de 2013*. CRPD/C/SLV/CO/1. Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5280b8904.html>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre los Informes Periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en su sesión 463 celebrada el 29 de marzo de 2019*. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Disponible en https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/observaciones-finales-sobre-los-informes-peri%C3%B3dicos-segundo-y-tercero_.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras, aprobadas por el Comité en su Sesión 327, celebrada el 10 de abril del 2017*. CRPD/C/HND/CO/1. Disponible en <https://www.sgjd.gob.hn/biblioteca-virtual/documentos-de-interes/441-conven-cion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/file>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe de Panamá, aprobadas por el Comité en su Sesión 350, celebrada el 24 de agosto del 2017*, CRPD/C/PAN/CO/R.1, Disponible en <http://www.senadis.gob.pa/documentos/vitacora/VERSION-AVANZADA-NO-EDITADA-DE-LAS-OBSERVACIONES-Y-RECOMENDACIONES-DEL-COMITE-DE-EXPERTOS-DE-LA-CDPD-DE-LA-ONU.pdf>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité en su Sesión 102, celebrada el 19 de abril de 2013*, CRPD/C/PRY/CO/1. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/5499370a4.html>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Dominicana, aprobadas por el Comité en su Sesión 196, celebrada el 14 de abril de 2015*. CRPD/C/DOM/CO/1. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/CRPD/C/DOM/CO/1>.
- ONU: Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a Perú aprobada en Sesión 72 celebrada el 20 de abril de 2012*. CRPD/C/PER/CO/1. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/7thsession/CRPD.C.PER.CO.1_sp.doc.

- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de Alemania aprobadas por el Comité en su Sesión 194 celebrada el 13 de mayo de 2015*. CRPD/C/DEU/CO/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yu>.
- ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea, aprobadas por el Comité en su Sesión 229, celebrada el 3 de septiembre de 2015*. CRPD/C/EU/CO/1. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/226/58/PDF/G1522658.pdf?OpenElement/CRPD/C/DOM/CO/1>.

Ecuador:

- (Ley 0). Promulgada el 26 de junio de 2012. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 796 de 25 de septiembre del 2012.

Perú:

- Código Civil peruano.
- Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD) N.º 29.973.
- Decreto Legislativo (DL) N° 1384 de 04 de septiembre de 2018.
- Ley General de Salud N° 26842.
- Corte Superior de Justicia de Lima Tercera Sala Civil. EXP. 25158-2013-0-1801-JR-CI-02. Lima, 25 de abril de 2018. Disponible en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/sentenciaTerceraSalaCivil.pdf>.

Jurisprudencia:

- Corte Superior de Justicia de Lima Tercera Sala Civil. EXP. 25158-2013-0-1801-JR-CI-02. Lima, 25 de abril de 2018. Disponible en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/sentenciaTerceraSalaCivil.pdf>.

EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRA EN VIGENCIA, ¿QUÉ ESPERAR DE ELLO?

Pablo Solines Moreno

La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD) entró en vigor en la República del Ecuador, desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial, esto es, el 26 de mayo de 2021.

Desde entonces, todas aquellas disposiciones que no requieren ser desarrolladas a través de una reglamentación o normativa secundaria (que son la gran mayoría), son de aplicación inmediata y de obligatorio cumplimiento por parte de los ciudadanos, organizaciones, empresas privadas e instituciones del sector público, que

realizan tratamientos de datos personales fuera de la esfera doméstica o familiar.

Ello implica que, al estar en plena vigencia la referida ley desde mayo de 2021, su incumplimiento podría acarrear responsabilidades de orden civil, constitucional e, incluso, penal, pues, debemos recordar que el Art. 178 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que la persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, se considerará

Socio de la Firma “SOLINES & ASOCIADOS Abogados” en Ecuador, coordinador del área de Protección de Datos. Actual presidente de la Asociación Ecuatoriana de Protección de Datos AEPd; profesor – instructor en el curso de formación de Delegados de Protección de Datos Personales organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar; Máster de Derecho de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación por la Universidad Carlos III de Madrid; Máster en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías por la Universidad Autónoma de Madrid, Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Trabajó como abogado colaborador en la Agencia de Protección de Datos de Madrid; abogado líder en protección de datos personales en Ecuador por prestigiosos rankings internacionales como Leaders League; actual asesor jurídico de varias empresas y organizaciones ecuatorianas en procesos de adaptación e implementación de la normativa en protección de datos; ha sido panelista invitado en varios eventos sobre la materia a nivel nacional e internacional; ha escrito una serie de artículos legales sobre protección de datos en revistas especializadas y en prensa escrita.



Pablo Solines Moreno

que ha cometido un delito y será sancionado con pena privativa de libertad. Así mismo, el Art. 229 del COIP determina que comete delito quien, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, violentando el secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, lo cual también es penado con pena privativa de libertad.

En este contexto, una persona titular de datos personales que ha visto vulnerado su derecho a una adecuada protección de los mismos por parte de un tercero (entiéndase personas, empresas, instituciones públicas), en la actualidad, tiene herramientas jurídicas vigentes y plenamente ejecutables para hacer valer los derechos infringidos y para reclamar la responsabilidad civil del infractor por los daños y perjuicios causados, así como perseguir una responsabilidad penal y/o constitucional de reparación, de ser el caso.

Ahora bien, la disposición transitoria primera de la LOPDP señala que, para el caso del régimen sancionador administrativo, esto es, la aplicación de medidas correctivas como multas por parte de la autoridad nacional, la Superintendencia de Protección de Datos, entrará en vigencia en dos años contados a

partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, es decir, el **26 de mayo de 2023**.

Las sanciones administrativas a las que hace referencia la LOPDP van desde la aplicación de medidas correctivas para faltas leves o graves, así como la aplicación de una multa, que puede ir desde el 0.1% al 0.7% de la facturación total de la empresa del año inmediatamente anterior, tratándose de infracciones leves, y de 0.7% al 1.0%, si se trata de infracciones graves.

En la práctica, esta disposición transitoria ha traído algunas complicaciones, debido a que el legislador no contempló ciertos supuestos que podrían darse, por el hecho de establecer un “plazo de gracia” específicamente para el régimen sancionador administrativo y no para toda la ley, como debió ser. A continuación, algunos de los identificados:

- Al haber entrado en vigencia la aplicación de la ley (menos el régimen sancionador administrativo) desde mayo de 2021 ha implicado que las empresas, propiamente, no hayan tenido ningún espacio de tiempo para adaptarse a todas las nuevas obligaciones y responsabilidades que trae consigo la LOPDP, que no es cosa menor, pues, el estándar de protección de nuestra ley es bastante elevado, equipa-

rable con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD o GDPR por sus siglas en inglés), lo cual ha exigido a las empresas, organizaciones y entidades la incorporación de una serie de procesos internos, adopción de medidas técnicas, organizativas y de seguridad en función de riesgos identificados, capacitación al personal, entre muchas otras.

- Dada la falta de tiempo para la adopción e implementación de medidas de protección de datos, ello ha ocasionado que las empresas, organizaciones y entidades llamadas a cumplir con la ley hayan estado (y sigan estando) expuestas frente a los titulares por posibles responsabilidades de orden civil, penal y constitucional, como ha quedado señalado.

- El hecho de que el régimen sancionador administrativo no haya entrado en vigencia, no quiere decir que otra autoridad (por ejemplo, judicial) no pueda determinar infracciones e incumplimientos y que ello pueda ser considerado como un agravante por parte de la autoridad administrativa, cuando el régimen sancionador administrativo entre en vigor, a efectos de considerarlo como una reincidencia, que incide en la aplicación de multas.

- Otro aspecto que preocupa y constituye un contingen-



te legal para las empresas y organizaciones es el hecho de que las infracciones a la ley desde que esta entró en vigencia en mayo de 2021, podrían ser investigadas y sancionadas por la Superintendencia de Protección de Datos, una vez que entre en vigor el régimen sancionador administrativo, en mayo de 2023.

Anotados estos puntos que los consideramos relevantes transmitir, se debe señalar que, a la fecha de elaboración del presente artículo, no se ha nombrado aún a la autoridad de protección de datos, esto es, el Superintendente de Protección de Datos, por lo que, en la práctica, se vuelve inviable que la autoridad administrativa (inexistente) pueda realizar actividades de ins-

pección o control y aplicar sanciones en caso de determinar incumplimientos. Esto ha permitido (y permitirá) a las empresas y organizaciones tener un tiempo adicional para adecuarse a la LOPDP, lo cual es un aliciente para todas aquellas empresas que aún no inician el proceso.

En virtud de lo anterior, ¿qué debe considerar una empresa o un negocio privado para adaptarse a la nueva normativa y evitar ser sancionado?

Como se dejó señalado en puntos anteriores, el estándar de protección de la LOPDP es bastante elevado, debido a que consagra los principales

principios, disposiciones y nuevas instituciones que trajo consigo el RGPD de la Unión Europea (UE). En tal sentido, la LOPD contempla, entre varios otros aspectos, lo siguiente:

- Algunas bases legitimadoras para el tratamiento de datos personales, que no se circunscriben específicamente al “*consentimiento*”. En tal sentido, se incluyen otras como: *el cumplimiento de una obligación legal* (que ampara una serie de tratamientos de datos personales que en la práctica se dan dentro de las organizaciones), *el cumplimiento de una obligación judicial, la aplicación de una medida pre contractual, el cumplimiento de la ejecución del contrato* (también muy presente en gran parte de los tratamientos de datos), *la satisfacción del interés legítimo del responsable del tratamiento* (que constituye una herramienta muy importante para justificar determinados tratamientos de datos), *la satisfacción de un interés público, la protección de intereses y derechos vitales del titular, entre otros.*

- El reconocimiento de principios de protección de datos personales, que contemplan obligaciones en sí mismas, y que se adhieren a las nuevas tendencias en la materia. Así, nuestra legislación reconoce los principios de *Lealtad y Transparencia, Finalidad, Minimización de Datos, Proporcionalidad, Confidencialidad, Calidad y Exactitud, Conservación, Seguridad, entre otros.*

- En cuanto al ámbito de aplicación, la LOPDP también incorpora el principio de “**extraterritorialidad**” que trae como novedad el GDPR de la UE, y, en este sentido, también regula los tratamientos de datos personales de titulares residentes en Ecuador, aun cuando los responsables o encargados de tratamiento no tengan su domicilio en el país y realicen: 1) La oferta de bienes o servicios a titulares que residen en Ecuador, y, 2) realicen tratamientos orientados al control de su comportamiento.

- Se incorpora el principio de “*responsabilidad proactiva*” y junto a este, el de la protección de datos “*desde el diseño*” y “*por defecto*”, que implica una actitud **consciente, diligente y proactiva** del responsable frente a todos los tratamientos de datos que lleve a cabo, asegurando **el cumplimiento** de los principios que legitiman el tratamiento de datos a lo largo de todo el **ciclo de vida** de estos. Para ello, se deben aplicar **medidas oportunas y eficaces** y debe **demonstrar** la conformidad de estas medidas con la ley.

- En relación al “*consentimiento*”, la LOPDP señala claramente que este debe ser debidamente informado, cumpliendo estándares internacionales, en lenguaje sencillo y lo suficientemente comprensivo. Además, el consentimiento deberá ser **expreso**, por lo que, en Ecuador no es válida la obtención del consentimiento tácito. Además, para algunos supuestos, se exige un consentimiento reforzado, denominado “**explícito**”; tal es el caso del tratamiento de datos sensibles, que incluyen los datos de salud, biométricos y genéticos, así como para el tratamiento de datos relativos a decisiones automatizadas y elaboración de perfiles y para transferencias internacionales de datos (en supuestos en los que la transferencia se realiza a un destino que no cumple con niveles adecuados de protección o con garantías adecuadas).

- Se reconocen los derechos ARCO (*Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición*); el derecho de cancelación en la legislación ecuatoriana es identificado como derecho de eliminación o supresión, y el de rectificación abarca el de actualización.

- Adicionalmente, se reconocen otros derechos como el de *información* (independientemente de la base legitimadora que sustenta el tratamiento de datos), el de *portabilidad* de datos (para determinados supuestos y bajo ciertas restricciones), el derecho *a no ser ob-*

jeto de decisiones basadas en valoraciones automatizadas, el de limitación del tratamiento de datos (establecido en nuestra legislación como el derecho de suspensión de tratamiento).

*"El reconocimiento de derechos va aparejado a la obligación del responsable del tratamiento de **garantizar un adecuado ejercicio** de los mismos, a través de procedimientos establecidos dentro de la organización y de tiempos de respuestas oportunos".*

- El reconocimiento de derechos va aparejado a la obligación del responsable del tratamiento de **garantizar un adecuado ejercicio** de los mismos, a través de procedimientos establecidos dentro de la organización y de tiempos de respuesta oportunos.

- La organización deberá realizar **análisis de riesgos** a la protección de datos personales, que le permitirá ubicar aquellos aspectos y procesos que requieren principal atención para una debida protección de los datos personales, así como en determinados casos se deberá realizar una **evaluación de impacto** (por ejemplo en el caso de instituciones públicas u organizaciones que realicen tratamientos de datos de categorías especiales a gran escala, u operaciones que entrañen un alto riesgo a derechos y libertades de personas).

- Como parte del principio de responsabilidad proactiva, la normativa ecuatoriana no prevé un régimen estático de medidas, sino que, por el contrario, las empresas y organizaciones deben adoptar medidas técnicas,

organizativas y de seguridad que estén acordes a los riesgos identificados (en función del análisis de riesgos), sus necesidades, al estado de la técnica y a la realidad y capacidades de la organización; por tanto, estas medidas deben ir mutando en función del tiempo. En este sentido, la empresa debe estar en capacidad de acreditar el cumplimiento de la norma, para lo cual, deberá tener registros adecuados de las medidas que implemente.

- La empresa u organización debe **notificar** las "brechas de seguridad", tanto a al titular afectado, cuanto a la autoridad de protección de datos, para lo cual, deberá contar con protocolos establecidos.

- La organización deberá contar con un *Delegado de Protección de Datos* (DPD o DPO por sus siglas en inglés) en caso de que se trate de una entidad pública, realice tratamientos a gran escala de datos pertenecientes a categorías especiales, o el tratamiento de datos requiera de un control permanente o sistematizado.

Estos y varios otros aspectos deben tenerse en cuenta ahora que estamos a pocas semanas de que entre en vigencia el régimen sancionador administrativo; en tal sentido, recomendamos a las empresas y organizaciones iniciar el proceso de adaptación a la normativa de protección de datos personales, debido a que los tiempos son bastante reducidos y este puede tener connotaciones técnicas complejas que pueden exigir plazos importantes de implementación.

CODIGO DE TRABAJO

Actualizado 2023



50%
de descuento

Aceptamos todas las tarjetas de
crédito y pagos en línea

Envíos a todo el país con costo
adicional



LA OBJECCIÓN PARCIAL O VETO

Gonzalo Armas Medina

Resumen

Este trabajo pretende aportar a la mejor comprensión de la institución parlamentaria conocida como objeción o veto, desde su etimología, su génesis filosófica política, su caracterización como una herramienta de defensa del Ejecutivo frente al Legislativo, su uso en el marco del esquema de pesos y contra pesos democrático como una forma de control y equilibrio entre los poderes o funciones del Estado, y como un recurso valioso para tratar de obtener la mejor legislación posible. Así mismo se analizan los distintos tipos de objeción existentes en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, con sus particularidades, efectos y casuística.

Palabras clave: Democracia, ley, objeción total, objeción parcial, objeción por inconstitucionalidad, veto.

Abstract:

This work aims to contribute to a better understanding of the parliamentary institution known as objection or veto, from its etymology, its political philosophical genesis, its characterization as a defense tool for the Executive against the Legislative, its use within the framework of the

weight scheme and against democratic weights as a form of check and balance between the powers or functions of the State, and as a valuable resource to try to obtain the best possible legislation. Likewise, the different types of objection existing in the Ecuadorian constitutional order are analyzed, with their particularities, effects and casuistry.

Keywords: Democracy, law, total objection, partial objection, unconstitutionality objection, veto.

En el ámbito legislativo encontramos una institución muy interesante pero poco comprendida, se trata de la objeción, mejor conocida como veto. Entender el funcionamiento de esta institución según lo prescrito en las normas constitucionales o legales, es lo cotidiano y un deber en el desarrollo del proceso de formación de la ley. Sin embargo, una de las oportunidades de comprender de mejor manera su alcance, se logra cuando se profundiza en el origen de esta institución parlamentaria. La acción investigativa permitirá descubrir en su esencia, un valor democrático fundamental que persigue, asegurar el equilibrio del sistema, la separación de poderes, y la consecución del bien



común, temas que superan con creces la visión meramente procesalista que la acompaña.

El término proviene del latín *veto* 'yo vedo, prohíbo'. Aparece en el derecho

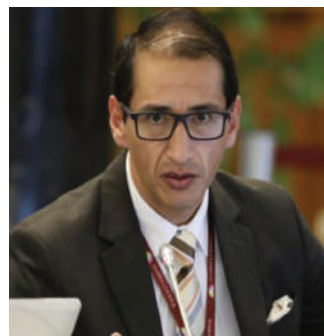
romano como una de las características del nuevo sistema de magistraturas que se crean en la república en reemplazo de las existentes en el período monárquico, a propósito de la expansión político-militar del Estado y con el objetivo de poner límites a los poderes de los magistrados en frente de los ciudadanos, este consistía en impedir la ejecución de las decisiones de sus colegas. (Aramburu Córdoba, 2020).

Coincide con esta visión (Guerra, 2011) para quien el *veto* o *intercessio* era la forma de contener la arbitrariedad del magistrado romano, señala además que con el paso del tiempo esta figura se constituyó en un principio general del derecho público romano, de general aceptación en los ámbitos político y administrativo.

La aplicación política del término, según nos refiere (Bulmer, 2021) se remonta al derecho de veto de los reyes medievales que se ejercía al rechazar las propuestas y solicitudes que les planteaban sus parlamentos. Esta acción de rechazo u oposición del Rey se justificaba teóricamente al considerar al monarca como el guardián de la justicia y del bien común.

Refiere (Bulmer, 2021) un debate entre dos corrientes de pensamiento sobre su concepción durante el período posterior a la revolución de los Estados Unidos (1776) y a la Revolución Francesa (1789), por un lado Thomas Paine y Thomas Jefferson, y por el otro Alexander Hamilton y John Adams. Para los primeros se trataba del derecho del pueblo a controlar a su gobierno y participar en él. Mientras que, para los segundos se entendía como una limitación del poder, incluido el del pueblo. Esas posiciones ideológicas se tradujeron en que para los primeros el poder de veto presidencial era una concesión peligrosa y arbitraria que concedía demasiado poder a una sola persona, en desmedro de la autoridad de los representantes del pueblo. Mientras que, para los segundos, se trataba de una medida de protección frente a un po-

- Formación: Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador.
- Actividades: Investigador en temas de Gobierno y Desarrollo Normativo | Asesor parlamentario | Consultor y capacitador en temas legislativos | Fundador y Director de Práctica Legislativa.



Gonzalo Armas Medina



der legislativo ilimitado, es decir frente a la “tiranía de la mayoría”.

En el marco de análisis de las facultades con las que debe contar un ejecutivo enérgico, los autores de *El Federalista*¹ caracterizaron el derecho de veto señalando que tiene por finalidad impedir que los proyectos se conviertan en leyes, cuando el Ejecutivo en el ejercicio de su facultad puede devolver todos los proyectos, y realizarles observaciones. Sin embargo, se reconoce que estos pueden ser confirmados por una mayoría especial del cuerpo legislativo. El análisis evalúa el comportamiento del cuerpo legislativo, y observa que es propenso a inmiscuirse en los derechos y absorber los po-

deres de los otros. Evaluaron así mismo la insuficiencia de una mera enunciación constitucional para controlar este tipo de intromisiones, y concluyeron que el ejecutivo necesita de armas constitucionales para poder defenderse. Y no solo eso, llegaron a la conclusión de que el veto era una garantía contra la expedición de leyes indebidas, que funcionaría como freno a la tiranía de la mayoría legislativa, con la finalidad de (i) proteger a la comunidad contra los efectos del espíritu del partido; (ii) de la precipitación o de cualquier impulso perjudicial al bien público. (Hamilton, Madison, & Jay, 2000).

En este punto, es necesario recapitular sobre algunas ideas que se han venido desarrollando hasta ahora. Según la concepción original, el derecho de veto del presidente tenía por finalidad proteger al pueblo de leyes abiertamente inconstitucionales, o que se hayan promulgado inobservando el procedimiento previsto en la Constitución. Por esa razón se le atribuye al ejecutivo la facultad de revisar los proyectos aprobados por el órgano legislativo, y al vetarlos, asume el rol de guardián de la Constitución. El ejercicio de esta facultad presupone también rechazar legislación inconveniente, inoportuna, perjudicial, innecesaria o que atente contra los derechos de las personas, la estabilidad de la economía, o cree beneficios específicos en perjuicio del interés general, es

1. *The Federalist* (El Federalista), más tarde conocido como *The Federalist Papers*, es una colección de 85 artículos y ensayos escritos bajo el seudónimo de "Publius" por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay para promover la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos.

decir el objetivo del Ejecutivo consiste en asegurar el mayor acierto posible en la elaboración de las leyes. Por lo señalado, el ejercicio de esta facultad es reactiva y discrecional. Reactiva en el sentido de que, en esta instancia del proceso de formación de la ley, se aplica como medida de defensa, y es discrecional porque depende exclusivamente del Ejecutivo activar el ejercicio de esta facultad.

Conceptos

La atemporalidad y permanencia de las ideas concebidas hace siglos, en torno a esta institución, se han mantenido en plena vigencia conforme se desprende de las definiciones de diversos autores ecuatorianos de distintas épocas que se recogen a continuación.

Para (Borja y Borja, 1979) “Como regular a las otras Funciones y ocupar grados cercanos a la cúspide del Orden Jurídico, caracteriza a las principales normas cuya producción constituye el desempeño de la Función Legislativa, conviene que para dicha producción coopere con el referido órgano especializado el Jefe del Estado, por sus notas esenciales de vigilante del conjunto de la actividad del Estado en relación con su fin y de representante o símbolo “de la unidad del Estado.”

En su Enciclopedia de la Política (Borja, 2012) sostiene lo siguiente:

Vetar es prohibir o impedir algo. En la política interna esta palabra designa la facultad consti-

tucional del jefe del Estado para objetar un proyecto de ley, de reforma legal o de reforma constitucional aprobado y enviado por el Parlamento. En el afán de establecer los convenientes equilibrios entre los fundamentales poderes estatales —que en las formas republicanas de gobierno generalmente son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial—, las Constituciones asignan al jefe del Estado la atribución de vetar los proyectos de ley procedentes del órgano legislativo e impedir su promulgación. Quieren que la ley sea obra de la voluntad concurrente de los dos órganos del Estado. Así pretenden no solamente establecer los controles recíprocos entre los poderes —*checks and balances*, que decían los clásicos constitucionalistas norteamericanos— sino además asegurar el mayor acierto en la elaboración de las leyes. A esta facultad de objetar un proyecto de ley se conoce como veto.

Para el profesor Rafael Oyarte:

La facultad de veto es una fórmula para equilibrar los poderes del Estado en un sistema presidencial, limitando su ejercicio a través de una especie de control Inter orgánico: así, en la generalidad de constituciones que adoptan este sistema de gobierno, mientras por una parte la Legislatura tiene funciones de control respecto de los actos de gobierno, en nuestro Derecho a través de la información documentaria y el juicio político [...], el Presidente de la República controla la actividad legislativa a través el ejercicio de su potestad de objeción. (Oyarte, 2022).

La Corte Constitucional del Ecuador² con relación al tema ha realizado el siguiente pronunciamiento:

2. Dictamen de la Corte Constitucional No. 003-19-DOP-CC, de 14 de marzo de 2019. Objeción por inconstitucionalidad parcial planteada por el Presidente de la República el 16 de noviembre de 2018, al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) aprobado por la Asamblea Nacional el 16 de octubre de 2018.

“2. En el sistema jurídico ecuatoriano, la Constitución autoriza al Ejecutivo en su calidad de Colegislador a sancionar u objetar los proyectos de ley aprobados por el Legislativo, contando cada clase de objeción con sus presupuestos propios, ya que si la cuestión atañe cuestiones de inconveniencia, debido a los errores, inadecuada estructuración, falencias e impactos negativos de la propuesta, el debate democrático para analizar los textos alternativos que formule el Ejecutivo, es la vía idónea para que el Legislativo trate esta oposición, a través del allanamiento o de la ratificación de lo aprobado por la Asamblea Nacional. [...] 3. El Ejecutivo, como Colegislador, se encuentra facultado entonces, a objetar un proyecto de ley para oponerse a los textos legales aprobados por considerarlos inconvenientes e inoportunos o por vicios de inconstitucionalidad, pudiendo en los dos casos la objeción presidencial ser total o parcial. Este ejercicio de las competencias constitucionales y legales del Presidente de la República, no puede concebirse como un bloqueo al Legislador, sino como un complemento y contribución del Colegislador al proceso de formación de las leyes.” (Objeción presidencial parcial al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, 2019).

Con mayor claridad sobre el origen, la filosofía política de la institución, así como los aportes conceptuales desarrollados por autores ecuatorianos y la Corte Constitucional, podríamos destacar, el rol del Ejecutivo en el proceso de formación de la ley, como el de vigilante de la actividad del Estado en relación con su fin. La concurrencia en el proceso de formación de la ley entre los dos órganos del Estado, lo que ratifica el funcionamiento del sistema de control de pesos y contrapesos entre las funciones, además hace hincapié en que uno de los objetivos fundamentales es asegurar el mayor acierto en la elaboración de la ley. La explicación de cómo se articulan en nuestro ordenamiento, los mecanismos de control entre el legislativo

y el ejecutivo en el ordenamiento constitucional ecuatoriano. Finalmente, que el ejercicio del poder de veto no puede concebirse como un bloqueo al Legislador, sino como un complemento y contribución de quien legisla al proceso de formación de la ley.

La Objeción en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Función Legislativa

La Constitución se refiere a esta institución con el término de “Objeción”, y naturalmente la Ley Orgánica de la Función Legislativa, así la reconoce y desarrolla. Los textos de la objeción contenidos en la Constitución (138) se recogen casi de forma literal, en la disposición equivalente de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (64). Sin embargo, el desarrollo legislativo de la disposición de la Constitución en la LOFL introdujo en los textos de la ley algunos cambios, como los que se señalan a continuación. En el inciso segundo se precisa que, en el caso de la objeción parcial, el Ejecutivo presentará de forma conjunta con esta, un texto alternativo. En el tercer inciso se califica como de máximo el plazo de examen de la Objeción a cargo del legislativo. En el mismo inciso se incorpora la posibilidad, tanto para el allanamiento como para la ratificación, de que el cuerpo legislativo lo haga en todo o en parte. En el cuarto inciso se incorpora la condición de que, de no ratificarse el legislativo en su texto, se provoque el efecto de entenderse el allanamiento a la propuesta del texto alternativo del Ejecutivo.

Siendo el fundamento de la objeción parcial suspender o evitar la entrada en vigor de un proyecto de ley aprobado por el legislativo. Usualmente se pasa por alto, la opción más obvia para que un proyecto se convierta en ley, que consiste en que, aprobado el proyecto de ley por el legislativo, este sin sufrir objeción alguna por el Ejecutivo, sea sancionado por este y se disponga la promulgación y publicación de la norma en el Registro Oficial. Sin embargo, por la complejidad del proceso de

formación de la ley, por los intereses que giran en torno a la aprobación de los proyectos, por el grado de complejidad de los temas, y la existencia o no de una mayoría parlamentaria que lo posibilite, por la falta de coordinación o gestión política entre el ejecutivo y el Legislativo, esta alternativa se constituye en una excepción en el proceso de formación de la ley.

De la revisión de los registros de la Función Legislativa, se han encontrado algunos ejemplos de esta modalidad de aprobación y entrada en vigor de la ley.

- Ley de Creación de la Universidad Regional Amazónica, IKIAM³.
- Ley de Creación de la Universidad de Investigación de Tecnología Experimental, YACHAY⁴.
- Ley de Creación de la Universidad de las Artes⁵.
- Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas Suspendidas por el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES) y, Mecanismos para Asegurar la Eficiencia⁶.
- Ley de Creación de la Universidad del Río⁷.

- Ley de Creación de la Universidad Nacional de Educación, UNAE⁸.

- Ley de Creación de la Universidad Bolivariana del Ecuador⁹.

- Ley Reformatoria a la Ley de Creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi¹⁰.

La norma por la naturaleza de la institución que regula (reactiva y de defensa) ha sido redactada de forma condicional. La condición, dependiendo de las consideraciones políticas o jurídicas que enfrente el Ejecutivo, se verifica cuando: (i) Objeta totalmente el proyecto de ley (138 CRE, 64 LOFL); (ii) Objeta parcialmente el proyecto de ley (138 CRE, 64 LOFL); (iii) Objeta el proyecto por inconstitucionalidad (139 CRE, 65 LOFL).

Se reconocen tres tipos de objeciones según su orden de aparición en los textos constitucionales y legales, así tenemos: (1) Objeción total; (2) Objeción parcial. (3) Objeción por inconstitucionalidad.

La objeción total

Cuando el Ejecutivo objeta totalmente un proyecto de ley, se ha establecido un tiempo mí-

3. Primer Suplemento del Registro Oficial No. 144, de 16 de diciembre de 2013.
4. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 144, de 16 de diciembre de 2013.
5. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 145, de 17 de diciembre de 2013.
6. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 913, de 30 de diciembre de 2016.
7. Primer Suplemento del Registro Oficial No. 383, de 6 de diciembre de 2018.
8. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 147, de 19 de diciembre de 2019.
9. Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 452, de 14 de mayo de 2021.
10. Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 521, de 23 de agosto de 2021.



nimo de un año, desde la fecha de su objeción, para que el legislativo insista en su aprobación. No se ha establecido en la norma un tiempo máximo para su tratamiento. Otra de las condiciones, establecidas en la ley, que lo diferencia del proceso ordinario de aprobación de los proyectos de ley, es que la ratificación debe hacerse en un solo debate, mientras que la aprobación de un proyecto de ley se hace en dos. Otro factor diferenciador con relación al proceso de aprobación del proyecto de ley es que la ratificación o insistencia, requiere del voto de las dos terceras partes de los miembros del legislativo o mayoría calificada, mientras que la aprobación del proyecto de ley requiere apenas de una mayoría

absoluta. Finalmente, obtenida la mayoría calificada, y sin ningún requisito adicional que cumplir, el legislativo debe enviar la norma para su publicación en el Registro Oficial para su entrada en vigor.

La ratificación de proyectos

En los registros de la Función Legislativa, se han podido encontrar al menos una docena de objeciones totales realizadas por el Ejecutivo, de las cuales, en dos se ha insistido, a través del proceso de ratificación.

Es preciso señalar que la Constitución no contempla la caducidad de la iniciativa objetada totalmente, transcurrido el tiempo previsto para que el órgano legislativo insista en su aprobación. Esta acotación es

importante por las consecuencias jurídicas que la ratificación de un proyecto que haya superado el año sin que se haya convertido en ley, puede provocar en el ordenamiento jurídico del país.

Listado de Objeciones totales a proyectos de ley aprobados por la Función Legislativa.

1. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial¹¹.
2. Proyecto de Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista¹².

11. Oficio No. PAN-FC-011-0234 de 10 de febrero de 2011. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T:5768-SNJ-11-390 de fecha 10 de marzo de 2011. (Objeción total)
12. Oficio No. PAN-FC-011-0238 de 16 de febrero de 2011. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T:5771-SNJ-11-415 de fecha 14 de marzo de 2011. (Objeción total).

3. Proyecto de Ley Orgánica de Desarrollo Fronterizo¹³.

4. Proyecto de Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa¹⁴.

5. Proyecto de Ley de Estadística¹⁵.

6. Proyecto de Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley de Inquilinato¹⁶.

7. Proyecto de Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria¹⁷.

8. Proyecto de Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa¹⁸.

9. Proyecto de Ley Reformatoria de la Ley de Seguridad Social Referente a la Conformación del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social¹⁹.

10. Proyecto de Ley Orgánica de Lucha contra la Corrupción²⁰.

11. Proyecto de Ley de Código Orgánico de la Salud²¹.

12. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²².

13. Proyecto de Ley Orgánica de tratados y acuerdos interinstitucionales internacionales.²³

13. Oficio No. PAN-FC-012-0174 de 25 de febrero de 2012. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.6335-SNJ-12-219 de fecha 25 de febrero de 2012 . (Objeción total).
14. Oficio No. PAN-FC-2012-0562 de 19 de marzo de 2012. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.4607-SNJ-12-405 de fecha 10 de abril de 2012 . (Objeción total)
15. Oficio No. PAN-FC-012-1579 de 20 de diciembre de 2012. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.6618-SNJ-13-27 de fecha 11 de enero de 2013 . (Objeción total).
16. Oficio No. PAN-FC-013-0119 de 13 de marzo de 2013. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.6639-SNJ-13-237 de fecha 13 de marzo de 2013 . (Objeción total)
17. Oficio No. VP1-E-215-17 de 23 de enero de 2017. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.4887-SGJ-17-0145 de fecha 21 de febrero de 2017 . (Objeción total)
18. Oficio No. PAN-GR-2017-0576 de 12 de mayo de 2017. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.21-SGJ-17-0042 de fecha 8 de junio de 2017 . (Objeción total)
19. Oficio No. PAN-CLC-2021-0378 de 03 de mayo de 2021 (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio Nro. T.02-SGJ-21-0021 del 02 de junio de 2021, suscrito por el señor Guillermo Lasso Mendoza, Presidente Constitucional de la República, que fue recibido por la Unidad de Gestión Documental de la Asamblea Nacional con el trámite Nro. 404193.
20. Oficio No. PAN-ECG-2018-0960 de 16 de agosto de 2018. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.366-SGJ-18-0732 de fecha 12 de septiembre de 2018 . (Objeción total)
21. Oficio No. PAN-CLC-2020-323 de 27 de agosto de 2020 (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.270-SGJ-20-0283 de fecha 25 de septiembre de 2020. (Objeción total)
22. Oficio No. PAN-EGLLA-2022-0246 de 25 de abril de 2022 (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio Nro. T.234-SGJ-22-0086 de fecha 20 de mayo de 2022, suscrito por el señor Guillermo Lasso Mendoza, Presidente Constitucional de la República.
23. Oficio No. PAN-EGLLA-2022-0243 de 18 de abril de 2022 (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio Nro. T.230-SGJ-22-0085 del 18 de mayo de 2022, suscrito por el señor Guillermo Lasso Mendoza, Presidente Constitucional de la República.

La motivación de los vetos u objeciones totales del Ejecutivo

Como se ha señalado con anterioridad el ejercicio del derecho de veto del Ejecutivo es discrecional, y se puede dar por múltiples razones. A la hora de analizar varias de las motivaciones de las objeciones totales del Ejecutivo, se puede apreciar el análisis sobre su conveniencia u oportunidad. Veamos entonces a manera de ejemplo, algunos de los argumentos usados por el Ejecutivo para justificar la realización de una objeción total:

- No contribuyen ni mejoran a la situación que se pretende resolver.

- Repetición de conceptos recogidos en normas de mayor jerarquía.

- Inobservancia de fuentes y mecanismos financieros para realizar los fines de ley.

- Los principios y conceptos tratados se encuentran mejor desarrollados en una nueva iniciativa, que será enviada por el Ejecutivo.

- Las normas contenidas en el proyecto ya existen en el ordenamiento, ya que han sido previamente recogidas por otras leyes.

- Los preceptos normativos pueden ser ejecutados a través de políticas públicas.

- Se trata de simples enunciados, que no constituyen mandatos o prohibiciones que deben contenerse en una ley.

- Las disposiciones propuestas, contribuirían a retrasar la gestión y afectarían la gobernabilidad interna.

- Se trata de modificaciones al régimen administrativo de la función ejecutiva, que podrían implementarse mediante decreto ejecutivo.

- No se comprende con la suficiente amplitud y plenitud a todas las organizaciones involucradas.

- Se denotan disposiciones contradictorias, e inclusive atentatorias a derechos y principios constitucionales.

Ratificación de proyectos objetados totalmente

En condiciones normales, es decir cuando el Ejecutivo cuenta con una mayoría parlamentaria, el ejercicio de obtener la votación necesaria para la aprobación de un proyecto de ley por mayoría absoluta puede ser difícil de lograr. Obtener una mayoría calificada para la aprobación de un proyecto vetado totalmente, puede resultar casi imposible, por esa razón esta acción legislativa, se puede considerar de excepción. Sin embargo, en los registros de la Función Legislativa, desde que se la ejerce por la Asamblea Nacional, se ha conseguido en el caso de dos proyectos de ley.

- Proyecto de Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista²⁴.

24. Oficio No. PAN-FC-011-0238 de 16 de febrero de 2011. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.5771-SNJ-11-415 de fecha 14 de marzo de 2011 . (Objeción total). Ratificado por el Pleno de la Asamblea Nacional, en la sesión Nro. 812, de 17 de noviembre de 2022.



- Proyecto de Ley Orgánica de Desarrollo Fronterizo²⁵.

- Proyecto de Ley Reformativa de la Ley de Seguridad Social Referente a la Conformación del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social²⁶.

En el primer caso, transcurrieron más de once años desde la objeción total del proyecto. En el segundo caso transcurrieron más de cinco años. Se presenta como tema para discusión, la conveniencia o no de tratar proyectos que es-

tuvieron suspendidos en su procedimiento de aprobación por más de once y seis años en su orden.

La Objeción parcial

Este es el mecanismo empleado con mayor frecuencia por el Ejecutivo, para mejorar la calidad de los textos, realizar precisiones, corrección de errores de técnica legislativa, acotaciones, puntualizaciones necesarias para que la ley pueda brindar las mejores condiciones para su aplicación.

25. Oficio No. PAN-FC-012-0174 de 25 de febrero de 2012. (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio No. T.6335-SNJ-12-219 de fecha 25 de febrero de 2012 . (Objeción total). Ratificado por el Pleno de la Asamblea Nacional, en la Continuación de la Sesión No. 510, de 3 de mayo de 2018.

26. Oficio No. PAN-CLC-2021-0378 de 03 de mayo de 2021 (Proyecto aprobado por la Asamblea). Oficio Nro. T.02-SGJ-21-0021 del 02 de junio de 2021, suscrito por el señor Guillermo Lasso Mendoza, Presidente Constitucional de la República, que fue recibido por la Unidad de Gestión Documental de la Asamblea Nacional con el trámite Nro. 404193. Ratificado por el Pleno de la Asamblea en sesión Nro. 806 de 30 de octubre de 2022.

A diferencia de la objeción total, que persigue aprobar el proyecto de ley de la Asamblea tal como fue aprobado. En el caso de la objeción parcial, el Ejecutivo puede enmendar el Proyecto de Ley aprobado por el legislativo. Por esta razón, la norma establece como una obligación para el Ejecutivo que además de plantear su objeción, debe presentar de forma conjunta un texto alternativo al texto aprobado por el legislativo que esté objetando.

"A diferencia de la objeción total que establece un plazo de un año contado desde la fecha de la objeción del Ejecutivo, en el caso de la objeción parcial el plazo es de treinta días contados desde su fecha de entrega"

Esta posibilidad del Ejecutivo de incorporar textos, aun cuando estos tengan la calidad de alternativos, implica que estos nuevos textos no pueden incluir materias nuevas, es decir, no contempladas en el proyecto originalmente aprobado por el legislativo. En igual sentido la norma establece que al legislativo se le aplicará idéntica regla, cuando trate los textos alternativos del Ejecutivo.

A diferencia de la objeción total que establece un plazo de un año contado desde la fecha de la objeción del Ejecutivo, en el caso de la objeción parcial el plazo es de treinta días contados desde su fecha de entrega.

Como se ha señalado anteriormente, las objeciones del Ejecutivo y sus textos alternativos deben ser considerados por el legislativo. Estas consideraciones, darán como resultado que algunas de las objeciones sean aceptadas y otras rechazadas, la ley se refiere a este caso con la frase, en todo o en parte.

Por esta razón, la norma prevé que, en un solo debate, el legislativo acepte o se allane a algunas

o todas las objeciones del Ejecutivo y sus textos alternativos. Esta acción (la del allanamiento) implica que el proyecto originalmente aprobado por el legislativo sea enmendado por el Ejecutivo. La votación necesaria para realizar esta acción legislativa es la de la mayoría simple.

Así mismo en el caso de que el legislativo no acepte o rechace, algunas o todas las objeciones del Ejecutivo y sus textos alternativos. Esta acción

implica que el proyecto originalmente aprobado por el legislativo debe mantenerse tal cual fue aprobado. La votación necesaria para realizar esta acción legislativa es la de la mayoría calificada.

La norma establece otro escenario para el tratamiento de la objeción parcial, y específicamente se trata de cuando el legislativo no se pronuncia sobre la objeción parcial, en el plazo establecido en la ley, sea allanándose o ratificándose a las objeciones del Ejecutivo, en todo o en parte. Si se configura este caso, la ley presume de derecho que el legislativo se allanó a las objeciones del Ejecutivo, y este dispondrá la promulgación y publicación de la ley, en el Registro Oficial.

Casos en los que la Asamblea Nacional no consideró la objeción parcial del Ejecutivo

La regla general consiste en que todas las objeciones parciales planteadas por el Ejecutivo deben ser tratadas en los plazos y condiciones previstas en la Constitución y la Ley, sin embargo, existen casos, en los que no se ha cumplido esa condición.

En los registros del sistema de formación de la ley de la Función Legislativa, se han podido encontrar varios casos de objeciones parciales en los que la Función Legislativa, no consideró la objeción del Presidente de la República.

1. Proyecto de Ley Orgánica de Educación Superior.

2. Proyecto de Código Orgánico del Ambiente.

3. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Proyecto de Ley Orgánica de Educación Superior

El Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República mediante oficio²⁷ dirigido al Director del Registro Oficial, solicitó la publicación de la Ley, en razón de la falta de pronunciamiento de la Asamblea Nacional.

Adjunto al presente encontrará el oficio No. SAN-2010-672 del 4 de octubre de 2010, suscrito por el doctor Francisco Vergara, Secretario General de la Asamblea Nacional, del cual consta la certificación de que la Asamblea Nacional, no trató dentro del plazo de treinta días, señalado en el tercer inciso del artículo 138 de la Constitución de la República, la objeción parcial que presentara el señor Presidente Constitucional de la República, con fecha 3 de septiembre de 2010, respecto del Proyecto de Ley Orgánica de Educación Superior.

Por lo que, por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, acompañó el texto del Proyecto de Ley Orgánica de Educación Superior en el que se encuentran incorporadas las objeciones que formuló al indicado proyecto el señor Presidente Constitucional de la República, para que, conforme dispone el cuarto

inciso del artículo 138 de la Constitución de la República, la publique como Ley de la República en el Registro Oficial.”

De su parte la Secretaría de la Asamblea Nacional, certificó:

“El Pleno de la Asamblea Nacional, en Sesión No. 59, llevada a cabo el 27 de septiembre de 2010, trató la objeción parcial al proyecto de Ley Orgánica de Educación Superior; sin embargo, hasta la presente fecha no existe pronunciamiento alguno respecto de la ratificación del texto enviado a la Presidencia de la República mediante oficio No. PAN-FC-010-1405, de 5 de agosto de 2010; ni del allanamiento a la objeción parcial presentada por el señor Presidente Constitucional de la República mediante oficio No. T.4454-SNJ-10-1352, de 3 de septiembre de 2010.

Código Orgánico del Ambiente

El Presidente Constitucional de la República mediante oficio²⁸ dirigido al Director del Registro Oficial, solicita la publicación de la Ley, en razón de la falta de pronunciamiento de la Asamblea Nacional.

En este contexto, con oficio signado T.4700-SGJ-17-0077, de 18 de enero de 2017, presenté mi veto parcial al aludido proyecto. Sin embargo, el Pleno de la Asamblea Nacional no se pronunció sobre el referido veto parcial en el plazo de treinta días a que se refiere el tercer inciso del Artículo 138 de la Constitución de la República, lo que se evidencia de la copia del oficio SAN-2017-249, del 10 de los corrientes, enviado por la docto-

27. Oficio No. T. 4454-SNJ-10-1512 de 6 de octubre de 2010, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 298, de 12 de Octubre del 2010.

28. Oficio No. T.4700-SGJ-17-0182 de 6 de abril del 2017, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 983, de 12 de abril de 2017.

ra Libia Rivas Ordóñez, Secretaria General de la Asamblea Nacional, mediante la cual acredita tal hecho.

Consecuentemente, y considerando la disposición del cuarto inciso del Artículo 138 de la Constitución de la República, dispongo la promulgación del Código Orgánico del Ambiente y, por tanto, su publicación en el Registro Oficial, para que sea reconocida como Ley de la República.”

La Secretaría General certificó:

“Una vez revisadas las actas de las sesiones del Pleno hasta la presente fecha, no consta que el Pleno de la Asamblea Nacional hubiere considerado o debatido la Objeción Parcial realizada por el señor Presidente Constitucional de la República, al proyecto de Código Orgánico del Ambiente.”

Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público

El Presidente Constitucional de la República mediante oficio²⁹ dirigido al Director del Registro Oficial, solicitó la publicación de la Ley, en razón de la falta de pronunciamiento de la Asamblea Nacional.

“Mediante oficio PAN-ECG-2019-0021 de 1 de febrero del 2019, la señora Economista Elizabeth Cabezas Guerrero, Presidenta de la Asamblea Nacional, me remitió el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Público, a fin de que sancione y disponga su publicación en el Registro Oficial, o en su defecto, formule mis objeciones sobre el mismo.

En este contexto, con oficio No. T.444-SGJ-19-0150 de 22 de febrero de 2019, presenté mi veto parcial al aludido proyecto de ley. Sin embargo, el Pleno de la Asamblea Nacional no se pronunció sobre el referido veto parcial en el plazo de 30 días a que se refiere el tercer inciso del artículo 138 de la Constitución de la República del Ecuador, lo que se evidencia de conformidad con el oficio No. SAN-2019-2604 de 17 de abril de 2019 enviado por la Dra. María Belén Rocha Díaz, Secretaria General de la Asamblea Nacional, quien señala: “... el Pleno de la Asamblea Nacional, fue convocado para tratar en sesión de 28 de marzo de 2019, el informe No vinculante respecto de la Objeción Parcial al “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público”. Sin embargo, la sesión fue suspendida sin tratar el punto en mención.”

Consecuentemente, y, por expresa disposición contemplada en el cuarto inciso del artículo 138 de la Constitución de la República del Ecuador, dispongo la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y, por tanto, su publicación en el Registro Oficial, para que sea reconocida como ley de la República.”

La objeción por inconstitucionalidad

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República o desde la entrada en vigencia de la Ley que regula el ejercicio de la Función Legislativa, el mecanismo de la objeción por inconstitucionalidad, no había sido utilizado por el Ejecutivo; sin embargo, desde que asumió la Presidencia de la República el señor Lenin Moreno, y se produjo la reconfiguración de fuerzas políticas en la

29. Oficio No. T.444-SGJ-19-0291, de 24 de abril de 2019, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 483, de 8 de mayo de 2019.

Asamblea Nacional, se han producido este tipo de objeciones de una forma más recurrente.

Finalmente, el Ejecutivo está facultado a objetar un proyecto de ley por inconstitucionalidad. Este caso a diferencia de los anteriores implica una modificación en el proceso de formación de la ley, e incluye la intervención de un tercero, la Corte Constitucional.

Este tipo de objeción puede ser total o parcial, requiere, además, un dictamen de la Corte Constitucional.

El máximo órgano de control constitucional tiene un plazo de treinta días para emitir su dictamen.

Si en el dictamen se determina la inconstitucionalidad total del proyecto de ley, la Corte dispondrá al legislativo el archivo del proyecto.

Si en el dictamen se determina la inconstitucionalidad parcial, se establece que: (i) el proyecto debe ser enviado a la Comisión de la asamblea que haya tratado el proyecto con la finalidad de que realice los cambios necesarios. (ii) en un solo debate, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobará los cambios efectuados al proyecto; y, (iii) los enviará para la sanción al Ejecutivo.

El tercer caso señala que, si la Corte determina que no existe inconstitucionalidad, el legislativo debe promulgar y ordenar su publicación.

Textos alternativos en el caso de la objeción parcial por inconstitucionalidad

La Corte Constitucional en su Dictamen³⁰ sobre las objeciones de inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, estableció que cuando se trata de una objeción por inconstitucionalidad de fondo, la presentación de un texto alternativo por parte del presidente de la República carece de efectos jurídicos, y por tanto, su formulación es inadecuada. Debido a que, según la Corte en tratándose de una objeción por inconstitucionalidad, el juicio del presidente de la República tiene que ver con la (in) validez potencial de la disposición legal aprobada por la Asamblea y no con su conveniencia político-legislativa.

En el caso de que la Corte Constitucional dicte que las disposiciones objetadas del proyecto de ley son constitucionales, la Asamblea Nacional promulgará y ordenará la publicación de la ley.

Listado de proyectos que han sido objetados parcialmente y por inconstitucionalidad

1. Proyecto de Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores³¹.
2. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos³².
3. Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo³³.
4. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal³⁴.

30. Dictamen de la Corte Constitucional No. 4-19-OP/19 de 26 de noviembre de 2019.

31. Dictamen de la Corte Constitucional No. 001-19-DOP-CC, de 14 de marzo de 2019.

32. Dictamen de la Corte Constitucional No. 003-19-DOP-CC de 19 de marzo de 2019.

33. Dictamen de la Corte Constitucional No. 002-19-DOP-CC de 14 de marzo de 2019.

34. Dictamen de la Corte Constitucional No. 4-19-OP/19 de 26 de noviembre de 2019.

5. Proyecto de Ley Orgánica de registro ecuatoriano de violadores, abusadores y agresores sexuales de niñas, niños y adolescentes³⁵.

6. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Comunicación³⁶.

7. Proyecto de Ley Orgánica Derogatoria del Decreto-Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19³⁷.

CONCLUSIONES

La institución del *veto* u objeción, como mecanismo de control entre las funciones del Estado, sin duda alguna contribuye a mantener la integridad de la Constitución, así como la conformidad de la ley con sus disposiciones. De la misma forma le proporciona al Ejecutivo un margen de acción adecuado para que pueda gestionar la relación con el legislativo, negando completamente en unos casos los proyectos de ley, y en otros, proponer enmiendas a los proyectos aprobados por la legislatura a través de textos alternativos, que mejoren la calidad de las leyes.

La institución como lo han señalado sus defensores es una herramienta eminentemente reactiva y de naturaleza contra mayoritaria que funciona bien en circunstancias normales. Sin embargo, cuando el sistema pierde el equilibrio, es decir, cuando el Ejecutivo se encuentra dominado por una mayoría parlamentaria que ha logrado aglutinar además de la mayoría absoluta, también la mayoría calificada, este mecanismo se torna ineficaz.

Las objeciones realizadas por el Ejecutivo en un entorno desfavorable como el antes señalado, imposibilita un adecuado análisis de las objeciones del Ejecutivo por el Legislativo, incluso aquellas elementales de técnica legislativa que permitirían mejorar la calidad del texto normativo.

Un proyecto que en su proceso de aprobación supera el año previsto en la norma constitucional, no debería ser ratificado, sin que medie un informe que sirva de base para la toma de decisiones del Pleno, y que evalúe la situación de las normas del proyecto que se pretende aprobar, en el sentido de determinar si mantienen su vigencia, si existen ya en el ordenamiento jurídico, como parte de otros cuerpos normativos promulgados durante el tiempo en el que se encontraba suspendido el proyecto, si las disposiciones están articuladas con una política de estado, si su ratificación no provocará contradicciones normativas con el marco jurídico vigente. Lo que equivale a calificar la oportunidad, la pertinencia, la seguridad jurídica, en definitiva, la posibilidad de incorporar una norma de buena o mala calidad al ordenamiento jurídico.

Parece adecuado por tanto proponer una reforma a la ley, en el sentido de que si transcurrido el año, y hasta un mes después, el tema no ha sido puesto en el orden del día, el proyecto se considerará archivado, o la decisión de ratificación se puede dar siempre y cuando medie un proceso de evaluación del proyecto, tarea que podría ser asignada a uno de los cuerpos colegiados denominado comisión legislativa permanente con el apoyo de las unidades técnicas de apoyo de la Función Legislativa.

35. Dictamen de la Corte Constitucional No. 0005-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019.

36. Dictamen de la Corte Constitucional No. 3-22-OP/22, de 3 de octubre de 2022.

37. Oficio Nro. Oficio No. T. 132-SGJ-22-0270 de 23 de diciembre de 2022, suscrito por el señor Presidente Constitucional de la República, señor Guillermo Lasso Mendoza.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Aramburu Córdoba, R. (2020). Historia e instituciones del Derecho Romano. En R. D. ARAMBURU CÓRDOBA, *Historia e instituciones del Derecho Romano* (pág. 568). Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp).
- Borja y Borja, R. (1979). *Derecho Constitucional Ecuatoriano Tomo I*. Quito: Universitaria.
- Borja, R. (20 de Noviembre de 2012). *Enciplopedia de la Poítica*. Obtenido de Rodrigo Borja Cevallos: <https://www.encyclopediaelapolitica.org/>
- Bulmer, E. (18 de Mayo de 2021). *Institute For Democracy and Electoral Asisstance*. Obtenido de Institute For Democracy and Electoral Asisstance: <https://www.idea.int/publications/catalogue/presidential-veto-powers?lang=es>
- Guerra, V. (2011). Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad* (pág. 40). Lima: XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (14 de marzo de 2000). *Libertad.org*. Obtenido de Libertad.org: <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- Objeción presidencial parcial al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, 003-19-DOP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 19 de marzo de 2019).
- Oyarte, R. (2022). Derecho Constitucional. En R. Oyarte, *Derecho Constitucional* (pág. 1462). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Raffaini, R. (1980). *Veto y promulgación*. Bueno Aires: Obras Magistrales Editorial Bibliográfica Argentina.



CORRECCIONES NORMATIVAS AL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 158 DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Lyonel Calderón Tello

I

Es necesario considerar importante, la verificación de cuáles serían las cortapisas que podríamos colocar para que una reforma de esta envergadura pueda tener visos de certidumbre y constitucionalidad. En tal sentido, señalo que la reforma del artículo 158 de la Constitución, contiene un elemento en su primer inciso, que debe desarrollarse de mejor manera, y es que la propuesta establece:

*“previa solicitud del comandante General de la Policía Nacional dirigida al Consejo de Seguridad Pública y del Estado, este notificará su **resolución motivada** al Presidente de la República para que mediante decreto disponga el apoyo complementario de las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional, solo en los casos en que se demuestre que la intervención sea:”*

Se hace referencia a la parte resaltada, y a las atribuciones del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, se debe incorporar, como penúltimo inciso, la obligación del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, de revisar la petición y calificarla, señalando que:

“El Consejo de Seguridad Pública y del Estado, cuando haya recibido la solicitud de apoyo a las fuerzas policiales, deberá analizar la motivación contenida en este, y en los casos en los que no exista una motivación adecuada, deberá rechazar inmediatamente la solicitud.”

Esto es muy importante, porque establece por parte del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, no solo el deber de dar trámite a la solicitud del Comandante General de la Policía Nacional, si no que, además establece su deber de analizar esta solicitud, y rechazarla en el caso de que no cuenta con la motivación necesaria¹.

1. Ver. Constitución de la República, Artículo 76, numeral 7, literal L: “Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”.

II

En cuanto al párrafo segundo de la propuesta de reforma, en consideración a la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos², la jurisprudencia constitucional³, y por

un asunto de semántica, sería adecuado sustituir el término “extraordinario”, por el término “**excepcional**”⁴, puesto que este término nos permite vislumbrar que nos encontremos ante una disposición normativa de carácter excepcional que solamente en determinados y específicos casos deberá activarse.

También será importante considerar que la propuesta actualmente prevé la notificación a la Asamblea Nacional y Corte Constitucional, haciendo referencia a sus atribuciones de

control, no obstante, en esta narrativa se deja de lado al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que es un ente de control ciudadano, y haciendo eco de lo referido por Fernando Bastias y Eduardo Argudo, quienes señalaron que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el fundamento del orden jurídico, el fundamento de la existencia del estado, está en la protección de la dignidad de las personas.

Entonces sería muy importante que a través de esta función de Transparencia y Control Social⁵, se permita que los ciudadanos mediante las respectivas veedurías que están reguladas en la norma, también puedan realizar un control de esta actividad, extendiendo esta facultad no solo a la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional, que son entes con capacidad de control, sino que, debido a que en nuestro estado constitucional de derechos y justicia, existe un gran andamiaje jurídico para que el ciudadano realice directamente actividades de

2. Ver. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006, párrafo 78.
3. Ver Corte Constitucional Sentencia No. 33-20-IN/21 y acumulados.
4. CIDH. Comunicado de Prensa No. 231/20.
5. Ver Constitución de la República 2008. Artículo 208. Atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana.

- Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Guayaquil.
- Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
- Miembro de la Academia Ecuatoriana de Ciencias Penales y Criminológicas.



Lyonel Calderón Tello

control ciudadano, es importante la inclusión de la capacidad de control ciudadano, y es que con esta propuesta nos encontramos ante un riesgo latente de restricción de derechos ciudadanos, hecho que justifica con suficiencia la propuesta aquí relatada.

III

Por lo tanto, solicito que se incorpore, en el texto de la reforma la obligación de notificar a la función de transparencia y control social, para el ejercicio de un control ciudadano, quedando así el párrafo:

*“Fiscalizada: El Presidente de la República notificará su decreto a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dentro de las 48 horas siguientes a su suscripción para el control político, constitucional y **ciudadano** respectivamente.” (Resalto en negrita la propuesta).*

Cuando se trata en el párrafo cuarto de la propuesta, del carácter “Subordinado o complementario”, es importantísimo e inminente que se realice una especificación y una explicación de lo subordinado y de lo complementario, porque parece que caemos en uno de los problemas que ha experimentado ya por un tiempo el país hermano de Brasil, consistente en abusos y transgresión de derechos, porque cuando se activa el apoyo complementario de las fuerzas armadas, se **SUSPENDE** la capacidad de la policía nacional, y se activa la capacidad de las Fuerzas Armadas, no obstante, el carácter de “subordinado” establecido en este proyecto implica todo lo contrario.

Y es que, las Fuerzas Armadas están subordinadas, a la dirección, gestión del riesgo en materia de seguridad, que debe controlar en primera instancia la policía, el apoyo es subordinado, entonces debe estar especificada en este proyecto de reforma

constitucional, detallando lo que implica la capacidad de las Fuerzas Armadas con respecto a la Policía si es que nos encontramos en una institución de subordinación, puesto que si las Fuerzas Armadas están subordinadas, significa que, quien dirige y toma las decisiones es la Policía Nacional⁶, institución, que como todos sabemos aquí, tiene una larga tradición en manejo de este tipo de riesgos y de capacitación en materia de derechos humanos.

El mismo argumento puede aplicarse al tratar la complementariedad, puesto que esto implica colaborar para perfeccionar la realización de una actividad, en este caso, al actividad es el control de riesgo en materia de seguridad ciudadana, o seguridad pública, por lo que esta complementariedad debe estar especificada, y la reforma debe responder a: ¿Cuáles son las actividades complementarias?

En este punto concreto me uno a las críticas, puesto que las actividades a las que nos referimos deben estar tasadas, al menos de modo genérico, a pesar de que como estamos frente a una reforma de la Constitución de la República, y esta norma no debe estar redactada de forma “*in extremis*”, es también cierto que nosotros somos desconfiados, porque durante la segunda mitad de la década de los 50"s, hasta gran parte de la década de los 70"s, la mayoría de América Latina, y en concreto el Ecuador, sufrió y experimentó las dictadoras y los efectos de la militarización, por lo que es imperante que en esta norma se incluya de manera tasada, al menos de modo genérico, cuáles son las actividades complementarias en las que de modo subordinado, las Fuerzas Armadas van a intervenir, o de lo contrario, esta norma es una norma que no sirve para nada, puesto que se configura como una ventana para los atropellos y el ejercicio desmedido del poder.

6. Ver Constitución de la República Artículo 163.



En tal sentido, este apartado de la complementariedad tasada, se debe establecer claramente un apartado que señale:

“Se excluye por respeto a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, el ejercicio de actividades complementarias en el marco del ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la constitución, especialmente en la protesta social. En estos casos se prohíbe la suspensión del ejercicio de los Derechos y GARANTÍAS, tanto mediante la declaratoria de emergencias, como a través de los decretos de apoyo complementario.”

Si nosotros no colocamos una norma de este tipo dentro de la Constitución difícilmente vamos a encontrar límites en el ejercicio de regulación a través de los reglamentos que tiene el poder ejecutivo, estamos confiando a través de una disposición transitoria en que la Asamblea

Nacional vaya a realizar esta actividad en 180 días, y si bien es cierto que la Asamblea Nacional tiene la potestad para realizar estas normas, yo invito a esta comisión a enviar un proyecto que tenga actividades complementarias tasadas; y no solo eso, sino que establezca de manera expresa la excepcionalidad a estas actividades complementarias tasadas, señalando claramente que las actividades complementarias no incluyen restricción de derechos a la protesta social y a los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; así como los Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Ecuador⁷.

IV

Sobre el numeral de “Regulado”, ubicado en el párrafo quinto de la propuesta, es menester indicar que este acápite se torna en una obviedad, ya que todas las normas establecidas en el ordenamiento jurídico deben guardar conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, y las reglas de coherencia normativa.

En este caso, sugiero colocar, a fin de dotar de autonomía a esta disposición, como título, la “proporcionalidad” o “proporcional”, es decir señalar que este decreto debe ser excepcional, subordinado, complementario y proporcional; destacando en el ámbito de la proporcionalidad la inclusión de este principio, tanto en la motivación de la solicitud de apoyo de las fuerzas armadas, como en la motivación del Decreto que aprueba dicha solicitud, y en ambos instrumentos se debe construir un diálogo motivacional en el que se incluya refe-

7. Ver. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Art 13 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 18. Relativos a la Libertad de Expresión.

rencia concreta a los subprincipios del principio de proporcionalidad (Necesidad, idoneidad y Proporcionalidad en sentido estricto).

Y, si bien es acertado el criterio del Abogado Carbo, quien señalaba que cuando los subprincipios ya están incorporados en las normas de referencia, no hace falta colocarlos, al tratarse esto de una norma relacionada directamente con posibles afectaciones a derechos constitucionales, y si agregamos que esto debe estar constante en las motivaciones, pues adquiere gran sentido colocar en esta reforma de la Constitución, la proporcionalidad de la declaratoria de participación complementaria de las fuerzas armadas.

Ahora, en el análisis del apartado sexto del proyecto de reforma, ateniendo a la “fiscalización” o de que se debe tratar de una participación complementaria fiscalizada, insisto nuevamente, en incorporar la obligación del Presidente de la República de notificar con su decreto a la Asamblea Nacional, Corte Constitucional y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que la función de Transparencia y control social, **ACTIVE**, veedurías ciudadanas, para que, el ciudadano, como principal afectado de las posibles infracciones de sus derechos, realice un control directo, inmediato, y que este control sirva como fiscalización, hay una gran normativa en este ámbito para que los ciudadanos realicen.

“Fiscalizada: El Presidente de la República notificará su decreto a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dentro de las 48 horas siguientes a su suscripción para el control político, constitucional y ciudadano respectivamente.” (Ver párrafo 8)

En el último párrafo de la propuesta, se deben agregar dos cuestiones, la primera al inicio del párrafo, citando la concordancia con lo establecido en

el artículo 233 de la Constitución, sobre responsabilidad de los servidores públicos, y la segunda incluyendo el carácter de excepcional, proporcional, y fiscalizable del apoyo de las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional. Esta remisión permite establecer que la responsabilidad de las servidoras y servidores es global (Civil, administrativa y Jurídico Penal); quedando el párrafo de la siguiente forma:

“En concordancia con lo establecido en el artículo 233 de la Constitución de la República, las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del apoyo excepcional, complementario, proporcional y fiscalizable de Fuerzas Armadas a la Policía Nacional.” (Resalto las modificaciones propuestas).

V

Finalmente, me permito hacer una observación sobre que la capacitación no está incluida aquí en este proyecto de reforma, pero me parece oportuno hacer referencia a un problema de políticas públicas⁸ estrechamente relacionado al asunto que estamos tratando, y es que el problema está antes, en el diseño de la Política Criminal que permita construir mejores políticas públicas y mejores herramientas para que esas políticas públicas se lleguen a dar, y al mismo tiempo mejores normas para que las políticas públicas tengan alcance.

Es posible incluir aquí en esta norma la creación de un instituto de ciencias penales y ciencias de la seguridad que se dedique a la formación en estas materias y también a la capacitación en estas materias, puesto que las fuerzas armadas no están capacitadas y no hay un ente que realice ese trabajo, por lo que se debería aprovechar esta oportunidad para crear un ente con esas competencias. El organismo o ente propuesto tendría competencias en formación, capacitación y en asesoría a los estamentos del estado

8. Ver. Constitución de la República. Artículo 3. Deberes del Estado, numeral 8.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal: parte general. Hammurabi.
- Bacigalupo, S. (2007). Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons.
- Calderón, L. (2020). Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador. Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador.
- De Derechos Humanos, C. I. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006.
- Del Ecuador, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Nro., 449, 79-93.
- Jakobs, G.: “Estudios de Derecho penal”, Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González, Manuel Cancio Meliá, Ed. Civitas, Madrid.
- Pawlik, M., & Bacigalupo, E. (2010). La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y derecho penal (pp. 109-ss). Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(10), 1-27.
- Roxin, C., & Vásquez, M. A. A. (2007). La teoría del delito en la discusión actual (pp. 165-191). Grijley.



EL (AB)USO DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES CONSTITUCIONALES COMO MECANISMO DE ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Alexandra Sierra García

Resumen

Las garantías jurisdiccionales pueden entenderse como un mecanismo que permite a las personas prevenir la vulneración de sus derechos constitucionales, exigir reparación en caso de que estos hayan sido transgredidos, o el cumplimiento de algún derecho que se haya negado. Tanto la Constitución de la República del Ecuador como la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional disponen los medios por los cuales se pueden ejercer las mencionadas garantías y los requisitos para ello. Uno de los principales problemas de la justicia actual es el uso desmedido de estos mecanismos para, de forma arbitraria, solventar cuestiones que corresponden a la justicia ordinaria, y que, disfrazados de vulneraciones de derechos constitucionales, han permitido que se resuelva en la esfera de lo constitucional aquello que le corresponde a la justicia administrativa. La nulidad de actos administrativos a través del (ab)uso de las garantías jurisdiccionales se ha convertido en un asunto común, siendo el juez constitucional un reemplazo forzado de los tribunales contencioso-administrativos. Así, se ha invocado de manera caprichosa el derecho al debido proceso o a la seguridad jurídica como base para apelar a lo constitucional a aquello que corresponde a lo administrativo; cuestión que se ha convertido en el *modus operandi* de

quienes buscan burlar a la justicia pero cuya gravedad radica en los jueces constitucionales que permiten que ello prospere.

Palabras clave: garantías jurisdiccionales, derechos constitucionales, actos administrativos, nulidad.

Abstract:

There is no doubt that the Public Administration is governed by the principle of legality, as determined by article 226 of the Constitution and article 14 of the Organic Administrative Code. In this context, public officials, and any person who provides services for the Public Administration, will have the obligation to observe the legal system in its entirety in the fulfillment of its functions, which implies not only abiding by the regulations but also by principles such as that of legitimate confidence or the observance of the rule of law, within the framework of discretion. The aforementioned does not escape the actions that may be carried out by the administrators of the contracts covered by the regulations of the National Public Procurement System, and that imply security for the State providers in their development.

However, it is common that contract administrators do not observe what is indicated, generating uncertainty in the execution of the contract, without allowing the objectives set to be achieved. It is at this point that it is necessary to establish basic guidelines that allow a correct contractual execution, through which both the contracting entities and the contractors achieve the proposed goals.

Keywords: *Public administration, administrative contracts, estoppel, legitimate reliance, public procurement.*

INTRODUCCIÓN

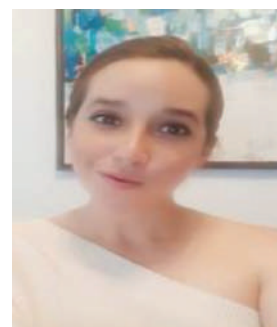
La protección de los derechos constitucionales es el más alto deber del Estado Constitucional de Derechos, suponiendo

esto que la norma suprema puede ser aplicada por cualquier juez y que los derechos constitucionales son límites al poder. Ahora bien, la finalidad de la implementación de mecanismos -llamémoslos garantías- jurisdiccionales constitucionales es la protección de los derechos humanos que se han establecido en los tratados internacionales y en la misma Constitución. El artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) establece los principios que rigen el ejercicio de los derechos, determinando en su número 1 que estos se podrán ejercer, promover y exigir por sus titulares, siendo imperioso destacar que la exigencia debe entenderse en su doble sentido, pues no solo implica que se requiera de su aplicación sino también se con-

vierte en un deber por parte de las autoridades de garantizar su cumplimiento; estamos entonces ante los principios de exigibilidad y justiciabilidad.

Ahora bien, estas garantías se han convertido en mecanismos abusivos del derecho para pretender resolver aquello que corresponde a la justicia ordinaria; tales ejemplos como la restitución de cargos públicos a antojo, o la nulidad de actos administrativos de procedimientos de contratación pública para favorecer a oferentes que fueron descalificados. Todo ello supone la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales constitucionales para transformarlos en meros trámites de soluciones rápidas disfrazadas de vulneración de derechos, siendo la justicia

Abogada por la Universidad de las Américas, con especialidad en Contratación Pública y Modernización del Estado, Maestría en Derecho de la Contratación Pública y Especialidad Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Diplomado Internacional en Normas ISO 37001 – Antisoborno. Se ha desempeñado en varios cargos relacionados con contratación pública en instituciones tales como Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Educación, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, Secretaría Nacional de la Administración Pública, Corporación Nacional de Telecomunicaciones – CNT EP, entre otras, fungiendo como Directora de Asesoría Jurídica, Directora de Normativa (E) y Coordinadora General Jurídica (S) del Servicio Nacional de Contratación Pública. Ha participado como panelista en varios seminarios en materia de contratación pública y ha impartido capacitaciones a nivel nacional referentes a la aplicación de normativa relacionada. Es Miembro del Observatorio de Contratación Pública de España desde noviembre 2018.



Alexandra Sierra García

constitucional, ahora, un reemplazo de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque es evidente, que ello está prohibido.

DESARROLLO

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es clara en cuanto a la finalidad de las garantías jurisdiccionales, pues en su artículo 6 determina que las mismas tienen como objetivo la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución. Por su parte, el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos establece el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto a la verificación de legalidad de hechos, actos y contratos en materia de derecho administrativo. En este momento cabe preguntarse: ¿Es posible que mediante la justicia constitucional se declare la nulidad de actos

administrativos? Situación que, últimamente, es un asunto de cada día, pues los jueces constitucionales en numerosas ocasiones han abandonado sus competencias propias para determinar “vulneración de derechos” luego de realizar análisis de cumplimiento de requisitos de ley de un acto administrativo. Entonces, ¿dónde se encuentra el límite de las garantías jurisdiccionales en el caso de validez de un acto administrativo?

La nulidad supone, conforme el Código Orgánico Administrativo (En adelante “COA”), que el acto administrativo impugnado adolece de un vicio no subsanable, como: ser contrario a la Constitución y a la ley; por razones de incompetencia de materia, territorio o tiempo; por ser de imposible cumplimiento; por originarse en hechos que constituyen infracción penal; por incompetencia del órgano que lo dictó (abuso de poder); y por originar-



se principalmente en un acto de simple administración. Indicadas las causales establecidas en el Art. 105 del COA, y de su simple lectura, se puede establecer que la determinación de nulidad del acto administrativo requiere de un examen de legalidad del mismo, lo que, a todas luces, escapa de la competencia de la justicia constitucional. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia Nro. 082-14-SEP-CC, cuando indica que “(...) *no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad; es decir, el análisis de aspectos que no conllevan la vulneración de derechos constitucionales.*”¹

Para llevar el asunto al terreno de lo práctico, es preciso indicar que la mayoría de las garantías jurisdiccionales, en especial acciones de protección contra actos administrativos, se llevan a cabo en la esfera de la contratación pública o asuntos laborales. En el primer caso, se ha vuelto una práctica casi usual que los oferentes del Estado a los que no se les haya adjudicado un con-

trato, interpongan acciones de protección contra la entidad contratante por “vulneración al debido proceso” o “falta de motivación en la adjudicación”, y pretenden se vuelva a calificar sus ofertas o se declare la nulidad del acto administrativo y se proceda con la declaratoria de procedimiento desierto. En el segundo caso, se ha buscado la restitución de cargos públicos, aunque se hayan destituido a través de procesos judiciales. Los derechos al debido proceso y debida motivación han servido, en estos casos, como excusas para realizar una revisión de legalidad disfrazada de vulneración a un derecho constitucional, en razón de la negativa a las acciones en vía administrativa o el exceso de tiempo que le toma al Tribunal Contencioso Administrativo dar trámite a las demandas interpuestas.

En estos casos, se hace evidente que la labor de los jueces no es la de analizar asuntos que no corresponden a la esfera de lo constitucional; sin embargo, para poder pronunciarse respecto a la existencia de afectación a derechos constitucionales -sobre todo en casos del

debido proceso-, ¿Es posible no hacer una revisión del procedimiento establecido en normas infra-constitucionales? La misma Corte Constitucional ha resuelto el asunto cuando en sentencia Nro. 0154-11-SEP señala: “(...) *El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales [...] evitando la superposición de la justicia constitucional a la justicia ordinaria* (...)”².

Para comprensión de lo indicado, posicionémonos en el primer escenario planteado con anterioridad. En innumerables ocasiones en las que se han presentado acciones de protección con el objeto de declarar la nulidad de un acto administrativo, en especial en materia de contratación pública, no solo nos encontramos ante

1. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 082-14-SEP-CC, Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1180-11-EP, 8 de mayo de 2014.
2. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 154-14-SEP-CC, Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1154-11-EP, 7 de octubre de 2014.

el análisis del juez constitucional respecto de la aplicación de normas legales – como la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General e incluso resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública- sino que además la falta de conocimiento especial en la materia y falta de análisis respecto de la vulneración o no de derechos constitucionales, que convierten a estas garantías jurisdiccionales en un “reemplazo rápido” a la justicia administrativa.

Para muestra un botón. Dentro de la acción de protección Nro. 17460-2022-02518, respecto de la impugnación a la adjudicación de un contrato, realizada por un oferente participante en el procedimiento de contratación que fue descalificado por incumplimiento de requisitos mínimos, éste alega supuesta vulneración de los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica a la igualdad y no discriminación. La Juez constitucional, al resolver, no realiza un análisis de la vulneración de los derechos, sino de las normas infra-constitucionales -como la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP-, en relación a las causales de convalidación de errores. En este caso, con el contrato suscrito y en ejecución, la Juez dispone: i) Dejar sin efecto el informe de calificación; ii) retrotraer el procedimiento a la fase de convalidación de errores, y, aunque reconoce la existencia de causales de descalificación del accionante, requiere se solicite la convalidación de errores

que ella calificó tenían naturaleza convalidable y después se proceda con su descalificación; iv) dejar sin efecto la Resolución de Adjudicación; y, v) suspender el contrato. ¿Jurídicamente inejecutable?, a todas luces. ¿Injerencia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa?, evidentemente. ¿Análisis en el ámbito constitucional?, escaso o nulo.

Este tipo de situaciones se han convertido en prácticas comunes en el ámbito de la contratación pública, pues el (ab)uso de las garantías jurisdiccionales -como la acción de protección- por parte de los oferentes que no resultan adjudicados de un contrato es el mecanismo utilizado para evadir el proceso contencioso administrativo o proceso administrativo establecido para el efecto.

Cabe mencionar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Cons-



"La determinación de idoneidad o eficacia de la vía judicial es un asunto que requiere de un análisis previo al establecimiento de la procedencia o no de una acción de protección".

titucional, establece en el artículo 42, que para la interposición de una acción de protección es necesario demostrar que el acto administrativo no puede ser impugnado en vía judicial, o que esta no fuere adecuada o eficaz; situación que, evidentemente en materia de contratación pública, no es aplicable, ya que los mecanismos de impugnación no solo existen en sede judicial a través del Tribunal Contencioso Administrativo, sino que también en sede administrativa; e incluso, se establece la posibilidad de denunciar o reclamar ante el Servicio Nacional de Contratación Pública sobre aquellas actuaciones de las entidades contratantes en las que los oferentes se crean afectados.

La determinación de idoneidad o eficacia de la vía

judicial es un asunto que requiere de un análisis previo al establecimiento de la procedencia o no de una acción de protección. Para Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco³, la distinción entre un asunto que atiene a la esfera de lo constitucional o si se trata de mera legalidad, radica, esencialmente, si aquello que se encuentra afectado corresponde al ámbito de los derechos fundamentales – para el primer caso- o a derechos patrimoniales -para el segundo caso. Otro de los criterios que debe analizarse por parte de los jueces constitucionales es si el derecho vulnerado se encuentra reconocido en la Constitucional o instrumentos internacionales de derechos humanos, y no sea producto únicamente de inobservancia de disposiciones legales o reglamentarias. La deli-

mitación detallada de una u otra situación es imperante para impedir que se continúe con el uso desmedido y la justicia constitucional.

De esta manera, se torna en imperante que los jueces

constitucionales actúen dentro del ámbito de sus competencias y sancionen a quienes pretender convertir a la justicia constitucional en el brazo ejecutor de la justicia ordinaria. Tal situación solo será posible en la medida en la que se realice un verdadero análisis de la procedencia de las garantías jurisdiccionales constitucionales previo a resolver, y se establezcan límites claros a quienes pretender abusar de ellas.

CONCLUSIONES

1. Las garantías jurisdiccionales constitucionales se han creado con la finalidad de prevenir la vulneración de derechos constitucionales y la protección inmediata y eficaz de los mismos.

2. La justicia constitucional, debido a la finalidad que per-

3. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial 1, Garantías constitucionales en Ecuador, Tomo 2, (Cuadernos de Tranajo Nro. 2 Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2012).

sigue, no puede reemplazar a la justicia ordinaria, pues ello desnaturaliza su objetivo y pone en riesgo la verdadera protección de los derechos constitucionales; situación que en los últimos años se ha convertido en el *modus operandi* de quienes buscan soluciones rápidas a asuntos que son de mera legalidad, disfrazándolos de vulneraciones, especialmente, al derecho al debido proceso y a la motivación.

3. En el caso específico de la nulidad de los actos administrativos, la acción corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo que las causales para su impugnación se encuentran establecidas en el COA y el análisis de su aplicación corresponde a asuntos de

mera legalidad ajenos a la esfera constitucional.

4. Es necesario que los jueces constitucionales limiten la aplicación desmedida y abusiva de las garantías jurisdiccionales constitucionales en asuntos que corresponden a la esfera de la justicia ordinaria; para ello, es imperativo que se realice un verdadero análisis de la procedencia de dichas garantías y la delimitación clara de asuntos constitucionales -cuando existe afectación a derechos reconocidos en Constitución o tratados internacionales de derechos humanos,- y asuntos de mera legalidad -cuando la afectación corresponde a derechos patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- Montaña Pinto, J. y Porras Velasco, A. (2012). Apuntes de derecho procesal constitucional. *Cuadernos de Trabajo Nro. 2 Corte Constitucional en Periodo de Transición*. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_constitucional_2.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 082-14-SEP-CC, Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1180-11-EP, 8 de mayo de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 154-14-SEP-CC, Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1154-11-EP, 7 de octubre de 2014.

POR FAVOR: NUNCA PIERDA LA CABEZA

Si se conoce la vida de un músico llamado Joseph Haydn, sus notas empiezan a sonar distinto en nuestra mente. En verdad, no solo por su vida, sino también por su muerte y por lo que vino después.

De niño, Haydn tenía una linda voz. Pero era una época de pobreza generalizada y la solución era que el niño, a los siete años, se convirtiera en criado de algún sacerdote que, a la vez, trabajara con un príncipe amante de la música y de los coros infantiles. Y Haydn se fue a trabajar al servicio de un cura y de un noble en su castillo. Y todo estuvo bien hasta que las hormonas le empezaron a cambiar la voz. Entonces Haydn fue expulsado del grupo y se vio en la calle, sin cómo sobrevivir, dueño de tres camisas harapientas y nada más.

Desesperado pensó en hacerse castrar, costumbre impulsada por la iglesia, porque no permitían cantar a las mujeres en las iglesias. Haydn comunicó la decisión a sus padres y ellos lo disuadieron de tal cirugía. Por suerte pudo ganarse la vida, después, como intérprete del violín y compositor de relativo éxito. Y llegó el momento del amor: Le declaró su amor a Teresa Keller, y acordó matrimonio con ella. Poco antes del matrimonio, el padre de la novia dijo que Teresa estaba obligada a irse al convento, por un sueño que ella había tenido con Jesucristo, y le pidió a Haydn que se casara con Anna, una hermana de Teresa. "Anna es la mujer más vulgar, dura y déspota que pueda existir. Le importa igual si soy carnicero, ordeñador o músico. Utiliza mis partituras para encender y calentar el horno". Eso le escribía Haydn a un amigo.

Haydn se daba sus necesarias escapaditas. Cuando vivía en Londres, lo visitó un amigo y encontró un cero de cartas sin abrir, sobre el escritorio. "Son de mi mujer", dijo Haydn. "Yo también le escribo con mucha frecuencia. Y sé que ella tampoco las abre".

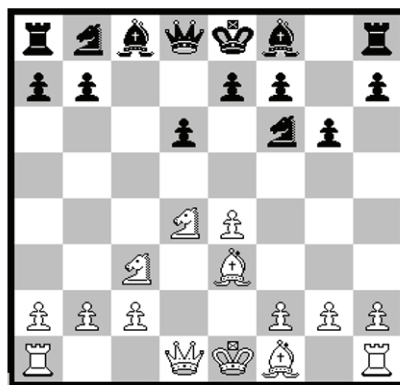
Y un día, ya en Austria, Haydn falleció. Se vivía la guerra con Francia y fue enterrado, a toda prisa, en medio de los cañonazos. Años más tarde, un príncipe decidió que sus restos fueran llevados a una tumba en terrenos de su castillo. La sorpresa fue que, al abrir la caja, encontraron que ¡faltaba su cabeza!...



Investigaciones intensas terminaron por descubrir que una mujer la había robado y ¡dormía con aquella cabeza bajo su almohada! Ella era la esposa de un estudioso de la frenología, pseudociencia que atribuye a la forma del cráneo las facultades mentales. Al final la cabeza fue recuperada y terminó reunida con el resto de los huesos.

Si algo caracteriza a un buen ajedrecista, es su cuidado con las damas, y con las precauciones para no perder la cabeza. Porque, como en la vida, las damas también dan grandes sorpresas.

SI ALGO CARACTERIZA A UN BUEN AJEDRECISTA, ES SU CUIDADO CON LAS DAMAS. Y CON LAS PRECAUCIONES PARA NO PERDER LA CABEZA. PORQUE, COMO EN LA VIDA, LAS DAMAS TAMBIÉN DAN GRANDES SORPRESAS.



1....C5C: EL NEGRO PRETENDE ELIMINAR EL ALFIL DE CASILLAS NEGRAS.
2: A5D JAQUE. AHORA EL NEGRO SOLO PUEDE RESPONDER
CON 2: ...A2D. CUBRIENDO EL JAQUE. Y LA DAMA BLANCA JUEGA
Y GANA UNA PIEZA CON 3: DXC



¿ES LUCRATIVA LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL?

Lidia Alejandra Soria Vásconez

Resumen

En el año 2014, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador se pronunció dentro del juicio ordinario número No. 764-2012, que por daño moral siguió Irina Alekseevna Xomchuk en contra de la Empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A CONECEL. La acción de daño moral tiene como objeto una reparación económica por parte del obligado por las acciones u omisiones ilícitas, que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos a la víctima tales como la intranquilidad, la ansiedad, la angustia, la desesperación, estrés u otros, y siempre que este daño sea el resultado próximo de la acción u omisión ilícita de quien se demanda; es decir, la indemnización por daño moral debe encontrarse debidamente justificada por la gravedad del perjuicio sufrido y la falta en la que se ha incurrido, de tal forma que el juez al momento de resolver realice un análisis adecuado e imparcial, aplicando las reglas de la sana crítica y no de la arbitrariedad, respecto del hecho que causó el daño y en relación con las circunstancias y distintas variables que influyeron para determinar el monto de la indemnización.

Palabras clave: Daño moral; indemnización; acciones u omisiones ilícitas; sana crítica.

Abstract

In 2014, the Civil and Mercantile Chamber of the National Court of Justice of Ecuador ruled within the ordinary trial number No. 764-2012, which was followed by Alekseevna Xomchuk for moral damage against Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A CONECEL Company. The moral damage action is intended to provide financial reparation by the party liable for illicit actions or omissions that cause or cause physical or psychological suffering to the victim, such as uneasiness, anxiety, anguish, despair, stress or others, and provided that this damage is the proximate result of the wrongful act or omission of the person being sued; in other words, the compensation for nonpecuniary damage must be duly justified by the seriousness of the damage suffered and the fault in which it has been incurred, in such a way that the judge at the time of resolving makes an adequate and impartial analysis, applying the rules of the healthy criticism and not arbitrariness, regarding the fact that caused the damage and in relation to the circumstances and different variables that influenced, to determine the amount of compensation.

Keywords: *Moral damage; compensation; illicit actions or omissions; healthy criticism.*

INTRODUCCIÓN

Del marco teórico e introducción al problema

La acción de daño moral se encuentra regulada en Ecuador en la normativa civil y está estrechamente relacionada con las nociones de responsabilidad civil, institución que ha formado parte del mundo jurídico desde las épocas antiguas del Código de Hammurabi, según Luis Díez-Picazo:

Se trata de un precepto que se repite en los ordenamientos

jurídicos y en los códigos civiles de la mayor parte de los ordenamientos actuales. Se puede, en este sentido, recordar el Art. 1382 del Código Civil francés, según el cual, <<cualquier hecho del hombre que causa a otro una daño, obliga a aquél por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo>>.¹

A partir de la teoría clásica de responsabilidad, aquel que por culpa o negligencia ocasiona un daño a un tercero está obligado a indemnizar, en tal sentido según el mismo Díez-Picazo esta teoría precisa que la obligación de indemnizar tiene como punto de partida el daño injusto ocurrido a partir de un hecho doloso o culpable de quien por acción u omisión ejerció el daño,

es decir, será por acción cuando se ejecute un hecho, mientras que la omisión ocurrirá cuando no se ejecute un hecho, y existirá negligencia cuando el daño resulte de un descuido u omisión, al no haber tenido el deber objetivo de cuidado, o incurrir en culpa².

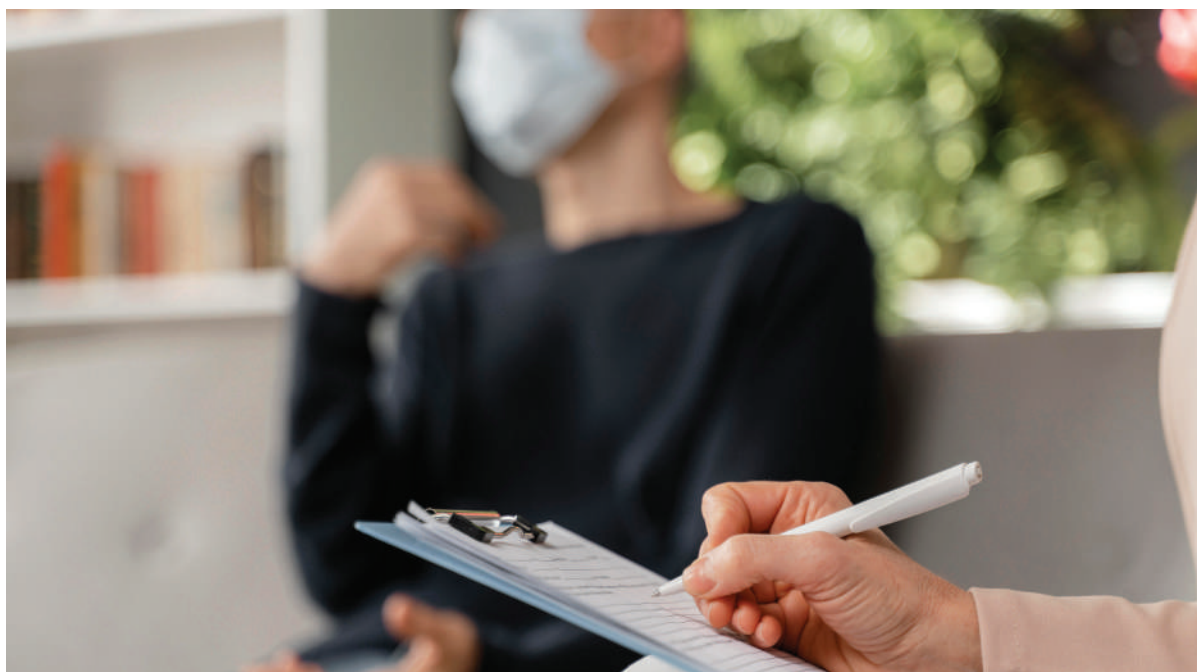
Entonces, ¿qué se define por daño moral? este adopta varias formas e independientemente de ser contractual o extracontractual, el daño moral puede ocurrir por 1. *La pecunia doloris* (precio del dolor), esto es cuando la víctima presenta manifestaciones de dolor físico y disminución física o en el caso de padecimiento moral de la víctima y/o sus familiares representados como tris-

1. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Argentina: Civitas, 2012), pág. 19.
2. *Ibid.*, 90.

- Abogada y escritora apasionada. Magister en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito. Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Internacional SEK. Especialista en Derecho Procesal Civil y Litigación; Familia, Niñez y Adolescencia; Derecho Deportivo y Arbitraje Internacional. Autora de distintas publicaciones, entre las más destacadas: Cuestiones de Resolución Previa en la Sucesión Hereditaria; Sucesión por causa de muerte y la pandemia COVID-19; Análisis del Alcance y Políticas de Prevención de Violencia contra la Mujer; El Femicidio y el Código Orgánico Integral Penal; El Deber Ser, el Ser y la Justicia; Los Derechos de Autor en un Mundo Globalizado. <https://lasv3.blogspot.com>



Alejandra Soria Vásquez



teza, sufrimiento, pena, etc. –el daño moral en su máxima expresión–; 2. El daño a la vida de relación o *préjudice d'agrément*, es decir la imposibilidad de ejercer actividades de ocio o placer como las deportivas o de cualquiera índole que signifiquen privación de satisfacción en el ámbito social; 3. El daño psíquico, esto es aquel que se sitúa en la perturbación patológica de la personalidad de la víctima, altera su equilibrio o empeora un desequilibrio pre-existente; 4. El daño estético o *pretium pulcritudinis*, el cual se manifiesta como cualquier tipo de deformidad y/o irregularidad física que hacen que la anatomía exterior de la víctima se vea afectada; 5. El perjuicio juvenil, aquel que se refiere al dolor provocado en la conciencia de una persona joven que cambia sus pensamien-

tos por unos de decadencia y amargura; y, 6. El perjuicio sexual o aquel daño que resulta de la pérdida de las facultades sexuales³.

Ahora bien, para que un daño sea indemnizable es imperativo que el daño lesione un bien, ya sea moral, personal y/o patrimonial; para efectos del presente estudio nos enfocaremos en el moral, *empero* el daño precisa de otros requisitos para ser objeto de indemnización, como lo son:

En primer término la lesión o sufrimiento deben haber afectado un interés propio. En segundo lugar, el perjuicio o daño debe ser cierto. Y por último, subsistir al tiempo del resarcimiento.⁴

3. Daniela Páez Salgado, “¿Daño moral por incumplimiento de contrato? Comentario a Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010”, *Iuris Dictio* volumen 17, año 16, febrero-julio 2015: <https://vlex.ec/vid/dano-moral-incumplimiento-contrato-679625797>.

4. Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982), página 22.

El daño es el resultado de un hecho fáctico inmediato o mediato, que se encuentra directamente relacionado con el *factum*, en tal sentido el daño adquiere certeza por producir la privación o desmedro de un bien jurídico cualquiera y permite atribuir certidumbre al perjuicio, es decir este último se convierte en indemnizable cuando es apreciable económicamente, cuando es posible determinar el daño en forma objetiva y cuantitativa. Sin perjuicio de las distintas posturas doctrinarias que existen sobre la cuantificación del daño moral, pues algunos autores infieren que no es posible o es muy difícil fijar libremente un monto de reparación, es importante precisar que un daño insignificante difícilmente será susceptible de ser apreciado económicamente⁵.

El principio de reparación integral es la obligación de aquel que por acción u omisión causó un daño pero aquella indemnización debe necesariamente ser proporcional con el daño causado, a fin de que la pretensión no sea la mercantilización de la acción judicial interpuesta.

El ser humano es un individuo con una buena cantidad de defectos, en algunos casos que por acción de daño moral se solicita indemnización, en lugar de que esta sea una pretensión para alcanzar -lo justo-, aun cuando este término es de definición subjetiva y susceptible de un amplio debate, el propósito se desvía y la codicia transforma la pretensión en una con finalidad de lucro.

Por consiguiente, para que esto no ocurra, el principio de reparación reconoce límites, en el estudio intitulado -Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o derecho privado? se señala:

El principio de reparación integral, tal cual ha sido clásicamente reconocido, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio. Este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más ampliamente aún, del sistema general de reparación del daño (...) El principio de reparación integral está sujeto siempre, en su aplicación concreta, al tema de la evaluación del daño. En la esfera de justicia esa evaluación queda librada a la competencia exclusiva de los jueces y ello mismo determina, en numerosas situaciones, limitaciones al principio de reparación integral porque los criterios jurisprudenciales son variables y se carece de un sistema que permita una uniformidad en la reparación⁶.

Por otra parte, el artículo 2232 del Código Civil prevé lo siguiente:

(...) La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, precisas, en el inciso primero de este artículo.

También, es importante citar lo que Alfredo Nocetti Fasolino propone sobre las reglas de la sana crítica:

Ante todo, las reglas de la sana crítica son, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión

5. Ibid., 26-30.

6. Libertad Machado López; Rolando Medina Peña; Germania Vivanco Vargas; Lianet Goyas Céspedes; Erik Betancourt Pereira, "Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?"; número 9 (2018): <https://www.revistaespacios.com/a18v39n09/a18v39n09p14.pdf>.



en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.- El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman

de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento⁷.

En este contexto, es posible evidenciar que uno de los elementos jurídicos de importancia para determinar la cuantía de reparación en los juicios de daño moral es la sana crítica del juez, la cual debe ser objetiva, imparcial y en concordancia a lo previsto en la ley así como conforme a un apropiado ejercicio y práctica de los prin-

7. Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Buenos Aires: Editorial B. de F., 2002).

cipios de la lógica jurídica, pues de lo contrario se incurriría en un mal ejercicio del derecho y con certeza se configurarían arbitrariedades judiciales que estarían en contraposición al debido proceso.

Del análisis del juicio número No. 764-2021 de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que por daño moral siguió Irina Alekseevna Xomchuk en contra de la Empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A CONECEL

En la sentencia emitida por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, dentro del juicio número No. 764-2021, se señala que la demandante Irina Alekseevna Xomchuk reclamó en contra de CONECEL la responsabilidad civil por el daño moral sufrido directamente en relación a la dependencia económica, parentesco y de afecto que le unían a su hijo fallecido, aún a pesar de que por cuerda separada dentro del juicio laboral por accidente de trabajo se resolvió y determinó la responsabilidad de CONECEL y se dispuso la reparación material a la madre del trabajador fallecido.

La Corte señala que la actora al reclamar dentro del juicio No. 764-2021 la cuantificación de los daños e indemnizaciones, claramente confunde la figura jurídica del daño material con el de daño moral, pues este último no es objeto de reparación por concepto de pérdida patrimonial y peor aún si se trata de remuneraciones e ingresos que por su propia actividad comercial o profesional habría dejado de percibir al desvincularse laboralmente por las razones que hubieren sido, y no en relación a los ingresos que percibía su hijo fallecido, sobre lo cual se

indemnizó por daño material dentro del juicio laboral que pos accidente de trabajo se activó en contra de CONECEL.

Entonces dentro de la causa objeto de estudio el tribunal señaló que únicamente es admisible el análisis de procedencia o no de la reparación económica por daño moral mas no por daño material, sobre ello la actora en su demanda cuantifica que por daño moral se le repare en doscientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo el tribunal finalmente consideró que la cantidad de veinte mil dólares americanos cumple con la finalidad de indemnizar el daño moral.

La Corte Nacional de Justicia realiza un análisis interesante respecto del enriquecimiento injustificado y expone lo que sigue:

El daño moral no tiene como finalidad el enriquecimiento de la persona que demanda tal indemnización, sino una compensación pecuniaria por el sufrimiento, la pena, el dolor moral que sufre una persona víctima de una conducta ilícita, por ello, aun cuando se suelen solicitar indemnizaciones desmesuradas, corresponde al juez de la causa determinar el valor de aquellas, atentas la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta, conforme lo previsto en el artículo 2232 del Código Civil; por tanto, aunque el actor se excediera en su pretensión corresponde al juzgador moderarla, sin que entonces proceda alegar enriquecimiento injustificado⁸.

El caso es que y habiéndose citado al juicio Irina Alekseevna Xomchuk vs. Empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A CONECEL, es necesario mostrar al lector que

8. Causa No. 764-2012, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 17 de marzo del 2014, pág. 27.



de lado la apropiada valoración de las circunstancias y realidad tanto de la víctima como del autor.

Conclusión

Marco Tulio Cicerón decía: “El Derecho consiste en tres reglas o principios básicos: vivir honestamente, no dañar a los demás y dar a cada uno lo suyo. Es el arte de lo bueno y lo equitativo”.

Justamente la acción de daño moral tiene el objeto de reparar el daño resultado de una acción u omisión ilícita próxima, y sin duda el espíritu de la norma en este caso es el garantizar el principio básico de no dañar a los demás, pero ¿qué ocurre en los casos en los que la acción de daño moral se activa como un medio lucrativo?, sin duda, nuevamente la norma y un apropiado ejercicio de la lógica jurídica

a pesar de que los daños morales son de difícil cuantificación por tratarse de reparaciones a todo ese universo intrínseco emocional de un ser humano y aún cuando el juzgador puede libremente fijar el monto por concepto de reparación por daño moral, se torna imperativo que el juez resuelva a partir de la premisa de que este tipo de acciones no tienen como objeto el enriquecimiento del actor, toda vez que este tipo de acciones son de carácter reparatorio y no sancionatorio.

Por lo tanto, el análisis del juzgador debe ser integral y prolijo tanto del elemento fáctico que causó el daño como de las pruebas aportadas, y de ser procedente una indemnización por haberse determinado el daño, los jueces deberán fijar un monto que se encuentre en consonancia con las reglas de la sana crítica en concordancia con los principios de la lógica jurídica, sin dejar

son las herramientas para limitar el mal ejercicio del derecho y las arbitrariedades, de tal forma que en función de ello el juzgador resuelva imparcialmente en concordancia con los principios de cabecera, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, verdad procesal y por supuesto el iura novit curia.

Nuevamente citando a uno de los grandes filósofos del mundo antiguo, “cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente” –Sócrates–, en tal sentido cuando los señores jueces realicen su pronunciamiento respecto de la reparación económica a la víctima por el daño moral sufrido deberán recordar siempre que se trata de una acción de reparación y no de sanción, peor aún un método de enriquecimiento

BIBLIOGRAFÍA

- Daniela Páez Salgado, “¿Daño moral por incumplimiento de contrato? Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010”, *Iuris Dictio* volumen 17, año 16, febrero-julio 2015: <https://vlex.ec/vid/dano-moral-incumplimiento-contrato-679625797>.
- Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982).
- Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Editorial B. de F., 2002).
- Libertad Machado López; Rolando Medina Peña; Germania Vivanco Vargas; Lianet Goyas Céspedes; Erik Betancourt Pereira, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, número 9 (2018): <https://www.revistaespacios.com/a18v39-n09/a18v39n09p14.pdf>.
- Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Argentina: Civitas, 2012).

Jurisprudencia

- Causa No. 764-2012, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 17 de marzo del 2014, pág. 27.



REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO: NUEVO RETO PARA EL SECTOR PRIVADO

Prófitas

El jueves 20 de abril el Pleno de la Asamblea Nacional debatió el informe para primer debate sobre el proyecto de Reforma al Código del Trabajo, aprobado por unanimidad por la Comisión de los Derechos de los Trabajadores y que consolida varios proyectos de Ley sobre la materia. Esta iniciativa propuesta inicialmente por el legislador de Pachakutik Salvador Quishpe y que cuenta con el apoyo de las centrales de trabajadores, regresa ahora a la Comisión para que se incorporen las observaciones de varios asambleístas en un informe para un segundo debate. Hasta el momento, no existe un cronograma específico de trámite, pero cabe esperar una aprobación final dentro de los próximos tres meses.

A continuación, algunos de los temas que aborda el proyecto:

- Existe duplicidad de artículos sobre la misma materia, elemento criticado por varios asambleístas, por lo que se generan confusiones.
- Se establecen definiciones sobre precarización laboral y “trabajo digno”.
- Se modifica el concepto de empleador y la definición de lugar de trabajo.
- Se establecen reformas al contrato tipo y las excepciones que se aplican al mismo.
- Se modifican el contrato por obra terminada, por destajo y por tarea.
- Se establece un “contrato eventual” y las circunstancias en las cuales se puede aplicar. Además, se señala que el sueldo o salario que se pague en los contratos eventuales, tendrá un recargo del 35% del valor hora del salario básico del trabajador en general o sectorial.
- Nuevas definiciones sobre contrato ocasional y contrato por temporada.
- Nuevas obligaciones para los empleadores: Ejemplo: “Conceder a las trabajadoras víctimas de violencia de género y víctimas indirectas de femicidio, el tiempo necesario para tramitar y acceder a las medidas administrativas o judiciales dictadas por autoridad competente, el mismo que no afectará su derecho a recibir su remuneración completa, ni sus vacaciones”.
- Se agrega en el artículo 47 del Código del Trabajo, los artículos 47.1., 47.2. y 47.3, referentes

a la Jornada de trabajo; Clases de Jornada; y sobre la Jornada parcial permanente.

- Incrementa vacaciones anuales de 15 a 30 días.
- Disminuye en un año el tiempo para que los trabajadores puedan acumular sus vacaciones. Los trabajadores podrán acumular sus vacaciones desde el tercer año.
- “Cuando se suspenda la jornada laboral, el empleador no podrá compensar los días no trabajados con vacaciones acumuladas o futuras de las y los trabajadores, salvo acuerdo expreso entre las partes”.
- Se elimina el artículo 74. del Código del Trabajo sobre la Postergación de vacaciones por el empleador.
- Se agregarían cinco tipos de permisos remunerados a los que un trabajador podría acceder:
 1. Por matrimonio o fallecimiento: 3 días de permiso en caso de matrimonio; y 4 en caso de fallecimiento de cónyuge, pareja en unión de hecho o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad (en el mismo proyecto de Ley se plantean 8 días).
 2. Por calamidad doméstica: Máximo 3 días.
 3. Para estudiar o completar estudios: 2 horas diarias, o las que acumulen en una semana.
 4. Para estudios en el extranjero: Los trabajadores que laboren más de un año para el mismo empleador tendrán derecho a licencia o comisión de servicios para realizar estudios en el extranjero hasta por dos años, con derecho a remuneración hasta por un año.
 5. Los dirigentes sindicales principales y suplentes tendrán derecho a permiso con remuneración para cumplir con comisiones o representaciones sindicales.
- Se impone un examen médico de aptitud para trabajos subterráneos. Trabajo subterráneo es “todo trabajo que se realiza en las minas y cubren el empleo o trabajo subterráneo en las canteras; y, en general, todo trabajo que se haga bajo la superficie terrestre.” Además, se prohíbe el trabajo subterráneo para menores de 21 años. El Estado garantizará la protección social a la o el trabajador minero, fomentando condiciones y ambiente de trabajo seguros y salubres.
- Contratación de mujeres: Los empleadores tienen la obligación de contratar el porcentaje de trabajadoras que anualmente fijen las Comisiones Sectoriales del Ministerio rector del Trabajo, por industria, rama o sector de la producción. En caso de que estas comisiones no lo hicieran, lo hará el Ministerio rector del Trabajo de oficio o a petición de cualquier sindicato, organización sindical o conjunto de trabajadoras.



PROFITAS

los mercados. Somos un grupo de profesionales que combinan los negocios y las ciencias sociales para ofrecer una visión estratégica, objetiva y no-partidista, sobre el impacto de la política en la economía y los negocios.

Es la firma de consultoría líder en el análisis y la gestión del riesgo político en Ecuador. Nuestra misión es ayudar a inversionistas y empresas privadas, locales e internacionales, a capturar las oportunidades y limitar los riesgos que el entorno político produce en

Para mayor información:
www.profitas.com
info@profitas.com

El veintinueve de marzo de 2023 se publicó la **Ley Orgánica Reformatoria a varios cuerpos legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral**, que tiene por objeto reformar varias disposiciones legales relativas a la seguridad pública y del Estado, la defensa nacional, al derecho penal y procesal penal, el Sistema Nacional de Rehabilitación Social, la ejecución de penas, el desarrollo integral de adolescentes infractores y otras contenidas en distintos cuerpos legales, con el propósito de contribuir al fortalecimiento de las capacidades institucionales para el cumplimiento del deber primordial del Estado de garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral.

Esta nueva reforma introduce cambios en nueve leyes, como las de Seguridad Pública y del Estado, de Defensa Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley de extinción de dominio, Código de la Función Judicial, Ley del Servicio Público, Ley de Telecomunicaciones y Código de Entidades de Seguridad Ciudadana.

El texto conformado por 150 artículos, ocho disposiciones transitorias y una disposición final, otorga al Estado herramientas para combatir la inseguridad que ha azotado a nuestro país en los últimos años, para lo cual crea un conjunto de sistemas, políticas, estrategias y acciones que comprenden la defensa de la seguridad pública y seguridad ciudadana, mediante la implementación de un modelo de gestión integral de la seguridad pública, la modernización de la infraestructura y tecnología de las instituciones encargadas de la seguridad, la formación y capacitación de los cuerpos de seguridad, y la mejora de la coordinación entre las distintas instituciones encargadas de la seguridad.

Dentro de la normativa debemos destacar las 89 reformas al Código Orgánico Integral Penal, en las que las más relevantes son la creación de la figura del agente encubierto informático, se establece el nuevo término de 48 horas para la persecución ininterrumpida en delitos flagrantes, por lo que la policía tendrá mayores probabilidades de detener a los sospechosos de delitos y el endurecimiento de penas para los delitos de robo, extorsión y prevaricato.

En resumen, la Ley Orgánica Reformatoria a varios cuerpos legales para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales y la Seguridad Integral de Ecuador busca mejorar la seguridad en el país a través de una serie de medidas integrales y coordinadas entre las distintas instituciones encargadas de la seguridad y la ciudadanía.





DESTACAMOS

Por: Raiza Añasco
Departamento de Investigación y Contenido

1

Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y financiamiento de delitos.

Ley Orgánica Reformatoria s/n (R.O. 282-S, 3-IV-2023)

Se disponen reformas respecto a la entrega de reportes a la Unidad de Análisis Financiero y Económico, además de nuevos actores que deberán reportar a la entidad de control.

2

Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas para el período 2022-2032.

Decreto Ejecutivo No. 705 (R.O. 288-2S, 12-IV-2023)

Se declara como política pública nacional y prioritaria el Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas para el período 2022-2032, que incluye los saberes ancestrales y patrimonios tangibles e intangibles de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

3

Estado de excepción por grave conmoción interna en los cantones de Guayaquil, Durán y Samborondón de la provincia de Guayas, la provincia de Santa Elena y la provincia de Los Ríos.

Decreto Ejecutivo No. 706 (R.O. 288-2S, 12-IV-2023)

Esta declaratoria se da con motivo del incremento de los índices de criminalidad y violencia, así como de las actividades de grupos de delincuencia organizada cuyas prácticas se han recrudecido; eventos cuya escalada pone en riesgo la seguridad de los ciudadanos, su integridad y su vida.



ABRIL 2023

4

Porte de armas de uso civil para defensa personal a nivel nacional.

Decreto Ejecutivo No. 707
(R.O. 288-2S, 12-IV-2023)

Se autoriza a aquellas personas naturales que cumplan los requisitos de conformidad con la Ley, el Reglamento a la Ley sobre Armas, Municiones y Explosivos y bajo las autorizaciones correspondientes.

5

Ley Orgánica reformatoria de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas suspendidas por el CEAACES.

Ley Orgánica Reformatoria
s/n
(R.O. 294-S, 20-IV-2023)

Se modifica lo referente a la constitución de Fideicomiso Mercantil que tendrá como beneficiarias a las instituciones de educación superior, el pago de acreencias por parte del fideicomiso, al igual que el orden de prelación de las deudas adquiridas por las universidades, destino de los excedentes y beneficiarios, entre otros.

6

Normas que regulan el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa.

Acuerdo
No. 04-2023
(R.O. 299, 27-IV-2023)

Se dispone que la autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional pre procesal o procesal de una o un juez, o de las actuaciones de un fiscal o defensor público, será siempre el tribunal jerárquicamente superior.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Nueva Praxis actualizada 2023



EDICIONES
LEGALES

La respuesta justa a su necesidad de información

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

INCLUYE:



- Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (R.O. 175-S, 5-II-2018).
- Concordancias, jurisprudencia y flujogramas.
- Actualizado a su última reforma realizada mediante la Ley Orgánica Reformatoria al COIP en materia anticorrupción R.O. 392-S, 17-II-2023.

\$27

edicioneslegales.com.ec

NUEVA
PRAXIS

Acceptamos todas las tarjetas y pagos en línea
Envíos a todo el país con costo adicional