



UDA

Law Review

I Edición



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



UDA
Law Review

I edición
IX.XI.XIIX
UDA Law Review
Universidad del Azuay

La revista jurídica Uda Law
Review se reserva los
derechos de autor
publicación, reproducción y
demás que correspondan
solo con fines académicos



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Francisco Salgado Arteaga, PhD.
Rector

Martha Cobos Cali, PhD.
Vicerrectora Académica

Jacinto Guillén García, Mgt.
Vicerrector de Investigaciones

Toa Tripaldi Proaño, Mgt.
**Directora del Departamento
de Comunicación y Publicaciones**

Facultad de Ciencias Jurídicas

José Chalco Quezada, Mgt.
Decano de la Facultad

Sebastián López Hidalgo, PhD.
Subdecano de la Facultad

Ana María Bustos, Mgt.
Coordinadora de la Escuela de Derecho

Cómite Académico

Doménica Ayala López - Editora en Jefe
Mateo Coellar Ríos - Editor en Jefe
Alexandra Correa Vázquez - Editora adjunta
Marcelo Vidal Torres - Editor adjunto
Andrés Rodas Escandón - Editor adjunto

Articulistas

Abg. Claudia Sánchez Vera
Abg. María Teresa Vélez Zhindón
Andrés Aucay Bejarano
Francisco Jaramillo

Diseño y diagramación:
Dis. Allison González

Impresión
Imprenta Digital
Universidad del Azuay

Primera Edición
Diciembre de 2018
Cuenca-Ecuador



Miembros Fundadores. Izq a Der, Andrés Rodas, Mateo Coellar, Juan Vidal, Doménica Ayala, Alexandra Correa.

COMITÉ ACADÉMICO



DOMÉNICA AYALA

Editora en Jefe
22 años de edad
Quinto año de Derecho
dlayala95@es.uazuay.edu.ec



MATEO COELLAR

Editor en Jefe
21 años de edad
Cuarto año de Derecho
mateo.coellar@es.uazuay.edu.ec



ALEXANDRA CORREA

Editora adjunto
23 años de edad
Quinto año de Derecho
acorrea@es.uazuay.edu.ec



ANDRÉS RODAS

Editor adjunto
22 años de edad
Quinto año de Derecho
andresro@es.uazuay.edu.ec




JUAN VIDAL

Editor adjunto
21 años de edad
Tercer año de Derecho
jmvidal@es.uazuay.edu.ec




**Interpretar
y argumentar**

RICCARDO GUASTINI
*Traducción de
SILVANA ÁLVAREZ MEDINA*

El Derecho y la Justicia


Interpretar y argumentar

RICCARDO GUASTINI


ISBN 978-84-205-2188-4

ESTUDIOS DE DERECHO Y JUSTICIA

ÍNDICE

PAG.

LA DENUNCIA DEL CONVENIO DEL CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES Y SUS CONSECUENCIAS
EN LA ECONOMÍA ECUATORIANA

Abg. Claudia Sanchez Vera.....9

EL DERECHO Y LA MORAL: ¿UNA RELACIÓN REALMENTE NECESARIA?

Francisco Jaramillo17

SOBRE EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA

Francisco Jaramillo.....27

LA VERDADERA SOLUCIÓN AL CONFLICTO JURÍDICO CON RESPETO AL
ESPACIO ULTRATERRESTRE

Andrés Aucaj Bejarano35

LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS
DE CORRUPCIÓN: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA FIGURA DEL DECOMISO
EN ECUADOR Y ESPAÑA

María Teresa Vélez Zhindón.....43

*“Liberæ sunt nostræ
cogitationes”*

“Nuestros pensamientos son libres”.

— *Cicerón*

DENUNCIA DEL CONVENIO DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES Y SUS CONSECUENCIAS EN LA ECONOMÍA ECUATORIANA

**Abg. Claudia Sanchez Vera*
claudiasanchezv1@hotmail.com

Fecha de Recepción: 03/09/18

Fecha de Aprobación: 07/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Desarrollo 7. Conclusión 8. Bibliografía

Resumen

La presente investigación tiene como finalidad dar a conocer las diferentes posturas, criterios y opiniones, que varios doctrinarios en el mundo han adoptado acerca del arbitraje internacional, específicamente en el área de inversiones, y el tratamiento restringido de éste para el desarrollo del país que proviene del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La relevancia de este trabajo radica en la propuesta y motivación, para que sean cada vez más el número de juristas y estudiantes de derecho, quienes se inserten activamente en debates sobre asuntos innovadores; permitiendo así que se exploren desde una perspectiva crítica otras esferas del derecho antes ignoradas, como el arbitraje internacional de inversiones. Además, lo que enriquece a este ensayo académico es justamente la diversidad de planteamientos pero sobre todo la profundidad y seriedad con la que se analizan. Los principales y más interesantes hallazgos son: en primer lugar la temporalidad de los tratados bilaterales de inversiones (TBIs), y como ésta afecta al momento de decidir y concretar la inversión; en segundo lugar, está la desnaturalización de la esencia del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos a partir de la Constitución de la República del Ecuador, cuyo nacimiento tuvo lugar en la ciudad de Montecristi. Para finalizar, vale la pena resaltar que el Legislativo debería diferenciar en el texto constitucional, el alcance y naturaleza del término contractual y de la inversión respectivamente, también el Estado ecuatoriano, con tal conducta, que limita derechos estaría violando el trato justo y equitativo, que es una obligación de carácter internacional, por lo cual podría ser acusado e internacionalmente responsable.

Palabras claves

Inversión extranjera, Métodos alternativos de solución de controversias, Arbitraje de inversiones, Tratados bilaterales de inversiones (TBIs), CIADI.

Abstract

The purpose of this research is to make known the different positions, criteria and opinions that various doctrinarians in the world have adopted about international arbitration, specifically in the area of investments, and the restricted treatment of this for the development of the country that comes from of the Ecuadorian legal system. The relevance of this work lies in the proposal and motivation, so that they are increasingly the number of jurists and law students, who are actively involved in debates on innovative issues; thus allowing other areas of law previously ignored, such as international investment arbitration, to be explored from a critical perspective. In addition, what

enriches this academic essay is precisely the diversity of approaches but above all the depth and seriousness with which they are analyzed. The main and most interesting findings are: firstly the temporality of the bilateral investment treaties (BITs), and how this affects the moment of deciding and specifying the investment; Second, there is the denaturalization of the essence of arbitration as an alternative means of resolving conflicts based on the Constitution of the Republic of Ecuador, whose birth took place in the city of Montecristi. Finally, it is worth highlighting that the Legislative should differentiate in the constitutional text, the scope and nature of the contractual term and the investment respectively, also the Ecuadorian State, with such conduct, which limits rights would be violating the fair and equitable treatment, that it is an international obligation, for which it could be accused and internationally responsible.

Keywords

Foreign investment, Alternative dispute resolution methods, Investment arbitration, bilateral investment treaties (BITs), CIADI

Introducción

Para empezar se dice que el problema objeto de estudio en este artículo, tiene su origen en la famosa inversión extranjera, en donde juega un rol importante el inversionista, actor principal, conocido como el sujeto privado que realiza una inversión en un país distinto al suyo, al amparo de una legislación que permite o promueve la inversión extranjera directa; por lo tanto está protegido por esa legislación y puede invocarla ante los tribunales nacionales en caso de violación de su derecho (García, 2010: 210).

Está claro, que este sujeto (persona natural o jurídica), lo que busca al invertir, es generar ganancias de tipo económico, siempre consciente de la posibilidad de que se presenten riesgos durante el proceso y que no necesariamente éste resultará un éxito, sin embargo, se arriesga y coloca su capital (pudiendo ser considerados dentro de este grupo a los bienes y servicios que tenga u oferte una empresa transnacional) fuera de su límite territorial, a sabiendas de que estará sometido a otra jurisdicción. Algo que aclararía este escenario, es la situación de la empresa estadounidense McDonald's, aquella que al celebrar un contrato de franquicia, expandió su negocio a nivel mundial; invirtiendo así en Ecuador.

Está claro, que el inversionista debe "(...) ser lo suficientemente diligente al evaluar el entorno y situación de un país antes de realizar su inversión" (Muriel, 2016: 149-150). En tanto que, desconoce la situación económica, política, cultural, demográfica del lugar donde invertirá, en razón de que factores como: la devaluación monetaria, un déficit en el presupuesto estatal, la revocatoria del mandato, las preferencias de la población de acuerdo a su cultura; el número, edad y sexo de los habitantes, pueden influir en su decisión.

La sociedad ha evolucionado y el mundo globalizado en el que se vive, da cuenta de ello. Es así que los avances tecnológicos, han permitido que con mayor agilidad, y sin pérdida de tiempo, los estados se interrelacionen abriendo sus fronteras, prueba de aquello, es la inversión extranjera, por lo tanto:

Hoy en día, con la aparición de las organizaciones internacionales y de nuevos sujetos de Derecho Internacional, como la persona humana o las compañías que pueden constituirse como Parte en un procedimiento contencioso, al abordar el tema de las controversias internacionales no podríamos cerrarnos en que estas controversias sólo pueden ser interestatales (Graf, 2009: 418).

Es decir, tanto las personas, organizaciones internacionales, empresas transnacionales,

pasan a ser consideradas nuevos sujetos de Derecho Internacional, adquiriendo derechos y obligaciones ya no solo a nivel nacional, sino también en el ámbito internacional, por lo cual, sería incongruente y una regresión pensar, que los conflictos se suscitan únicamente entre los Estados, debido a que, ya no son los únicos actores dentro de un sistema.

Desarrollo

Por lo expuesto, y en razón de los diferentes tratados internacionales que en esta materia ha suscrito y ratificado nuestro país, (como por ejemplo: los Tratados Bilaterales de Inversiones), los que en ese instante pasan a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, debiendo entonces ser respetados por los Estados-Parte, se convierte el inversionista en sujeto de derechos y obligaciones, dentro de la correspondiente esfera del derecho, como es el Derecho Internacional Público. Consecuentemente, uno de sus derechos es acudir ante un organismo especializado, que se encargará de dirimir cualquier conflicto y velará, valga la redundancia por la efectiva garantía de sus derechos, que pueden verse afectados por el poder del Estado receptor de la inversión.

Lo indicado, hace posible visibilizar la importancia de la solución de controversias, al momento de elegir el lugar donde se invertirá, y busca siempre un procedimiento ágil, eficaz, pacífico, imparcial, en el cual tengan una participación activa y equitativa las partes (inversionista – Estado), es decir, que ambos accedan en igualdad de condiciones, sin privilegio ni detrimento alguno.

Para ello, el Derecho Internacional de las Inversiones, ha previsto como un mecanismo que descongestiona el sistema de administración de justicia ordinario, el arbitraje. En este contexto:

El arbitraje es uno de los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos que opera con mayor frecuencia en el sistema jurídico ecuatoriano. Factores como la celeridad del proceso, el protagonismo de las partes, el diseño y elección de las reglas procesales han consolidado esta institución en nuestro país (Yepes, 2015: 108).

Vale la pena dejar claro, que al arbitraje internacional, se lo define casi de la misma manera, con la diferencia, que su objeto traspasa las fronteras del Estado. En esta línea, la legislación que guiará el procedimiento, ya no será la Ley de Arbitraje y Mediación, justamente porque una de las partes no es nacional-ecuatoriana.

Ahora, dentro del arbitraje internacional, existe otra categoría; el arbitraje de inversiones. “Este tipo de arbitraje se encuentra por lo general, pactado en las cláusulas arbitrales de los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales que los Estados celebran entre ellos (TBIs), así como los convenios pactados entre el Estado receptor y los inversionistas” (Yepes, 2015: 109). En otras palabras, es común que las partes conjuntamente, y por decisión propia sometan sus futuros conflictos al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral, lo cual de acuerdo con la autora, constará en una cláusula arbitral, aquella que a su vez estará presente en convenios de alcance internacional.

Esta herramienta que viabiliza la solución de conflictos, en el ámbito internacional y en materia de inversiones, está en pleno auge, debido a “la creciente presencia y proliferación de Acuerdos Internacionales sobre Inversiones - en adelante AIIs-” (Fernández, 2013: 2).

Además, es trascendente abordar un asunto esencial dentro de la materia arbitral, como es la competencia. En definitiva, se hace referencia a la capacidad legal para tramitar, y llevar a buen término las controversias entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Justamente, en virtud, del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o Convenio de Washington, nace el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), debido a ello:

Gran parte del arbitraje de inversión es realizado ante el CIADI, aun cuando alguno de los dos Estados involucrados –el receptor o el Estado de la nacionalidad del inversionista-, no sea parte de la Convención. Este último siempre que el Estado receptor acepte la jurisdicción del CIADI (Segura, 2014: 12).

Dicho Convenio fue debidamente ratificado por el Ecuador, en abril del 2001, durante el régimen del presidente Gustavo Noboa. Dada esta diligencia entonces, el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, en adelante (Convenio del CIADI), como se indicó oportunamente pasa a formar parte del conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debiendo ser aplicado en su totalidad. “El convenio CIADI deja claro que la mera ratificación por parte de un Estado, no conlleva la existencia de consentimiento expreso” (Salvador y Riofrío, 2011: 107), ya que la piedra angular de un sistema arbitral, está en la autonomía de la voluntad, misma que se exterioriza, mediante una solicitud.

Aquella solicitud, da inicio al procedimiento de arbitraje, tal como lo indica el artículo 36 numeral 1, del Convenio del CIADI, mismo que al respecto dispone: “Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte” (Convenio del CIADI, 1996: art. 36).

Otra afirmación, que da cuenta de la autonomía de la voluntad, es la conformación del tribunal arbitral, en razón de que “la jurisdicción de los tribunales de arbitraje se origina en la voluntad expresa de los sujetos que consintieron someter sus conflictos al sistema arbitral” (Salvador y Riofrío, 2011: 107). El consentimiento expreso, como se indicó, es la solicitud que se presenta ante el Secretario General.

Una vez presentada y aprobada, la referida solicitud, debe conformarse el tribunal arbitral, de acuerdo al artículo 37, numeral 2, literales a y b, del Convenio del CIADI, de la siguiente manera:

El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. Si las partes no se pusieren de acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo (Convenio del CIADI, 1996: art. 37).

Finaliza este proceso, con el respectivo pronunciamiento del tribunal, a través de un dictamen o laudo arbitral, aquel que “deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado a su favor. El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.” (Convenio del CIADI, 1996: art. 48). Cabe recalcar, que este laudo es equivalente a una sentencia por los efectos que jurídicamente surte; por lo mismo deberá tener obligatoriamente su estructura: (fundamentos de hecho, fundamentos de derecho, y resolución).

Ahora, si se efectúa una profunda y exhaustiva observación, esta herramienta legal que pone fin a los conflictos, en materia de inversión extranjera, es débil, en el sentido que está supeditada a la vigencia de los tratados o convenios internacionales, adquiriendo por ello, un carácter temporal.

Esta temporalidad, puede no inspirar seguridad jurídica al inversionista, y lo coloca en una situación de inferioridad ante el Estado receptor de la inversión, que puede terminar por desanimarlo al momento de concretar aquella, trae por ende, consecuencias negativas en el ámbito económico y financiero, tanto para el Estado de acogida, como para el inversionista extranjero.

El caso ecuatoriano, es un claro ejemplo que ilustra la preocupación expresada, debido a que:

El 2 de Julio de 2009, el Presidente de la República, Eco. Rafael Correa, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823, en el cual denunció y declaró terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –CIADI-, derogando el Decreto Ejecutivo No. 1417-B del 06 de abril del 2001 mediante el cual el mencionado Convenio había sido ratificado (Salvador y Riofrío, 2011: 92).

En definitiva, el gobierno de la revolución ciudadana, o la mal llamada década ganada, en lugar de utilizar todos los medios posibles para cristalizar el tan conocido principio del *sumak kawsay* o buen vivir para sus habitantes, y promover el desarrollo económico del país, ha provocado un retroceso en lo que respecta a los derechos de los inversionistas. En consecuencia, el decreto ejecutivo No. 1823 infringió una obligación de derecho internacional, como es el trato justo y equitativo, al no considerar las legítimas expectativas de los inversionistas. En este contexto, “el TJE se expresa como una serie de obligaciones que los Estados deben respetar, (...) que limita hasta cierto punto la actuación de un Estado y da garantías a un inversionista” (Muriel, 2016: 149).

Por su parte, la norma suprema ecuatoriana con respecto a los acuerdos internacionales, dispone que “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 422).

Desnaturalizando por lo menos en el área de inversión extranjera, la esencia del arbitraje, ya que es un mecanismo al cual, por prohibición constitucional, no se podrá libremente acceder para solucionar controversias, entre el inversionista extranjero y el Estado ecuatoriano. Dejando entonces, de ser este un mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como lo caracteriza la misma Constitución de la República. Existiendo por tanto, contradicción constitucional, ya que por un lado da validez al sistema arbitral, mientras que por otro, prohíbe ratificar tratados internacionales, que limiten la soberanía jurisdiccional del Estado.

La preocupación con respecto a esta problemática, parece ser de acuerdo a lo que señala Juan Manuel Marchán, un absurdo, debido a que:

La limitación hecha por la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales no incluye las controversias derivadas de un tratado bilateral de promoción de inversiones, ya que su naturaleza y objeto son distintos y establecen un marco general de garantías a favor de los inversionistas, más no regulan actividad comercial o contractual alguna (Marchán, 2009: 211).

En palabras de Marchán, la limitación constitucional, no afecta la posibilidad de inversión extranjera, debido a que el objeto de los contratos de naturaleza contractual, es diferente al de los tratados de promoción de inversiones. Estos últimos, consideran al arbitraje como uno de los mecanismos de protección de los derechos del inversionista y como indica el autor, no regula ninguna actividad de comercio o contractual, en el ámbito privado, sino promoción de derechos y garantías del sujeto que invierte. A pesar de ello, considero que puede generar confusiones sobre el alcance de esta prohibición constitucional y de hecho, así ha sucedido. Sin embargo, tal disposición constitucional, tiene una excepción, y es la prevista en el segundo inciso del citado artículo, cuando manifiesta que “se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica

por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 422 inciso segundo).

Todo ello, parece que con el objetivo de “liderar la creación de un foro de arbitraje latinoamericano para evitar el acceso al CIADI y propiciar así la fuga masiva de los Estados latinoamericanos de este Centro Internacional” (Rodríguez, 2017: 432). Ahora, surge una pregunta: ¿Desde cuándo surte efectos, la denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, realizada por el Estado ecuatoriano?

En respuesta a esta pregunta, Íñigo Salvador y Mélanie Riofrío, señalan que:

Por una parte, la denuncia rige desde el momento en que es notificada, a partir de ese momento deben correr seis meses para que surta efectos. Terminados los seis meses, el Ecuador supuestamente estaría facultado para no reconocer la jurisdicción del Centro. Por lo tanto, los procesos que se están desarrollando en el CIADI deben continuar en esa misma instancia sin modificación alguna. (Salvador y Riofrío, 2011: 115)

En definitiva, el Decreto Ejecutivo No.1823, mediante el cual se denuncia el Convenio del CIADI, surtirá efecto únicamente al transcurrir seis meses (6) contados desde el momento en que los estados Parte conocen el contenido del mismo. A pesar de ello, y tomando en consideración el alcance del principio de irretroactividad, este decreto se aplicará para los casos futuros, dejando intactos aquellos cuya tramitación en el CIADI, está en proceso.

Por otra parte, vale la pena señalar que en el citado decreto “se dispuso la notificación a los estados contrapartes (...), pero de la información pública disponible no se ha confirmado si dichas notificaciones ya han sido realizadas. Todos los TBIs, sin embargo, cuentan con una cláusula de supervivencia” (Muriel, 2016: 159-160). En el caso de no haber sido cumplida tal diligencia, se entendería inválida jurídicamente la denuncia del convenio, por ende es lógico, que el decreto no surtiría efecto alguno.

En fin, dentro de este acto que plasma la autonomía de la voluntad, como es la denuncia, se encuentra un aspecto trascendental, que es la capacidad de renunciar a un derecho adquirido con el tratado internacional. Al respecto, Xavier Andrade opina:

Parece innecesario extenderse en explicar que el derecho de un inversionista a reclamar sus derechos ante un foro previsto en un tratado no reviste la misma importancia de un derecho como el de la libertad analizado por la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una renuncia, aunque sea voluntaria –como normalmente es-, no podría resultar en una violación al derecho de las personas a reclamar sus derechos “con justicia” ante “un tribunal independiente e imparcial” (Andrade, 2011: 199)

En definitiva, como es de conocimiento dentro de la comunidad jurídica, se puede renunciar a un derecho, siempre y cuando esta no se encuentre prohibida por la ley, sea voluntad propia del renunciante y no afecta a sus intereses, ni a los de terceros. Claro está, de acuerdo con Andrade, que dicha renuncia aunque fuese voluntaria, sería considerada una violación a los derechos, en el caso que impida reclamarlos ante un organismo especializado, competente, imparcial e independiente.

Con respecto a las características de imparcial e independiente, del sistema arbitral, la Procuraduría General del Estado, con una visión crítica del arbitraje, considera que para fortalecer aquellas, son necesarios algunos cambios en el sistema, planteando como aporte:

Así, la propuesta pasa por mejorar la transparencia de los procesos arbitrales como la

adoptada por Canadá en su modelo de TBI; la introducción del requisito de acudir primero a las cortes domésticas como en el caso del TBI suscrito entre Perú y Alemania. La segunda alternativa, por su parte, involucra la creación de una corte internacional permanente de inversiones, tal como lo propone la Unión Europea en el marco del Acuerdo Integral Económico y de Comercio de Canadá y la Unión Europea CETA, y en el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam. (García, 2016: 50)

En definitiva, y con base a lo investigado, la primera alternativa no lograría fortalecer, sino al contrario, debilitaría la imparcialidad e independencia del sistema arbitral, debido a que, el conflicto pasaría, previamente por el filtro de la justicia ordinaria, que como es de conocimiento público, en la realidad ecuatoriana, el sistema judicial es dependiente de las demás funciones del Estado, sobre todo del Ejecutivo, y no garantiza su imparcialidad. En cuanto a la segunda, sería más viable, si esta corte fuese un organismo internacional de control, que tenga entre sus funciones vigilar y auditar la actuación del sistema arbitral de una manera integral, a fin de fortalecer la tan anhelada imparcialidad e independencia; y, de esa manera, lograr la confianza en el sistema, que es la mejor herramienta, que permitirá viabilizar y aumentar inversiones.

Conclusión

Para finalizar, con respecto a la limitación constitucional que se desprende del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, el constituyente, quien integra la Función Legislativa, a mi criterio debe añadir al texto constitucional, un párrafo aclarando, a que se refiere con los términos contractual o comercial, ya que son completamente diferentes a la inversión, al precisar de esa manera el alcance de la prohibición señalada en el referido artículo.

Consecuentemente, esta limitación puede provocar un retroceso en la economía del país, en virtud de que otros países del mundo, dejarían de interesarse en invertir su capital en el Ecuador, porque como se dijo, un factor fundamental para emprender esta actividad, es la seguridad de que los intereses y derechos del inversionista, estarán protegidos por un eficiente y confiable sistema arbitral. Por lo tanto, sin inversión, no es posible contar con suficientes recursos, y el déficit de entrada de capital, traerá efectos nocivos para el país y los ciudadanos, como por ejemplo, en el ámbito laboral (vinculado plenamente con las empresas, la industria, la mano de obra, la producción, etc.), generando de paso menoscabo en otros derechos fundamentales, por la falta de recursos estatales para financiarlos, sin permitirle al Estado responder efectivamente a las necesidades de la población.

Además, con posterioridad al análisis realizado, me es posible afirmar que el Estado ecuatoriano; podría ser investigado y acusado de responsabilidad internacional, por incumplir un deber de naturaleza internacional, como lo es el trato justo y equitativo, aquel que debe ir de la mano de los tratados bilaterales de inversiones.

Bibliografía

Andrade, Xavier (2011) “Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano” en Rodrigo Jijón, Juan Manuel Marchán y Álvaro Galindo (ed.) Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje / Cevallos Editora Jurídica, pp. 183-208.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

BM Banco Mundial. (1996). Convenio del CIADI. Washington D.C.

Fernández, Enrique (2013) “Arbitraje Inversor-Estado: De “Bella Durmiente” a “León en la Jungla””. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (26) [en línea]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4642807.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2018].

García, Diego (2016) *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la experiencia del Ecuador*. Quito: Procuraduría General del Estado.

García, Luis (2010) “La solución de controversias en el derecho internacional de las inversiones” en Organización de Estados Americanos (ed.) XXXVI Curso de Derecho Internacional, editado por Organización de Estados Americanos. Washington D.C: Organización de Estados Americanos (OEA), pp. 201-231.

Graf Rey, Marcia (2009) “La solución pacífica de controversias en el Derecho Internacional” en Mario Castillo Freyre (ed.) *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre/ Palestra Editores S.A.C, pp. 417-427.

Marchán, Juan Manuel (2009) “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”. *Iuris Dictio Revista de Derecho*, 8 (12) [en línea]. Disponible en: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/688/760> [Consultado el 15 de agosto del 2018].

Muriel, Camilo (2016) “El trato justo y equitativo en los tratados de protección recíproca de inversiones ecuatorianos”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (8) [en línea]. Disponible en: http://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art6.pdf [Consultado el 21 de agosto del 2018].

Rodríguez, Sonia (2017) *El Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/17.pdf>.

Salvador, Íñigo y Mélanie Riofrío (2011) “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de

Disputas Relativas a Inversiones: ¿fundamento jurídico o estrategia política?” en Rodrigo Jijón, Juan Manuel Marchán y Álvaro Galindo (ed.) *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje / Cevallos Editora Jurídica, pp. 90-127.

Segura, Beatriz (2014) “Arbitraje de Inversión: ¿Un incentivo para la inversión extranjera directa?”. *Revista de Derecho Privado*, (51) [en línea]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222014> [Consultado el 16 de agosto del 2018].

Yepes, Isabel (2015) “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador”. *USFQ Law Review*, 2 (1) [en línea]. Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_007.pdf [Consultado el 19 de agosto del 2018].

EL DERECHO Y LA MORAL: ¿UNA RELACIÓN REALMENTE NECESARIA?

**Francisco Jaramillo*
franciscojib155e@gmail.com

Fecha de Recepción: 10/09/18.
Fecha de Aprobación: 10/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Desarrollo 7. Conclusión 8. Bibliografía

Resumen

Desde lo sucedido en Nuremberg, la ciencia jurídica cambió y siendo el iuspositivismo acusado, infundadamente a nuestro parecer, de complicidad teórica con el nazismo, la corriente iuspositivista se vio obligada a suavizar sus esquemas teóricos, cediendo terreno a corrientes que intentan implementar la Moral al Derecho, (Vigo, 2009, págs. 2-3) El objetivo de este artículo se centra en estudiar argumentos positivistas clásicos o también denominado paleopositivismo, para así poder rescatar estos aportes, que, en la actualidad, suelen encontrarse mal vistos por su escepticismo ante la unión entre el Derecho y la Moral; artículos direccionados con nuestra posición no abundan estos días y es por eso que el valor de este trabajo reside en rescatar estas invaluable ideas y contraponerse al discurso universalista que, a día de hoy, pregonan de manera dominante en los medios académicos, corrientes universalistas. Los hallazgos y conclusiones de este trabajo descansan en que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la Moral. Por lo que, figuras como el Juez Hércules de Dworkin que está en posibilidad de descubrir racionalmente la única respuesta correcta que tiene cada caso jurídico (Vigo, 2009, pág. 4) resultarían argumentos impensables y conllevarían un menoscabo a la seguridad jurídica debido a la poca certeza presente en la Moral de dicho juez al que se le atribuyen habilidades de resolución inhumanas. Por eso, que este trabajo tratará de las diferencias respecto a las normas jurídicas y las morales, el carácter científico del Derecho y subjetivo de la Moral y un intento manifiesto de separar a ambos estableciendo que no existe una relación necesaria entre los dos, al menos dentro de la corriente paleopositivista.

Palabras Clave

Derecho, Iuspositivismo Moral, Justicia, Iusnaturalismo

Abstract

It's very necessary to understand that since Nuremberg, the juridical science changed, and being the iuspositivism accused, on an unfounded way from our point of view, of complicity with the Nazism, many authors tried to soften their theoretical schemes and gave ground to other currents that want to implement the Moral to the Laws. The object of this article is to study the classical positivism, or also called paleopositivism arguments, to be able to rescue these contributions that aren't seen in a good way nowadays, because of their skepticism about the Laws and Moral's union; there aren't many articles with our position currently and it's because of it, that this work's value is release these invaluable ideas and to oppose to the universalist speech that, at the present day, the academic media preach in a dominant way. The findings and conclusions from this work show that there isn't a necessary union between the Moral and the Laws. So, concepts like the Hercules Judge of Dworkin, who is able to discover

**Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay*

rationality the one and only correct answer to each juridical case, are unthinkable and mean a damage to the juridical security because of the little certain that the Moral has. So, this paper will approach the differences between juridical rules and moral rules, the scientific character of the Laws and subjective one of the Morals and a manifested intent of pull apart the both, setting there's not a necessary relationship between them.

Key Words

Law, Iuspositivism, Morality, Justice, Iusnaturalism

Introducción.

En este trabajo nos enfocamos en resolver la interrogante: ¿debe la moral considerarse como una fuente trascendente para el Derecho o debe separarse del mismo? Para el desarrollo de aquel, nos enfocaremos en un marco epistemológico en esencia fundamentado por el escepticismo con tintes tanto subjetivistas como relativistas y en cuanto a Filosofía del Derecho propiamente dicha, nos enfocaremos en una corriente iuspositivista; concretamente, en la usualmente denominada paleopositivista famosa por insistir en separar la moral y el Derecho. (Portela, 2014, pág. 115) La respuesta que este artículo desarrollará, será en dicho marco teórico se desplegará en base a nuestra creencia de diferenciación y de ser posible separación entre estos dos órdenes: el jurídico y el moral; pues consideramos que la relación no es necesaria, es decir, que a lo mucho llega a ser contingente. Para dicho cometido nos serviremos de la influencia de autores característicos de la corriente: Bobbio, Austin, Kelsen y Hart; además de algunos tratadistas y otros autores, que no necesariamente mantienen el enfoque; pero que sistematizan sus ideas y nos transmiten las mismas de una manera ordenada. Cabe, recalcar que, si bien este trabajo busca desarrollar el tema de la existencia o no de una relación entre la Moral y el Derecho, dentro de sus respectivas limitaciones de longitud y profundidad, se tendrán que tratar temáticas diversas que versen sobre Ética, Derecho Natural, Derecho Positivo y justicia, etc.

Nos permitimos leves digresiones, necesarias para poder realizar un análisis completo y debido a que los autores tratados también las incluyen en sus observaciones; mas, intentaremos mantenernos en el tema de manera congruente. Nos centraremos en ubicar a la Moral y el Derecho en la reflexión filosófica, su ubicación ontológica, las líneas generales de por qué nos desenvolvemos en este marco teórico, la posibilidad de una valoración objetiva propuesta por Bobbio, la problemática de la justicia y el Derecho desde el iusnaturalismo y iuspositivismo, las diferencias que la corriente encuentra entre ambos y, finalmente el tratamiento de la temática para los autores específicos Austin, Kelsen y Hart.

Desarrollo.

Desde el inicio de la reflexión filosófica, el pensamiento de los hombres se orientó en el orden natural (physis) y en el social (nomos). Confundiéndolos e implantando en primer lugar la naturaleza al orden social y luego al inverso. Humanizando la naturaleza y luego naturalizando al hombre y a la sociedad, siendo vistos ambos como sometidos a las mismas regularidades. La Filosofía griega, inicialmente se preocupó del mundo físico, buscando el arjé o esencia del universo; para más tarde entrar en problemáticas humanas. Y en un punto, se llegó a reflexionar sobre la justicia (Dike), acerca de las leyes divulgadas por deidades, las leyes de los hombres. (Recaséns, 2010, pág. 10) Del Vecchio divide a la Filosofía en teórica y práctica, la práctica que estudia los principios del obrar, a su vez dividiéndose en Filosofía Moral y Filosofía del Derecho. (Del Vecchio, 1980, pág. 276) La primera, estudia la conducta humana desde una perspectiva subjetiva, centrándose en el ámbito interior de la conciencia. La segunda, estudiando la conducta humana desde un punto de vista externo, comportamiento objetivo. (Castro, 2017, pág. 28) Entonces, a nuestro parecer, ya encontramos una clara diferenciación de

materias, objetos de estudio, y perspectivas; lo que nos inclina a pensar desde un inicio que el Derecho y la Moral no necesariamente se relacionan, por lo que cada uno debe ser estudiado dentro de su campo, bajo los criterios endémicos de sus respectivas materias; sin embargo, es solo una conclusión preliminar. Ahora, la Estimativa o Axiología Jurídica tiene de objeto lo que debería ser el Derecho. Es decir, un plano deontológico, producto de una valoración ontológica y así una comparación de lo que es el Derecho en la realidad, cual norma positiva aplicable de manera casuística y de lo que debería y podría ser; considerando una posibilidad de un Derecho diferente aplicado a la particularidad concreta e incluso reflexionar sobre el supuesto de mejorarlo, de ser posible. (Recaséns, 2010, pág. 14) Por ende, entendemos que no se trata de necesariamente referirse a valores morales en el Derecho o a la moralización del Derecho, como se podría entender etimológicamente, si no tratándose más de un cotejo del Derecho que es, frente al que debería o podría ser; en ese sentido sería valorado, con cánones tan objetivos como fuese posible. Como se puede evidenciar, compartimos la concepción de afirmar el carácter científico del Derecho, incluso asumiendo que la Ciencia Jurídica es de carácter formal y, que el razonamiento jurídico usado en la aplicación del Derecho es un razonamiento técnico obediente a sus reglas propias, totalmente autónomo e independiente de cualquier razonamiento moral. (Moreso, 2004, pág. 50) Además, coincidimos con la propuesta de Savigny de considerarla como una ciencia fáctica, producto de la realidad y cultura de los pueblos; no existiendo un Derecho intemporal válido para todos, cada comunidad crea su propio derecho. (Castro, 2017, pág. 73)

Para referirnos a la ubicación ontológica de la Moral y del Derecho, remitiremos al análisis llevado a cabo por Recaséns Siches (2010) con objetivo de ubicar el fenómeno jurídico dentro de la variedad de seres y clases existentes en el Universo. No ahondaremos en la clasificación innecesariamente y nos dirigiremos a lo que nos concierne, debido a que el análisis ontológico de otras cosas distintas al Derecho y a la Moral, no implica interés alguno en este artículo. Entre las varias categorizaciones Recaséns Siches considera al mundo de los valores; y si bien argumenta que el Derecho podría inspirarse en valores, no es un valor per se, pues los valores son seres ideales de características exclusivas que, según el autor, los hacen merecedores de una zona ontológica. Considerando que podemos descubrirlos en las cosas o conductas que estimamos valiosas, no constituyen empero un pedazo de la realidad de ellas, sino que son una cualidad que ellas nos presentan en tanto en cuanto, coinciden con las esenciales ideales de valor.” (Recaséns, 2010, pág. 58) Teniendo el campo de la Moral bastante claro, Recaséns Siches ubica al Derecho en la zona ontológica de la vida humana objetivada o cultura. Castro Riera (2017) interpreta sus palabras considerando al Derecho es una producción cultural porque es hechura humana, realizado de forma consciente y voluntaria, en el que se imprime el psiquismo humano, pero se independiza, está lleno de valores y se dirige intencionalmente a regular la sociedad a través de la norma, sociedad que se sirve del Derecho para realizar sus fines de allí que se puede analizar a una cultura a través de los sistemas jurídicos. (Castro, 2017, pág. 122) Somos conscientes que Recaséns Siches y Castro Riera no expresan que el Derecho y la Moral son incompatibles, como sí lo hacen autores que trataremos posteriormente; sin embargo, sus reflexiones resultan interesantes pues evidencian diferencias remarcables con la moral que necesitamos tomar en cuenta para nuestra concepción de Derecho. Al hablar del Derecho como producto cultural nos referimos a postulados propios de Savigny, iuspositivista alemán. Además, al plantear la concepción de Derecho como creación humana para la consecución de fines, concuerda con las ideas de Bentham y Austin iuspositivistas ingleses. Por lo que no nos hemos alejado de nuestro marco teórico en absoluto.

Quizás el lector se pregunte el porqué de nuestra postura, consideramos, que los argumentos del iuspositivismo proporcionan puntos a tener en cuenta y dignos de reflexión para “desmoralizar” tanto los ordenamientos jurídicos como la Teoría General del Derecho. A continuación, expondremos algunas tesis iuspositivistas con las que coincidimos y Moreso ha condensado, tras interpretar a positivistas, entre ellos a Scarpelli. Resulta extremadamente relativo y sujeto a constante discrepancia el determinar qué,

cómo y cuándo un comportamiento es moralmente correcto o no, por lo que el Derecho resulta útil para respetar la autonomía moral personal del individuo y regular la conducta humana haciendo uso de reglas claras y precisas que determinen con certeza prohibiciones, permisiones y tantos otros aspectos sean jurídicamente relevantes. Por lo tanto, decimos que, si para identificar comportamientos que deban ser prohibidos o regulados, debiésemos concurrir al razonamiento de ámbito moral, existe la probabilidad, casi absoluta, de múltiples discrepancias; careciendo de certeza y seguridad jurídica, lo que de por sí es contrario a la finalidad del Derecho y se trastocaría la autonomía moral personal de uno o varios individuos, pues al existir discusión y contraponerse criterios morales personales de unos individuos contra los de otros, inevitablemente habrían de ceder unos y así sucedería esta vulneración. Por esas razones, resulta concluyente que el Derecho debe ser identificado sin recurrir a la moral. (Moreso, 2004, pág. 55)

Hablaremos ahora, de la valoración del Derecho, tema que de alguna manera ya abordamos con anterioridad. Antes de empezar a analizar la neutralidad valorativa tan característica de la corriente del positivismo jurídico y con exponentes como Austin y Kelsen, hay que reconocer que, para algunos iuspositivistas, sí existe posibilidad de valoración; pero no de índole moral, si no como planteamos anteriormente comparativa y objetiva. Entre ellos Bobbio, que sujeta a la norma jurídica, y por ende también al Derecho, a tres valoraciones: Si es justa o injusta, si es inválida o válida y finalmente, si es eficaz o ineficaz. (Bobbio, 1987, pág. 20) Tratándose de la justicia, abarca la correspondencia con los valores finales del ordenamiento jurídico seleccionado o si no tiene valores absolutos, con los históricos que lo inspiran en ese momento en concreto, implicando así una contraposición entre el ser y el deber ser de la norma. La validez se refiere a la existencia de la norma respecto a su expedición, derogación expresa o tácita, lo que se traduciría en su vigencia temporal. Y, finalmente, la eficacia se atañe al cumplimiento por parte de los destinatarios de la norma, si el cumplimiento es espontáneo, se da conforme la existencia de coacción o se incumple sin que siquiera se aplique la coacción. (Castro, 2017, pág. 139) Siendo todos estos criterios de valoración independientes entre sí pudiendo ser por ejemplo una norma válida, pero no justa. Además, cuando se expresa que un hecho es sujeto a valoración por una norma, simplemente se dice que el hecho es la condición para que la obligación que se encuentra en una prescripción normativa, surja (Castro, 2017, pág. 181); no a ningún aspecto de índole moral.

A nosotros nos precisa en este apartado, la justicia. Pues, para el iusnaturalismo, la norma jurídica es válida únicamente si es justo; por lo que el Derecho debe ser justo para ser Derecho. Cuestión, la cual nosotros criticamos por rebozar de ambigüedad al no existir un patrón ni decidirse quien tiene la potestad para determinar lo que es justo de manera objetiva. Tratamos este tema pues desde las primeras nociones de Derecho Natural, brindadas por los griegos ya contemplaban a la justicia desde un punto de vista moral, claro es el ejemplo de Sófocles que en su Antígona ya debatía sobre la superioridad de la ley natural de origen divino a la de los hombres. (Castro, 2017, pág. 141) La concepción divina se desvaneció con la evolución del Derecho Natural y recayó ahora sobre la naturaleza racional del hombre, pilar de la subjetividad liberal y de la concepción cartesiana de sujeto. Sin embargo, nunca fue un criterio uniforme; existiendo así una gigantesca pluralidad de apreciaciones respecto a lo que debe ser considerado natural y racional; no pudiéndose dar un significado inequívoco y aún de ser posible no se podría inferir que fuese en sí bueno o malo. El mayor problema del iusnaturalismo sería entender quién y cómo determina lo que es justo: en caso de ser el soberano, la justicia y la validez recaerían en el positivismo jurídico y de ser el pueblo quien decide, se caería en un relativismo y subjetividad tan extremos que desembocarían en el caos y la anarquía. (Castro, 2017, pág. 145)

Continuando con la temática de la justicia, en el positivismo jurídico se resuelve el problema confluyendo la justicia con la validez. Adoptando así un método de abstracción y generalización de conocimientos a partir de los datos del ordenamiento en sentido

formal, siendo entonces las normas formalmente válidas, prescindiendo por lo tanto de los valores; debido a que esta concepción formal de normas instituye que, estas, al ser establecidas por la autoridad soberana con el debido procedimiento son válidas y, por lo tanto, justas. De aquí, se colige que es bueno el acto realizado conforme a la ley, y malo el que la transgrede. (Bobbio, 2012, pág. 16) Basándonos en los planteamientos de Hobbes, en el estado de naturaleza humana no había autoridad que determinase lo justo o injusto, teniendo todos derecho natural a todo y por lo mismo, nada sería de nadie. Los hombres, entonces serían belicosos unos con otros careciendo de seguridad al no haber autoridad ni ley establecidas. Llevando al hombre a buscar un pacto de sociedad que permite que la autoridad hegemonice la fuerza para instaurar el orden, por lo tanto, la concepción hobbesiana se destaca por la pura convencionalidad de los valores y, por ende, de la justicia. (Castro, 2017, pág. 147) Si bien, Hobbes no es positivista jurídico, en sentido estricto, su doctrina sirve bastante bien para explicar los fundamentos de convencionalidad de valores, como ha mostrado Castro Riera. Y conforme nuestras convicciones tendríamos otro argumento más para apoyar a la desmoralización del Derecho repudiando las concepciones naturalistas morales; los valores y la justicia se fijarían de manera convencional al establecerse las sociedades, por lo que no son absolutos ni propios a la naturaleza humana.

Según Rava, el Derecho es un conjunto de imperativos técnicos, lo más cercano a los imperativos hipotéticos de Kant, diferenciándose de los categóricos pues esos son esencialmente morales. Señala los argumentos: las normas jurídicas establecen obligaciones y facultades mientras el imperativo categórico solo obliga; el Derecho es coercible y una conducta impuesta coactivamente no es bueno per se, siendo esto no compatible con el imperativo categórico de orden moral; finalmente, en el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico en sí, hay normas que buscan una finalidad, sin ser acciones buenas en sentido estricto. Siendo el fin, la conservación de la sociedad. (Castro, 2017, pág. 173) Refiriéndonos ahora a normas jurídicas y morales (habiendo que incluir religiosas también), debemos entender que lo que caracteriza a la norma jurídica, tal como expresa Del Vecchio es: bilateralidad, imperatividad, coercibilidad y generalidad; (Del Vecchio, 1980, pág. 339) pudiendo también encontrarse otros criterios como la finalidad, el sujeto que la expide, entre otros. Basta con que pongamos atención a la bilateralidad de las normas jurídicas que establecen correlativamente derechos y obligaciones para diferenciarlas de las normas morales que únicamente imponen obligaciones subjetivas. Continuamos con la finalidad, y ya habíamos mencionado que la finalidad de las normas jurídicas es la conservación de la sociedad, ahora dejaremos en claro que son esenciales para ello; mientras que otros tipos de normas pueden tener la misma finalidad, mas, no son esenciales para el fin mencionado. Tomando en cuenta al sujeto del que emana la norma, las normas jurídicas son expedidas por alguien que cuenta con competencia y autoridad, revestida de posibilidad de coerción; las normas morales, carecen de ello (Castro, 2017, pág. 197), salvo contadas excepciones donde las normas religiosas se han confundido y han llegado a contaminar la objetividad del ordenamiento jurídico. Las normas religiosas se fundamentan en el agrado o desagrado que la conducta humana pueda provocar a la divinidad, y con sanción subjetiva y extraterrenal; pudiendo decir que son normas interiores, de ámbito unilateral y además incoercibles. En cuanto refiere a normas morales, parten de la diferenciación entre bien y mal, se aplican como deberes consigo mismo o con una divinidad, razón por la que tratamos las normas religiosas, su finalidad reside en llegar a lo más alto en la escala valorativa y su sanción se limita al remordimiento o a la desaprobación; siendo unilaterales, autónomas e incoercibles. Así vemos que la norma jurídica es caracterizada por poseer eficiencia reforzada, o sea garantía de que se hará valer; cuenta también con igualdad de tratamiento consolidada en un órgano trascendente a las partes de un conflicto que impone la sanción. (Castro, 2017, pág. 201)

Hemos de referirnos ahora, que ya contamos con nociones claras de las diferencias entre Derecho y Moral, al pensamiento de autores paleopositivistas. Ocupémonos en

primer lugar, del inglés John Austin, quien explica que el Derecho debe ser considerado como un hecho y debe prescindir de cualquier juicio de valor, debido a que las reglas morales, según él, son dictadas por las opiniones o sentimientos de los hombres con respecto a su conducta. (Austin, 2002, pág. 25) Aunque cabe la aclaración de que Austin tiene la idea de que el Derecho es algo impuesto por los superiores a sus súbditos. (Portela, 2014, pág. 118) Para Austin lo que determina la diferencia del Derecho y Moral es la imperatividad adjunta a la obligación; por lo que el mandato constriñe a una omisión o acción. Considerando a mandato como una manifestación de deseo que se caracteriza por el poder y la intención de infringir un daño, por parte de quien lo emite a quien lo debe acatar, en caso de que no sea obedecido, (Austin, 2002, pág. 37) debido a una superioridad clara que se traduce como posibilidad de forzar mediante el temor al potencial daño, al que antes no referimos, a adecuar la conducta para que sea conforme a los deseos del soberano. (Austin, 2002, pág. 46) Austin expresa que la moral también posee una noción obligatoria; mas, reconoce, es imperfecta al haber un deber no jurídico, ya sea impuesto por concepciones de divinidad o de reglas morales, muy distinto a los deberes que impone el Derecho Positivo. Al ser una obligación imperfecta, no siendo establecida por un superior político y carecer de sanciones que a la postre brinden certeza y seguridad, impuestas por quien hegemoniza la coacción; semeja a la ausencia de obligación real de la que hablaban los juristas romanos; Austin incluso se atreve a decir que una ley imperfecta, no es una ley propiamente dicho, sino un consejo o exhortación de un superior y que una ley perfecta es obligatoria, por eso cuando el legislativo expide un mandato, los tribunales presumen, y con razón, que aquel mandato exige obediencia. (Austin, 2002, pág. 49) Portela explica bien el punto de vista de Austin respecto a la ambigüedad moral: “la bondad o maldad de las leyes humanas es una expresión de alcance relativo y variable. Una ley que es buena para una persona es mala para otra en la medida en que se comparan tácitamente con diferentes y opuestos criterios.” (Portela, 2014, pág. 119) Austin, adopta una postura un tanto utilitarista para referirse al bien y al mal como placer o dolor que por manifestación volitiva de legislador se anexa a la observancia o transgresión de la ley, haciendo énfasis en la noción de recompensa o castigo. (Portela, 2014, pág. 119) Para Austin, una ley que existe formalmente es una ley, sin importar si desagrada, o si se opone a los criterios de aprobación de las personas. (Austin, 2002, pág. 188) Entre sus consideraciones está la posibilidad que una ley humana contravenga una divina, y aclara que de ser así, se debería desobedecer el mandato respaldado por la sanción menos rigurosa, es decir el menor mal (Austin, 2002, pág. 188); sin embargo, en seguida explica que sería razonable aquella desobediencia, únicamente si las leyes divinas fuesen ciertas, que obviamente no lo son, inclusive explicando cómo incluso teólogos lo admiten que no poseen un esquema completo y unívoco. (Austin, 2002, pág. 189) Y además, de manera mucho más fuerte declara que en el sentido moral, los principios prácticos innatos y la conciencia no son más que excusas para la ignorancia o para intereses ocultos, mirando al sentido moral como una manera de ocultar el odio hacia una ley y estimular su desobediencia, una herramienta para provocar la discordia civil. (Austin, 2002, pág. 190) Finalmente, Austin trata la aseveración hobbesiana “ninguna ley puede ser injusta” y expresa que no es peligrosa ni paradójica como muchos detractores moralistas expresan, sino que es malentendida pues se refiere a que “ninguna ley puede ser jurídicamente injusta.” Por lo que el Derecho Positivo es el criterio de toda justicia o injusticia jurídica, y de ser injusto el Derecho positivo, solo lo sería contrapuesto consigo mismo, por lo que siempre sería justo; haciendo evidente la improcedencia de cuestionar la justicia de una norma jurídica, por lo tanto, es procedente la renuncia a mirar el Derecho desde la ética. (Portela, 2014, págs. 120-121) Pues entre el Derecho y la moral positiva, es decir la establecida en el imaginario colectivo, no hay más que una débil analogía que radica en que se crea por la costumbre y que se instaura de manera consciente, nada más. (Austin, 2002, pág. 26)

Momento es de analizar al más emblemático de los positivistas: Hans Kelsen, el austriaco en su Teoría Pura del Derecho trata en el segundo capítulo de su obra titulado Derecho y Moral, realiza un prolijo análisis de la relación y la determinación de cada

uno de ellos. Kelsen reconoce desde un principio la existencia de otras normas que regulan la conducta humana; las sociales, que entiende como moral. Y a la justicia como la exigencia de la moral al Derecho, por lo que la relación entre Derecho y Moral se comprende en relación justicia y Derecho. Kelsen declara que la pureza metódica de la ciencia jurídica peligra cuando no es distinguida adecuadamente de la ética, cuando no hay claridad al diferenciar el Derecho y la Moral. (Kelsen, 1982, págs. 71-72) Tras explicar que las normas morales son de carácter social pues una conducta, por más individual que sea solo aparece en conciencia de individuos que viven en sociedad, Kelsen expresa las formas erróneas de distinguir el Derecho y la Moral: en primer lugar, referirse a la conducta que obligan las normas de cada orden social pues pueden referirse a la misma, lo correcto es diferenciar a la moral como la que se ocupa de una conducta interna y al Derecho como quien prescribe conducta externa, solo cuando se tiene en cuenta que una conducta únicamente tiene valor moral cuando el motivo y la conducta misma corresponden a una norma moral, igualmente pasa con la jurídica pues una prohibición de comportamiento externo, implica la prohibición de uno interno que busque producir el resultado. Considera erróneo distinguir por la forma de producción de normas pues esta se produce por la costumbre y se instaura conscientemente y que el hecho de que el orden moral no prevea un órgano centralizado para aplicar sus normas no es criterio pues un orden jurídico primitivo también es descentralizado; tampoco considera oportuno diferenciar respecto a qué ordenan o prohíben, sino cómo lo hacen., esto es mediante poder coactivo socialmente organizado en el caso del Derecho y en el orden moral se reduce a la aprobación o desaprobación de la conducta respecto a la norma. (Kelsen, 1982, págs. 74-75) Posteriormente, al considerar la relación deshecha la posibilidad de que el Derecho sea parte de la Moral pues habría que suponer una moral absoluta y la conformidad con estos valores morales absolutos para ser Derecho, inconcebible desde el punto de vista científico pues no se puede considerar que lo bueno o justo y lo malo, lo sea en todas las circunstancias. Pues en diferentes épocas y pueblos, incluso en los mismos pueblos y épocas, existen sistemas morales válidos contradictorios entre sí; no hay un elemento común entre ellos, ni siquiera la paz pues Heráclito afirmaba que la guerra era buena al ser padre todas las cosas, solo por citar un ejemplo; incluso Jesús proclamó la división y no a traer paz, según el Evangelio de Lucas y la filosofía liberal planteaba competencia continua. Existiendo así una moralidad relativa e incluso injusta ante los ojos de determinados grupos de una misma sociedad al atender a las élites de la misma. Por lo que no acepta que el Derecho tenga un contenido mínimo de moralidad, pues un orden coactivo no lo necesita más que valor jurídico que no es moral; por lo que no tiene lógica admitir que el Derecho es moral por naturaleza (Kelsen, 1982, págs. 76-79); en el caso de que el Derecho y la Moral se contradigan, el orden jurídico prevalece pues no necesita legitimarse al no tener la ciencia jurídica que aprobar o desaprobó su objeto, sino conocerlo y describirlo, con una descripción axiológicamente neutral (como ya planteamos anteriormente). Una norma puede ser válida aún si contradice el orden moral y cabe la posibilidad que normas válidas pudiesen corresponder a exigencias morales de un entonces y no de otro tiempo. (Kelsen, 1982, págs. 80-81)

Trataremos finalmente a H.L.A Hart, demasiado característico la problemática que desarrollamos, teniendo en su haber multiplicidad de trabajos y habiendo sido protagonista en encarnizados debates respecto al Derecho y la Moral con pensadores muy importantes como Lord Patrick Devlin, Lon Fuller y Ronald Dworkin. (Dabove, 2003, pág. 39) Para tratar a este autor de una manera organizada nos remitiremos a Dabove que ha recopilado las principales ideas respecto al tema que tanto preocupó al iusfilósofo inglés. Tanto en su *El Concepto del Derecho* como en el *Postscriptum* analiza si existe una relación real y central entre el Derecho y la Moral, emanando el supuesto de categorización de la justicia como un elemento esencial jurídico. Hart reconoce que pueden existir vinculaciones, pero que los argumentos iusnaturalistas que afirman un carácter necesario en esta relación. Según Hart, estos argumentos son presa de la textura abierta del lenguaje normativo y la ambigüedad de los términos “moral”, “Derecho” y “necesario”, concluyendo que solo existen relaciones contingentes; no rechaza que las

normas jurídicas puedan tener contenido moral, pero no se puede considerar a la Moral como fuente importante en el mundo jurídico. (Dabove, 2003, pág. 47) Por ende, el Derecho injusto sigue siendo Derecho, debido a que no hay posibilidad de desobedecer al Derecho por ser contrario a la moral. Hart se enfoca en tres distinciones conceptuales. En primer lugar, diferencia moral a la moral que es un término general y a la justicia que es específico; pues la justicia no se refiere a la conducta individual, sino que es la más pública y jurídica de las virtudes y abre la posibilidad de considerar diferentes tipos de justicia como la distributiva, la correctiva e incluso justicia legal (respecto a igualdad ante la ley) e incluso justicia en aplicación de normas (justicia de un caso concreto). En segundo lugar, demarca las reglas morales y las jurídicas, diferenciando sociedades primitivas de modernas pues las primeras solo cuentan con reglas primarias que se traducen como meras obligaciones y las sociedades modernas poseen reglas secundarias: de reconocimiento que brindan criterios de validez del sistema, de cambio que hacen posible la creación, modificación y derogación de normas y las de adjudicación que confieren potestades jurisdiccionales. Tenemos que analizar en este apartado determinadas diferencias: el cumplimiento de las normas morales se considera transcendental por un grupo determinado; no pueden ser implantadas, modificadas o suprimidas fácilmente por acción humana deliberada; el desacato a normas morales solo genera responsabilidad si existe intención expresa y finalmente como consecuencia de transgresión generan un sistema de presión social de sentimientos negativos como el remordimiento. Diferenciándose de las jurídicas que de por sí ya prevén la posibilidad de incumplimiento, traduciéndose en que su cumplimiento no necesariamente implica importancia para el grupo pues existen órganos que las hacen cumplir; las reglas jurídicas poseen normas concretas que determinan el contenido y el procedimiento a seguir para el cambio deliberado, que son las reglas de cambio; las reglas jurídicas admiten criterios objetivos de responsabilidad y la presión social que ejerce su desacato se ejerce mediante el uso de coacción estatal sancionadora. Finalmente, el tercer campo en que se enfoca Hart es determinar la función del derecho natural en lo jurídico y el reconocimiento de un mínimo contenido, admitiendo entonces una función crítica de la Moral respecto al Derecho Positivo y su contenido, observando el vínculo entre el desarrollo del Derecho Positivo y la moral convencional e ideales de grupos sociales, críticos a la moral instituida; sin embargo, no por eso se puede condicionar a la validez del Derecho por las exigencias morales. Señaladas las separaciones admite que la relación de la moral es corroborar el buen sentido del Derecho pues muchas ideas de Derecho Natural se usan en la elaboración, aplicación e interpretación de normas jurídicas; mas, si los criterios morales son desconocidos la norma jurídica sigue siendo reconocida de esa manera, pues un sistema jurídico no tiene necesariamente ser concordante con la moral o la justicia o apoyarse en que existe una obligación moral de obedecerlo; por eso el iusfilósofo inglés considera estos postulados como “positivismo suave.” (Dabove, 2003, pág. 48-50)

Conclusión

Tras este análisis, hemos determinado que la Moral y el Derecho ocupan diferentes lugares tanto en la reflexión filosófica como en el plano ontológico. Hemos analizado los argumentos positivistas que denotan la incertidumbre presente en la Moral. Nos hemos referido a la posibilidad de una valoración bastante objetiva. Hemos contemplado las deficiencias de la concepción iusnaturalista y la convencionalidad moral en el positivismo jurídico. Finalmente logramos diferenciar las características de imperatividad, finalidad, tipos de norma, posibilidad de sanción y sujeto que emite la norma, en campo moral como jurídico y hemos recalado postulados de autores importantes como la neutralidad valorativa, la obligatoriedad e imposición del Derecho, la relatividad moral y otros, presentes en Kelsen y Austin y hemos analizado el positivismo suave de Hart que admite relaciones contingentes que no llegan a incidir directamente en la norma. Para llegar a poder expresar nuevamente que, a nuestra consideración, no existe una condición necesaria entre Derecho y Moral, considerando meritorio, mantener neutralidad valorativa y el entendimiento de la presencia de la relatividad

moral en el análisis formal del Derecho Positivo como proponen Kelsen y Austin; manteniendo relaciones contingentes, críticas, pero delimitadas entre el Derecho y la Moral como plantea Hart, pero siendo plenamente conscientes de lo superfluo que es para el Derecho mantener concordancia con lo moral y que no se obedece al Derecho precisamente por una obligación moral sino por otras razones, como por ejemplo la utilidad social del mismo; sin embargo, esa es una temática digna de ser tratada aparte.

Bibliografía.

Austin, J. (2002). *El Objeto de la Jurisprudencia*. Madrid, España: Centro de Estudios

Constitucionales.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Bobbio, N. (2012). *El Problema del Positivismo Jurídico*. México D.F., México: Fontamara. Castro Riera, C. (2017). *Temas de Filosofía del Derecho*. Quito, Ecuador: Corporación de

Estudios y Publicaciones.

Dabove, M. I. (2003). *El Concepto de Derecho en la Teoría de H.L.A. Hart Perspectiva Tridimensional*. [Archivo PDF] Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685> [Consultado el 9/9/2018]

Del Vecchio, G. (1980). *Filosofía del Derecho*. Barcelona, España: BOSCH. Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México D.F., México: UNAM.

Moreso, J. J. (2004). *El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (27), 45-62. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc959z8>

Portela, J. G. (2014). *La relación entre moral y derecho en el paleopositivismo y el positivismo jurídico*. Aportes para una crónica. *Ius Humani: Revista de Derecho*, 4, 115-156. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5000005>

Recaséns Siches, L. (2010). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Editorial Porrúa.

Vigo, R. L. (2009). *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: Algunos Riesgos y*

Algunas Previsiones. *Nueva Época*, 1(7), 255-288. doi:<https://doi.org/10.14409/ne.vli7.223>

SOBRE EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA

**Francisco Jaramillo*
franciscojbb155e@gmail.com

Fecha de Recepción: 10/09/18
Fecha de Aprobación: 03/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Concepción tradicional de servicio público y su crisis 7. La nueva concepción de servicio público según el derecho comunitario de la Unión Europea 8. Servicios económicos de interés general y servicios de interés general 9. Obligaciones de servicio como función del Estado garante y su evidencia en el servicio universal y posibles implicaciones futuras 10. Conclusión 11. Bibliografía

Resumen

Los servicios públicos, en un inicio, mantenían una concepción intrínsecamente estatal. Es por eso, que los postulados de grandes pensadores como Dugüit y la Escuela de Burdeos que atribuían únicamente al Estado la posibilidad de prestarlos o de disponer de ellos a su voluntad para alcanzar los fines sociales del mismo. Sin embargo, este concepto implicó varias irregularidades y no pudo mantenerse consistente debido a falencias presentes en su naturaleza conceptual y la contraposición ante una realidad globalizada, plagada de intereses económicos, políticos, geográficos, etc. Ante esto, muchos países han buscado una solución para poder prestar servicios públicos de una manera sustentable y, a la vez, alcanzar todos los fines sociales sin perjudicar a los ciudadanos ni dejarlos a merced del sector privado. Entre todos los Estados, ya sea de manera individual o colectiva las soluciones no parecían dar resultado, hasta que la Unión Europea logró consolidar una concepción revolucionaria bajo los conceptos de interés general y el desplazamiento del Estado hacia un papel distinto al que se había concebido en un inicio para él en lo que respecta a la temática. Este trabajo busca describir brevemente y de manera palmaria, las instituciones jurídicas que la Unión Europea ha implementado, debido a su nueva concepción de servicio público y las consecuencias respecto al papel del Estado, del sector privado y de conceptos como el interés general en una organización supranacional que se fundamenta en los principios de su Tratado Constitutivo, los cuales desintegran el carácter nacional de los servicios públicos por completo y de manera novedosa.

Palabras Clave

Servicios públicos, Unión Europea, Dugüit, Interés General, privatización.

Abstract

At the very beginning, the public services were only state conceived. A lot of great authors like Dugüit and the Bordeaux School attributed the State, the exclusive possibility of provide or dispose of them, in the way it prefers to reach the social aspirations it has. Nevertheless, this concept had many irregularities and couldn't keep consistence because of flaws on its conceptual nature and the contraposition with a globalized reality, filled with economic, politics, geographies interests, etc. Many States have searched for a solution to be able to provide public services sustainably and reach all the social purposes, without harming the citizens or leaving them at mercy of the private sector. Between all the States, on a collective or an individual way, the solutions they found seemed to not be the right ones, until de European Union achieved consolidate a revo-

lutionary conception under the concepts of general interest and the relegation of the State to a different role that the one that was conceived for it at the beginning of this topic. This paper, expects to describe in a short and correct way, the juridical institutions that the European Union has implemented, because of its new public services conception and the consequences it has for the State, the private sector and concepts just as general interest on a supranational organization fundament by the principles of its Constitutive Treaty, that completely destroy the national character of the public services.

Key Words

Public services, European Union, Dugüit, General Interest, Privatization

Introducción

El servicio público ha sido siempre uno de los puntos de estudio de mayor interés en el Derecho Administrativo, por lo tanto, la doctrina que ejercía la posición preponderante respecto a este tema, resulta tener una gran influencia en esta rama del Derecho, siendo ese el caso de la escuela de Burdeos, una línea de pensamiento que logró una influencia muy grande sobre la concepción y la prestación del servicio público, atreviéndose incluso a reemplazar la soberanía por el servicio público. Este concepto estático, que no consideró nunca cambios constitucionales, sociales y de otras índoles sufrió una gran crisis de la que aún no puede reponerse, ya que no da explicación a muchas problemáticas importantes de la prestación de servicios y el papel del Estado; mientras tanto, la sombra de la liberalización acechaba para arrebatarle la titularidad al Estado; y en muchos casos lo consiguió.

En estas circunstancias, hemos de hablar respecto a la consideración europea, una innovadora nueva propuesta con resultados y postulados interesantes. Permittiéndonos resolver interrogantes sobre la evolución o la muerte de la concepción de servicio público, los intereses a los que responden al ser regidos por las reglas de la competencia y su nuevo carácter económico y las implicaciones que derivan de dicho concepto al existir una idea de ciudadanía europea y un fomento a las libertades por parte del sector privado, el papel del Estado que cada vez resulta más difuso entre la intervención o la abstención y protección de intereses.

La Unión Europea tras celebrar su Tratado Constitutivo ha exteriorizado su finalidad de crear un gran único mercado donde las libertades afloren para sus ciudadanos bajo algunos presupuestos interesantes y otros caracterizados por una tenue ambigüedad. No obstante, las comisiones y tribunales han dado lugar a decisiones que requieren análisis y originado a los conceptos de servicios económicos de interés general, servicios de interés general y a la extraordinaria figura de servicio universal; todos estos asegurados por las obligaciones de servicios públicos, intervención estatal y un régimen de competencias variable, en función del interés general y las decisiones de las comisiones y tribunales.

Esta nueva concepción pretende solucionar todos los inconvenientes que presenta la noción tradicional en el mundo contemporáneo y de reconciliar al Estado y al mercado, es eso y la manera en la que pretende lo que hemos de analizar con el presente ensayo y análisis. Existen varios trabajos que buscan analizar el tema; sin embargo, a nuestro parecer se limitan meramente a describir un proceso histórico y no profundizan en la naturaleza de cada institución que explican; por eso el motivo de este trabajo se representa en la aspiración por nuestra parte de intentar brindar un epítome que resulte sencillo de comprender y que pueda pedagógicamente intuir el significado, las diferencias y las complejidades intrínsecas de dichos conceptos para intentar así, aumentar el interés académico en estas concepciones y poder instar a una crítica estructural tanto del sistema europeo como del ecuatoriano.

Concepción tradicional de servicio público y su crisis

Para poder entender la evolución hacia la concepción europea, primero, necesitamos entender la concepción tradicional que propuso León Duguit en la que llegó a concebirse al servicio público bajo una idea finalista de satisfacción de necesidades sociales de interés general, sustentadas en las prerrogativas estatales, en sentido estricto bajo una titularidad exclusiva pública por razones de orden social o económico, derivando en la exclusión de la iniciativa privada (Rebollo, 2008, p. 361). Sin embargo, las corrientes liberalizadoras y la ineficiencia del Estado para prestar los servicios, derivaron en las posibilidades de concesión y de privatización, desprendiendo en un principio la gestión y más tarde la titularidad pública por la privada. La pretensión de la Escuela de Burdeos de considerar a los servicios públicos como fundamento y límite de soberanía, suponer la mutabilidad de las instituciones y conceptos del Derecho Administrativo, bajo la consideración alterable del marco constitucional y lo que se comprenda en el momento dado como interés general fue lo que condujo al concepto clásico de servicio público a la crisis, siendo considerados conjuntamente con el Estado como un fin y no como un medio para el bienestar de los ciudadanos, impidiendo que se haga posible el libre desarrollo de aquellos el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, como la libertad de empresa, que se veían restringidos y contradichos por la posición de monopolio estatal; acarreó una crisis que desembocó en buscar un Estado que ante todo garantice derechos y libertades ciudadanas y ya no se configure como un mero prestador de servicios públicos, lo que ha requerido el andamiaje de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas (Rodríguez Arana, 2005, pp. 376–378).

Es necesario hacer hincapié en el proceso de liberalización que se entiende como la disolución de los monopolios estatales de prestación de servicios públicos a los que nos hemos referido con anterioridad, y permitir que exista apertura al mercado de estas actividades que el Estado retenía anteriormente de manera exclusiva. Existen variedad de ejemplos que describen a plenitud el proceso de liberalización económica que ha tomado lugar en Europa, especialmente en España donde la televisión y la telefonía tanto fija como móvil han dado lugar a una gran competencia de varias compañías operantes en dicho sector; sin embargo, quizás el caso más representativo en España, sea el del correo. Este era una actividad exclusivamente estatal hasta que se promulgó la Ley 24/1998 del 13 de julio, del servicio Postal Universal y de liberalización de servicios postales. Estos procesos de liberalización destacan claramente por no ocurrir debido a cuestiones propias a la ideología del gobierno que ostente el poder en ese momento; si no, del derecho comunitario europeo (Rebollo, 2008, p. 367).

La nueva concepción de servicio público según el derecho comunitario de la Unión Europea

La finalidad del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, fue crear un mercado único, abierto y sin fronteras. Pudiéndose distinguir dos etapas de evolución: desde la fundación de la Unión hasta 1997 y el segundo, desarrollándose actualmente. La prioridad del mercado salvo las excepciones muy raras de interés público, configuró la idea de la prestación bajo el régimen de competencia y el funcionamiento en el mercado interno, en la segunda fase se evidencian servicios de interés general; fundamentándose en la noción de ciudadanía europea. (Malaret, 1998, pp. 78–80)

Bajo estas nuevas concepciones se busca compaginar el mercado y el interés colectivo destruyendo la identificación de servicio público con la titularidad exclusiva estatal, dejando en claro que no existe una equivalencia entre servicio público y sector público, en otras palabras, se arranca la naturaleza pública y su ubicación en el andamiaje jurídico; en nuestra opinión, llama mucho la atención que la Comisión Europea, a posta busque diferenciar estas concepciones e inclusive explica que la ambigüedad con la que se ha asociado al concepto con el organismo público que lo prestaba o con la utilidad social del mismo; mas, no niega que una actividad de interés general implica

obligaciones de sector público que puedan imponer autoridades estatales; ya sea de jurisdicción nacional o regional. (Rebollo, 2008, pp. 370–371) Podemos ver nacer entonces las categorías de servicio económico de interés general, servicio de interés general, de servicio universal y además de obligaciones de servicio. Es importante resaltar que, en el Libro Verde, la Comisión de Comunidades Europeas asegura que servicio público es un término ambiguo y que no se debe confundir con los nuevos conceptos. (Mata Coto, 2012, p. 137)

Esto resulta muy interesante debido a que podemos entender un rompimiento con los elementos que provocaron la crisis del concepto clásico y el reconocimiento de sus limitaciones por parte de la Comisión de Comunidades Europeas en el propio Libro Verde, ya que recalca su ambigüedad y la necesidad de diferenciar los conceptos nuevos del clásico; es decir, no admite ninguna confusión y busca un cambio drástico.

Servicios económicos de interés general y servicios de interés general

Ante, la ambigüedad y la falta de definición expresa de estos términos, hemos de hacer el intento de traer a colación criterios que permitan su óptimo entendimiento.

Los servicios económicos de interés general (SEIG) se entienden como aquellos de naturaleza económica a los que los Estados imponen obligaciones en virtud del interés general y son prestados por las grandes industrias de redes, aunque existen otros como radiodifusión que no se sujetan al régimen comunitario si no al del mercado interior, es célebre el caso de las telecomunicaciones en España, al que ya nos hemos referido con anterioridad al tratar los procesos de liberalización (Fernández Farreres, 1998, p. 352).

Mientras los servicios de interés general (SIG) son prestaciones esenciales que no pueden faltar a los ciudadanos en condiciones de adecuada calidad y precio, fundamentalmente sociales y no se encuentran sometidos a ninguno de los regímenes anteriores debido a sus características esencialmente sociales y no industriales ni comerciales; considerados por las autoridades como de interés general y sometidos a obligaciones de sector público. (Laguna de Paz, 2016, p. 21)

No existe distinción entre estos dos de una manera absoluta, si no que depende de situaciones del mercado y del régimen jurídico; pero se puede argumentar que los SIEG ven su prestación orientada por el ánimo de lucro, mientras los SIG por el principio de solidaridad, siendo los primeros costeados por los usuarios y los segundos demandarán fondos públicos, aunque pueden ser sujetos a contraprestación económica. Así la jurisprudencia, de manera casuística ha ido diferenciando entre unos y otros. Siendo esta diferenciación de gran importancia para evidenciar el alcance de competencias de la Unión Europea, cuya competencia no asignada atañe a los Estados miembros, buscando preservar alta calidad, seguridad y accesibilidad. Siendo los SIEG competencia de la UE y está estableciendo normas para su funcionamiento comunitario o en el mercado interior y los SIG al ser competencia de un Estado miembro pueden exceptuarse de las libertades de establecimiento y prestación. (Laguna de Paz, 2016, pp. 22–27) Las reglas del mercado interno que sí rigen a los SIEG se pueden resumir en libertad de establecimiento, que reconoce el derecho a establecerse en otro Estado miembro; y libre prestación de servicios que prohíbe restricciones a los establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. (Laguna de Paz, 2016, pp. 27–28) Finalmente, los SIG se sujetan a la legislación de cada Estado miembro en determinar los requisitos que permiten conferir prestaciones; pero sí se someten a reglas generales del Tratado como la libre circulación, no discriminación y la normativa de contratación pública. (Laguna de Paz, 2016, p. 40)

Para encontrar una diferenciación clara y precisa entre los servicios económicos, y los que no lo son, tenemos que recordar que la jurisprudencia los ha diferenciado en base a

un análisis de cada caso, como mencionamos con anterioridad, por lo que no se puede dar una respuesta a priori, debido a que también puede depender de una realidad específica y, por ende, contradecirse entre un Estado miembro de la Comunidad Europea y otro. Para nosotros, el defecto del sistema europeo incurre en que, muchas veces, se depende demasiado de la jurisprudencia para determinar la calidad a la que pertenece un servicio o que puede quedar sujeto a decisión de un Estado miembro determinarlo, por lo que desde cierto punto de vista puede generarse una ligera incertidumbre e incluso inseguridad jurídica debido a la volátil forma de prestar servicios que se transforma en base a cambios económicos y sociales como transformación de demanda, avances tecnológicos, cambios administrativos públicos como la descentralización de competencias, entre otros. Y, que el Tribunal de Justicia considere que la diferenciación resude en la naturaleza de la actividad propiamente dicha, basándose en condiciones de funcionamiento del servicio y sujeción a ciertas normas que se apliquen a ciertas actividades y a otras no, como es el caso de la policía que es meramente administrativa y no económica o de entidades benéficas que tampoco habrían de considerarse de dicha forma por competir, pero no tener ánimo de lucro, no resulta demasiado confiable. Porque como Mata Coto deja en claro, dicho enfoque funcional implica un análisis propio y exhaustivo de cada actividad de manera total y completamente separada a otra. (Mata Coto, 2012, p. 138-139)

Obligaciones de servicio como función del Estado garante y su evidencia en el servicio universal y posibles implicaciones futuras

El Estado se preocupa por la continuidad de servicios cuyo sector económico no resulta atractivo para los privados, para asegurarse de ello, hace uso del concepto de obligaciones de servicio público que rigen a todo servicio que las autoridades nacionales consideren de interés general, suponiéndolas como el que hacer administrativo que garantiza la accesibilidad, igualdad y calidad, garantizando un mercado libre de posiciones dominantes con entre empresarios y usuarios atendidos erróneamente. (Rodríguez Arana, 2005, p. 391)

El servicio universal o pivota refiere a servicios que no están sujetos a las leyes de competencia, debiendo financiarse con los aportes del resto de operadores del sector. Esta idea concilia el mercado dinámico con la cohesión social y la solidaridad, disolviendo la frontera entre autorización y concesión en función del interés general. La administración no asume su titularidad, pero verifica la idoneidad del privado que lo va a prestar y define el interés general y los objetivos; por lo que se limita el acceso a la prestación debido a criterios técnicos para asegurar una próspera prestación del servicio; y es preciso destacar que no posee el funcionamiento de una autorización en la concepción tradicional, pues el Estado ahora se concentra en actividades de vigilar y regular la prestación del servicio en el desenvolvimiento de dicha actividad, apareciendo entonces autoridades de regulación. Estos criterios, de ser extrapolados a nuestro régimen constitucional ecuatoriano, implicarían varios puntos a discutir y a valorar respecto a la responsabilidad del Estado en la prestación y en la regulación de las actividades prestadas por privados o por empresas mixtas. (Rebollo, 2008, pp. 373-376)

De la búsqueda del equilibrio entre Estado y mercado, corresponde a los Estados miembros definir el interés general y las exigencias para la idoneidad en el servicio universal y en las obligaciones de servicio público, incluyendo la compensación a la empresa que lo presta. (Fernández Rodríguez, 1999, p. 69) Delimitándose con un contenido mínimo de que se preste a todos los ciudadanos y la apertura a la posibilidad de contenido mayor, como es el caso de las telecomunicaciones y el servicio postal que resultaron caso icónicos en España y en Europa, consagrando los principios de calidad, igualdad y accesibilidad. (Morell Ocaña, 1999, p. 410)

En cuanto al futuro, es evidente que la intervención estatal será importante y que la prestación por parte del Estado es posible si no incide en monopolios, existirán también servicios donde será imposible que las reglas del mercado lo rijan, y se ha de garantizar

el principio de la igualdad por vía de la generalización de los servicios universales. La idea de Dugüit de finalidad persiste, pero su paradigma ha de cambiar y el papel de los usuarios también será importante; pues en la actualidad nos encontramos en una sociedad con diferentes necesidades a las que requería la que experimentó el estudio de Dugüit, por ende, las soluciones, el desarrollo y de las actividades de prestación de servicios no puede ser la misma que en su época y debe de evolucionar constantemente para satisfacer los requerimientos sociales mencionados anteriormente por lo que hemos de encaminarnos constantemente al estudio y evolución de conceptos para que la administración pública pueda llegar a resolver las controversias y deficiencias presentadas en sus modelos, que como sabemos nunca podrán llegar a ser perfectos; no obstante, siempre pueden llegar a mejorar y ampliar las concepciones de su naturaleza y de su puesta en práctica. (Rebollo, 2008, p. 377)

Conclusiones.

En conclusión, la doctrina francesa del servicio público pregonada por la escuela de Burdeos, ha demostrado ser insuficiente debido a sus pretensiones universalistas y estáticas. El Derecho Administrativo, una de las ramas que más debe prestar atención a la evolución de la realidad para realizar los fines de satisfacción del interés general necesita evolucionar. El paradigma europeo busca hacer confluir dos situaciones aparentemente irreconciliables: la intervención estatal y la liberalización con la participación de la iniciativa privada que suele asociarse con la independencia del sector público. Al buscar un equilibrio entre Estado y mercado, lleva al Estado a retroceder y dejar de lado sus prestaciones monopólicas y ser un garante de la satisfacción del interés social. Esto lo hace a través de los servicios económicos de interés general que son regulados por las leyes de la competencia y del mercado, brindando competencia a la UE a través de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación. Por su parte, los servicios de interés general que resultan como una excepción a estos principios y se debe regir aun así a normativa general.

Mientras, las obligaciones de servicio público demuestran la importancia que para el Estado tiene la continuidad de los mismos en términos de calidad, igualdad y accesibilidad; por lo que el Tribunal Europeo se apoya en ellas para delimitar el interés general y permitir a los privados la prestación, no sin antes verificar su idoneidad. Los servicios universales resultan quizás los más interesantes de esta nueva amalgama de concepciones jurídicas, pues no están financiados por los usuarios, ni por fondos públicos como los otros; si no que se encuentran en una posición de privilegio y reciben ayuda pública a cambio de la obligatoriedad de su prestación, como excepción al principio de la competencia imperante. También debemos hablar de la generalización de los mismos a futuro y la búsqueda de mantener la finalidad de los servicios públicos que concibió Dugüit: satisfacer el interés general. Por ello, los países latinoamericanos, criticados por la obesidad e ineficiencia de sus Estados como monopolizadores de la prestación o, por el contrario, la exagerada privatización; necesitamos inspirarnos en la resolución europea de confluir mercado y Estado; pues no podemos tolerar que los operadores económicos subordinen a los usuarios y tampoco que los usuarios reciban servicios ineficientes.

En Ecuador, que bajo su régimen constitucional propone un Estado todopoderoso que ha de poder prestar todos los servicios necesarios a través de empresas públicas, en casos especiales mixtas que tengan mayor participación estatal y por excepción, a pesar de que prohíbe la privatización, las concesiones que aparentemente son un medio de privatización maquillado al darse por muchísimos años. Es importante, porque Ecuador ya prevé al Estado como garante de prestación en igualdad, calidad y accesibilidad, además de otros principios a través de superintendencias, Contraloría, sectores estratégicos y otras instituciones que denotan la influencia española en la Constitución del 2008. La diversificación de operadores y el papel firme de control del Estado garantizando que se presten servicios bajo principios determinados presenta un aire nuevo al

concepto de servicio público y su entendimiento, merecedora de un análisis legislativo e inclusive se podría considerar la posibilidad de una revisión a ciertas disposiciones constitucionales para lograr satisfacer los fines del Estado con respecto a la prestación de servicios.

Bibliografía

Fernández Farreres, G. (1998, May). Servicio Público Y Mercado. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm 53, 347–358. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/24883208>

Fernández Rodríguez, T. (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, (150), 57–73. Retrieved from <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=148&IDA=24260>

Laguna de Paz, J. C. (2016). Los servicios de interés general en la Unión Europea.

Derecho PUCP, (76), 19–50. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.001>

Malaret, E. (1998, January). Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto. *Revista de Administración Pública* Núm. 145, 49–88. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17392.pdf>

Mata Coto, C. A. (2012). La prestación de los servicios en régimen de competencia. (R. de C. Jurídicas, Ed.). Costa Rica: *Revista de Ciencias Jurídicas*. Retrieved from <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/12596/11842%0A%0A>

Morell Ocaña, L. (1999). La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años. *Revista de Administración Pública*, 150, 379–412.

Rebollo, L. M. (2008). Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. In *Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas* (Ed.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (pp. 355–381). España. Retrieved from <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/17.pdf>

Rodríguez Arana, J. (2005). Servicio Público Y Derecho Comunitario Europeo. *Revista catalana de dret públi*, num.31. Barcelona, España. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.18272/iu.v5i8.616>

LA VERDADERA SOLUCIÓN AL CONFLICTO JURÍDICO CON RESPETO AL ESPACIO ULTRATERRESTRE

**Andrés Aucay Bejarano*
andresaucay123@gmail.com

Fecha de Recepción: 06/09/18

Fecha de Aprobación: 07/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Desarrollo y posible discusión 7. Conclusión 8. Bibliografía

Resumen

En las últimas décadas, el derecho gracias al inmenso desarrollo tecnológico, ha tomado formas nunca antes pensadas por doctrinarios y especializados en dicha ciencia, es debido a esto que el presente texto buscará profundizar en un conflicto particularmente nuevo para el área del derecho internacional público. Encontrar la solución al conflicto jurídico en el espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, territorio el cual fue establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1963. Esto con miras a resolver y prevenir una posible carrera armamentística en el mismo y posibles disputas entre naciones que cuenten con recursos suficientes para empezar dicho conflicto armado y sobre todo en lo que se refiere a armas de destrucción masiva, ya que los problemas que se lleven en dicho territorio no solamente tendrán repercusiones en este, sino en toda la mancomunidad que se verá afectada enormemente tanto en su territorio físico como en sus relaciones internacionales. Para lograr este objetivo establecido, se utilizarán distintos documentos los cuales en el tiempo han sido olvidados y no se los han nombrado debidamente, además a través de comparaciones entre textos normativos de las Naciones Unidas, escritos doctrinarios que han buscado desarrollar este tema y la realidad material de la situación en la actualidad, el presente establecerá una discusión de si verdaderamente es necesario crear un nuevo marco jurídico que regule este territorio o los diferentes tratados y leyes internacionales existentes son suficientes para proteger los intereses y seguridad de la comunidad internacional.

Palabras clave

Espacio ultraterrestre, derecho internacional público, armas de destrucción masiva.

The juridic conflict about outer space, including the Moon and other celestial bodies.

Abstract

During the last decades, thanks to the biggest advance in technology, the law has taken new forms that have never been thought by doctrinaires and specialists in this topic, in order to this the present text will focus on get deeper around a particular conflict in the public international law. Find the solution about the juridical conflict in the outer space, including the moon and other celestial bodies, territory that was established by the General Assembly of the United Nations of 1963. This with sights to resolve and prevent a possible arms race in the same territory and possible conflicts between nations that have enough resources to start a weapon race in the space and especially

**Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay*

in massive destruction weapons, because if this conflict became real the consequences will not be just in the outer space, they will reflect on earth. To accomplish this objective, they will be used different texts and documents of doctrinaires and laws of public international law, also some of the most important normative documents of the United Nations that attend this topic. All of this to accomplish a real answer about if it is truly necessary to create a new judicial framework or if the currently existing documents are enough to protect the security and interests of the international community.

Keywords

Outer space, public international law, weapon of mass destruction

Introducción

Durante el pasado medio siglo el avance tecnológico ha llevado a varios países a buscar nuevos lugares para expandir sus investigaciones en distintos ámbitos como lo son la tecnología, el medio ambiente, satélites espaciales, fenómenos naturales, entre otros. Incluyendo en estos la carrera armamentística, que, aunque es considerada necesaria por algunos, es de conocimiento general las terribles consecuencias que conlleva. Este avance se puede ver reflejado en el espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, términos que fueron establecidos por la Asamblea General durante los años sesenta para referirse a todo espacio extraño a nuestro planeta tierra, sin embargo German Vera nos dice que: “El Derecho del Espacio no tiene una terminología unívoca. En efecto, los autores discrepan sobre cuál debe ser el contenido de la nueva rama jurídica.” (Vera, s.f.). En este espacio extraño al conocido comúnmente por el ser humano, el progreso por parte de contadas naciones ha sido inmenso; por un lado, tenemos que muchos de los objetos puestos en el espacio ultraterrestre tienen como fin el desarrollo de la sociedad y la humanidad en general, como por ejemplo, los satélites que transmiten la señal de televisión, satélites que investigan, nos informan sobre el clima y futuros cambios en el mismo, también podemos señalar grandes avances para la especie humana como fue el primer hombre en la luna en 1969. Sin embargo, en los pasados años el espacio ultraterrestre ha tenido un fin diferente al que en principio fue solo pacífico y la búsqueda de desarrollo para la especie humana. Por otro lado, Manuel Augusto Ferrer se refiere al espacio ultraterrestre como: “El derecho espacial es la rama de la ciencia jurídica, ciencia del deber ser, que estudia y desarrolla los principios y normas públicas o privadas, nacionales o internacionales, en lo relativo a navegación por el espacio superior y las relaciones siguientes, así como el régimen jurídico de dicho espacio superior y de los cuerpos celestes” (Ferrer, s.f)

Recientemente, se ha logrado observar cómo potencias mundiales como Estados Unidos, Rusia y China, miembros de los denominados G5 en la ONU, le han dado al espacio ultraterrestre un fin bélico, que se ha caracterizado por el despliegue de armamento de destrucción masiva en dicho territorio, de estos sucesos desprende la preocupación de la Comunidad Internacional en crear un nuevo marco jurídico que regule debidamente la utilización y exploración de este espacio por así llamarlo específico, ya que en el hipotético caso de que exista un conflicto en este territorio, no se conoce de norma u órgano jurisdiccional que pueda juzgar estos actos.

Desarrollo y posible discusión

Con fines de continuar con el presente, se debe tener en cuenta que el objetivo de este artículo no es definir de dónde y hasta dónde llegan los límites del territorio en cuestión; esto se entenderá por lo establecido en la doctrina aceptada por tratadistas del derecho internacional, la cual nos dice que todo espacio que sobrepase un límite de 90km a 100 km desde el planeta tierra se considerará como exterior a nuestra

atmósfera, por lo tanto; todo espacio que se encuentra afuera de los 100 km de la superficie terrestre son considerados por la doctrina y por el derecho internacional público como: Res Communes. Lo que para el Derecho Romano significaba: cosa común; término que proviene de la antigua legislación romana en donde las cosas comunes o Res Communes eran las cosas que estaban fuera del Ius Commercium; y por lo tanto, no podían ser vendidas, estas cosas se consideraban como propiedad del estado o como propiedad del pueblo; por lo que se establecería que el espacio en tratamiento forma parte de las denominadas Res Communes, en consecuencia, el dueño es el pueblo. En este caso entendiéndose a pueblo como toda la comunidad internacional. De la misma forma, se debe añadir que este territorio se debe regir por ciertos principios positivizados y ciertos valores intrínsecos al Derecho Internacional Público. Como nos dice German Vera Esquivel: “Los principios generales del Derecho no pueden estar excluidos de ningún ordenamiento jurisdiccional, ya que estos principios son grandes lineamientos ordenadores de todo sistema jurídico y además son normas de carácter superior comúnmente reconocidas.” (Vera, s.f). Para empezar, el principio de igualdad y no discriminación, este principio tanto derecho internacional público como de la mayoría de legislaciones nacionales, nos establece que todas las naciones son iguales frente a la comunidad internacional, por lo que, el uso, la exploración e investigación de este territorio debe regirse a este principio, además se debe tener en cuenta que no todas las naciones cuentan con los recursos económicos y tecnológicos para realizar dichas actividades en este territorio; en efecto las naciones que si ejecuten estas actividades, deberán hacerlo con miras al bienestar y desarrollo de toda la comunidad internacional. Igualmente el principio de coexistencia pacífica que se relaciona en gran medida con lo anteriormente expuesto, establece que el mutuo vivir y quehacer de las naciones debe tener un fin pacífico, del mismo modo esto debe ocurrir en el espacio ultraterrestre y los demás presupuestos territoriales expuestos, en donde las actividades de las naciones debe ser pacífica y con miras al bienestar de los países. Por último, y quizás el más importante, se tiene que hablar del principio de responsabilidad de los estados dentro de la comunidad internacional, donde se tiene que detallar que por cualquier daño causado por acto u omisión de los estados, estos serán responsables frente a la comunidad internacional, lo mismo regirá en los territorios extraños a la tierra.

Teniendo en cuenta los principios previamente explicados, tenemos que saber que jerarquía tienen estos principios con relación a las normas internas de un estado, es decir, que lugar ocupan los principios del derecho internacional público frente a la norma interna de un país, para responder esto nos remitiremos al doctrinario Kelsen y a su conocida pirámide en donde sitúa a la constitución en la cúspide, y de ella desprenden las demás leyes del ordenamiento jurídico de un país. Entonces como saber que lugar ocupar los tratados y leyes internacionales, pues, esto es relativo, como por ejemplo si tenemos en cuenta la legislación Ecuatoriana sabemos que los tratados y normas internacionales tienen la misma jerarquía que la constitución y es la misma quien los reconoce, pero en la otra mano tenemos países con distintas jerarquías como todos los países que se rigen por el Corán y aceptan este libro sagrado como la principal fuente de derecho. Debido a esto dentro de la comunidad internacional vamos a encontrar países que tomen las normas internacionales como un mandato superior análogo a la constitución, mientras otros que los usen como referencia para ciertas actividades.

Para adentrarnos un poco más al marco jurídico existente primero tenemos que hacer hincapié en la resolución 1962 por parte de la Asamblea General, la cual positiviza los principios jurídicos que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, este establece al igual que lo previamente expuesto, en su artículo primero; que tanto las exploraciones como la utilización del espacio extraño a la tierra tiene que hacerse en provecho e interés de la humanidad, además sus siguientes dos artículos recalcan que este territorio es libre de ser explorado y utilizado por todos los países en condiciones de igualdad y siempre respetando normas del derecho internacional, sin olvidar que este espacio no podrá ser objeto de apropiación nacional, es decir que ningún estado es soberano del espacio ultraterrestre. (Naciones Unidas, 1963, p.15). Dentro de esta resolución podemos observar claramente como los principios que rigen el espacio ultraterrestre no son más que principios que se usan

dentro del derecho internacional público terrestre, llevados a una escala espacial en donde los presupuestos territoriales se expanden hacia donde se expande el universo. Sumando palabras de Juan Carlos Velázquez en referencia al tópico:

“Consideramos que el jurista deberá acudir al derecho natural que por tener sus raíces en la ley universal del cosmos, que rige el orden armonioso de la creación, proporcionará siempre la inspiración de las normas que deban de regularlas con mayor eficacia y justicia.” (Velázquez, 2012)

En cuanto a una posible carrera armamentística en el territorio ya expuesto y la considerable preocupación por la comunidad internacional con respecto al mismo, se tiene que considerar ciertos parámetros que la Asamblea General de las Naciones Unidas nos establecen en lo que tiene que ver con esta materia. Así mismo se tiene que tener en cuenta la doctrina que existe con respecto al tema y como está se ha utilizado en los últimos años para inspirar a la norma internacional. Según lo establecido en la Resolución 2222 por parte de la Asamblea General:

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Art II.- El espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes no podrán ser objeto de apropiación nacional de ningún estado. Art III.- Los estados que realicen actividades en el espacio ultraterrestre tendrán que hacerlas en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad Internacional. Art IV.- No colocar en el espacio ultraterrestre ningún objeto portador de armas nucleares o cualquier otro tipo de armas de destrucción masiva (Naciones Unidas, 1966, p,14).

Con respecto a la resolución 2222 nos tenemos que enfocar en principales aspectos: primero que en todo lo que corresponde al espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes; no puede ser propiedad de ningún estado, es decir, no se puede ejercer soberanía, entendiendo soberanía como la capacidad de un estado para ejercer sus leyes y su poder político en un espacio determinado. Así se puede deducir que el territorio, si es que se puede llamar así; no pertenece a ninguna nación en particular por lo que el uso, exploración e investigación del mismo no podría traer beneficios a naciones especiales en tanto y cuanto el espacio en cuestión es de todos, el beneficio debe ser para todos. Segundo, haciendo alusión al anterior punto, los estados que realicen actividades de uso, exploración e investigación en el espacio ultraterrestre, están comprometidos a desempeñar estas actividades con fines que busquen el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, por lo tanto, al igual que el papel que desempeñan las naciones en el planeta tierra, en el espacio ultraterrestre se buscará la debida correlación de las naciones para que exista entre ellas la paz y se mantenga la seguridad, esto establecido como valores principales en la Carta de las Naciones Unidas. Tercero, los estados en acuerdo con el Art IV de la resolución 2222 de las Naciones Unidas. Se comprometen a: “No colocar en el espacio ultraterrestre ningún objeto portador de armas nucleares o cualquier otro tipo de armas de destrucción masiva” (Naciones Unidas, 1966, p.14). En este artículo se tiene que hacer una pausa ya que es uno de los problemas que el mundo contemporáneo está afrontando con mayor fuerza, la carrera armamentística como es de conocimiento ha llevado al ser humano a crear armas de destrucción masiva que cada vez se asemejan más a una película de ciencia ficción, de esta forma, esta película llegó a tener lugar en el espacio en donde la carrera en el ámbito armamentístico por parte de ciertas naciones es un hecho que tiene relevado interés en los órganos internacionales que buscan la paz y seguridad, de los cuales hay que destacar al Consejo de Seguridad de la ONU y su Asamblea General.

En cuanto a materia terrestre, podemos mencionar distintos textos legales que buscan la eliminación de todo clase de armas de destrucción masiva, como lo es el Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, tratado de prohibición completa de ensayos nucleares, convención sobre las armas químicas, convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxinitas y sobre su destrucción, protocolo de ginebra de 1925. Entre varios otros apro-

bados por las Naciones Unidas que a pesar de su positivización, en muchos casos no se han materializado. Sin embargo en materia de derecho ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, el conflicto cambia bastante ya que no existe regulación expresa con respecto a este espacio, además que los distintos textos nombrados previamente no establecen en ningún momento alguna relación legal con el espacio mencionado anteriormente, por lo que se podría entender que en estricto sentido estos textos no tendrían validez en este espacio y es aquí en donde nace el problema legal sobre si es necesario crear un nuevo margen jurídico que lo regule o se podrían aplicar los textos legales previstos para el planeta tierra pero llevados al espacio exterior, esto basándose en una interpretación literal de la resolución 34/68 (1979) que en su artículo II nos establece:

Todas las actividades que se desarrollen en la luna, incluso su exploración y utilización, se realizarán de conformidad con el derecho internacional, en especial la Carta de las Naciones Unidas y teniendo en cuenta la Declaración sobre los principios de amistad y a la cooperación entre Estados... (Naciones Unidas, 1979, p. 89).

Recopilando todo lo establecido anteriormente y haciendo uso de lo descrito en la resolución 34/68, a continuación se presentarán distintos argumentos en la discusión de a favor y en contra de la creación de un nuevo marco legal que regule el uso, exploración, investigación y sobre todo el problema de la carrera armamentística en el espacio en tratamiento. Sin embargo uno de los mayores problemas es la casi nula ratificación de esta resolución por parte de la comunidad internacional, como nos dice Victoria Garzón en su tesis de grado:

“Específicamente, dicho Tratado ha sido ratificado por tan sólo 16 Estados: Australia, Austria, Bélgica, Chile, Kazajistán, Kuwait, Líbano, México, Marruecos, Holanda, Pakistán, Perú, Filipinas, Rumania, Arabia Saudita, Turquía y Uruguay. Como se puede observar, las principales potencias que desarrollan actividades en el Espacio como los son Estados Unidos, China o Rusia no lo han ratificado, poniendo en duda su verdadera utilidad, eficacia, fuerza vinculante y aceptación en la comunidad internacional.” (Garzón, 2016)

Para empezar uno de los principales argumentos usados por las naciones que se encuentran a favor de la creación de un nuevo marco jurídico son que los conflictos dados en el territorio exterior al planeta tierra serán técnicamente ajenos a la legislación terrestre, esto como conclusión de la premisa que al estar por fuera de los 100km de la superficie sería extraño a una legislación ordinaria; por lo que los principios y las leyes del derecho internacional público usado en el planeta tierra quedarían obsoletos frente a conflictos en el espacio. Asimismo, establecen que en caso de que se realicen ataques desde el espacio ultraterrestre a la tierra o viceversa de la tierra al espacio, no existe cuerpo jurídico que sancione estas acciones o que siquiera hable acerca de este tópico, por lo que existe un vacío jurídico en el Derecho Internacional Público, también se establece que si llegan a darse ataques bilaterales o multilaterales de objetos que se encuentren en este espacio, el daño que causarían tampoco se encuentra regulado, además de la basura espacial que se crearía por la introducción de objetos ajenos al propio medio espacial, la cual podría tener repercusiones en el planeta tierra. Igualmente que en caso de que se den conflictos bélicos y tengan consecuencias o causen daños tanto en la tierra como en el espacio, no existiría un órgano especializado para tratar este conflicto, es decir, que además de crear una nueva legislación para el espacio en conflicto, sería necesario crear un nuevo órgano internacional que juzgue los actos realizados por los estados en este territorio.

Contrarrestando lo anterior y estableciendo puntos de choque, se tiene que enmarcar que los conflictos dados en el espacio ultraterrestre no serían diferentes a las disputas realizadas en el planeta tierra, esto debido a que las naciones al igual que en planeta tierra a través de estas disputas tendrían objetivos particulares y para llegar a estos usarían

las mismas armas que se encuentran que poseen terrestrenamente solo que en un territorio diferente, de esta manera, los estados firmantes y adherentes a todos los tratados y convenios expuestos con anticipación y que hablen sobre la prohibición de uso de armas de destrucción masiva estarían violentando estos compromisos con la comunidad internacional por lo que tendrían responsabilidad de cajón por la perpetuación de estos actos, como ya se ha visto en casos del planeta tierra en donde órganos internacionales han establecido sanciones a los países que no respetan estos compromisos. De la misma manera, los contrarios a esta opinión dirían que no sería igual debido a que este territorio es de nadie, mientras que los estados en la tierra ejercen plena soberanía sobre sus territorios, en el espacio ultraterrestre no es así; en consideración de que a pesar de que el espacio en cuestión es territorio de nadie, los objetos que se encuentren en este espacio, si tienen dueño, en otras palabras, los estados no ejercen soberanía en el espacio pero, ejercen soberanía sobre los objetos que están en él y por lo tanto responsabilidad sobre ellos. Por consiguiente, en caso de que se den ataques bilaterales o multilaterales por objetos que se encuentren en este espacio no sería necesario una legislación nueva, esto por el simple hecho de que no se estaría juzgando lo que pasa en este territorio sino que se juzgarán las acciones que realizan los estados en el mismo, esto significa que la idea de crear una nueva legislación justificándose en la idea de que el espacio ultraterrestre es diferente a la tierra quedaría sin fundamentos básicos, en tanto a que los ataques realizados en el espacio serían igual a que los realizados en la tierra.

Conclusión

Para concluir y no dejar ideas sueltas, usáramos ciertos ejemplos que nos ayudarán a entender un poco más el tema en conflicto. En la tierra en una situación hipotética de que un estado ataque a otro, el derecho internacional público ya regula estas acciones, esto gracias a un simple silogismo: si nación X, ataca a nación Y, se sabe que X cometió un delito y por lo tanto tendrá consecuencias por el mismo, en el espacio ultraterrestre y los otros presupuestos de territorio expuestos pasará exactamente lo mismo, dicho de otro modo, si un Satélite de X nación, ataca a un Satélite de Y nación, la nación X tendrá consecuencias por el ataque en la comunidad internacional, y llevándolo a un plano mucho más grande y problemático, si una nación X ataca con armas de destrucción masiva situadas en el espacio al territorio dentro del planeta de una nación Y, no se tendría que juzgar de dónde se dio el ataque sino en ataque en sí, las consecuencias del ataque perpetuado.

Agregando, con respecto a la idea de la creación de un nuevo órgano que juzgue los actos consumados en este territorio lejano a nuestros pies, crear un nuevo órgano con rasgos de una corte que tenga competencia y jurisdicción internacionalmente. Estas cortes o tribunales, se encargarían de juzgar actos cometidos tanto por los estados como por personas particulares, por lo tanto, la creación de una nueva corte que juzgue los actos cometidos en el territorio en cuestión sería completamente innecesario, además que la creación de este nuevo órgano en caso de que se quiera juzgar y hacer cumplir lo juzgado en el territorio espacial tendría que tener lugar dentro del mismo, es decir, el órgano tendría que establecerse en el espacio, puesto que solo de este modo tendría plena jurisdicción y competencia. Por ende, los actos perpetrados por las naciones en el espacio, serían juzgadas en la tierra porque es aquí en la tierra en donde las naciones se harían responsables de los daños causados tanto a propiedad estatal de otras naciones, como a su población y todo delito que se desprenda de el.

Finalmente, en la opinión personal del autor, se tiene que establecer que la creación de una legislación específica para el espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes es completamente innecesaria, ya que los principios establecidos a regir en este territorio nos remiten al derecho internacional público y este derecho ya contiene la norma necesaria para resolver posibles futuros conflictos en el espacio. De igual manera, se tiene que recalcar que los conflictos dados en este espacio no serán juzgados

por el lugar en donde se dan, sino por los actos en sí, es decir, los estados no tendrán responsabilidad por el hecho de perpetuar actos en el espacio ultraterrestre, si no por el acto ejecutado que viola el derecho internacional público.

Bibliografía

Ahlf, L. O. (2004). *Derecho Internacional Público*. (M. d. Elorduy, Ed.) México : Oxford.

Elizarrarás, J. C. (4 de Septiembre de 2012). El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad? . *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII , 583-638.

Esquivel, V. G. (s.f.). *El derecho espacial y la costumbre internacional*. Facultad de Derecho de la PUC.

Muñoz, J. M. (2005). *El Derecho en el espacio ultraterrestre*. Madrid, España: Real Instituto Elcano.

Naciones Unidas. (1963). *Resolución 1962: Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* .

Naciones Unidas. (1966). *Resolución 2222: Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes*. Naciones Unidas, Asamblea General. New York: Naciones Unidas.

Naciones Unidas. (1979). *Resolución 34/68: Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes*. Naciones Unidas, Asamblea General . New York: Naciones Unidas.

Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas: Carta de las Naciones Unidas*. Naciones Unidas. San Francisco: Naciones Unidas.

Sorensen, M. (2008). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.

UNOOSA. (2002). *Espacio Ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes*. Naciones Unidas, UNOOSA. New York: Naciones Unidas.

Garzón, V. (2016). *Hoy empieza el viaje a Marte: Régimen jurídico de la explotación y extracción de recursos naturales en el Espacio, la Luna y otros cuerpos celestes*. Universidad de los Andes. Bogota- Colombia.

Velázquez, J. C. (2012). *El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FERRER, M. A (s.f.), citado por Carranza Reyes, Alexander, en: “Aspectos Científicos y Jurídicos de la Teleobservación Terrestre de Recursos Naturales desde el

Espacio Ultraterrestre”, p. 19.

LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA FIGURA DEL DECOMISO EN ECUADOR Y ESPAÑA

**María Teresa Vélez Zhindón*
maitev64@hotmail.com maitev64@usal.es

Fecha de Recepción: 03/09/18
Fecha de Aprobación: 10/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Tratamiento jurídico de la figura del decomiso en Ecuador y España 7. Decomiso sin sentencia 8. Decomiso ampliado 9. Decomiso de terceros 10. Conclusión 11. Bibliografía

Resumen

Con la finalidad de impedir que los delincuentes de cuello blanco puedan disfrutar de los beneficios económicos que ha generado su comportamiento, ciertos ordenamientos jurídicos comienzan a darle importancia al decomiso, figura jurídica doctrinariamente abandonada hasta el surgimiento de la nueva política criminal de recuperación de activos. La expansión del derecho penal, y con ello la tipificación de nuevos tipos penales, así como nuevas modalidades de consecuencias accesorias, de cierta manera responden al cumplimiento de políticas de organismos internacionales. En la Unión Europea mediante la Directiva 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito, se pretende lograr una armonización en materia de recuperación de bienes, que a dado lugar a la incorporación del decomiso sin sentencia, el decomiso ampliado y el decomiso de bienes de terceros, convirtiéndose el decomiso en el objetivo principal de la intervención penal, situación que ha llevado a otros países como Ecuador a considerar la implementación del decomiso sin sentencia y decomiso de terceros, situación que se encuentra en debate dentro del Proyecto de Ley de lucha contra la corrupción, pues debemos tener en cuenta que actualmente el Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, considera al decomiso como una pena restrictiva de la propiedad, estando ante la imposibilidad de recuperar bienes hasta que exista una sentencia condenatoria, que en ciertos casos garantiza los principios constitucionales, pero en otros casos no es más que una barrera para frenar con la corrupción.

Palabras Clave

Decomiso, recuperación de activos, extinción de dominio, corrupción, expansión.

Abstract

In order to prevent white collar criminals from enjoying the economic benefits that their behavior has generated, certain legal systems begin to give importance to confiscation, a doctrinal figure abandoned until the emergence of the new criminal asset recovery policy. The expansion of the criminal law, and with it the typification of new criminal types, as well as new modalities of accessory consequences, in a certain way respond to the compliance of policies of international organizations. In the

**Estudiante de maestría en la Universidad de Salamanca*

European Union through Directive 2014/42 / EU, on the seizure and forfeiture of the instruments and proceeds of crime, it is intended to achieve harmonization in terms of recovery of property, which has led to the incorporation of confiscation without sentence, expanded confiscation and confiscation of third-party property. Thus, making confiscation the main objective of criminal intervention, a situation that has led other countries such as Ecuador to consider the implementation of confiscation without judgment and confiscation of third parties which is in debate within the Anti-Corruption Law Project. Currently, Art. 69.2 of the Ecuadorian Comprehensive Criminal Code, considers confiscation as a restrictive property penalty, being unable to recover property until there is a condemnatory sentence, which in certain cases guarantees the constitutional principles, but in other cases it is not more than a barrier to curb corruption.

Keywords

Confiscation, asset recovery, domain extinction, corruption, expansion.

Introducción

La delincuencia de tipo económico propio de los poderosos ha dado lugar a que los organismos internacionales actúen con una nueva política criminal de recuperación de activos, y con ello, el cumplimiento de dichas políticas se ve reflejada claramente en la incorporación de cambios en las legislaciones internas. Dicha recuperación de activos constituye el tema estrella dentro de la política criminal moderna, pues se trata de una de las estrategias anticorrupción con la finalidad de dar solución al problema del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

La necesidad una política criminal de recuperación de activos es incuestionable, pues con los diferentes casos que han salpicado a toda Latinoamérica, relacionado con los casos de Odebrech, los cuales no se ha salvado Ecuador, los panama papers que dieron lugar a evidenciar la red de corrupción dentro de la Empresa Pública de Hidrocarburos de Ecuador; por otro lado, presuntos delitos de lavado de activos en contra de jueces de la Corte Constitucional, presuntos delitos de tráfico de influencias en la designación de cargos de notarios, fiscales, y jueces por parte del Consejo de la Judicatura, sin alargarnos más, luego de un sin número de actos de corrupción la Asamblea Nacional, siente la necesidad de darle a la investigación patrimonial el interés que merece. Actualmente, en la Asamblea Nacional se encuentra debatiendo la Ley Orgánica de lucha contra la corrupción el cual el momento de escribir estas líneas ha sido aprobado en segundo debate, estableciendo la posibilidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal y así regular el decomiso sin sentencia y el decomiso de terceros. Por otro lado, se encuentra en debate la Ley de Extinción de Dominio, proyecto presentado por Fiscalía General del Estado, como una nueva forma de recuperación activos, figura jurídica que ha sido implementada en Latinoamérica siguiendo las recomendaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, dentro del programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe, sin embargo en el informe para segundo debate de Ley Orgánica de lucha contra la corrupción se señala la inviabilidad de la incorporación de la figura de la extinción de dominio por atentar contra los derechos constitucionales, señalando que la legislación vigente permite la recuperación de bienes producto del ilícito, lo cual sorprende estas líneas, pues Ecuador ha tenido una política criminal prácticamente nula en la recuperación de bienes.

Pues bien, unos abogan por la reforma de tipo penal de decomiso establecido en el Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal, y así seguir la tendencia europea; por otro lado, se analiza la posibilidad de la implementación de la figura de extinción de dominio, siguiendo la tendencia latinoamericana. El objetivo de la presente investigación, es analizar como se encuentra regulado en España, y hacer un análisis con la pretendida reforma a la figura del decomiso en Ecuador.

Tratamiento jurídico de la figura del decomiso en Ecuador y España

El objetivo principal del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de la libertad, y estaba dirigido en esencia a la sanción del delito, y no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos. Como hemos mencionado, uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada, y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades, (Berdugo, 2016: 634) pues mediante el comiso se corta el ciclo económico del lucro ilícito, privando de lo que especialmente constituye el fin de las organizaciones criminales: obtener ganancias ilícitas. (Zúñiga, 2010: 361)

Blanco Cordero I, señala, que la estrategia de recuperación de activos se basa en el recurso a mecanismos de naturaleza penal, asentándose en tres pilares fundamentales: a) El blanqueo de capitales como delito que permita castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. b) El comiso de bienes de origen delictivo, en sus diferentes modalidades. c) Delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción: se trata de la estrategia Al Capone. No declarar ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone a su vez el segundo delito de defraudación. A pesar de que cita tres pilares, añade un cuarto pilar que es reconocido más a nivel Latinoamericano, el delito de enriquecimiento ilícito, estrategia dirigida a asfixiar económicamente a los corruptos. (Blanco, 2013: 3) Podemos añadir que otro de los mecanismos no penales, pero sin duda debemos hacer referencia a la figura de extinción de dominio de nula aceptación en el continente europeo.

En Ecuador, sin duda más que enfocarnos en la recuperación de activos propiamente dicha, es decir por medio de las figuras de decomiso, y la extinción de dominio, hay una clara tendencia expansionista a la creación de tipos penales, cuyo fin último es la recuperación de activos, es decir una vez que lleguemos a una sentencia condenatoria, por citar ejemplos la incorporación del tipo penal de enriquecimiento privado no justificado establecido en el Art. 297 del Código Orgánico Integral Penal, y el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 del mismo cuerpo legal, vigentes desde la publicación del Código Orgánico Integral Penal, de fecha 10 de agosto de 2014, siendo esto más bien esencia pura de un derecho penal simbólico.

A diferencia de una política criminal europea que ha optado por la modificación y desnaturalización de la figura del decomiso (Berdugo, 2017: 25), mediante la incorporación de sus diferentes modalidades, pues una de las novedades que trae consigo la Directiva 42/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo³, es la incorporación del decomiso ampliado, decomiso sin sentencia, y el decomiso de terceros, que de igual manera son criticados pues se señala que los preceptos que regulan el nuevo régimen legal sustantivo del decomiso puede calificarse siendo optimistas de irregular y siendo realistas de absolutamente demencial. (Hava, 2015: 213) Con ello no podemos negar la buena intención de la política criminal forjada alrededor del comiso en los últimos años, sin embargo, no pueden negarse las dificultades de tales bondades y su impacto en un Estado social y democrático de Derecho. (Gorjón, 2014: 7)

Actualmente, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, no establece las modalidades de decomiso, sin embargo, es necesario hacer un breve análisis de estas modalidades pues en la esfera legislativa se ha hablado de una posible reforma al Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal. De forma evidente se ha atribuido una escasa relevancia a la figura del comiso, tal es así que dicha legislación la sigue considerando como una pena restrictiva de derechos de la propiedad, es decir necesariamente debe estar de por medio una sentencia condenatoria. En España, el decomiso no es considerada como una pena, pues si es considerada como una pena el decomiso respondería al principio de culpabilidad, en virtud del cual no puede imponerse pena alguna al autor del hecho típico y antijurídico si este no es culpable como en el caso del decomi-

so sin sentencia, tampoco debe ser considerada una pena pues no presenta el carácter personalísimo de la pena, según el cual solo puede imponerse al autor del hecho ilícito, si fuera así solo podría aplicarse el decomiso al responsable de la acción penal, no podríamos hablar de un decomiso de terceros. (Cerezo, 2004: 25-26). Por otro lado, se menciona que no responde a los fines de la pena, ni a la retribución, ni a la prevención general o especial, (Cereijo, 2010: 8) aunque podemos señalar el decomiso tiene una naturaleza preventiva especial no en el sentido de rehabilitación y reinserción social sino más bien enfocándonos a una prevención especial negativa, a una reformulación actualizada de la inocuidad (Fernández, 2015: 27), es decir tomando en cuenta una finalidad material de retirada de bienes, para evitar la comisión de futuros delitos.

Situación algo similar, ha sucedido en España, en el sentido que la figura del decomiso era considerada como una pena accesoria, es en virtud de la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 10 de 1995, que deja de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria, siguiendo su Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (Código Penal suizo y Código Penal alemán) (Zaragoza, 2008: 408) Por lo que, se considera una tercera clase de sanciones penales, de este modo, a las tradicionales consecuencias jurídicas del delito (penas y medidas de seguridad), se unirán las consecuencias accesorias, y se debe tomar en cuenta ya conceptualmente entre los elementos integrantes del moderno derecho penal. (Luzón, 2004: 546). Sin lugar a duda, la naturaleza jurídica es independiente del lugar donde se encuentre regulada, pero el tema de la naturaleza jurídica es una de las cuestiones más debatidas en el ámbito doctrinario, más aún tomando en cuenta las diferentes modalidades de decomiso, siendo casi imposible encontrar una naturaleza jurídica común para esta figura. Es así que, si se llegase a implementar las modalidades de decomiso en Ecuador, a las cuales hemos hecho referencia, en primer lugar, debería tomarse en cuenta aquello, es decir no seguirle considerándola como una pena restrictiva de la propiedad, debiendo señalar que el proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal no hace mención de tal situación.

Decomiso sin sentencia

El decomiso sin sentencia, denominado también decomiso civil, equiparable a la extinción de dominio, una herramienta tan relevante para la recuperación de activos, que a la vez puede ser objeto de grandes abusos por parte de las autoridades, y a su vez incrementa la eficacia de recuperación de activos a costa de crítica de la vulneración de garantías constitucionales.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 en su Art. 54.1.c), estableció que los Estados considerarán la posibilidad de adoptar las medidas que fueran necesarias para permitir el decomiso de esos bienes, sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados,⁴ podemos darnos cuenta de que deja abierta la puerta para que los Estados incluyan otros supuestos.

Las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), específicamente la recomendación No. 3 hace mención al comiso sin sentencia previa determinando: “los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean embargados sin que requiera una condena penal, o que requieran que un infractor demuestre el origen lícito de los archivos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones”.⁵

En Ecuador no tenemos una figura análoga, es evidente que necesitamos una solución para aquellos casos que dentro de la corrupción no son pocos, en los cuales los procesados se encuentran prófugos pues para estos, y para los casos de fallecimiento del pro-

cesado, y en general cuando la responsabilidad penal se haya extinguido por indulto, por prescripción del delito o de la pena, o por concurrir una causa de inimputabilidad o por una excusa absolutoria no se pueda llegar a una sentencia condenatoria.

En Europa, el decomiso sin sentencia se encuentra determinado en el Art. 4.2 de la Directiva 42/2014UE, específicamente en España, en el Art. 127 ter 1 del Código Penal, los supuestos específicos establecidos en el mencionado artículo son: a) fallecimiento o enfermedad crónica.

b) rebeldía dentro de un plazo razonable. ¿Cuál es el plazo razonable? c) No se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o haberse extinguido.⁶ Por otro lado, es necesario que se haya iniciado un proceso penal, y que existan indicios racionales de criminalidad, lo cual existe cierta contradicción, pues si existen indicios racionales de criminalidad, ya no estaríamos ante el supuesto de estar exento de responsabilidad, debemos entender que es para los otros supuestos.

Debemos preguntarnos ¿Qué es lo que pasa con aquellos casos, en los cuales no se ha iniciado un proceso penal? Se señala que nos encontramos ante un decomiso descafeinado, pues además de exigirse la existencia de un sospechoso o acusado -lo cual impide acordar el caso cuando el sospechoso no haya sido identificado- también se requiere que se haya incoado procedimientos penales, (Aguado, 2015: 16) es el caso en que no se pueda activar un proceso penal porque el responsable penal del delito goza de inmunidad, siendo necesario que la ley que regule el decomiso sin sentencia haga referencia expresa a que la inmunidad de jurisdicción del presunto responsable no excluya la aplicación de decomiso sin sentencia, (Blanco, 2012: Pág. 356) u otro caso, simplemente falleció el sospechoso cuando aún no se hubiera iniciado un proceso penal.

Por hacer hincapié en los casos de corrupción, en los cuales los delincuentes de cuello blanco, personas bien posesionadas dentro de su país, consiguen obstaculizar la obtención de pruebas, sin poder llegar a una sentencia condenatoria, actualmente un gran número de expresidentes latinoamericanos enfrentan juicios por casos de corrupción, el problema se presenta cuando la legislación no prevé el juzgamiento en ausencia, en el Ecuador se prevé continuar con el proceso penal aún en ausencia del procesado en determinados delitos relacionados con la corrupción: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así lo prevé el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, si vamos por esta línea, de recuperar activos cuando necesariamente exista una sentencia condenatoria, por cuanto cabe el juzgamiento en ausencia, nos hace falta el tipo penal de lavado de activos, pues aunque no es nuestro tema de desarrollo, la ineficacia de investigación por parte de Fiscalía General del Estado conlleva siempre a una investigación más factible como es el lavado de activos, si bien se inicia un proceso por lavado de activos, el delincuente evade la justicia, no existe juzgamiento en ausencia, y por lo tanto no podemos recuperar dichos bienes, percatándonos de que no existe una política criminal de recuperación de activos.

No cabe duda del análisis que hemos hecho, el decomiso sin sentencia es una intrusión de una figura no penal en el ordenamiento jurídico penal (Blanco, 2012: 340), ante diferentes situaciones en las que desde el inicio o de forma sobrevenida no existirá responsabilidad penal. Tomando en cuenta, que, en el Ecuador, el proyecto de ley de lucha contra la corrupción establece la incorporación de esta modalidad de decomiso, y señala que únicamente esta modalidad es para delitos de lavado de activos, testaferrismo, terrorismo y su financiación o delitos por tráfico ilegal de sustancias catalogadas a fiscalización, en los siguientes casos: 1. Cuando se haya emitido un auto de llamamiento a juicio, y la persona procesada se encuentra en condición de prófuga. 2. Que la persona haya sido notificada con el auto de llamamiento a juicio (lo que podemos agregar que no tiene sentido, pues la notificación puede darse por medio de la defensoría pública, lo cual no vemos razón para que sea incorporado este numeral). 3. Que la persona contra quién se haya emitido auto de llamamiento a juicio no haya comparecido de manera injustificada, en al menos en dos ocasiones a la audiencia de juicio.

Podemos decir que si se aprueba dicha reforma, la modalidad de decomiso sin sentencia será únicamente para justificar de cierta manera su incorporación en el Código Orgánico Integral Penal, que ha sido implementada prácticamente sin un mayor análisis, pues de forma evidente únicamente se relaciona con una pequeña lista de delitos, cuando el procesado se encuentre prófugo, haciendo falta, por citar unos ejemplos el delito de tráfico de influencias, delincuencia organizada, asociación ilícita, trata de personas, pues como sabemos los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión pueden ser juzgados en ausencia, o mucho mejor para una recuperación de activos efectiva no debería importar el tipo penal, como es en el caso español. Por otro lado, en el parte del preámbulo del proyecto de ley, hace relación a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al Art. 54.1, a los casos de fallecimiento, lamentablemente en la reforma del Art. 69 del COIP, no hace referencia a dichos casos, tampoco en caso de inmunidad, por causas de inimputabilidad o en general no se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido.

Pues bien, tenemos entendido que de cierta manera se ha querido restringir dicha normativa, pues se menciona que el decomiso sin sentencia vulnera principios fundamentales como el de presunción de inocencia, aunque teniendo en cuenta que esta es una figura civil, el sujeto propietario de los bienes o la persona que corresponda puede presentar prueba contraria de que los bienes son lícitos, sin existir vulneración a la presunción de inocencia.

Decomiso ampliado

El decomiso ampliado no es más que la posibilidad de decomisar bienes pertenecientes a la persona condenada, bienes que procedan presuntamente de otra actividad delictiva, esta presunta actividad delictiva sea probada por medio de indicios, y por lo tanto no tienen relación con los hechos por los cuales se ha sido sentenciado.

En palabras de González Cussac J., no es más que la potestad para auditar todo el patrimonio del condenado, una suerte de fiscalización o investigación patrimonial universal. (González, 2016: 16) Por lo tanto, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas distintas a aquellas por las que se condena al sujeto (Jaén y Perrino, 2016: 132): otras actividades ilícitas que pudieron ser o no cometidas por el poseedor de los bienes, pues puede darse el caso que este puede actuar como testaférro.

El legislador español, en el Art. 127 bis del Código Penal, establece el decomiso ampliado para delitos de organizaciones criminales, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores, y de abusos y agresiones sexuales para (menores de dieciséis años, delitos informáticos, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, delitos de corrupción de negocios, delito de receptación, delitos de blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública y seguridad social, delitos de cohecho, delitos de malversación, terrorismo entre otros. La misma norma legal establece que se ordenará el decomiso cuando se resuelva a partir de indicios objetivos y fundados, que los bienes proceden de una actividad delictiva y que no se acredite su origen ilícito, es así como la prueba indiciaria que hace referencia se encuentra establecida en la propia legislación, se trata más bien de una lista de indicios que tiene cierta concordancia con la prueba indiciaria que reconoce la jurisprudencia española para el delito de lavado de activos.

Los indicios incluyen: la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada, la ocultación de la

titularidad de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los objetos, y la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. Insistimos la prueba de indicios es totalmente válida, más bien lo criticable, es que el legislador introduce un problema de gran relevancia pues lo que esta haciendo es convertir un indicio, en un delito de blanqueo de capitales, lo que suponemos debe dar lugar a que se le pueda imputar este delito que además va a operar como “indicio” en el decomiso. (Fernández, 2015: 289)

Lo que se vulnera evidentemente, es la inversión de la carga de la prueba, pues el sentenciado es quién tiene que justificar la licitud de los bienes, y por otro lado es que la condena por un delito concreto permite inferir que todos los bienes del condenado respecto de los que no pueda demostrarse su lícita obtención son producto de una actividad delictiva. (Vidales, 2009: 1994 - 1995) Sin embargo debemos tener en cuenta que los bienes, efectos, instrumentos y ganancias decomisadas provienen de ganancias ilícitas del sujeto condenado distintos a los hechos con los cuales se condena, y por lo tanto no han sido objeto de una prueba plena.

El decomiso ampliado plantea problemas constitucionales, dependiendo de la posición a la que se enfoque su naturaleza jurídica, pues a pesar de existir doctrinarios que avalan su naturaleza penal, existen también quienes mas bien emiten un criterio de naturaleza civil. Siendo este el kit del asunto pues la naturaleza jurídica va de la mano de las garantías constitucionales pues si se considera de carácter penal debe estar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal.

Esta figura reconocida en España quiere avalar su constitucionalidad, pues desde la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 establece: “el decomiso no goza de una naturaleza penal sino una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene por ello, una naturaleza más bien civil”. (Matallanes, 2017: 470). Contrario a ello, debemos señalar que más bien se trata de una naturaleza penal pues es consecuencia de una sanción impuesta mediante sentencia condenatoria, por más que no exista una conexión causal entre el delito que se condena, y los bienes, efectos y ganancias e instrumentos decomisados, no creo conveniente el criterio del legislador español al decir que se trata de una figura civil, pues evidentemente requisito sine qua non es la preexistencia de una sentencia condenatoria. Es así que, Berdugo Gómez de la Torre I., señala que la objeción clave radica en la posibilidad de estar ante un fraude de etiquetas, en el que el legislador formalmente atribuye, a lo que materialmente es penal la naturaleza de consecuencia civil, lo que le permite eludir las garantías constitucionales vinculadas a la utilización de una sanción de naturaleza penal. (Berdugo, 2017: 34)

Compartiendo dicho criterio, estamos ante una figura puramente penal, la cual vulnera las garantías constitucionales decomisando bienes que provienen de supuestas actividades ilícitas que no han sido probadas por lo tanto no se prevé la existencia de una infracción menos la responsabilidad del procesado. En Ecuador no existe una norma análoga en este sentido, hasta el momento no se evidencia en los múltiples proyectos de ley presentados en la Asamblea Nacional la propuesta de incorporar dicha figura, esperando que no se pretenda copiar una figura tan polémica en el ámbito europeo, que a mi parecer puede traer más problemas que los que pretende evitar.

Decomiso de terceros

Esta modalidad de decomiso se justifica en atención a la frecuencia con la que los delincuentes transfieren sus activos a terceros, tratando de evitar su ubicación por medio de maniobras de ocultamiento utilizando personas naturales o jurídicas interpuestas.

Aquí debemos tener presente que el decomiso afecta tanto a responsables del delito, así como a no responsables, sin duda el tercero no es responsable penalmente. La doctrina entiende que reúne esa condición de responsable civil, pues su condena es en el aspecto civil no en el penal. (Cerezo, 2004: 28) Es así, a diferencia del decomiso ampliado, podemos señalar que esta modalidad tiene el carácter civil. Debemos tener en cuenta que se debe presumir la buena fe de la tercera persona, sin embargo, en el caso español es criticable pues incorpora una presunción iuris tantum, en el segundo apartado del Art. 127 quater, en el que cabe sospechar la ilegalidad de la conducta: la transferencia a título gratuito o por precio inferior al real del mercado, el tema de la buena fe del adquirente es un tema extenso, que no será analizado en este caso.

En España, el decomiso de terceros va a permitir el planteamiento sobre la oportunidad de investigar y perseguir posibles delitos de alzamiento, contrato simulado, blanqueo de capitales y encubrimiento. (Martínez, 2017: 970) Por citar un ejemplo: si el sujeto conoce la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar el decomiso, estaríamos ante una conducta de blanqueo de capitales, mientras que si el tercero hubiera tenido motivos suficientes para sospechar que procedía de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar un decomiso estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia. (Vidales, 2015: 404)

En Ecuador, si se llegaría a incorporar esta figura de igual manera se abriría una investigación por lavado de activos o testaferrismo. Actualmente la única vía que existe, menos efectiva para la recuperación de activos es la tipificación del delito de testaferrismo, específicamente en el Art. 289 del COIP “La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores, o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público, o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando los bienes, acciones, participaciones, dinero, valores, o efectos que lo representan provengan de la producción, oferta, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, trata de personas, diversas formas de explotación, delincuencia organizada, estafa o que atenten contra los derechos humanos, será sancionado con la misma pena que el delito que lo encubre”. 7

Pues bien, para la recuperación de bienes de terceros, existe un gran problema, pues si dependemos únicamente de este tipo penal, es necesario en primer lugar tal como dice la norma un delito previo, que en este caso debe existir una sentencia condenatoria, y como consecuencia de ello, otro proceso por un delito de testaferrismo, y a la final en este se podrá recuperar los bienes de terceros. Algo sorprendente, pero en la práctica por no tener otra figura es así, sin duda la recuperación de bienes de terceros, tal como es el tipo penal de testaferrismo es una figura simbólica, pues si el enriquecimiento ilícito llega a ser una figura simbólica no se diga el testaferrismo, resultando criticable el alcance del tipo penal por la deficiente redacción.

En el proyecto de ley de lucha contra la Corrupción, en el cual se establece la reforma del Código Orgánico Integral Penal, agregando un nuevo literal f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

Por lo tanto, la norma menciona explícitamente que el tercero debe tener conocimiento de que los bienes proceden del cometimiento de un delito. En primer lugar, una vez que quede acreditado que los bienes están relacionados con la actividad delictiva, corresponde determinar si el actual titular puede ser considerado un tercero de buena fe y su titularidad merece por lo tanto la protección de derechos, debemos tener en cuenta que la buena fe se presume no pudiendo desvirtuarse la presunción mediante

simples sospechas. Por lo tanto, se deberá exigir una actividad probatoria que demuestre que el tercero ha adquirido los bienes con conocimiento de que provienen de una actividad delictiva.

Conclusión

Como menciona TERRADILLOS BASOCO Juan, citando a Galeano “nunca nadie en la historia de América Latina ha sido obligado a devolver el dinero que robó: ni presidentes derribados, ni los muchos ministros denunciados por comprobada corrupción, ni los directores de servicios públicos, ni los legisladores, ni los funcionarios que recibieron dinero por debajo de la mesa. Nunca nadie ha devuelto nada,” (Terradillos, 2015: 32) pues es evidente que se trata del panorama ecuatoriano.

Ecuador aún no se encuentra implementada una política de recuperación de activos, como es en otros países tanto europeos con las diferentes modalidades de decomiso, así como en países Latinoamericanos con la figura de extinción de dominio como es el caso de Colombia, Argentina. México (incluso a nivel constitucional), Perú, Costa Rica y Honduras. Por otro lado, no estamos a salvo de la expansión del derecho penal, pues evidentemente con la finalidad de recuperar activos, se han creado tipos penales simbólicos como es el enriquecimiento privado no justificado y el delito de testaferrismo, teniendo presente que el decomiso se llega como fin último acompañado de una sentencia condenatoria, tal es así que se sigue considerando como una pena restrictiva de la propiedad, a diferencia de otros países que en base al cumplimiento de instrumentos internacionales han implementado a la recuperación de activos como una estrategia eficaz de frenar aquellas actividades criminales rentables y lucrativas.

Indiscutiblemente, es necesario reformas jurídicas, implementación de nuevas leyes, y técnicas prácticas que engloban una cooperación internacional además de capacitación sobre el tema a las instituciones involucradas, estamos a la espera de que en Ecuador se dicte una política criminal de recuperación de activos, y así de alguna forma frenar la delincuencia que trae consigo algún beneficio económico.

Bibliografía

Aguado Correa, T. (2015). La Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. *Revista General de Derecho Europeo* Número 35, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415706&. Consultado el 25 de Julio del 2016.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016). La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la Legislación Española. En A. I Pérez Cepeda (Dir), *Política Criminal ante el Reto de la Delincuencia Transnacional*, (Pág. 593 -636). España: Editorial Tirant to Blanch.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso, *Revista Penal*, No. 40: 22 – 42.

Blanco Cordero, I. (2012). Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). En Eduardo A. Fabián Caparros, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García (Dirs), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, (Pág. 337 -371). México: Editorial. Ubijus Editorial S.A de C.V.

Blanco Cordero, I. (2013). El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea, sobre la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional Portugués”. *Revue electrifique de l’AIDP Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_

Cereijo Soto, A. (2010). Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales del decomiso. *Diario La Ley No, 7457, Sección Doctrina, 30 de Julio de 2010, Año XXXI*. Disponible en <http://laleydigital.laley.es>. Consultado: 30 de mayo de 2018.

Cerezo Domínguez, A. (2004). *Análisis jurídica penal de la figura del decomiso*. España: Editorial Comares.

Fernández Pantoja, P. (2015). Las consecuencias accesorias. En L. Morillas Cueva (Dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, (Pág. 269 – 307). España: Editorial Dykinson.

González Cussac, J. (2006). El decomiso y el embargo de bienes. En *Boletín de Información. La armonización del Derecho Penal Español: Una evaluación legislativa*. Ministerio de Justicia España. (Pág. 13 – 19). ISSN-e 0211-4267, Suplemento No. 2015, Año 60, del 15 de junio de 2016.

Gorjón Barranco, M. C. (2014). La extensión del comiso en la actualidad. Algunas reflexiones. En Valencia Sainz A. (Coord), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del derecho*. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/extension-comiso.html>, (Pág. 339 – 344). Consultada el 15 de julio del 2018.

Hava García, E. (2015). La nueva regulación del decomiso. En Quintero Olivares G. (Dir), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, (Pág. 213 – 223). España: Editorial Thomson Reuters Arazandi.

Jaen Vallejo, M., & Perrino Pérez, A. L. (2016). *La recuperación de activos frente a la Corrupción*. España: Editorial Dykinson.

Luzón Peña, D. M. (2003). Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales. En Octavio de Toledo y Ubieto E., Gurdíel Sierra M., Cortés Betchiarelli E., (Coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, (Pág. 545 -552). España: Editorial Tirant to Blanch.

Martínez González, I. (2017). El decomiso: una estrategia de política criminal. En Gómez Rivero M., Barrero Ortega A, (Dirs), *Regeneración Democrática y Estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, (Pág. 937 -973), España: Editorial Tirant to Blanch.

Matellanes Rodríguez, N. (2017). Muestras del proceso expansivo del Derecho Penal en materia de corrupción en la reforma del Código Penal de 2015: referencia a la ampliación del decomiso. En Berdugo Gómez de la Torre I, Fabián Caparros E., Rodríguez García N., (Dirs). *Recuperación de activos y decomiso, reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. (Pág. 449 – 478). España: Editorial Tirant lo Blanch.

Terradillos Basoco, J. (2015). Corrupción, Globalización y Derecho Penal Económico. En Demetrio Crespo E, González – Cuellar Serrano N., Halcones y Palomas: corrupción y delincuencias económica, (Pág. 15 – 51). España: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

Vidales Rodríguez, C. (2009). El comiso ampliado: consideraciones constitucionales. En Carbonell Mateu J. C, González Cussac J., Orts Berenguer E., *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tomo II, , (Pág. 1989 – 2006). España: Editorial. Tirant to Blanch.

Vidales Rodríguez, C. (2015). Consecuencias Accesorias: decomiso Art. 127 a 127 OCTIES). En Gonzalez Cussac J. (Dir), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. (Pág. 393 -416). Edición 2da, España: Editorial. Tirant to Blanch.

Zaragoza Aguado, J. (2008). El comiso de los bienes. En Rodríguez García N. y Fabián Caparrós E., Corrupción y Delincuencia, (Pág. 401 -446). Colombia: Editorial Grupo Editorial Ibáñez.

Zúñiga Rodríguez, L. (2010). Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal. En Berdugo Gómez de la Torre I, (Coord). Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, (Pág. 361 – 373). Tomo I, España: Editorial. Iustel.

NORMATIVA

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones. Vigencia 10 de agosto del 2014.

Código Penal Español. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> Consultado: 12 de julio de 2018.

Cuarenta Recomendaciones del Grupo Internacional, de fecha 12 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>. Consultado: 15 de junio de 2018.

Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>. Consultado: 10 de junio de 2018.

Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica de lucha contra la Corrupción, de fecha 25 de julio de 2018. Asamblea Nacional del Ecuador, sección legislamos, sistema de formación de ley. Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/07fe312a-4bdf-4a24-9cc3-db1b-c97e6235/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20335684.pdf>, Consultado: 03 de agosto de 2018.

Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, abril de 2011. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/legal_tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Consultado el 30 de julio del 2018

Proyecto de Extinción de Dominio, presentado por Carlos Baca Mancheno, Fiscal General del Estado, de fecha 20 de diciembre del 2017. Asamblea Nacional del Ecuador, sección legislamos, sistema de formación de ley. Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9b672c73-71fe-461b-969a-a92ff7cdf473/Proyecto%20de%20Ley%20de%20Extinci%F3n%20de%20Dominio%20Tr.%20311647.pdf>. Consultado 18 de julio de 2018.



UDA

Law Review

Se parte de nuestra comunidad y no te pierdas de ninguna novedad.



MANTENTE
informado

Síguenos en Redes Sociales



UDA Law Review



UDA Law Review

GOTTIFREDI | GP POZO

Comercio Exterior | Competencia | Arbitraje

CUENCA

Circunvalación Sur s/n y Subida a Turi.
Edif. Business Center, P-2 Of. 402-403.
Telf.: (593) 7 2888815 / (593) 7 2882605.
Cel.: 0989795041

GUAYAQUIL

Vía a Samborondón Km. 1.5
Edif. del Portal, Of. 208

QUITO

Av. República del Salvador No. 35-82 y Portugal.
Edif. Twin Towers, Piso 9 Of. 9A
Telf.: (593) 2 3330377



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY



*www.udalawreview.uazuay.edu.ec
udalawreview@uazuay.com.ec*

 *UDA Law Review*  *UDA Law Review*