

El control de convencionalidad y la protección del derecho a la propiedad privada a partir de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador

*María del Carmen Jácome**

RESUMEN

El presente artículo hace un análisis respecto del derecho de propiedad privada a partir de la expedición de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La preocupación de la autora radica en el hecho de que es la condena más costosa dentro del sistema interamericano de protección por la violación del derecho a la propiedad privada (art. 21.2 CA); garantías judiciales (art. 8.1 CA) y protección judicial (art. 25.1 CA). Se trata de un tema de gran actualidad, puesto que el Ecuador está atravesando por un proceso de reforma judicial, dentro del cual también se debe tomar en cuenta la difusión de estos temas a operadores de justicia, para evitar cometer los mismos errores sobre todo por denegación de justicia, como ocurrió en el caso en estudio.

PALABRAS CLAVE: Reforma de justicia, control de convencionalidad, derecho de propiedad privada, finalidad pública, arbitrariedad.

ABSTRACT

The contents of this article analyze the right to private property after the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case "Salvador Chiriboga vs. Ecuador". The author's concern is the fact that this case represents the most expensive sentence inside the Inter-American protection system due to the violation of the right to private property (art. 21.2 AC); judicial guarantees (art. 8.1 AC) and judicial protection (art. 25.1 CA). This subject has special relevance since Ecuador is facing a judicial reform process and it is necessary to consider that the diffusion of this decision among judges could prevent the commission of the same mistakes; specially, those related to denial of justice as it occurred in the present case study.

KEY WORDS: Judicial reform, Conventional control, right to private property, public purpose, arbitrariness.

FORO

* Docente contratada del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

En el marco del proceso de transformación de la justicia que actualmente estamos viviendo en el Ecuador, se hace indispensable el análisis, la discusión y la difusión de las condenas recibidas en contra del Estado ecuatoriano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Al efecto, la reforma judicial abarca un complejo conjunto de cuestiones que apunta a mejorar la administración de justicia y que, a su vez, debe considerarse dentro de un programa de políticas públicas. Esto supone que, enmarcada en el derecho al desarrollo económico e institucional, la reforma judicial suele percibirse como un componente esencial para promover la democratización del sistema de gobierno dentro de un determinado país. De allí que se considere que un sistema judicial funcional e independiente, que contemple mecanismos ágiles de prestación de justicia, constituye un pilar fundamental de todo gobierno democrático. En definitiva, la importancia de una reforma judicial efectiva radica en que esta debe facilitar el acceso a la justicia.

Esta debe ser la condición *sine qua non* para la instauración de una efectiva reforma judicial, y el primer escalón para la democratización plena de la Función Judicial, sobre todo si tomamos en cuenta lo que señala el profesor y jurista italiano, Luigi Ferrajoli:

la juridificación del sistema democrático, supone someter a la política a la lógica de la legalidad: pues esta puede llegar hasta dónde le señala la Constitución, y es ahí donde no se trata de una posición invasiva de la jurisdicción sobre la política, sino de una condición ética en que los jueces están llamados a hacer cumplir la Constitución y las leyes bajo un estricto apego al sistema de garantías y el respeto a los derechos fundamentales.¹

La reforma judicial se refiere a aquellos procesos orientados a la modernización o transformación de las instituciones judiciales, lo que implica cambios en los aspectos materiales y culturales de estas. Recordemos que este proceso en Ecuador nació por iniciativa del Ejecutivo, que decidió someter a la consideración de la ciudadanía la decisión de reformar la administración de justicia, y lo hizo mediante referéndum convocado para el 7 de mayo de 2011. Pregunta que mereció la aprobación mayoritaria de los ecuatorianos y que implicó una reforma a la aún novel Constitución Ecuatoriana de octubre de 2008.² De allí que en nuestro caso particular se trate de un proceso de reforma legitimado por la ciudadanía ecuatoriana en las urnas.

1. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 17.

2. La pregunta n.º 4 del referéndum decía: ¿Está usted de acuerdo en sustituir al actual pleno de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros elegidos, uno por la Función Ejecutiva, otro por el Poder Legislativo y otro por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, como lo establece el anexo 4?

Es necesario, entonces, analizar qué debe incluir una efectiva reforma de justicia. El primer pilar incluye aquellos procesos que llevarán a la eventual transformación de la estructura de los tribunales (número de jueces, localización, jurisdicción y competencia, niveles de gobierno, presupuesto, etc.). Una segunda condición se enfocará a los diferentes cursos de acción que estas instituciones pueden tomar para cumplir sus labores (manejo de casos, administración de juzgados y tribunales, capacitación continua, etc.). La tercera condición tiene que ver con la indispensable reforma de leyes procesales.³ La cuarta, y quizás más importante condición, se refiere al modo en que los operadores de justicia, sean estos jueces, fiscales o defensores públicos, entiendan su labor y la lleven a cabo.

La Constitución ecuatoriana considera que nuestra condición de ciudadanos/as nos convierte en fuente de responsabilidades y es justamente allí, en el estado de convivencia, en que la población solo podrá ejercer sus derechos si cuenta con el ambiente adecuado para ello. Por lo tanto, las profundas reformas realizadas a la Constitución exigen también una profunda transformación de las estructuras, a fin de asumir el reto que implica la garantía de los derechos establecidos en ella.

Entonces, para iniciar un proceso de reforma de la justicia se deben identificar los problemas estructurales para poder establecer objetivos claros y cumplir metas que subsistan en el tiempo. Al efecto, bien señala Víctor Abramovich que:

el objetivo principal de toda reforma en este campo es contribuir a que la administración de justicia sea, en primer lugar, accesible a aquellos que más lo necesitan: que sea eficiente en el sentido de que pueda dirimir conflictos dentro de un plazo razonable breve, y que lo haga con un criterio de justicia y equidad. En ese sentido, es fundamental garantizar el acceso a la justicia; sin la posibilidad de que la población acceda al sistema judicial no se puede si quiera evaluar si la justicia impartida es eficiente. Para acceder a los abogados, a los jueces y a los tribunales, se requiere salvar ciertos obstáculos financieros y de falta de información. Ahora bien, si toda la población puede servirse y ser protegida por todos los que administran justicia, se puede afirmar que se cumple la garantía de tutela judicial efectiva y la de igualdad. El sistema de justicia puede, así, contribuir a otorgar equidad a las relaciones entre el gobierno y los gobernados y, hasta cierto punto al menos, también poner en pie de igualdad a los gobernados entre sí.⁴

-
3. Reforma imperativa que es necesaria sobre todo en la jurisdicción contencioso administrativa por cuanto su ley reguladora data de marzo de 1968 (Ley n.º CL 35. R.O. 338).
 4. Víctor Abramovich, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006, p. 30.

Queda claro, entonces, que un proceso de reforma de justicia va más allá de dotar a la Función Judicial de modernos edificios, tecnología de punta, jueces jóvenes, concursos públicos sujetos al escrutinio ciudadano, entre otros objetivos; lo que realmente importa es una administración de justicia de calidad, con operadores de justicia valiosos, expertos, conocedores, aptos y probos, que brinden una justicia erudita, oportuna, eficiente y transparente. La reforma de justicia no tendría sentido si quienes la administran no toman conciencia de que ya no son meros aplicadores de la ley. El papel de los jueces en la actualidad debe ir más allá, deben desarrollar un rol más activo, deben ser más propositivos. No pueden limitarse a aplicar únicamente la normativa nacional, sino que están obligados a observar pactos, convenciones, declaraciones y tratados ratificados dentro de sus respectivos países y, claro está, deben observar la jurisprudencia emanada de acuerdo a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS DE ORIGEN INTERNACIONAL

Cabe señalar que el Ecuador tiene una firme trayectoria en el concierto internacional en materia de promoción y protección de los derechos fundamentales del ser humano, al haber ratificado los principales tratados dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, dicha adhesión es inoficiosa e irrelevante si no se llevan a la práctica sus contenidos.⁶

De conformidad con el art. 425 de la Constitución ecuatoriana, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, en primer lugar se encuentra la Constitución, luego los tratados y convenios internacionales, y luego las leyes orgánicas y leyes ordinarias, lo que *a priori* ratifica que las normas de origen internacional en el Ecuador tienen un rango supralegal. Mas es necesario referirnos a lo que dispone el art. 424: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder

5. El Ecuador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 8 de diciembre de 1977, que prevé la existencia de Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya finalidad es garantizar la vigencia y exigibilidad de los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana. La CIDH es el máximo organismo del Sistema Interamericano; el 24 de julio de 1984 nuestro país admitió su competencia para que decida sobre todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación de la Convención.

6. La Convención Americana, en sus artículos 1 y 2, establece como obligaciones generales de los Estados parte, el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio.

público”. Entonces los tratados internacionales ratificados por el Ecuador en materia de derechos humanos incluso podrían prevalecer sobre la propia Constitución.

Para complementar el análisis, es necesario referirnos a lo que dispone el art. 11 del texto constitucional que dice:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte... los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

En tanto que el art. 417 de nuestra Carta Magna dispone que se aplicará: “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. Entonces la Constitución ecuatoriana con un criterio de avanzada, otorga a los derechos humanos de origen internacional el mismo rango que los derechos establecidos en aquella. Pero el juez ecuatoriano aun no es consciente de que ya no es un juez nacional, sino que se ha convertido en un juez interamericano como plantea la CIDH.

El Ecuador, a pesar de ser un país pequeño, tiene en su contra trece sentencias internacionales de las cuales en diez se ha determinado responsabilidad internacional del Estado por violación a las garantías judiciales (art. 8.1 CA) y al derecho a la protección judicial (art. 25.1 CA).⁷ En las sentencias de fondo y de reparaciones existen obligaciones que generalmente van más allá de la víctima y sus familiares y, por lo tanto, se proyectan a toda la sociedad; de ahí la importancia de que sean difundidas, analizadas y profundizadas. Lo que más interesa es que no se vuelvan a cometer los mismos errores, lo cual también debería ser objeto del proceso de reforma judicial.

La entidad encargada de la coordinación de la ejecución de obligaciones internacionales es el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos,⁸ de allí que la obligación principal en cuanto a reparaciones queda a cargo del Ejecutivo, la incorporación de reformas legales depende del Legislativo, la obligación de investigar y sancionar a cargo de la Fiscalía, mas la Función Judicial no tiene obligaciones específicas

7. Véanse los casos Salvador Chiriboga, Albán Cornejo, Vera Vera, Tibi, Benavides Caicedo, Mejía Idrovo, Suárez Rosero, Chaparro Lapo, Zambrano Vélez, Suárez Peralta.

8. El Decreto 1317 de 9 de septiembre de 2008 confiere al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la responsabilidad de coordinar la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y demás obligaciones surgidas por compromisos en esta materia.

que cumplir al respecto, por lo que, a pesar de que las condenas en contra del Estado ecuatoriano se han configurado por la violación de garantías judiciales y de protección judicial, son los jueces los menos enterados de aquello.

Para establecer la problemática en torno al papel de los jueces, me referiré a un estudio que hizo el profesor Luis Pásara en varios países de la región en los que encontró los siguientes problemas:

1. Un primer problema es respecto de la ubicación de los jueces frente a los Derechos Humanos (DDHH) como materia jurídica. Los jueces latinoamericanos exhiben en general un importante desconocimiento de las normas de origen internacional de DDHH;
2. Un segundo orden de problemas constatados puede adscribirse a un plano de deficiencia generalizada entre los jueces, correspondiente al razonamiento judicial, que se hace más plausible en el área de los DDHH;
3. La tercera dificultad en el razonamiento judicial proviene del apego a una interpretación de la ley de carácter literal. Dice el profesor Pásara que aquello se trata de una visión deformada del positivismo jurídico, que prevalece en buena parte de América Latina y que en definitiva, conduce a una actitud intelectualmente pasiva del juez frente a la norma.⁹

Frente a la identificación de esta problemática, la actitud judicial pasiva y los casos antes señalados de condenas contra el Estado Ecuatoriano, es necesario proponer soluciones urgentes.

LA DIFICULTAD DE SENSIBILIZAR A LA FUNCIÓN JUDICIAL

En términos generales no existe en el Ecuador total apertura en el momento en que se trata de difundir y capacitar en Derechos Humanos, más aún a los operadores de justicia, que ven en la materia un requisito de forma y sin importancia para acceder al cargo. Si esa es la percepción general sobre la temática de Derechos Humanos, resulta evidente la casi nula aplicación y observancia de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador en la materia. Indiferencia proveniente tanto de quienes diseñan la malla curricular como de quienes son capacitados.

9. Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de ddhh en la administración de justicia*, Quito, Serie Constitucionalismo y Sociedad publicación, Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2.^a ed., 2012, pp. 23 a 25.

En términos generales, los jueces nacionales desconocen las condenas recibidas en contra del Estado ecuatoriano y por eso se repiten los mismos errores, aun cuando la principal responsable de las violaciones de derechos humanos es la Función Judicial –como se manifestó en líneas anteriores–. La obligación de capacitar a operadores de justicia se limita a la mera formalidad de entregar módulos en materia de derechos humanos que se espera sean revisados por los jueces, pero que en realidad no son implementados con seriedad por parte de la propia Función Judicial.¹⁰ Concedora de esta realidad, es la propia CIDH la que ha ido tomando cartas en el asunto para lograr solucionar esta problemática y ha procedido a desarrollar el tema del Control de Convencionalidad.

Afirma, y con razón Karlos Castilla que:

el Poder Judicial es uno de los componentes del Estado que más difíciles son de abrir ante la realidad que muestra el derecho de origen internacional, nos parece normal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscara una fórmula para lograr que dicho Poder se sienta involucrado y obligado a observar y cumplir con lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados que hoy integran el corpus juris del sistema regional americano...¹¹

por lo que, en el año 2006, en la sentencia del caso Almonacid Arellano, introdujo por primera vez como órgano el término Control de Convencionalidad. En esta ocasión la IDH señaló que:

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

10. Los módulos de Derechos Humanos para operadores de justicia publicados por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos solo han servido para cumplir la formalidad de informar sobre el cumplimiento de capacitar ordenado en varias sentencias por la CIDH.

11. Karlos Castilla, “El control difuso de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor, coord., *El control difuso de convencionalidad*, México, FUNDA, 2012, p. 85.

no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹²

Entonces esa especie de control de convencionalidad corresponde a los poderes judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana y están obligados a observar que dentro de sus países no existan leyes contrarias a su objeto y fin.¹³

¿De qué se trata este control de convencionalidad, esta búsqueda de armonizar las legislaciones nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos y a quién le corresponde? Al efecto, cabe recordar que justamente en una de las primeras sentencias condenatorias en contra del Estado Ecuatoriano, la CIDH se refirió al Control de Convencionalidad, es así que en el caso *Tibi vs. Ecuador*, manifestó:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados-disposiciones de alcance general-a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de estos actos.¹⁴

De lo dicho se colige que el control de convencionalidad queda en manos de la CIDH de manera privativa y exclusiva, ya que es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo que esta pide a los poderes judiciales de la región es una especie de control de la aplicación de las disposiciones de los tratados

12. CIDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

13. Al respecto la CIDH ha sostenido que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C n.º 158, párrafo 128).

14. CIDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, n.º 114. Se refiere a excesos en la detención, procesamiento e incautación de bienes a un presunto narcotraficante, liberado con posterioridad por falta de responsabilidad.

interamericanos, es decir, interpretar derechos y libertades de conformidad con los tratados.

Ahora bien, el Sistema Interamericano aparece con la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos que en sus artículos 62.1 y 62.3 establece la competencia de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención que le sean sometidas a su consideración, es decir, se encargará de revisar que los actos y hechos de los estados que han reconocido su competencia, se ajusten a las disposiciones de la Convención; así como también de vigilar la efectiva supremacía de la Convención en los Estados parte. Entonces, desde de que un Estado suscribe un tratado, los funcionarios judiciales dejan de ser jueces de sus respectivos ámbitos y competencias territoriales para convertirse en jueces de la comunidad internacional. Al efecto, la CIDH ha reiterado que la obligación de acatar sus juicios corresponde al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los países que se ha incorporado en la jurisprudencia internacional, según la cual los estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Esto porque en varios de sus fallos (véase el propio caso *Almonacid vs. Chile*, o *Bulacio vs. Argentina*), la Corte ha señalado que los jueces nacionales de un Estado parte no pueden alegar la inaplicación de los estándares internacionales anteponiendo como salvaguarda la “soberanía o “no intromisión de asuntos internos” como excusa para dejar de obligarse internacionalmente respecto a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos. Esto se deriva de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que textualmente dice: “[los Estados] no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida en un pacto, tratado o convención”.

Si bien los jueces nacionales deberán entender que el acatamiento amplio de las sentencias de la CIDH tiene efecto *erga omnes* puesto que ese es el umbral de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, es a la vez el talón de Aquiles de la discusión que tienen los mismos jueces nacionales a la hora de dilucidar si los fallos de la CIDH son vinculantes o no cuando se trata de fallos (que forman parte de la jurisprudencia interamericana) en los que el Ecuador no es parte procesal. Lo que deben saber los jueces nacionales es que los fallos en que el Ecuador no es parte son vinculantes si se trata sobre delitos de lesa humanidad (por ser parte de la doctrina del *ius cogens* internacional); y, en los casos en que esos fallos contengan derechos concretos de la convención, se deberá verificar si esos fallos que forman parte de la jurisprudencia interamericana contienen disposiciones de protección de derechos más favorables a los consagrados por el Estado Ecuatoriano, para otorgarles carácter vinculante. En todo caso, lo que sí es de obligatorio cumplimiento para el Ecuador son las disposiciones vertidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones de los fallos en que el Ecuador haya sido condenado in-

ternacionalmente como responsable de vulneración de derechos humanos. Las demás disposiciones (entre ellas la misma jurisprudencia interamericana) tienen un grado de cumplimiento moral y jurídico en torno al principio de buena fe internacional derivado del art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los derechos humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes.

A fin de entender a cabalidad el Control de Convencionalidad, es preciso recordar primero lo referente a la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos. En ese sentido la “*cláusula de interpretación conforme*” establece que los derechos deben interpretarse a la luz de los tratados favoreciendo a la persona (principio *pro homine*). Esta cláusula permite la armonización entre el derecho nacional e internacional. De allí que resulta muy importante hacer mención a cómo se vincula la cláusula de interpretación conforme con el control de convencionalidad, para entender que los jueces nacionales pueden aplicar dicho control independientemente del sistema de control constitucional que se aplique en su sistema legal. Eso es necesario para distinguir que el control de convencionalidad no solo lo realizan los jueces constitucionales en el Ecuador, sino también los ordinarios (que ejercen control difuso de constitucionalidad). En adición, cabe señalar, que el “*control difuso de constitucionalidad*” no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “*parámetro*” de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “*armonizar*” la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una “*interpretación conforme*” de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “*interpretaciones*” contrarias o incompatibles al parámetro convencional. Este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la “*inaplicación*” o “*declaración de invalidez*” de la norma inconventional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello (los jueces constitucionales en el caso ecuatoriano).

Según el profesor Juan Carlos Hitters, el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o

de la jurisprudencia de la CIDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por la CIDH si el caso llega a sus estrados.¹⁵

El control de convencionalidad prevé que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces y juezas, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin.¹⁶

El control de convencionalidad debe realizarse entre las normas del derecho interno y los tratados ratificados por el Ecuador, así como también se debe tomar en cuenta la interpretación que se haya hecho sobre los mismos. En este sentido, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad debe hacerse también de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya realizado sobre la misma.

En el presente artículo analizaremos la interpretación que la Corte IDH ha realizado respecto del derecho a la propiedad privada previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos a propósito del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

El derecho a la propiedad privada a partir del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador

En el capítulo relativo a los derechos civiles y políticos, el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra el derecho a la propiedad privada, cuya condición de derecho humano es discutible, aún cuando ya había sido incluido en términos ligeramente diferentes en el art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁷ Si bien el derecho a la propiedad privada tiene un marcado rasgo económico, presenta características por las cuales se lo ha considerado como un derecho civil, entonces más que la garantía del derecho de acceso a la propiedad se enfatiza en el derecho a no ser privado arbitrariamente de la misma.

Es así como el numeral 2 del art. 21 de la CADH dice que: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa,

15. Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, n.º 2, S/L, 2009. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200005&script=sci_arttext.

16. Información tomada de la conferencia dictada por el ex magistrado Eduardo Mac-Gregor, en Quito, FLACSO, 22 de marzo de 2012.

17. Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales Procesales*, San José, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 3.ª ed., 2004, p. 71. El art. XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Por lo tanto, en dichos términos se entendería que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto¹⁸ y, entonces, la potestad pública de declarar de utilidad pública o de interés social un bien constituye una prerrogativa estatal absolutamente legítima, siempre y cuando se garantice el pago de una indemnización justa; caso contrario, el accionar del Estado devendría en arbitrario e ilegítimo.

En el caso en análisis se debe recordar que entre diciembre de 1974 y septiembre de 1977 los hermanos Salvador Chiriboga adquirieron por sucesión de su padre, Guillermo Salvador Tobar, un predio de 60 hectáreas designado con el número 108 de la lotización “Batán de Merizalde”. El 13 de mayo de 1991 el Concejo Municipal de Quito declaró de utilidad pública con fines de expropiación y de ocupación urgente el bien inmueble de los hermanos Salvador Chiriboga con la finalidad de asentar en esos terrenos un área de recreación y conservarlo como pulmón natural de la ciudad, área que más tarde se convertiría en el Parque Metropolitano de Quito. La normativa legal entonces vigente y la Convención Americana de Derechos Humanos permiten la posibilidad de que los Estados declaren de utilidad pública terrenos privados, siempre y cuando se indemnice al particular. En efecto, el interés público se superpone al interés privado, pero no por ello el privado puede quedar desprotegido.

En el caso existieron desacuerdos en cuanto a la declaratoria de utilidad pública y luego respecto del pago del justo precio, por lo que, se iniciaron tres procesos legales a saber:

- a) El recurso subjetivo n.º 1016 iniciado el 11 de mayo de 1994 ante la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, mediante el cual los hermanos Salvador Chiriboga apelaron la declaratoria de utilidad pública (párr. 80);
- b) El recurso subjetivo n.º 4431 iniciado el 17 de diciembre de 1997 ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el cual fue

18. “La Corte [IDH] observa, sin embargo, que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el art. 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención” Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iníiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 174. En igual sentido se pronunció la Corte en el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, párrafo 84. Este último dato se tomó de Salim Zaidam, *Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013, p. 267.

- presentado por los hermanos Salvador Chiriboga con el propósito de que se declarara la ilegalidad del Acuerdo Ministerial n.º 417 (*infra* párr. 81); y
- c) El juicio de expropiación n.º 1300-96 iniciado 16 de julio de 1996¹⁹ ante el Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha, mediante el cual el Municipio de Quito presentó una demanda de expropiación del predio de los hermanos Salvador Chiriboga. El Juez Noveno de lo Civil de Pichincha, mediante auto emitido el 24 de septiembre de 1996, calificó la demanda y autorizó la ocupación inmediata del inmueble, lo cual fue notificado a la señora Salvador Chiriboga el 6 de junio de 1997.²⁰

Con respecto a los dos primeros juicios contencioso administrativos, hasta el momento de expedición de la sentencia de fondo, reparaciones y costas de 3 de marzo de 2011²¹ no habían sido resueltos, lo que implicó que se condene al Estado ecuatoriano por la violación de los siguientes derechos de la señora María Salvador Chiriboga:

- a) Derecho a la propiedad privada (art. 21.2 CA)
- b) Derecho a las garantías judiciales (art. 8.1 CA)
- c) Derecho a la protección judicial (art. 25.1 CA)

En virtud de los fundamentos señalados en la sentencia dictada en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, dispuso entre otras las siguientes medidas de reparación por los daños ocasionados:

- La Corte, de acuerdo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, fija la suma de USD\$ 18,705,000,00, por concepto de justa indemnización en sede internacional, la cual incluye el valor del inmueble expropiado y sus accesorios.
- La Corte concluye, además, que el Estado debe pagar a la víctima los intereses simples devengados de acuerdo a la tasa Libor sobre el monto de la justa indemnización a partir de julio de 1997 hasta febrero de 2011, cuyo monto asciende a USD\$ 9,435.757,80, pues han transcurrido once y catorce años desde la presentación de las demandas, las cuales fueron interpuestas el 11 de mayo 1994 y el 17 de diciembre de 1997, sin que a la fecha de la sentencia se haya emitido un fallo definitivo sobre los asuntos planteados.

19. Cfr. demanda de expropiación presentada por el Municipio contra María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga de 16 de julio de 1996 (proceso n.º 1300-96, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Anexos 6 a 8, fs. 1802 a 1804).

20. Cfr. acta de notificación a la señora Salvador Chiriboga (proceso n.º 1300-96, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Anexos 6 a 8, f. 1815).

21. El 6 de mayo de 2008 la Corte IDH emitió sentencia de Excepción Preliminar y Fondo por lo que la sentencia de Reparaciones y Costas era una muerte anunciada.

Esta sentencia contiene la condena más costosa en términos monetarios del sistema interamericano de protección de derechos de ahí la importancia de su difusión y análisis. Es importante resaltar que es la primera vez que la CIDH se pronuncia sobre una expropiación bajo la consideración de que para restringir el derecho a la propiedad privada en una sociedad democrática “no es necesario que toda privación o restricción al derecho de propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a este debe ser excepcional”.²²

Además, la CIDH señaló que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

Queda claro, entonces, que debe protegerse el derecho a la propiedad privada como una garantía fundamental, condicionada a las reglas generales, de restricción de derechos, por lo que se puede privar al ciudadano del acceso a aquella de manera excepcional, por situaciones de orden público, las que deben ser valoradas de manera responsable por la autoridad administrativa. Además, condiciona la privación de la propiedad a cambio de una justa indemnización, la cual debe tomar en cuenta el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública y atender el justo equilibrio entre el interés privado y el interés público.

Este caso es de particular importancia por cuanto la CIDH hace una interpretación evolutiva del derecho de propiedad previsto en el art. 21. 2 de la CADH y es la primera ocasión que hace referencia a la expropiación y su legitimidad, dejando en claro que cualquier actuación arbitraria del Estado deviene en ilegal e ilegítima.²³

Lo que preocupa sobremanera es que sea la condena más costosa dentro del sistema interamericano de protección de derechos y que las gestiones efectuadas para procurar un acuerdo no hayan llegado a feliz término. También inquieta que no exista una difusión adecuada de esta grave condena, tanto para las autoridades administrati-

22. Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo, párrafo 65.

23. Ver Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994.

vas que intervienen en procesos de expropiación como para los operadores de justicia que deben resolver todos los casos en un plazo razonable, tomando en consideración que ambas instancias deben observar de manera obligatoria un precedente de tanta trascendencia dentro del territorio nacional.²⁴ La finalidad pública de la expropiación es legítima, más si no se respetan los requisitos previstos en la ley, no se fija el precio ni se otorga el pago correspondiente dentro de un plazo razonable, el procedimiento expropiatorio deviene en arbitrario.²⁵ Situación que no podía ocurrir dentro del Estado de Derecho en el que vivíamos al momento de la expedición de la sentencia y menos aun ahora dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que aspira ser un estadio superior para el respeto a los derechos humanos.

Es importante además referirse a la interpretación que hace la CIDH sobre el alcance de las razones de interés general:

De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que “[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art[ículo] 32.2[de la Convención]), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1).²⁶

24. Isaac Augusto Damsky, *Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad*, conferencia dictada en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Guayaquil, 24 de octubre de 2013. Los derechos humanos aún no se han integrado plenamente a la “cultura de la administración”, la praxis administrativa dista de encontrarse familiarizada con la nueva racionalidad puesto que aún no ha sido internalizada como “buena” por sus operadores, para quienes la operatividad y sistematicidad de los derechos humanos fungiría en un estrato tan superior que por tal motivo resultaría –aún hoy– absolutamente ajena a la cotidianeidad de los “trámites” administrativos en cuyo ámbito el reglamento frecuentemente escindido de sus bases legales y constitucionales –sus “instructivos”, sus “aplicativos” y hasta los modelos estandarizados de informes, dictámenes, actos y contestaciones de demandas judiciales en lo contencioso administrativo– resulta soberano y deviene como único instrumento dotado de auténtica operatividad en el seno de la oficina pública. En este escenario, los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa son aún incomprendidos pues su utilidad y herramientas de aplicabilidad concreta en la administración todavía no son objeto de adecuada concientización y capacitación “in situ”. El cuadro se agrava por la ancestral pervivencia de un más que significativo cúmulo normativo y reglamentario ciertamente vetusto. Todo ello configura una situación de “ajenidad”: al operador le resultan absolutamente ajenos tanto los específicos usos del lenguaje en materia de derechos humanos cuanto las categorías, estándares, reglas y procedimientos mediante los cuales debiera operar el sistema.

25. CIDH, Caso Salvador Chiriboga, párrafo. 109, 113.

26. CIDH, Caso Salvador Chiriboga, Párrafo 74.

Ahora bien, en el entendido de que la declaratoria de utilidad pública es una facultad excepcional que tiene la administración, que está en la obligación de motivar adecuadamente las razones de *interés general, orden público o bien común* que se tuvieron en cuenta al emitir el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, la interpretación de tales causas debe ceñirse a las *justas exigencias* de una sociedad democrática que necesariamente *debe tener en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*.²⁷

La CIDH en su análisis deja en claro que tales conceptos (*interés general, orden público o bien común*) no son discrecionales, sino que se trata de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados que constituyen una limitación a la facultad discrecional de la administración sin que sea entendida esta como una facultad extra legal sino como el margen de decisión que tiene la administración.

Además, se evidencia que la CIDH pretende que también las autoridades administrativas velen porque sus decisiones se apeguen a la CADH. Al efecto, el profesor Gregorio Flax señala que:

todo funcionario público, sea este de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a la establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de las mismas.²⁸

Entonces volvemos al control de convencionalidad que nos pide la CIDH, tanto los jueces como las autoridades administrativas, quienes están en la obligación de velar por el efecto útil de la Convención dentro del territorio nacional. De allí la importancia de la difusión y análisis de las sentencias emitidas en contra del Estado Ecuatoriano.

Hacemos votos para que en el proceso de transformación institucional de la justicia se tomen también en consideración las condenas recibidas en contra del Ecuador por parte de la CIDH, como un elemento básico para una efectiva reestructura de la justicia nacional.

CONCLUSIONES

1. Es necesario que dentro del proceso de reforma a la justicia se difundan las condenas recibidas por parte del Ecuador dentro de la Corte Interamericana de

27. C IDH, Caso Salvador Chiriboga, Párrafo 75.

28. Gregorio Flax, "El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo", Susana Albanese, coord., *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 48.

Derechos Humanos, con la finalidad de prevenir que se vuelvan a cometer los mismos errores, principalmente por denegación de justicia.

2. El Control de Convencionalidad que pide la Corte IDH a los Estados miembros de la convención debe ser observado, debe efectuarse mediante la de verificación de que todas las actuaciones de las autoridades administrativas o judiciales se ajusten a los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre que, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el respeto, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos constituye una máxima.
3. Es necesario un Código de Procedimientos que logre fortalecer a la sede administrativa y luego dar certeza a los administrados y administradores en cuanto al trámite atinente a cada caso. La normativa dispersa en el Ecuador en torno al tema expropiatorio dio lugar a la condena del caso Salvador Chiriboga y preocupa que no se hayan tomado correctivos para evitar que se repitan casos similares.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006.
- Damsky, Isaac Augusto, *Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad*, conferencia dictada en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Guayaquil, 24 de octubre de 2013.
- Castilla, Karlos, *El control difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac Gregor, coord., *El control difuso de convencionalidad*, México, FUNDAp, 2012.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales Procesales*, San José, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2004, 3.^a ed.
- Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, n.º 2, S/L, 2009. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200005&script=sci_arttext>.
- Ramón Fernández, Tomás, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en Susana Albanese, coord., *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Pásara, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de DDHH en la administración de justicia*, Quito, Serie Constitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2012, 2.^a ed.

Zaidam, Salim, *Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2014
Fecha de aprobación: 30 de junio de 2014