

## Protección jurídica del patrimonio público

**El patrimonio cultural como derecho: el caso ecuatoriano**  
*Álvaro Mejía Salazar*

**La protección del patrimonio cultural en cinco elogiosas  
piezas jurisprudenciales de Argentina**  
*Isaac Damsky*

**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*

**La administración de los bienes minerales  
como fuerza motriz del desarrollo social**  
*Guilherme Lima de Moura Sales*

**Problemática jurídica en torno  
a la pérdida del conocimiento tradicional**  
*Ena Matos*

Revista del Área de Derecho  
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2014 • Número 21

*FORO, revista de Derecho* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

**DIRECTOR DEL ÁREA:** Dr. César Montaña Galarza.

**EDITOR DE LA REVISTA:** Dr. Ernesto Albán Gómez.

**COMITÉ EDITORIAL:** Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (†) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Dra. Eddy de la Guerra Zúñiga.

**COORDINADORA EDITORIAL:** Lcda. María José Ibarra González.

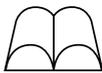
**SUPERVISOR EDITORIAL:** Jorge Ortega.

**CORRECCIÓN:** Fernando Balseca.

**DIAGRAMACIÓN:** Margarita Andrade R.

**CUBIERTA:** Raúl Yépez.

**IMPRESIÓN:** Ediciones Fausto Reinoso, Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 103, Quito.



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

*FORO* aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, y *PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

*FORO* es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

# FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
n.º 21 • I semestre 2014

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
<b>TEMA CENTRAL</b>	<b>PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO PÚBLICO</b>	
	El patrimonio cultural como derecho: el caso ecuatoriano <i>Álvaro Mejía Salazar</i>	5
	La protección del patrimonio cultural en cinco elogiosas piezas jurisprudenciales de Argentina <i>Isaac Damsky</i>	27
	El control de convencionalidad y la protección del derecho a la propiedad privada a partir de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador <i>María del Carmen Jácome</i>	45
	La administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social <i>Guilherme Lima de Moura Sales</i>	63
	Problemática jurídica en torno a la pérdida del conocimiento tradicional <i>Ena Matos</i>	97
<b>RECENSIONES</b>	César Montaña Galarza, Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, <i>Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica,</i> por <i>María José Ramírez Cardoso</i>	115
	Álvaro Renato Mejía Salazar, <i>Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo,</i> por <i>Daniel Felipe Dorado Torres</i>	121
	Holger Paúl Córdova, <i>Los derechos sin poder popular. Presente y futuro de la participación, comunicación e información,</i> por <i>Vicente Solano</i>	125
<b>JURISPRUDENCIA</b>	Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores <i>Santiago Machuca Lozano</i>	129
<b>SEMBLANZA</b>	El doctor Luis Toscano Soria, por <i>Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo</i>	147
	Colaboradores	149
	Normas para colaboradores	151

# FORO

## Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
n.º 21 • I semester 2014

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
<b>MAIN THEME</b>	<b>PUBLIC HERITAGE PROTECTION</b>	
	Cultural heritage as a right <i>Álvaro Mejía Salazar</i>	5
	Protection of cultural heritage in five judicial pieces of Argentina <i>Isaac Damsky</i>	27
	The compliance control and the protection of the right to private property based on the case law decision “Salvador Chiriboga v. Ecuador” <i>María del Carmen Jácome</i>	45
	The management of mineral assets as the driving force of social development <i>Guilherme Lima de Moura Sales</i>	63
	Legal issues surrounding the loss of traditional knowledge <i>Ena Matos</i>	97
<b>REVIEWS</b>	César Montaña Galarza, Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, <i>Ecuadorian municipal tax law: principles and practice,</i> <i>by María José Ramírez Cardoso</i>	115
	Álvaro Renato Mejía Salazar, <i>Legal remedies in the process and the contemporary procedure,</i> <i>by Daniel Felipe Dorado Torres</i>	121
	Holger Paúl Córdova, <i>The rights without people’s power.</i> <i>Present and future of participation, communication and information,</i> <i>by Vicente Solano</i>	125
<b>CASE LAW</b>	Analysis of the Decision n.º 001-10-SIN-CC, case n.º 0008-09-IN and 0011-09-IN about the Action of Unconstitutionality against the Mining Act and its aftereffects <i>Santiago Machuca Lozano</i>	129
<b>PROFILE</b>	Doctor Luis Toscano Soria, <i>by Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo</i>	147
	Collaborators	149
	Rules for Collaborators	151

## Editorial

*Este número de la Revista de Derecho FORO está destinado al estudio del régimen jurídico de la administración, gestión y protección del patrimonio público, entendido este como un concepto de Derecho público, mucho más amplio que el conjunto de bienes materiales e inmateriales, tangibles e intangibles de propiedad del Estado, que le fuere atribuido por el Derecho administrativo; abarca, pues, tanto recursos patrimoniales, derechos y acciones, cuanto conocimientos tradicionales y patrimonio histórico-cultural. El ámbito del denominado Derecho patrimonial ha estado restringido hasta nuestros días a una concepción delimitada como “patrimonio público”; y pese a ello, no se ha desarrollado doctrina especializada, aun respecto de los bienes cuya naturaleza pública no se discute.*

*Frente a este paradigma, la Revista FORO en esta entrega cumple dos cometidos; primero, difundir una nueva visión del contenido mínimo de esta rama del Derecho, que incluye tópicos tales como los conocimientos tradicionales como bien jurídico protegido del régimen administrativo, o la gestión del patrimonio público en calidad de derecho fundamental; y, segundo, analizar temas tradicionales como la gestión del recurso público a través de objetos concretos. El lector encontrará aquí cinco artículos académicos sobre diversas aristas del Derecho patrimonial, con particular énfasis tanto en el régimen jurídico local y comparado de administración y gestión como en jurisprudencia relevante.*

*Un primer eje de análisis se enfoca en el patrimonio histórico y cultural, abordado por Álvaro Mejía Salazar, quien lo define y describe, debate también sobre la diligente gestión del recurso y propone su consideración como un derecho para garantizar su efectiva protección; en el mismo eje, con una visión comparada, Isaac Augusto Damsky explica la protección del patrimonio cultural en la Argentina, a través de cinco piezas jurisprudenciales que desarrollan principios fundamentales de la materia.*

*El segundo eje versa sobre la conformación del patrimonio público; para el efecto, María del Carmen Jácome escribe acerca del derecho de propiedad de los particulares frente a la potestad de expropiación del Estado, el núcleo central del trabajo es el control de convencionalidad con ocasión de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*La administración y la gestión de los recursos patrimoniales naturales constituye el tercer eje, dentro del cual suscita particular interés la gestión del recurso minero; es así que Guilherme Lima de Moura Sales presenta un artículo innovador sobre la*

*administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social; tópico trascendente para la región y para el Ecuador en tiempo de cambios en la matriz productiva y energética.*

*Finalmente, el trabajo de Ena Matos Jaqui aborda la problemática jurídica de la pérdida del conocimiento tradicional; si bien este tema no ha sido abordado usualmente desde el Derecho patrimonial, ni del Derecho administrativo, dentro del nuevo marco jurídico en el Ecuador se considera a los conocimientos tradicionales y ancestrales como nuevos bienes jurídicos protegidos, cuya competencia corresponde al Estado.*

*De esta manera, la Revista de Derecho FORO presenta una nueva y amplia visión del Derecho patrimonial; sin desprenderse de sus contenidos mínimos tradicionales, hace eco de la necesidad de incorporar a los estudios en la materia diversos elementos de análisis conforme al paradigma constitucional garantista de derechos, dentro del cual el patrimonio público tiene un espacio de protección importante.*

*Ernesto Albán Gómez  
Editor*

## El patrimonio cultural como derecho: el caso ecuatoriano

*Álvaro R. Mejía Salazar\**

### RESUMEN

Cuando de derechos de la persona se trata, lo primero que nos suele venir a la mente es el derecho a la vida, a la libertad o a la igualdad, entre otros que poseen la categoría de fundamentales. Comúnmente la cultura y el patrimonio cultural no suelen ser tenidos por derechos; sin embargo, así como existe el derecho a gozar de una identidad jurídica, también existe el derecho a gozar de una identidad cultural. Este artículo se ocupa, precisamente, del estudio de la cultura y del patrimonio cultural en su dimensión de derecho humano. Se analiza el contenido del concepto patrimonio cultural, su inserción entre los derechos fundamentales y la manera en que debe ser tutelado, principalmente, por el Estado. Se examina también el caso ecuatoriano en lo que se refiere a legislación y gestión cultural, a fin de evaluar el tratamiento que este derecho ha recibido y recibe en el país.

**PALABRAS CLAVE:** patrimonio cultural, derechos culturales, legislación cultural ecuatoriana, gestión cultural ecuatoriana.

### ABSTRACT

When it comes to human rights, the first thoughts that come to mind are the rights to life, liberty or equality, among others, which possess the concept of being fundamental. Commonly, culture and heritage are not usually considered as rights; however, as well as there is the right to own legal identity, there is also the right to enjoy a cultural identity. This paper deals precisely with the study of culture and cultural heritage as a human right. Cultural heritage's meaning concept is analyzed, its enclosure between fundamental rights and the way that it should be protected, essentially by the State. The Ecuadorian case is also analyzed around their legislation and cultural management, in order to assess the treatment that this right has been received in the country.

**KEY WORDS:** cultural heritage, cultural rights, Ecuadorian cultural law, Ecuadorian cultural management.

FORO

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

## INTRODUCCIÓN

El avance del pensamiento humano, en general, y del pensamiento jurídico, en específico, ha conllevado al reconocimiento de ciertos derechos connaturales al ser humano que antes no eran tenidos como tales. En efecto, hasta hace una centuria no se consideraba que la cultura podía constituir un derecho de la persona y mucho menos que fuera de aquellos que ameritan una especial tutela de parte del Estado. Tampoco se consideraba que la cultura comportaba un patrimonio inmaterial que se fundía en la identidad misma de los pueblos, sino únicamente uno material representado a través de pinturas o las esculturas.

La actual comprensión de la cultura, y del patrimonio que ella genera, nos presenta conceptos mucho más amplios e inclusivos, y, por tanto, adecuados. Ya no entendemos la cultura no como una variable decorativa sino como uno de los derechos constitutivos de la dignidad de los seres humanos. Teniendo en cuenta que la cultura posee tan prominente categoría, su gestión deviene en un objetivo de naturaleza pública, en una de las obligaciones de las cuales el Estado no se puede desarraigar.

En la presente investigación pretendemos estudiar detenidamente las ideas que de manera tan resumida acabamos de esbozar. Así, analizamos la evolución de los conceptos cultura y patrimonio cultural, hasta arribar a su máximo desarrollo como derecho humano. Exponemos también el fundamental rol que ha de cumplir el Estado como principal sujeto pasivo de la protección y difusión de la cultura. Llegados a este punto, y para finalizar, evaluaremos el caso ecuatoriano con el fin de constatar cuál es la medida en la que la cultura y el patrimonio cultural, entendidos como derechos, han sido y son reconocidos y tutelados.

## CONCEPTUACIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL

El concepto *patrimonio cultural* surge durante el siglo XVIII, mas no como lo comprendemos hoy en día, sino como una variable propia de los gustos coleccionistas dieciochescos. Es durante el siglo XIX cuando se lo empieza a utilizar para identificar a aquellos bienes monumentales y artísticos de tiempos pasados que, dado su valor intrínseco o extrínseco, merecían conservación y protección estatal.<sup>1</sup> Esta noción de patrimonio cultural fue un buen punto de origen para el correcto entendimiento del concepto, sin embargo, resultaba limitada. En efecto, restringir el patrimonio cultural

---

1. María Ángeles Querol, *Gestión del patrimonio cultural*, Madrid, Akal, 2010, p. 20.

a lo monumental o a lo netamente artístico comportaba dejar por fuera muchas otras manifestaciones culturales que al igual que los monumentos, las esculturas o las pinturas, constituyen “la forma particular de vida de un pueblo o de un período”.<sup>2</sup>

Llegados al siglo XX y frente a las calamidades que trajeron consigo las dos guerras mundiales, el concierto internacional se preocupó, entre otros importantes temas, por la protección de la cultura. A partir de esta época fue mutando la valoración del concepto patrimonio cultural, y pasó, de identificarse únicamente con bienes artísticos, a identificarse con “aquellos modelos o patrones mediante los cuales una sociedad regula el comportamiento de las personas que la integran”.<sup>3</sup> De esta manera el concepto de patrimonio cultural pasó a comprender, además de las artes, también las costumbres, prácticas, códigos, reglas, dialectos, vestimenta, religión, normas de comportamiento, alimentos, rituales, es decir, todo elemento que define a un grupo social como tal y lo diferencia de otro.

Este contenido del concepto patrimonio cultural, ciertamente influenciado por la antropología, fue el resultado de un dilatado proceso de evolución tanto en la doctrina, como en los instrumentos internacionales que lo fueron regulando. Conviene referirnos a esta evolución, sobre todo desde la perspectiva normativa, a fin de entender el derrotero transitado por el concepto hasta arribar a su actual comprensión. El primer acuerdo internacional respecto al patrimonio cultural fue la Carta de Atenas de 1931, la cual, siguiendo el modelo decimonónico, se refiere a la protección del patrimonio histórico, artístico, científico y arqueológico. Sin embargo, en esta Carta se introduce la “protección de los testimonios de todas las civilizaciones”, particular que demuestra cierto adelanto en el concepto, pues “los testimonios” rebasan lo puramente artístico hacia lo cotidiano.

De 1954 data la Convención de la Haya sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. Si bien el nombre de esta Convención nos hace intuir un avance en el concepto, en virtud de la utilización de la fórmula genérica “bien cultural”, debemos advertir que los postulados de la Convención se alinean con los criterios clásicos de lo que representa el patrimonio cultural. Así, el artículo uno de la Convención de la Haya considera como patrimonio cultural a:

Los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos históricos, artísticos o arqueológicos, las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.

---

2. Pilar García, *Patrimonio cultural, conceptos básicos*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011, p. 14.

3. *Ibid.*, p. 15.

Según apreciamos, siguiendo criterios ortodoxos, la Convención dejó por fuera importantes contenidos del patrimonio cultural.

En 1972, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –en adelante Unesco– celebrada en París, expidió la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. En este instrumento se mantuvo el carácter monumental, artístico y arqueológico del patrimonio cultural. En efecto, el artículo uno de la Convención consideró patrimonio cultural a:

los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Es solo en 1982, año en el cual se emitió la Declaración de México sobre las Políticas Culturales –con motivo de la Conferencia General de la Unesco–, que en los instrumentos internacionales se define de una manera integral lo que representa el patrimonio cultural. En efecto, el principio regulador de las políticas culturales número veinte y tres de la Declaración dispone:

El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan un sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas.

La definición de la Declaración de México nos presenta al patrimonio cultural como el conjunto de los distintos elementos que componen la identidad de un pueblo; definición inclusiva que superó las, hasta cierto punto, elitistas concepciones clásicas vigentes hasta los años setenta del siglo XX en los instrumentos internacionales. Entendido de esta manera amplia, resulta evidente que el patrimonio cultural constituye una construcción social dinámica. Esto quiere decir, como bien señala Llorenç Prats, que no existe una idea estática o absoluta de lo que representa el patrimonio cultural, que no existe en la naturaleza, que no es algo dado, ni siquiera un fenómeno social universal, sino uno particularizado y hasta cierto punto, subjetivo.<sup>4</sup> Ahora bien, dado

---

4. Llorenç Prats, *Antropología y patrimonio*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 15.

lo amplio del contenido del concepto que hemos expuesto, es necesario puntualizar que no toda manifestación sensible puede considerarse como cultura y mucho menos como parte del patrimonio cultural. La aceptación y apreciación generalizada del grupo social o de una parte representativa del mismo es lo que determina si tal o cual categoría puede considerarse parte de la cultura, mientras que su trascendencia y valoración determina su pertenencia al patrimonio cultural.

Según anotamos, la comprensión del patrimonio cultural es dinámica, al igual que lo son los contenidos del concepto. En lo que va del siglo XXI han ido apareciendo o se han ido consolidando nuevas categorías relacionadas con el patrimonio cultural. Nos referimos a los *paisajes culturales*, al *espacio cultural*, al *patrimonio industrial* y al *patrimonio moderno* –siglos XIX, XX y XXI–.<sup>5</sup> Entendemos por paisajes culturales al medio físico que reúne un conjunto de elementos y condiciones necesarias y determinantes en la generación o desarrollo de una manifestación cultural. Los espacios culturales, enunciados por la Unesco en la Proclamación del 18 de mayo de 2001, constituyen los lugares que concentran actividades culturales populares y tradicionales vinculadas a una temporalidad. El patrimonio industrial se refiere a aquellos bienes muebles e inmuebles, pero también a los conocimientos, que han generado una cultura industrial con valor histórico, tecnológico, social o científico. Si bien durante siglos el hombre produjo esculturas hoy produce máquinas, las cuales testimonian toda una era en el desarrollo de nuestra especie. Finalmente, el patrimonio moderno (siglos XIX, XX y XXI) surge por la necesidad de comprender que los bienes que el día de hoy nos resultan en entero comunes poseen un valor medible de diferente manera en el futuro. Lo icónico y lo cotidiano de nuestra época constituye también parte del patrimonio cultural.<sup>6</sup> Todas estas nuevas categorías desarrollan metacomprendiones de lo que representa el patrimonio cultural y se encuentran enfocadas a facilitar la gestión del mismo. De allí que resulta innegable su incorporación a la conceptualización del patrimonio cultural.

## EL DERECHO DE LAS PERSONAS AL GOCE DEL PATRIMONIO CULTURAL

Como bien sostuvo Aristóteles, el ser humano es por naturaleza un ser social. Es en el grupo social donde hombres y mujeres se desarrollan a plenitud, tanto en lo espiritual como en lo material. Esta circunstancia genera ligámenes entre la persona y el grupo humano al cual pertenece, siendo uno de los principales aquel que involucra

---

5. Edna Hernández González, “Sobre patrimonio cultural y participación ciudadana”, en Francisco Ollero, coord., *Patrimonio cultural, identidad y ciudadanía*, Quito, Abya-Yala, 2010, pp. 182-183.

6. *Ibid.*

culturalmente al individuo. A este nexo fundamental se lo denomina *identidad cultural*, que no es sino el sentimiento de pertenencia a una sociedad y el reconocimiento propio en una serie de tradiciones, creencias, valores y actitudes, que encuentran su representación en una gama de símbolos diversos.<sup>7</sup>

En efecto, mientras la identidad jurídica constituye el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad, la identidad cultural la permite comprenderse como un miembro más del ella. El gozar de ambas identidades resulta imprescindible para el correcto desarrollo vital del ser humano; el ser considerado como sujeto de derechos es tan importante dentro de la sociedad como el poder practicar las costumbres propias, creencias, modo de vida, sentido estético, lengua, etc. Por ello el acceso, el goce y la participación en la cultura y en el patrimonio cultural es fundamental para la dignidad humana, “por ello forma parte integrante de los derechos humanos y debe interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia”.<sup>8</sup>

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>9</sup> en su artículo veintisiete expresamente dispone que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Según apreciamos, el concierto internacional ha considerado que para el ser humano la cultura es tan importante como la libertad, la igualdad o el acceso a la justicia. Esto podría parecer desmesurado; sin embargo, debe considerarse que la sensibilidad humana, base de la cultura, es un atributo tan connatural a nuestra especie como lo es la libertad o la igualdad. De esta forma lo han entendido los Estados y se lo ha consagrado con carácter de universal.

Del reconocimiento realizado por la Declaración de los Derechos Humanos surgen los denominados derechos culturales, que forman parte de los denominados derechos humanos de segunda generación.<sup>10</sup> Los derechos culturales fueron promovidos para garantizar que las personas y las comunidades tengan acceso a la cultura y al patri-

---

7. Alfonso Moure Romanillo, *Patrimonio cultural y patrimonio natural: una reserva de futuro*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, p. 65.

8. Grupo de Friburgo-Unesco, *Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales*, artículo 1. Disponible en <[http://www.culturalrights.net/descargas/drets\\_culturals239.pdf](http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf)>.

9. Adoptada por la Asamblea General de la de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, París.

10. Como sabemos, en razón de su reconocimiento histórico progresivo, se han identificado varias generaciones de derechos, donde la primera generación corresponde a los derechos civiles y políticos, la segunda a los derechos sociales colectivos y culturales, la tercera al derecho de los pueblos y de la solidaridad. Algunos pensadores han identificado hasta tres generaciones adicionales, relacionadas con los avances de la ciencia y la tecnología. Cfr. Magdalena Aguilar Cuevas, “Las tres generaciones de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos*, n.º 30, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1998, pp. 93-99.

monio cultural, así como para garantizar la participación en aquellas manifestaciones culturales que sean de su elección. Como bien señala Aguilar Esquivel, “son fundamentalmente derechos para asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación. Son derechos referidos a cuestiones como la lengua; la producción cultural y artística; la participación en la cultura; el patrimonio cultural; los derechos de autor; las minorías y el acceso a la cultura, entre otros”.<sup>11</sup>

Los derechos culturales poseen un destinatario principal e indiscutido: el ser humano. Con los derechos culturales no se pretende que las costumbres, las creencias, los idiomas, los saberes, las artes, las tradiciones o los modos de vida, sean reconocidos como sujetos de derechos. Todas estas manifestaciones son ponderadas y protegidas en la medida en que el ser humano posee, como parte de su dignidad, el derecho a acceder, gozar y participar de las mismas. Es únicamente en función de garantizar el debido ejercicio del derecho humano a la cultura que se ha desarrollado un conjunto de normas que van a reconocer o constituir una serie de derechos conexos, al servicio de aquel derecho fundamental. Existen, consecuentemente, dos grandes categorías dentro de los derechos culturales: aquellos que se refieren al derecho humano, su reconocimiento, garantía y ejercicio; y aquellos que se refieren a la cultura y al patrimonio cultural propiamente dichos, su protección, desarrollo y difusión.

## LA GESTIÓN PÚBLICA DEL DERECHO A LA CULTURA

Según acabamos de señalar, el derecho a la cultura posee un titular: el ser humano; y una materia: la cultura. De la misma forma que el derecho de los seres humanos debe ser reconocido y su ejercicio garantizado, así también la materia de tal derecho debe ser debidamente tutelada, pues sin aquella el derecho humano carecería de contenido. De allí la importancia de la protección, el desarrollo y la difusión de la cultura y del patrimonio cultural, particular que es materia de los derechos conexos a los que nos hemos referido en el acápite anterior y que comúnmente se los entiende comprendidos dentro de los derechos culturales.

Ahora bien, cabe preguntarse quién es el responsable de tutelar las distintas manifestaciones que conforman el patrimonio cultural de un pueblo. Si bien esta actividad corresponde a todos los seres humanos como miembros de una misma especie, bajo

---

11. Adán Aguilar Esquivel, “Cultura y derechos humanos”, en *Revista ISTMO*, México, Universidad Panamericana, 2012. Disponible en <<http://istmo.mx/2012/09/cultura-y-derechos-humanos/>>.

los criterios de participación y solidaridad,<sup>12</sup> es claro que el Estado posee un rol protagónico en la promoción y salvaguardia del derecho a la cultura, pues constituye una de sus obligaciones como administrador del grupo humano políticamente organizado. Las acciones de los estados respecto de la cultura y del patrimonio cultural están dirigidas hacia lo jurídico y hacia las políticas públicas.

En cuanto a lo jurídico, los Estados son responsables de dotar de un marco normativo adecuado para la protección de la cultura y del patrimonio cultural, entendido en su dimensión completa. De allí que no solo se han de proteger jurídicamente a monumentos, obras de arte u otros objetos, sino también costumbres, lenguajes, ritos, formas de vida, es decir, a los bienes culturales inmateriales. Cabe señalar que la normativa no ha de limitarse a la protección, sino también al desarrollo y difusión de la cultura y del patrimonio cultural, pues no basta con que se los conserve; es necesario su fomento y promoción. En este mismo sentido, la normativa también ha de asegurar el libre acceso y participación de las personas a las distintas manifestaciones culturales. Únicamente el cumplimiento de estos tres objetivos –protección, desarrollo y libre acceso– hará de la normativa un medio eficaz para la concreción del derecho humano a la cultura, desde la perspectiva jurídica, claro está.

Los legisladores de los distintos Estados han tenido en la normativa internacional a importantes referentes para la elaboración de las leyes o reglamentos locales respecto de esta materia. El principal ente internacional que ha dedicado sus esfuerzos a la regulación normativa de los derechos culturales es la Unesco,<sup>13</sup> a través de los convenios y sus recomendaciones. Los convenios implican, por parte de los Estados que se hubieren adherido a ellos o los han ratificado, el compromiso de respetar sus disposiciones. Las recomendaciones adoptadas por la Conferencia General de la Unesco no tienen ese carácter obligatorio y son únicamente guías o lineamientos para los Estados miembros respecto de medidas necesarias encaminadas a darles cumplimiento dentro del marco de cada legislación nacional.<sup>14</sup> Las regulaciones vinculantes y no vinculantes de la Unesco han venido evolucionando y sintonizándose con el avance que ha experimentado el concepto de patrimonio cultural a lo largo del tiempo. Desde la

---

12. Así se lo ha entendido en la Declaración de Friburgo, la cual expresamente señala: “La Declaración se dirige a todas las personas que quieran adherirse a ella, sea a título personal o institucional”. Es decir, los derechos culturales poseen por destinatario tanto como sujeto activo, cuanto como sujeto pasivo al ser humano.

13. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Unesco por sus siglas en idioma inglés, es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Se fundó el 16 de noviembre de 1945, con el objetivo de contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones. La constitución firmada ese día entró en vigor el 4 de noviembre de 1946. La Unesco cuenta con 195 Estados miembros –entre ellos Ecuador– y 8 miembros asociados. Cf. <http://www.unesco.org/new/es/unesco/about-us/>.

14. Vid. Unesco, *La protección del patrimonio cultural de la humanidad*, Paris, Imprimeries Oberthur, 1969, pp. 11 y ss.

Convención internacional relativa a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, hasta la Declaración de Friburgo de 2007, no solo existe una considerable distancia cronológica, sino, y por sobre todo, una importante distancia de entendimiento del patrimonio cultural: el paso de lo monumental y artístico a las distintas manifestaciones que conforman la identidad de un pueblo.

Ahora bien, no basta con que los Estados posean leyes o reglamentos respecto de los derechos culturales. Resulta fundamental que tales regulaciones se vean concretadas a través de políticas públicas. Como bien sostiene Gonzalo Castellanos, “las políticas públicas, en lo que se refiere a la cultura, deben articular propuestas programáticas y fines con plazos determinados, una estructura de funciones administrativas en todos los niveles por territorios e instituciones”.<sup>15</sup> Es claro que desde la administración pública la cultura amerita similar tratamiento al que reciben otros derechos humanos tales como la salud o la educación –en su propia dimensión, claro está, jamás se pretenderá equiparar los presupuestos por ejemplo–, en tanto son actividades de las cuales no se puede desvincular el Estado.

El contar con una planificación pública respecto a la gestión cultural es el primer paso que los Estados deben afrontar. De esta forma será posible contar con una agenda de labores y metas públicas encaminadas a la protección, desarrollo y difusión del patrimonio cultural y de la cultura en general. Se genera de esta forma la necesidad de contar con ejecutores de las políticas públicas de gestión cultural. Los entes públicos encargados de la cosa cultural deberán ser tanto centralizados –aquellas instituciones conformantes del poder central, cuya acción tiene una competencia nacional– como descentralizados –gobiernos locales, a quienes corresponde de manera más directa el cuidado del patrimonio cultural endémico–, pues la adecuada administración pública de esta materia no puede entenderse si se la restringe un único órgano nacional.

Además de una agenda programática y de las instituciones públicas competentes, resulta imprescindible otro elemento: el financiamiento. La gestión pública de la cultura debe acompañarse de la asignación de recursos económicos públicos, particular que no ha de considerarse como un gasto, sino como una inversión social. De allí que los presupuestos públicos para el sector cultural no han de representar ni sobrantes ni minucias. Los fondos destinados a la cultura, si bien no podrán equipararse a los que recibe la salud o la educación, deberán ser suficientes para la adecuada tutela del derecho humano a la cultura de los ciudadanos.

---

15. Gonzalo Castellanos, *Patrimonio cultural: integración y desarrollo en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 57.

## LA GESTIÓN PÚBLICA DEL DERECHO A LA CULTURA EN EL ECUADOR

### LEGISLACIÓN SOBRE CULTURA Y PATRIMONIO CULTURAL EN EL ECUADOR

#### Evolución constitucional

Desde nuestra primera Constitución –Riobamba, 1830– se garantizó la libertad de opinión y expresión.<sup>16</sup> En la Constitución de 1835 se consagró como una garantía de los ecuatorianos el respeto a la propiedad intelectual.<sup>17</sup> La Constitución de 1906 introdujo la libertad de educación y la enseñanza “primaria, de artes y oficios” gratuita a cargo del Estado.<sup>18</sup> Es solo en 1945 que el legislador dotó a la cultura de un contenido constitucional autónomo, a través de la sección tercera, del título décimo tercero “de las garantías fundamentales”, a la que se denominó “De la educación y la cultura”. Se garantizó la libertad de creación artística y la obligación estatal de difundir y apoyar las obras de las asociaciones culturales. Adicionalmente, se dispuso que “toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado”. Como medio de concreción de este postulado se ordenó la organización de “un registro de la riqueza artística e histórica”, asegurando “su celosa custodia” y atención “a su perfecta conservación”.<sup>19</sup>

En la Constitución de 1946 se eliminó el acápite dedicado a la cultura como garantía o derecho fundamental. No obstante, en esta carta magna existen algunos contenidos interesantes respecto al derecho a la cultura. El artículo seis dispone que para la defensa de sus fines, entre otros los culturales, el Ecuador colaborará con otros países, especialmente los iberoamericanos dados los lazos existentes “nacidos de la identidad de origen y cultura”. Por su parte, el literal c, del artículo ciento setenta y cuatro establece como deber del Estado el “propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino”. La Constitución de 1967 es la primera en consagrar el derecho a la cultura de manera amplia, sin las limitaciones decimonónicas que habían imperado; su artículo veinticuatro dispone: “el Estado garantiza a los habitantes el libre acceso

---

16. Art. 64.

17. Art. 99.

18. Art. 16.

19. Arts. 144 y 145.

a la cultura”. Este mandato es confirmado por el artículo veintiocho numeral seis. En cuanto a la población indígena, esta Constitución garantizó el respeto de la cultura indígena, disponiendo que en aquellos sectores de población mayoritariamente indígena se deba utilizar, “además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional”.<sup>20</sup> Respecto al patrimonio cultural, la Constitución ordenó que “la riqueza artística y la arqueológica, igual que los documentos fundamentales para la historia del país, sean quienes fueran sus dueños, constituyan patrimonio cultural de la nación y estén bajo el control del Estado, el cual podría prohibir o reglamentar su enajenación o exportación y decretar las expropiaciones que estimare oportunas para su defensa, con arreglo a la ley”.<sup>21</sup>

La Constitución de 1978, sensible a la evolución del pensamiento jurídico respecto a la cultura, dispuso que, si bien el español era la lengua oficial, el quichua y demás lenguas aborígenes formaban parte de la cultura nacional.<sup>22</sup> El promover la cultura, de ser uno de tantos fines del Estado, pasó a ser una de sus funciones primordiales.<sup>23</sup> Así mismo, la cultura retomó su tratamiento específico a través de una sección –tercera del título II–. Se confirmó el derecho de las personas a participar en la vida cultural de la comunidad y el deber estatal de promover “la cultura, la creación artística y la investigación científica y vela[r] por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación”.<sup>24</sup>

La Constitución de 1998 comporta un hito fundamental en cuanto al tratamiento de la cultura en las cartas magnas nacionales –al igual que ocurrió con muchos otros temas–. Se reconoció al Ecuador como un Estado diverso en cuanto a culturas –pluriculturalidad–.<sup>25</sup> Se confirmó como fines primordiales del Estado la defensa del patrimonio cultural del país y la promoción del progreso cultural de sus habitantes,<sup>26</sup> el derecho a la libre participación de persona en la vida cultural de la comunidad<sup>27</sup> y la obligación del Estado de velar por los bienes pertenecientes al patrimonio cultural.<sup>28</sup> Colocando al Ecuador a tono con el desarrollo “generacional” del Derecho, se previó el capítulo cuarto del título tercero –De los derechos, garantías y deberes– a la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales. En la sección séptima de dicho capítulo, se trata en específico sobre los derechos culturales; se reconoce que

---

20. Art. 38.

21. Art. 58.

22. Art. 1.

23. Art. 2.

24. Art. 26.

25. Preámbulo, art. 1.

26. Art. 3.3 y 3.5.

27. Art. 23.22.

28. Art. 64.

“la cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad”; se dispone la obligación del Estado de promover y estimular la cultura, de establecer políticas permanentes de “conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica”. Resulta importante el contenido final del artículo sesenta y dos, el cual dispone que “el Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”.

La Constitución de 2008 mutó el concepto de pluriculturalidad por el de interculturalidad,<sup>29</sup> particular que no deja de ser importante dada la naturaleza más inclusiva del nuevo concepto. También consagra la no discriminación de las personas por su identidad cultural,<sup>30</sup> el derecho a la construcción y mantenimiento:

de la propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.<sup>31</sup>

Amplios son los contenidos del derecho a la cultura actualmente reconocidos por la Constitución, los cuales no son sino los mismos contenidos que el concierto internacional ha comprendido que pertenecen al derecho humano. Y es que únicamente sobre la base de la libertad, el respecto a la diversidad y la igualdad se puede considerar como tutelado el derecho a la cultura y al patrimonio cultural.

## **Evolución legal y normativa**

Existen varios hitos en la historia legislativa ecuatoriana en lo que a derechos culturales se refiere. Podemos iniciar nuestra exposición sobre este punto refiriéndonos al *Modus Vivendi*, suscrito el 24 de julio de 1937 entre el Ecuador y la Santa Sede. El principal objetivo de este acuerdo fue el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre los dos estados. Varios temas se regularon a través del *Modus Vivendi*, uno de ellos se refirió a la protección del patrimonio cultural perteneciente a la Iglesia. En virtud del artículo octavo de este instrumento, se estableció que cada Diócesis debía

---

29. Art. 1.

30. Art. 11. 2.

31. Art. 21.

conformar una comisión para la conservación de iglesias y locales eclesiásticos que fueren declarados estatalmente como monumentos de arte, y para el cuidado de antigüedades, cuadros, documentos y libros de valor histórico. Según apreciamos, esta normativa se encontró influenciada por la concepción clásica del patrimonio cultural, lo cual no es de sorprender dada la época a la que corresponde.

El 9 de agosto de 1944, el presidente José María Velasco Ibarra suscribió el decreto ejecutivo número 707 a través del cual se creó la Casa de la Cultura Ecuatoriana, con el objeto de que tal institución dirigiera “la cultura con espíritu esencialmente nacional, en todos los aspectos posibles a fin de crear y robustecer el pensamiento científico, económico, jurídico y la sensibilidad artística de la colectividad ecuatoriana”. Resulta relevante que la visión de una *casa de la cultura* rebasaba la visión clásica del patrimonio cultural, arribando a una comprensión mucho más amplia del concepto. La creación de la Casa de la Cultura, conjuntamente con las importantes actividades que habían desarrollado en favor de la cultura e historia personajes de la talla de Jacinto Jijón Caamaño, Carlos Manuel Larrea, José Gabriel Navarro o José María Vargas, motivaron el apareamiento, en 1945, de la Ley de Patrimonio Artístico.<sup>32</sup> Esta ley buscó la protección de objetos arqueológicos, construcciones prehispánicas; objetos de arte, construcciones y monumentos coloniales; y, en general, los bienes con mérito artístico o valor histórico. Para que estos bienes fueran considerados parte integrante del patrimonio artístico nacional debían ser declarados como tal por la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Esta institución también autorizaba la restauración de bienes del patrimonio artístico nacional. La Ley castigaba con multa “la incuria en la conservación de obras de arte pertenecientes al Patrimonio Artístico Nacional, y la indolencia en denunciar a la Casa de la Cultura la necesidad de efectuar reparaciones para la indispensable conservación y protección de las mismas”.<sup>33</sup>

Resulta muy importante señalar que la Ley de Patrimonio Cultural, si bien contenía postulados típicamente clásicos respecto al patrimonio cultural y su protección, también previó mandatos muy avanzados para la época en la que fue expedido respecto a la comprensión más amplia de cultura. La ley derogó las disposiciones legales que prohibían las fiestas indígenas tradicionales celebradas por comunidades o anejos, y promovió el mantenimiento de las tradiciones y folclore nacional.<sup>34</sup> De esta forma se superó la concepción meramente monumental hacia las manifestaciones inmateriales de cultura de un sector tan rico como el indígena.<sup>35</sup>

---

32. Registro Oficial n.º 235, de 14 de marzo de 1945.

33. Ley de Patrimonio Artístico, art. 9.

34. Ley de Patrimonio Artístico, arts. 18 y 19.

35. Este avance obedeció a la influencia del *indigenismo*, corriente de pensamiento mestiza que vindicaba al indio, luego de siglos de marginación. Ahora bien, sobre esta corriente de pensamiento es necesario recordar que,

En 1973, bajo la administración de Guillermo Rodríguez Lara, se emitió la primera Ley Nacional de Cultura del Ecuador.<sup>36</sup> Interesante resulta el considerando cuarto de esta Ley que reza: “que los cambios y reformas estructurales en que se halla empelado el Gobierno nacionalista Revolucionario exigen la integración, democratización y difusión de la cultura”. Haciendo a un lado el régimen político coyuntural, las ideas de integrar, democratizar y difundir la cultura resultan del todo loables. Por lo demás, la Ley reguló orgánicamente a la Casa de la Cultura y al Consejo Nacional de Cultura –institución que se mantiene hasta la actualidad como uno de los más fructíferos centros de gestión y difusión de la cultura ecuatoriana–. En general, esta Ley aportó al fortalecimiento institucional público de la gestión cultural.

En 1978 se creó el Instituto de Patrimonio Cultural con personería jurídica propia, aun cuando adscrito a la Casa de la Cultura Ecuatoriana, que reemplazó a la Dirección de Patrimonio Artístico.<sup>37</sup> De igual manera, en 1979, se emitió la Ley de Patrimonio Cultural,<sup>38</sup> con el afán de reemplazar a la “inadecuada y desactualizada” Ley de Patrimonio Artístico de 1945. La Ley de Patrimonio Cultural reguló temas orgánicos del Instituto de Patrimonio Cultural –creado un año antes, otorgándole competencias que antes pertenecían a la Casa de la Cultura Ecuatoriana, tales como la declaratoria de un bien como perteneciente al patrimonio cultural nacional o las autorizaciones de movilización y restauración de tales bienes. Respecto a manifestaciones culturales no monumentales, la Ley dispuso la protección de la cultura indígena, sus costumbres, lenguaje, artesanías, técnicas artísticas, musicales, religiosas o rituales. Es relevante mencionar que la Ley de Patrimonio Cultural de 1979 no se refirió únicamente a los indígenas, sino también al resto de grupos étnicos culturalmente homogéneos –en los cuales podemos entender a los afrodescendientes, a los montubios y otros grupos mestizos–, con el fin de resguardar y conservar las expresiones folclóricas, musicales, coreográficas, religiosas, literarias o lingüísticas de aquellos grupos. La Ley de Patrimonio Cultural fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo 2733, de 9 de julio de 1984.<sup>39</sup>

En 2004, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional expidió la Codificación de la Ley de Cultura, la cual derogó la Ley Nacional de Cultura y sus

---

lejos de aprovechar la oportunidad histórica que poseyó para vencer traumas y lograr el hermanamiento de las distintas étnicas que habitamos el Ecuador, mediante la valorización de las mismas –con el indigenado como eje central–, enarbó un discurso de denuncia rencorosa y de reivindicación beligerante, lo cual lejos de cooperar para el fortalecimiento de una identidad ecuatoriana plenamente consciente y orgullosa de su mestizaje, exacerbó sectarismos e incluso revanchismos.

36. Registro Oficial n.º 257, de 1 de marzo de 1973.

37. Registro Oficial n.º 618, de 29 de junio de 1978.

38. Registro Oficial n.º 865, de 2 de julio de 1979.

39. Registro Oficial n.º 787, de 16 de julio de 1984.

reformas.<sup>40</sup> La codificación, al igual que lo hacía la normativa derogada, regula orgánicamente al Consejo Nacional de Cultura. Contenido importante de la codificación es la creación del Fondo Nacional de la Cultura –Foncultura–, para financiar la ejecución de proyectos culturales de interés nacional o regional, debidamente calificados por el Consejo Nacional de Cultura, a través de su Comité Ejecutivo.<sup>41</sup> Llama la atención, valga señalar, que esta Ley de 2004 se mantiene regulada con un reglamento emitido en 1986 y cuya última reforma fue en 1991.<sup>42</sup> También durante el año 2004, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional expidió la Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural. Consta regulado, a través de esta codificación, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, lo relativo a los bienes patrimoniales, su protección y conservación, es decir, se mantienen los contenidos de la anterior versión de la Ley. El reglamento a esta Ley fue expedido durante el año 1984 y su última reforma data del 2007.<sup>43</sup>

En la actualidad se encuentran vigentes tanto la Codificación de la Ley de Cultura, su reglamento, la Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural y su reglamento; normas todas estas a las que nos acabamos de referir. Estas normas, según hemos señalado, son de naturaleza organizativa institucional, contienen los regímenes orgánicos y los entes públicos destinados a la gestión cultural. De igual manera, estas normas poseen la regulación básica respecto a los bienes que conforman el patrimonio cultural, desde una perspectiva monumental, artística y arqueológica, es decir, desde una perspectiva clásica. También regulan, aun cuando de manera evidentemente insuficiente, las otras manifestaciones humanas que conforman la cultura del pueblo ecuatoriano. En general, en lo que se refiere a la concreción del derecho a la cultura y al goce del patrimonio cultural, las previsiones directas resultan inexistentes. Es solo de manera indirecta que este derecho se desarrolla en la legislación ecuatoriana, conforme hemos podido comprobar.

Para finalizar vale señalar que en el año 2009 se envió a la Asamblea Nacional un proyecto de nueva Ley de Cultura –posteriormente denominada Ley Orgánica de Culturas–.<sup>44</sup> Este proyecto ciertamente posee avances en lo que se refiere al reconocimiento y concreción del derecho a la cultura y al goce del patrimonio cultural, sintonizándose de mejor manera con la actual comprensión que de tales derechos poseen el concierto internacional y con nuestro avance constitucional sobre la materia. El artículo diez del proyecto reconoce los derechos culturales como inherentes a la dignidad humana, formando parte de los derechos humanos fundamentales y debiendo interpretárselos según

---

40. La Ley Nacional de Cultura fue codificada mediante Acuerdo Ministerial n.º 5489, publicada en el Registro Oficial n.º 647, de 26 de septiembre de 1974 y las reformas contenidas en el Decreto Supremo n.º 3166, publicado en el Registro Oficial n.º 762 de 30 de enero de 1979.

41. Codificación de la Ley de Cultura, art. 47.

42. Registro Oficial n.º 449, de 3 de junio de 1986.

43. Registro Oficial n.º 787, de 16 de julio de 1984.

44. Presidencia de la República, Oficio n.º T.4744-SGJ-09-2108, de 14 de septiembre de 2009.

los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Estos contenidos se corresponden con los de la Declaración de Friburgo –a la que nos hemos referido con anterioridad–, los cuales no hacen sino desarrollar el reconocimiento que hiciera la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo once del proyecto, por su parte, consagra el derecho personal a la construcción de la propia identidad cultural y a la libertad de opción de la identidad cultural. Relevante también es el artículo catorce, el cual reconoce que todas las personas tienen derecho a construir, mantener y conocer su memoria social, patrimonio e identidad cultural, reconociéndose igualmente el derecho a acceder al patrimonio artístico y cultural de la nación.

Respecto del patrimonio cultural, el proyecto lo define como “el soporte de la memoria social y debe entenderse como el conjunto de bienes materiales e inmateriales que las sociedades consideran representativos de su cultura en un momento histórico determinado”, y, a su vez, define a la memoria social como “las interpretaciones, re significaciones y representaciones que hacen las personas, colectivos, pueblos y nacionalidades desde su vida presente y futura a partir de su experiencia histórica y cultural”. En cuanto a los bienes que específicamente corresponden al patrimonio cultural se amplían los objetos incluyendo a aquellos soportes que ha desarrollado la ciencia y tecnología –artículo veintisiete–. Adicionalmente, se crea una categoría de bienes protegidos denominada “bienes culturales de especial relevancia histórica o social del Ecuador” –artículo veintinueve–. Si bien existe un interesante modelo de gestión cultural, el proyecto prevé la creación de un enorme aparataje público para la administración de la cultura. En efecto, el Sistema Nacional de Cultura lo conforman no menos de seis institutos, siete consejos consultivos, cinco centros nacionales y varios organismos menores. Ha de considerarse que el incremento de entidades públicas –característica por antonomasia de la actual administración central y legislatura– no garantiza ni la correcta ni la eficiente gestión de la cosa pública.

En lo que hace relación con el reconocimiento y concreción del derecho humano a la cultura y acceso al patrimonio cultural, es evidente los avances del proyecto de Ley de Cultura –Ley Orgánica de Culturas–. Sin embargo, el contar un marco legal adecuado no es suficiente, ha de aplicárselo en debida forma.

## **POLÍTICAS CULTURALES PÚBLICAS EN EL ECUADOR**

El presidente Gabriel García Moreno fue el primer mandatario ecuatoriano que comprendió que la cultura constituía una materia de interés público. Además de ocuparse de la educación –donde alcanzó logros importantísimos, aún no reconocidos–, el presidente García Moreno impulsó la cultura a través de la creación de la Escuela

de Bellas Artes en 1873.<sup>45</sup> Con ocasión de tal fundación, el presidente concedió una beca al ya reputado pintor Rafael Salas Estrada –hijo del gran Antonio Salas–, para que perfeccionase su arte en Francia e Italia. A su regreso, Salas impartió clases y dirigió la Escuela de Bellas Artes hasta el infame asesinato del Dr. García Moreno. A este mandatario se le debe también la fundación, en 1870, del primer Conservatorio Nacional de Música, cuyo primer director fue Antonio Neumane.

Al igual que lo hiciera con el ferrocarril y con tantas otras obras, Eloy Alfaro únicamente continuó los grandes emprendimientos ya iniciados del presidente García Moreno. Es así que en 1906 se refundó la ya existente Escuela de Bellas Artes, dándole la categoría de Nacional. Seis décadas más tarde, en 1969, esta institución sufrió una transformación, pues pasó a denominarse Colegio de Artes Plásticas, adoptó el régimen de educación media –bachillerato– y pasó a depender de la Facultad de Artes de la Universidad Central del Ecuador. Colegios de Artes Plásticas también funcionaron en Guayaquil, Cuenca, Ambato y San Antonio de Ibarra. Respecto del Conservatorio Nacional de Música, Alfaro lo refundó en 1900, pues había sido clausurado por el dictador Veintimilla.

De esta manera se gestionó públicamente a la cultura durante el siglo XIX. El siglo XX, sobre todo su primera mitad, constituyó un período de avances en los que se refiere al derecho a la cultura. Se creó la Casa de la Cultura Ecuatoriana, institución que, según hemos analizado en el epígrafe anterior, gozó un estatuto legal propio, de varias funciones públicas relacionadas con la conservación del patrimonio cultural y de la asignación de un presupuesto público. También durante la primera mitad del siglo XX se organizaron: la Biblioteca Nacional, el Archivo Nacional de Historia, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, el Consejo Nacional de Cultura, todos estos entes de naturaleza pública encargados del cuidado del tema cultural.<sup>46</sup>

Por otra parte, hasta los años de 1970, la gestión cultural correspondiente al Ejecutivo se la realizaba desde el Ministerio de Educación –cartera de Estado que tiene su origen en 1884, cuando la Convención Nacional reunida en Quito expidió el decreto por medio del cual se creó el Ministerio de Instrucción Pública, Justicia, Estadística y Beneficencia–. La cultura constituía, pues, una de las tantas tareas a las que se avocaba dicho Ministerio; su valoración ciertamente era limitada. Es en 1979, mediante la Resolución n.º 710, de 23 de abril, que el Consejo Supremo de Gobierno transformó a esta cartera de Estado en Minis-

---

45. Se dice que el antecedente de la Escuela de Bellas Artes fue el Liceo de Pintura “Miguel de Santiago” fundado por el eximio pintor francés Ernest Charton, en 1849. Sin embargo debemos recordar que el liceo de Charton no fue una institución pública, sino privada –Ángel Ubillis, amigo de las artes, fue quien patrocinó al Liceo–. Cf. Rodolfo Pérez Pimentel, *Diccionario biográfico ecuatoriano*, t. 3, Guayaquil Universidad de Guayaquil, 2001, p. 64.

46. Darío Moreira, *La política cultural en Ecuador*, Madrid, Unesco, 1977, pp. 44 y ss.

terio de Educación y Cultura.<sup>47</sup> De esta forma la cultura pasó de una posición secundaria dentro de la agenda del Ejecutivo a una principal –al menos en el organigrama–.

En enero de 2007, el Ejecutivo creó un Ministerio específicamente dedicado a la gestión cultural: el Ministerio de Cultura y Patrimonio.<sup>48</sup> El que se haya dotado a la cultura de esta autonomía administrativa nos ha parecido una decisión acertada, en la medida que el aparataje público no adopte un tamaño desmesurado que lo ralentice antes de dinamizarlo –parecería que buena parte del presupuesto público para cultura está destinado al gasto en burocracia–.

Respecto a las políticas culturales de los actuales momentos, su examen ameritaría una tesis doctoral y no un artículo. En tal virtud, para nuestro análisis hemos escogido un punto que resulta paradigmático respecto a cuál es el tratamiento actual de esta materia. Para tal efecto nos valemos de la publicación oficial denominada *Políticas para una revolución cultural*,<sup>49</sup> donde se trazan los ejes programáticos de la política cultural del régimen. Uno de ellos, el primero de hecho, es denominado “descolonización”. En atención a este “eje”, se pretende que la labor cultural pública tenga como objetivo el desmembramiento de una parte de nuestra identidad cultural, a través de la negación a una de las culturas que nos corresponde por derecho propio: la herencia cultural hispánica. Parecería que este criterio subyace en un trauma no superado de ciertos pensadores que, luego de quinientos años, luego de veinte generaciones, luego de un universal mestizaje en estas latitudes, luego de un proceso independentista, luego de la consecución de soberanía republicana, se seguirían sintiendo siervos, súbditos o esclavos de un amo inexistente. Lo lamentable es que estos “criterios” de unos pocos se hayan convertido en una política pública, que, lejos de garantizar la libre opción cultural, pretende implementar un único pensamiento cultural como válido y como merecedor del apoyo público: la denominada “nueva identidad ecuatoriana contemporánea”.

Al respecto debemos recordar que el derecho humano a la cultura comprende el derecho a elegir libremente la propia cultura y que dicha opción sea respetada. De allí que al Estado no le corresponde sino el tutelar el derecho garantizando los medios adecuados para que la persona pueda ejercer su libre opción cultural, mas no debe inducir la implantación de un pensamiento cultural determinado o, peor aún, atacar a una cultura legítima.<sup>50</sup> Cualquier limitación o negación de una cultura –“eje” de-

47. Efrén Avilés Pino, “Ministerio de Educación y Cultura”, en *Enciclopedia del Ecuador*, en <<http://www.encyclopediadeecuador.com/temasOpt.php?Ind=1423&Let=>>.

48. La cartera de Estado fue creada como Ministerio de Cultura. En 2013 se modificó su denominación por la de Ministerio de Cultura y Patrimonio.

49. Ministerio de Cultura, *Políticas para una revolución cultural*, Quito, 2011. Disponible en <<http://www.culturay-patrimonio.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/04/Revolucion-Cultural-2011-Folleto.pdf>>.

50. El único motivo por el cual el Estado está en posibilidad de vetar una cultura es si aquella atenta contra los derechos humanos, como, por ejemplo, la cultura del odio –racismo, xenofobia, segregacionismo, exclusionismo, etc.–.

nominado “descolonización”– constituye una evidente violación al derecho humano a la cultura reconocido por el artículo veintisiete de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a lo ordenado por la Constitución ecuatoriana, en su artículo veintiuno –que hemos analizado al final del apartado 5.1.a–.

Adicionalmente a esta grave circunstancia, los criterios de “descolonización” y “nueva identidad cultural ecuatoriana contemporánea” adolecen, en sí mismos, de insubsanables errores de fondo. Así, la “construcción” de la “nueva identidad cultural ecuatoriana” sobre la única base de la “ancestralidad” y la negación de nuestro componente “hispano-europeo-occidental” resulta incoherente, por decir lo menos, con la realidad histórica, antropológica, social y humana del país. En efecto, en el Ecuador prácticamente todos hablamos español,<sup>51</sup> prácticamente todos poseemos un mestizaje español-indígena, prácticamente todos nuestros nombres y apellidos son de origen europeo; prácticamente todos poseemos una cultura predominantemente occidental –en la actualidad con una fuerte influencia norteamericana–. Por estas indiscutibles razones resulta absurdo el pretender, vía política pública, sobreponer una cultura por sobre otra que, además, ha alcanzado mayor difusión, aceptación y práctica en la realidad del pueblo ecuatoriano. Tanto la cultura ancestral indígena como la cultura hispánica-occidental nos corresponden por derecho propio a todos los ecuatorianos, los que estamos en plena libertad de optar por una, por otra o por las dos, como fácticamente ocurre. Y no solamente podemos optar por estas dos culturas, pues en ejercicio de nuestro derecho humano, podemos elegir para nosotros cualquier otra identidad cultural legítima o forjarnos una individual. Nadie y mucho menos el Estado puede discriminar a una persona por su legítima identidad cultural.

Culminamos este acápite, pues las circunstancias nos hacen concluir tal necesidad, recordando que la gestión cultural pública debe ser apolítica. Ha de caracterizarse por observar los principios de diversidad, en cuanto a la aceptación de todas las culturas legítimas existentes, y de igualdad, en cuanto a la valoración de todas aquellas culturas. Esta es la única manera en que desde la administración pública se pueda garantizar el derecho humano a la cultura y a la libre elección de la cultura. Si bien en ciertos escenarios resulta adecuado apoyar el desarrollo de una cultura determinada –por haber sido objeto de marginación previa, por ejemplo–, esto no significa que pueda realizárselo a costa de otras. La ponderación cultural de una cultura en ningún caso podrá comportar el desmedro de otra, y mucho menos su negación. Esta es la única manera en que el derecho humano a la cultura pueda considerarse como debidamente tutelado por parte de la gestión pública.

---

51. Apenas un 8 % de la población es bilingüe español-quichua y apenas el 2,8 % de la población es monolingüe quichua. Fuente: <<http://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>>.

## CONCLUSIONES

El ser humano es un ser complejo, titular de múltiples derechos que componen su dignidad. Si bien los más evidentes de estos derechos son los que se relacionan con su libertad, existen otros que poseen idéntica importancia pues de su observancia también depende la debida existencia y desarrollo de la persona. Entre estos derechos connaturales al ser humano están los derechos a la cultura y al goce del patrimonio cultural. En efecto, así como no es posible concebir a una persona esclavizada, tampoco es posible entender que una persona no participe, voluntaria o involuntariamente, de las distintas manifestaciones sensibles propias del grupo en el cual se desenvuelve. El lenguaje, las costumbres, las creencias, el sentido moral, la manera de interpretar y enfrentar la realidad y el sentido estético surgen con naturalidad en las personas, como resultado de las interacciones con sus congéneres. El ser humano, sociable por naturaleza, no se puede abstraer de su cultura, es más, requiere de un goce pleno de la misma como medio de identificación y pertenencia a su medio social. Por todas estas consideraciones resulta indiscutible que el gozar de una cultura constituye un derecho fundamental para el ser humano; de esta forma lo han comprendido casi todos los Estados a nivel mundial y lo consagra nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad, y según hemos analizado, el derecho a la cultura posee un contenido muy amplio. Se han superados los criterios clásicos y excluyentes del concepto cultura, los cuales la relacionaban solamente con las artes mayores. Hoy entendemos por cultura tanto a las artes mayores, como a las artes menores, al folclore y al resto de elementos materiales e inmateriales que conforman la identidad de un pueblo. Ya que la cultura constituye un derecho humano, le corresponde ser tutelada desde la órbita privada, pero fundamentalmente desde la pública. Esta tutela se extiende a la conservación, protección, promoción y difusión de la cultura en todas sus expresiones. Especial atención ha de guardarse para aquellos soportes o medios de sustento de las manifestaciones culturales, tanto tangibles como intangibles. Estos medios de soporte constituyen las obras de arte, los monumentos, los documentos, los espacios culturales, los paisajes culturales, entre otros, los cuales al alcanzar relevancia pasan a conformar el patrimonio cultural de un pueblo e inclusive de la humanidad en su conjunto.

De esta manera, como lógica consecuencia del derecho a la cultura, surge el derecho de las personas al acceso y goce del patrimonio cultural. Como hemos analizado, este derecho ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales de forma expresa, aun cuando su tratamiento suela confundirse con el del derecho a la cultura, dado lo endeble de la frontera que separa a estos conceptos. Y es que ciertamente lo cultural y lo patrimonial cultural van de la mano; incluso hay quienes sostienen que toda manifestación cultural constituye en sí mismo un patrimonio y que, por tanto, el uso indistinto

de tales conceptos es adecuado.<sup>52</sup> Nosotros consideramos que la distinción entre cultura y patrimonio cultural es necesaria tanto desde una perspectiva conceptual como desde una perspectiva práctica. Lo que no se encuentra en discusión es la plena tutela que el patrimonio cultural merece como contenido del derecho humano a la cultura.

En el Ecuador, el derecho a la cultura y al patrimonio cultural tuvo importantes avances durante la primera mitad del siglo XX. Con el paso de las décadas, nuestra legislación sobre esta materia se fue tornando obsoleta. Las constituciones en algo suplieron aquellos vacíos; sin embargo, sin normas que desarrollasen los mandatos supremos, estos pasaron a ser meras declaraciones retóricas. Igual cosa ocurrió con la importante normativa internacional, siempre a la vanguardia en temas de cultura, de la cual el Ecuador es suscriptor o adherente. Si bien esta normativa pasó a formar parte del régimen jurídico ecuatoriano en aplicación del bloque constitucional,<sup>53</sup> la falta de medios domésticos que habilitasen su aplicación la tornó inerte. A pesar de las falencias legislativas, en el caso ecuatoriano hemos de relevar la tarea de varias instituciones gestoras de la cultura, tanto a nivel nacional como a nivel local, tanto públicas, como privadas, que han sabido consagrar el derecho a la cultura y al patrimonio cultural.<sup>54</sup>

Hoy, al igual que ayer, la única manera de tutelar debidamente el derecho a la cultura y al patrimonio cultural es aplicarlo como lo que es, como un derecho humano universal y, por tanto, sin restricción, prejuicio, exclusión o limitación de clase alguna. La gestión cultural ha de caracterizarse siempre por ser apolítica, por tanto se ha de regir por rigurosos criterios técnicos. Considerando que ninguna cultura es más importante que otra, la gestión pública no puede marginar a una cultura bajo el pretexto de que “es el turno de atender a otra”. Las ideologías o criterios político-programáticos han de ser desplazados cuando de administrar la cosa cultural se trate. Los derechos a la cultura y al patrimonio cultural han de ser respetados y tutelados en la misma diversidad que tales conceptos comprenden.

---

52. Ignacio Moreno Navarro, “El patrimonio cultural como capital simbólico: valoración, usos y objetivos”, en *Anuario Etnológico de Andalucía*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1998, p. 329.

53. Según explica Carlos Alberto Colmenares Uribe, la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto, pues el rango de “normas constitucionales” lo tienen no solo el preámbulo y los preceptos de la Carta, sino todas las normas situadas en el nivel constitucional, tales como tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el Estado del que se trate. Cf. Carlos Alberto Colmenares Uribe, “Bloque de Constitucionalidad en Materia Procesal Civil”, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005, p. 167.

54. Uno de los paradigmas de correcta gestión cultural pública es el hoy desaparecido Fondo de Salvamento de Quito –Fonsal en adelante–. El Fonsal, aun con un marco normativo limitante, se ocupó de la conservación del grandioso patrimonio monumental de nuestra ciudad capital, herencia cultural hispánica, que valió a Quito su declaratoria como patrimonio cultural de la humanidad. Pero el Fonsal no se preocupó únicamente de lo monumental; invirtió en la recuperación del patrimonio inmaterial de la ciudad, en la conservación y difusión de sus usos costumbres populares, de sus tradiciones, de su música, de sus fiestas, de su folclore, de su historia social y urbana, de su memoria colectiva, de su forma de ser, es decir, de los distintos elementos que conforman el ideario quiteño y, a través de ello, de una buena parte del ideario nacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cuevas, Magdalena, “Las tres generaciones de los derechos humanos”, en *Derechos humanos*, n.º 30, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1998.
- Aguilar Esquivel, Adán, “Cultura y derechos humanos”, en *Revista ISTMO*, México, Universidad Panamericana, 2012. Disponible <<http://istmo.mx/2012/09/cultura-y-derechos-humanos/>>.
- Castellanos, Gonzalo, *Patrimonio cultural: integración y desarrollo en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Colmenares Uribe, Carlos Alberto, “Bloque de Constitucionalidad en Materia Procesal Civil”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre/Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2005.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, comp., *Constituciones ecuatorianas*, vol. 1 y 2, Quito, CEP, 2007.
- García, Pilar, *Patrimonio cultural, conceptos básicos*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011.
- Grupo de Friburgo-UNESCO, *Declaración de Friburgo sobre derechos culturales*, artículo 1, en <[http://www.culturalrights.net/descargas/drets\\_culturals239.pdf](http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf)>.
- Hernández González, Edna, “Sobre patrimonio cultural y participación ciudadana”, en Francisco Ollero, coord., *Patrimonio cultural, identidad y ciudadanía*, Quito, Abya-Yala, 2010.
- Larrea Donoso, Galo, *Patrimonio natural y cultural ecuatoriano*, Quito, Banco Central del Ecuador, 1982.
- Moreira, Darío, *La política cultural en Ecuador*, Madrid, Unesco, 1977.
- Moreno Navarro, Ignacio, “El patrimonio cultural como capital simbólico: valoración, usos y objetivos”, en *Anuario Etnológico de Andalucía*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1998.
- Moure Romanillo, Alfonso, *Patrimonio cultural y patrimonio natural: una reserva de futuro*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003.
- Pérez Pimentel, Rodolfo, *Diccionario biográfico ecuatoriano*, t. 3, Guayaquil Universidad de Guayaquil, 2001.
- Prats, Llorenç, *Antropología y patrimonio*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Querol, María Ángeles, *Gestión del patrimonio cultural*, Madrid, Akal, 2010.
- UNESCO, *La protección del patrimonio cultural de la humanidad*, París, Impremeries Oberthur, 1969.

Fecha de recepción: 17 de junio de 2014  
Fecha de aprobación: 7 de julio de 2014

## La protección del patrimonio cultural en cinco elogiosas piezas jurisprudenciales de Argentina

*Isaac Augusto Damsky\**

### RESUMEN

El propósito es discutir los principales criterios jurisprudenciales argentinos de protección de patrimonio cultural arquitectónico por intermedio del análisis de cinco sentencias y las principales técnicas de protección. Se busca generar conciencia sobre el rol decisivo de la sociedad civil en la protección y promoción del patrimonio y los valores culturales. Se intenta destacar la importancia del rol activo del juez como figura protagónica en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho del patrimonio cultural, derechos culturales, patrimonio arquitectónico.

### ABSTRACT

The aim is to discuss the main legal criteria developed in Argentina in regard to cultural and architectural heritage protection through the analysis of five court decisions and their main protection techniques. The goal is to raise awareness about the critical role of civil society in the protection and promotion of heritage and cultural values. The attempt is to highlight the importance of judge's active role as a major figure in the field.

**KEY WORDS:** cultural heritage law, cultural rights, architectural heritage.

FORO

### PRIMERAS REFLEXIONES

Cinco piezas judiciales, cronológicamente presentadas, más algunas reflexiones abiertas a modo de pentagrama en blanco, componen este trabajo. Una, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tres, de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, también, de mi Ciudad

---

\* Profesor adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fundador de la asignatura “La Protección del Patrimonio Cultural”, en la misma unidad académica. Colaborador: Tomás Pomar.

Autónoma de Buenos Aires. La última, de la Sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Nación. Las enlaza su vínculo con el patrimonio arquitectónico de mi ciudad: el construido, el demolido y el por-venir. En todas se refleja un esfuerzo judicial enorme en procura de la vigencia de la efectividad de normas urbanísticas arrumbadas en un interminable catálogo preservacionista. En muchas se evidencia la premura por concretar urgente las mandas de un principio precautorio en tiempos que no esperan al control social en pos del desarrollo de los derechos sociales y culturales.<sup>1</sup> En algunas se refleja la hiperjudicialización, acaso, sintomática de la tisis que aqueja a nuestra representación democrática.<sup>2</sup>

En ellas –desde y a partir de ellas– se abren espacios para la discusión de una razón de ser –contextual y situada– del fenómeno cultural argentino, que dé marco a la pregunta por el *ser* y la identidad de la memoria colectiva<sup>3</sup> argentina y también –acaso– proyectable a esa anhelada patria grande americana soñada por nuestros padres fundadores y que desde siempre ha mirado a su madre Europa.

Y respecto de este último señalamiento, corresponde una aclaración dentro de cuyo contexto se enmarca la ratio de esta aportación destinada a los operadores jurídicos latinoamericanos. En mi opinión, los lineamientos jurisprudenciales trazados por la judicatura argentina que se recrean en este trabajo, por un lado, traducen las más modernas posturas judiciales en mi país respecto de la protección del patrimonio cultura, y, por el otro, los entiendo plenamente compatible con la estructura jurídica de protección de las distintas realidades latinoamericanas, básicamente, habida cuenta que tales directrices provienen de la sistemática de los tratados internacionales habidos en la materia los cuales en muchos casos se encuentran incorporado de manera directa a los ordenamientos internos de los Estados latinoamericanos y, en otros casos, los principios y reglas se encuentran internalizados en las previsiones constitucionales y los desarrollos normativos internos de muchos estados.

Por ello, dado que tales lineamientos jurisprudenciales son tributarios de principios y reglas de índole superior contenidos en un cúmulo de tratados internacionales, es que he creído conveniente someterlo a la discusión del calificado universo de opera-

- 
1. Ver, en este suplemento, Mabel Daniele, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010. Disponible en <<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/09/exigibilidad-jurisdiccional-de-los.html>>. Ampliar también en Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 40, S/L, 2004, pp. 26-86.
  2. Alberto Bianchi, “Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010.
  3. Juan José Hernández Arregui, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Buenos Aires, 2005, Ediciones Continente, pp. 20, 21 y 125. Respecto de la reflexión contenida en la p. 125; ver Jorge Luis Salomoni, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 28.

dores jurídicos latinoamericanos, con el objetivo de formular una aportación orientada a enmarcarse en una tarea aún mayor: el progresivo estudio y análisis de un marco de protección de patrimonio cultural, latinoamericano, integralmente considerado.

Es así que, dicho lo anterior, continuaré afirmando que acaso sea la depredación del patrimonio arquitectónico *porteño*, es decir, el de la Ciudad de Buenos Aires, proveniente del boom inmobiliario de la primera década del siglo XXI, uno de los factores determinantes del creciente interés actual por polemizar en torno a la protección del patrimonio cultural, en general, y arquitectónico, en particular. Esta explosión del mercado inmobiliario nos presentó en sociedad a renovados operadores económicos inmobiliarios que conformaron un verdadero sector de *desarrolladores urbanos*<sup>4</sup> consolidando un “poder real” con verdadera capacidad de imposición por sobre un estado *dócil*, una vez más reducido a su carácter de “poder formal”.<sup>5</sup>

Sobre estas bases, en muy corto tiempo, se produjo la explosiva expansión del *real estate boom* argentino, predatorio de nuestro patrimonio arquitectónico, natural y cultural, prácticamente incontrolado por unos poderes públicos muchas veces omisivos,<sup>6</sup> y, por todo ello, violatorio del desarrollo sustentable postulado con fuerza normativo constitucional a mediados de la década de 1990 en la reforma constitucional argentina y, de manera similar, en la de los porteños;<sup>7</sup> ni qué decir, más lejos aún de la *arquitectura sustentable* irónicamente proclamada como legitimadora de estas intervenciones.<sup>8</sup>

Lejos de ello, la actualidad de nuestras ciudades nos enfrenta a la consumación de un daño urbanístico ambiental, acaso, irreversible. Primero, porque se ha demolido una porción significativa del antiguo patrimonio arquitectónico metropolitano. Segundo, porque imperceptible pero progresivamente se fueron suprimiendo espacios públicos urbanos otrora de uso común para integrarlos por accesión a las nuevas pro-

4. Sector económico notablemente expandido, nucleado predominantemente en la Cámara de Empresas Desarrolladores Urbanos. Disponible en <[http://cedu.com.ar/cedu\\_new/](http://cedu.com.ar/cedu_new/)>.

5. Ver objetivo n.º 2 de la Cámara de Empresas Desarrolladoras Urbanas: “*Colaborar con las autoridades nacionales, provinciales y municipales, a fin de optimizar los procesos de fiscalización y aprobación de proyectos*”. Disponible en <[http://cedu.com.ar/cedu\\_new/es/institucional/objetivos.html](http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html)>.

Sobre la reducción del estado al carácter de poder formal, lo dicho en un anterior trabajo: Isaac Damsky, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en *El Derecho administrativo*, Buenos Aires, suplemento del 31 de julio de 2009, pp. 1-7.

6. Valga en este punto recrear el pensamiento de Germán Bidart Campos, *Las obligaciones en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1988.

7. Ver Eduardo Pablo Jiménez, “Los derechos de la cultura y educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Germán Bidart Campos, Andrés Gil Domínguez, directores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 255-275.

8. Ver objetivo n.º 6: “Promover la arquitectura sustentable, el respeto por el medio ambiente y los recursos no renovables”. Disponible en <[http://cedu.com.ar/cedu\\_new/es/institucional/objetivos.html](http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html)>.

puestas inmobiliarias. Así el observador urbano advierte que los nuevos emprendimientos cuentan –cada vez más– con mayores espacios verdes –privados– arrebatados –rapiñados– a un espacio público que antes estaba librado al uso común y que ahora va siendo suprimido y a su vez anegado de la vieja urbe por influjo de la nueva centralidad. Tercero, porque este fenómeno se retroalimenta y crece exponencialmente debido a la falta de un ordenamiento urbanístico sistemático y efectivo y de su adecuado contrapeso institucional público, generando un déficit legal y administrativo que recaba de los mejores esfuerzos de la judicatura a fuer de activismos judiciales individuales. Y cuarto, porque de esta manera, los nuevos desarrollos urbanos operan en bloque apropiándose de la plusvalía urbana, alterando su geografía y trayendo para sí lo mejor de la ciudad, arrebatándole a sus ciudadanos algo más que su hábitat: su *derecho a la ciudad*.<sup>9</sup> Una vez más, casi pasivamente, asistimos a comprobar otro celeberrimo *fait accompli* argentino.

En contraposición, allí donde el Estado no pudo o no supo estar presente, las organizaciones de la sociedad civil respondieron de manera activa en la protesta social, en la participación institucional y, principalmente, en el ejercicio de un control judicial activo,<sup>10</sup> extremo este último que abordaremos desde la presentación de las cinco elogiadas piezas judiciales escogidas para este marco. Depredación del patrimonio cultural e histórico, la cual –cabe decir– no es únicamente local sino también global.<sup>11</sup>

Ahora bien, lo preocupante es que el problema de la depredación del patrimonio arquitectónico proveniente del desarrollo inmobiliario, como núcleo de la casi totalidad de las piezas judiciales a presentar, al dominar la escena de la discusión actual y prefijar las posiciones, viene a instalarse en términos supuestamente dicotómicos con polarización de un debate que se reduce a una *puja bifocal* entre preservacionistas vs. desarrolladores, medioambiente vs. economía, sociedad vs. empresa, en definitiva, pasado vs. futuro.<sup>12</sup>

Digo *puja bifocal* porque mientras el sector preservacionista discute desde una perspectiva y una argumentación acaso construida desde el sistema de derechos, que

- 
9. Agustín Gordillo, “Los grandes debates urbanos de hoy”, Buenos Aires, 2009. Disponible en <<http://www.ada-ciudad.org.ar/>>; desde el urbanismo ver Artemio Abba, *Metrópolis Argentinas, Agenda política, Institucionalidad y Gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, S/L, Café de las Ciudades, 2010; Carlos Alessandri, Fanni Anna, “La utopía de la Gestión democrática de la Ciudad”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, vol. IX, n.º 194, 2005; Jordi Borja, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2004.
  10. Ver websites: “Basta de Demoler”, disponible en <<http://www.bastadedemoler.org>>, y “Fundación Patrimonio Histórico”, disponible en <<http://www.patrimoniohistorico.org.ar>>.
  11. Ver website: World Monuments Fund (WMF). Disponible en <<http://www.wmf.org>>.
  12. Mariano Navas, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2, n.º 5, octubre 2009, Doctrina, p. 49.

reclama por el respeto y promoción efectiva de sus derechos culturales<sup>13</sup> reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) al tiempo que especificados en el plexo constitucional, y cuyo éxito recae solo de manera puntual y esporádica merced a los esfuerzos de algunos sectores de la judicatura; el otro sector, acaso por su poder de imposición, no le contesta o, al menos, no pareciera necesitar contestarle. Es que el sector inmobiliario presenta otro reclamo y otra crítica a partir de las afectaciones de sus derechos de propiedad y libertad económica, producidas por la aplicación de una cada vez mayor normativa legal y reglamentaria dispar y fragmentaria, yuxtapuesta e inconexa, que no hace más que poner en evidencia la adopción de erráticas y contradictorias medidas urbanísticas –que no llegan a ser políticas públicas– propias de un estado permeable y proclive a ceder frente a intereses sectoriales, que lo llevan a emitir normas sin crítica previa.

De esta manera, se divide a la opinión pública y científica, forzándose a tomar partido entre dos posiciones que –en la realidad de los hechos– no necesariamente se comportan siempre de manera antagónica.

En mi opinión, esta polarización, estas dos posiciones enfrentadas a modo de dos monólogos sin diálogo,<sup>14</sup> o como una discusión sin rumbo, irresoluta e irresoluble, se produce porque aún no hemos empezado a discutir situadamente a nuestro patrimonio cultural, como se insinuaba al inicio. Y en mi opinión ello impacta sobre la dimensión jurídica de la preservación de nuestro patrimonio cultural. La puja entonces se lleva a cabo a partir del caso y desde lo posible y, con ello, descargamos y depositamos toda la responsabilidad en una judicatura que debe erigirse en reordenadora de todo un universo normativo disfuncional: es que la vasta normativa legal y reglamentaria existente posee una enorme dispersión y asistematicidad,<sup>15</sup> no brinda respuestas y ello, como seguidamente veremos, se encuentra reflejado en las piezas judiciales que, por todo lo dicho, son merecedoras de todo el elogio.

---

13. Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol 40, S/L, 2004, pp. 36 y 37.

14. Fenómeno por otro lado frecuente en nuestro país tal como nos enseña el Dr. Jorge Alberto Sáenz en su ya célebre prólogo al Tratado de nuestro querido Maestro Agustín Gordillo, cuando al elogiar sus altas calidades personales, describe esta funesta práctica argentina de suprimir en vez de discutir, artimaña en cuyas aguas nuestro Maestro nunca abrevó. Dice así: “No recurrió a la espiral del silencio, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones ...”. Jorge A. Sáenz, Prólogo a la X edición del *Tratado de Derecho administrativo* del Dr. Agustín Gordillo, Buenos Aires, FDA, 2010, p. 29.

15. Mariano Navas, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”.

## CINCO ELOGIOSAS PIEZAS JUDICIALES

### PRIMERA: LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO URBANO BARRIAL

#### EN LA FIGURA DEL COMPLETAMIENTO DE TEJIDO<sup>16</sup>

En el caso tenemos una asociación vecinal que ocurrió a sede judicial –por una acción de amparo luego transformada de oficio en medida cautelar autónoma– peticionando la declaración judicial de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la edificación de una obra por sobre el límite de altura y superficie cubierta que correspondía a la zona según el Código de Planeamiento Urbano (CPU) y peticionando cautelarmente la suspensión de la ejecución de la obra.

El núcleo del conflicto lo determinó el equívoco encuadre al que recurrió la administración para autorizar la obra cuestionada; consideró aplicable el régimen de “completamiento de tejido” (art. 4.10 del CPU) sin encontrarse reunidos los presupuestos fácticos requeridos por la norma ya que este régimen permite no aplicar el control morfológico F.O.T. que por zona corresponda, autorizando a construir por sobre el límite correspondiente a la zona en cuestión pero en tanto la altura de *ambos* edificios linderos a la parcela en cuestión superen los quince metros.<sup>17</sup> Aquí el problema y el carácter manifiesto de la nulidad del permiso. De manera cándida o paradójica el hecho determinante se encontraba explicitado –en todo su esplendor– en los propios considerandos de los actos impugnados, al decir que *se trata de una parcela que linda con un edificio entre medianeras de altura mayor a 15.00 m y [...] una vivienda en planta baja + 1 piso [...]*. Así advertido por la Cámara –pues la pretensión fue rechazada en primera instancia– se otorgó la medida cautelar.

Entonces, tratándose de un arquetípico problema urbanístico, cabe preguntarse por el grado de vinculación del caso con la problemática de la preservación del patrimonio cultural. Y en mi opinión finca en la internalización que nos permite la Sentencia de cuestiones tales como la alta sensibilidad del urbanismo, su finalidad preventiva, sus herramientas precautorias y la comprensión de la necesidad de preservar el entorno urbano actual para el disfrute futuro. Es que probablemente, la ciudad de hoy –acaso algunas centralidades y otras periferias– devenga en patrimonio cultural a preservar o rescatar

---

16. Autos “Asociación Civil Amigos de la Estación Coghlan c. GCBA s/medida cautelar”, CCAyT, Sala II. Sentencia del 18/8/2005.

17. Sobre el instituto del “completamiento de tejido”, ampliar en Mario Tercco, “Una mirada arrabalera a Buenos Aires”, en *Café de las Ciudades*, año 8, n.º 75, 2009. Disponible <<http://www.cafedelasciudades.com.ar>>.

en el futuro –dependiendo de cuán depredadores resultemos– y según la evolución de nuestra ciudad, de sus tipologías y morfologías, de las ciencias, las artes y, en definitiva, de los valores en los que crean los porteños de las próximas generaciones.

Es que las propias palabras del Tribunal resultan ilustrativas, primero, al jerarquizar institucionalmente al CPU, en tanto ordenamiento que concreta:

la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado.<sup>18</sup>

y, segundo, señalando:

al tratarse de una materia tan sensible para la calidad de vida de las grandes urbes como lo es la del ordenamiento y planeamiento urbano –que mereció por parte del constituyente de un régimen legislativo especial rodeado de múltiples garantías de participación ciudadana–, la administración debe extremar el celo en el cumplimiento de las normas.<sup>19</sup>

Vinculado con ello, cabe señalar que la jerarquización que en este caso confiere la Cámara a la necesidad de apego a los institutos concretamente provistos por el ordenamiento urbanístico se conecta con los fundamentos del apuntado sistema protectorio, tratados en sus pronunciamientos posteriores y estableciendo así un lineamiento jurisprudencial en la materia. Así en un caso reciente entendió que:

el patrimonio cultural se redefine dentro de la noción de medio ambiente que abarca no solo los bienes naturales sino también los culturales. Los valores ambientales importan, por ende, la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos ambientales naturales y culturales (Conf. art. 2 inc. a de la ley 25.675 de “política ambiental”); lo cual implica que, en la materia, se deban ponderar principios específicos –en la especie– adquiere especial relevancia el peligro en la demora y la necesidad de una tutela urgente (en tanto, en esta materia) ... de no adoptarse un rápido y eficaz anticipo de jurisdicción, el daño –generalmente– es irreversible.<sup>20</sup>

Lineamientos, estos, que se cree conveniente recrear aquí puesto que sirven de base a las construcciones que diario tienen que erigir nuestros tribunales especializa-

---

18. Considerando 6° de la Sentencia.

19. Considerando 7° de la Sentencia.

20. Mercedes Aveldaño, “Directivas sobre Derecho Urbano”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, año 2, n.º 3, 2009, p. 345.

dos locales en valladar de la depredación urbana y para el afianzamiento de las dos principales técnicas de preservación del ordenamiento arquitectónico contenidas en nuestro ordenamiento urbanístico porteño. Me refiero, por un lado, a la de identificación y protección singular de edificios, aisladamente considerados por sus méritos estético-arquitectónicos o por acontecimientos acaecidos en ellos y que se contiene en el Capítulo 10.4. del CPU, art. 4.1.1.2, que corresponde a:

edificios de carácter singular y tipológico, que por su valor histórico o simbólico caracterizan su entorno o califican un espacio urbano o son testimonio de la memoria de la comunidad. Protege el exterior de edificio, su tipología, sus elementos básicos que definen su forma de articulación u ocupación del espacio, permitiendo modificaciones que no alteren su volumen.

Y, por otra parte, a la técnica de protección zonal también contemplada en el Capítulo 10.4 del CPU, que persigue la preservación del conjunto, zona urbana o centro histórico bajo el régimen de “Distrito Área de Protección Histórica” caracterizado por “áreas, espacios o conjuntos urbanos que por sus valores históricos, arquitectónicos, singulares o ambientales constituyen ámbitos claramente identificables como referentes de nuestra cultura”.<sup>21</sup>

## **SEGUNDA: CUIDADOSO AVANCE DEL DAÑO MORAL COLECTIVO POR DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE EMBLEMÁTICO<sup>22</sup>**

De riqueza conceptual merced a la pluma de cada uno de los tres votos que presentamos –Sala II del CCAyT, mayoría integrada por los Dres. Centanaro y Daniele (según sus votos) y disidencia del Dr. Russo–, hito, sin dudas, en la evolución de los procesos colectivos, trata de la responsabilidad conjunta del Estado y de una constructora por daños colectivos provenientes de la demolición total de un emblemático inmueble porteño: la “Casa Millán”, residencia preservada del cofundador del barrio de Flores. Una sentencia que merece ser calificada de cuidadosa –allende el reconocimiento del daño moral colectivo y el delicado tratamiento de cuestiones atinentes a la progresiva expansión de los procesos colectivos– merced a su meticulosa merituación de los hechos –y su contexto– a la luz de una también mesurada estructuración de esta especial índole resarcitoria finalmente reconocida.

---

21. Cfr. art. 5.1.1.

22. “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA y otros s/otras demandas contra la autoridad administrativa”, Sala II, de la CCAyT. Sentencia del 14 de agosto de 2008.

El núcleo del conflicto lo determinó el otorgamiento del permiso de demolición con base en la alegada falta de catalogación, en ese momento, de la Casa Millán –así otorgado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA)– y el subsecuente acometimiento de su demolición –por la constructora–, no obstante haber previamente entrado en vigencia el Código de Planeamiento Urbano local (CPU) –recordemos que es una *Ley de Orden Público*–, norma que no solo incluía expresamente al inmueble dentro del área de protección histórica (APH), sino que, además, expresamente también prescribe la prohibición de autorizar demoliciones de esta clase de edificios, aun –insisto– cuando el inmueble está listado pero pendiente de catalogación. Con ello, como se reconoce en la Sentencia, se dejó sin contenido una protección legal de orden público, preestablecida y vigente. Los tres votos son ilustrativos respecto de, que cuando se produjo la demolición, Casa Millán se encontraba protegida legislativamente por estar en vigencia el CPU, el que había comenzado a regir, precisamente, el mismo día en que el GCBA autorizó su demolición.

En resumidas cuentas, la responsabilidad de los accionados, como surge de diversos pasajes de la extensa sentencia, fincaba, por un lado, en el conocimiento que los demandados tenían de la particular relevancia histórica que revestía la Casa Milán –lo que les impedía invocar la ignorancia o error de derecho y menos aún el simple desconocimiento de la normativa local–, y, por el otro, la existencia de un específico deber incumplido –en cabeza del gobierno local– de defender, preservar, fomentar y conservar el patrimonio y acervo histórico, artístico y cultural en todas sus manifestaciones, obligación que viene impuesta tanto por los tratados internacionales de derechos humanos y los propios textos constitucionales, cuanto, específicamente, por el CPU vigente.

El caso fue iniciado en 2000, en sede civil por la Defensoría del Pueblo de la ciudad –a instancias de la denuncia recibida por un vecino. Si bien oportunamente fue otorgada la protección cautelar, no logró enervar una demolición que igualmente se acometió. Tras denunciar penalmente la Defensoría del Pueblo –por el reato de desobediencia– el incumplimiento de la cautelar, la pretensión se transformó en resarcitoria, solicitándose una indemnización “en carácter de daño moral colectivo puesto que la finca ya había sido demolida, dejando a criterio del a quo la fijación de su monto, debiendo tener por destino, el resarcimiento, la Comisión de Patrimonio Histórico de la ciudad para ser utilizada en el mantenimiento de obras y objetos de esa naturaleza”,<sup>23</sup> demanda que tuvo favorable acogida en ambas instancias.

Los hechos son elocuentes respecto de la gravedad y trascendencia del caso.

---

23. Cfr. Considerando 5° del voto del Dr. Centanaro.

Tres puntos quiero destacar de la sentencia. Primero, el pensamiento del Tribunal sobre la *télesis* preservacionista, referenciada en los valores “identidad” y “memoria”. Segundo, la preeminencia del derecho colectivo cultural como modulador de la propiedad privada y su proyección en la estructura indemnizatoria y destino de los fondos. Tercero, la definición del Tribunal respecto del contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora.

Respecto del primer punto, la *télesis* preservacionista se justifica en el:

Carácter y personalidad de Buenos Aires [...] que se caracteriza por la diversidad de identidades, consecuencia de una ciudad que ha crecido superponiendo estratos sociales, culturales y económicos, dándole a Buenos Aires un perfil heterogéneo que la define como única e irrepetible...<sup>24</sup>

Agregando:

Es que la defensa del patrimonio urbano tiene como “fundamento [...] la recuperación de la memoria colectiva configurando un espacio urbano, reconociéndose a sí mismo, y ofreciéndose a los demás como algo definido por la historia y su presente, con coherencia y continuidad...<sup>25</sup>

Respecto del segundo punto, la preeminencia del derecho colectivo por sobre el individual, el Tribunal lo estructura en base al reconocimiento de que:

existe un derecho de la sociedad y una obligación del Estado con relación a su tutela y, paralelamente, un deber de los particulares de no dañar”, debido a la existencia de “una tensión entre el derecho subjetivo de propiedad [...] y el derecho del colectivo en virtud de la calificación jurídica que se le atribuye a la propiedad...”.<sup>26</sup>

Que frente a su alteración genera obligación de reparar un daño moral colectivo: “si con tal ejercicio se lesionan realmente otros valores de interés general y por ende superiores, que hacen a la calidad de vida o conservación del entorno arquitectónico o paisajístico de la ciudad”, tal como lo reconoce el Dr. Centanaro, considerando VIII.a, lo que da sentido en el voto de la Dra. Daniele,<sup>27</sup> a la estructura indemnizatoria y al destino del producido, al decir:

---

24. Considerando 23 del voto de la Dra. Daniele.

25. *Ibid.*

26. Cfr. considerando 19, voto de la Dra. Daniele.

27. Cfr. considerando 20.

en la medida en que se reconocen bienes colectivos, hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien [...] la afectación de la memoria colectiva [...] surge en este caso, por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva y de allí también que el resarcimiento deba ir [...] a patrimonios públicos de afectación específica [...].

Respecto del tercer punto, el Tribunal claramente establece el contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora: está obligada al acabado conocimiento del ordenamiento rector de todo su giro empresarial, deber que subsiste con independencia de los favores que pudieren haberse obtenido de la Administración amparado en el cumplimiento de formalidades rituales. Tal el apodíctico señalamiento contenido en el considerando 26 del voto de la Dra. Daniele: “el conocimiento del ‘Código de Planeamiento’ es una cuestión que quien decide dedicarse a la construcción no puede desconocer”.

### **TERCERA: ODA A UN PLAN URBANO AMBIENTAL SUSTENTABLE<sup>28</sup>**

En el caso, vecinos de la ciudad accionaron por amparo en pos de la inconstitucionalidad de una ley modificatoria del CPU que, al mutar la zonificación de un polígono del barrio de Palermo, posibilitaba el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios que ponían en riesgo un tejido y morfología barrial homogéneo, conformado por viviendas familiares y comercios de baja altura.

La demanda tuvo favorable acogida en primera instancia. El juez entendió que la sanción de la Ley 2241 satisfizo el objeto del amparo. Por ello resolvió: “más que declarar abstracta la cuestión corresponde hacer lugar a la demanda”. Sin embargo, la Sala II de la CCAyT revocó la sentencia y declaró abstracta la acción.<sup>29</sup>

Llegado a conocimiento del TSJ, se revocó la sentencia de Cámara y ordenó al GCBA se “abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona [...] hasta la aprobación del Plan Urbano Ambiental”, solución a la que se arribó por intermedio del voto del Juez Lozano.

Así, en sus considerandos 3º y 4º, para resolver que el pleito no había perdido actualidad, se destacó el carácter indivisible y no disponible del derecho de incidencia colectiva –base del reclamo– a la preservación del patrimonio urbanístico de la

28. T.S.J., “Tudanca, Josefa E. B. v. GCBA”, 01/12/2008.

29. Cfr.: “Grua, Emilia C. F. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 10 de agosto de 2007. CCAyT, Sala II, voto de la Dra. Daniele. El alcance del decisorio se extendió a los casos “Mazzuco” y “Tudanca”, acumulados.

ciudad, determinando luego que la contracara de ese derecho se encuentra en los objetivos urbanísticos y arquitectónicos que la Constitución local puso a cargo de sus autoridades por intermedio del dictado del Plan Urbano Ambiental (PUA). Allí fincan los cimientos del núcleo de una decisión cuya importancia reside en la reconducción de la cuestión a la tésis constitucional del PUA como base del anhelado sistema urbanístico ambiental porteño, al sostener:

Sin embargo, en autos el interés del pleito subsiste dado que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza que solo una vez completado el ciclo previsto en el art. 29 para la emisión de la normativa en materia urbanística, podría afirmarse con verdadera certeza si el Código de Planeamiento Urbano, con sus modificaciones (v. gr. ley 2241), se ajusta al PUA ...

Sentado ello, su considerando 5° coronará el razonamiento diciendo:

La pauta objetiva que, como regla, esta sentencia impone observar a la Administración, supone evitar que una zona sensible del patrimonio urbanístico como la que nos ocupa sea afectada con la concesión de permisos en desmedro de las facultades reservadas al PUA. Para evitarlo, el parámetro para la autoridad de aplicación, estaría dado por las máximas restricciones constructivas que admiten actualmente las normas en la materia. La insuficiencia de ellas, en su caso, podría suscitar los controles administrativos y judiciales previstos en nuestro ordenamiento.

Así, reconoce y jerarquiza un control judicial merecedor de elogios, puesto que sobre la magistratura recae el peso de reordenar *todo* el universo fragmentario de una normativa urbanística que, para colmo, reviste la complejidad técnica propia de haber sido diseñada desde otros saberes profesionales.

Juez, que tiene que –como señalaba un autor– convertirse en reordenador de un sistema que, paradójicamente, no solo le niega soluciones, sino que lo fuerza a la enorme tarea de argumentar desde otros saberes. Control judicial entonces, cíclopea y encomiable tarea, que tal como reconoce el juez Lozano, se encuentra estructurado sobre la base de la efectiva vigencia “del principio precautorio y preventivo propio del derecho ambiental”, principio y regla que nutre la cotidianeidad de la judicatura porteña, como he querido, respetuosamente, presentar en este trabajo.

Llegados a este punto, quizás pudiéramos pensar que las consideraciones que planteó el juez Lozano en el siguiente considerando, el 6°, acaso hayan caído en saco roto, en atención a sus formulaciones –a mi juicio prospectivas– desarrolladas respecto del PUA.

Pienso que no es así. El voto es por demás elogiabile.

Así, conviene advertir que por Ley 2930,<sup>30</sup> contemporáneamente, entró en vigencia el PUA, acaso como una formalidad. Su genética, reflejo de discordias y contingencias, proyectó fallas medulares que impiden reconocerle la jerarquía de un plan de ordenación metropolitana, no contribuyendo a la superación del caos normativo urbanístico imperante en nuestra Ciudad. La realidad nos indica que el PUA, en su formulación actual, no logra imponerse como norma general. Por el contrario, existe un duro consenso entre sus destinatarios directos de que, a lo sumo, solo vino a fortalecer el status quo imperante.

De allí la importancia, de la doctrina del Tribunal, vertida en el considerando 6° del voto del juez Lozano, al decir:

La idea de “marco” y el deber de “ajustarse” implican pautas para el legislador y para los jueces. En el caso de los primeros, supone la necesidad de concebir primeramente el PUA [...] Ello supone, en primer lugar, explicitar esos objetivos y luego reunirlos sistemáticamente, esto es, de manera que no se neutralicen o menoscaben los unos a los otros. Una vez hecho esto, fijar cursos de acción que lleven a su consecución para, nuevamente, sistematizar estos cursos de acción.

Cabe reconocer la labor del Tribunal en este caso –presumiblemente se encontraba en conocimiento de la existencia del PUA, dada la simultaneidad de fechas–, pues, adoptando una actitud prudente, sienta bases generales para su reformulación pero, principalmente, reenvía al sistema constitucional con la intención de jerarquizar al instituto, de reconocer la importancia y necesidad de su formulación coherente, como base de todo el sistema urbanístico, en definitiva, en pos del orden constitucional. De allí que la riqueza de las cuestiones planteadas, unida a la elocuencia de tales formulaciones, sin duda han abierto a una muy atractiva polémica en torno al rediseño de nuestro marco rector urbanístico, otorgándole significatividad y trascendencia a la decisión presentada.

#### **CUARTA: *IL POTERE DEL FATO DEL EX CINE EL PLATA***<sup>31</sup>

Parafraseando al hado que rodea a la –innombrable– vigesimocuarta ópera del venerable Verdi, este caso –ilustrativo de la inconveniencia de mutar el sino de las cosas– nos encuentra con relevantes personalidades como actores de un proceso, que contaron con el lúcido patrocinio del destacado colega Diego Sarciat, en el que se

30. BOCBA n.º 3091 del 08/01/2009.

31. Autos “Ibarra Aníbal y Otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCBA)”. CCAyT, Sala II, sentencia del 31/3/09.

demandó al GCBA y la Corporación Buenos Aires Sur SE reclamando la nulidad del llamado a licitación pública para la adjudicación de la obra que se proponía realizar en el excine El Plata, fundado en que el inmueble fue adquirido por el GCBA y luego transferido a la Corporación bajo condición de destinarlo a la construcción de un centro cultural, por lo cual debido a su valor arquitectónico y emblemático para el barrio de Mataderos, fue catalogado por ley 2665 en el nivel de protección estructural (cfr. Capítulo 10 del CPU). Señalaron que el proyecto a licitar –construcción de un Centro de Gestión y Participación Comunal– no preservaba su valor patrimonial cultural ni tampoco su destino exclusivo. Por ello, peticionaron el dictado de una medida cautelar en pos de la preservación del destino del inmueble y su estructura edilicia, en tanto integrante del patrimonio cultural de la Ciudad.

La jueza de Primera Instancia, Dra. Seijas, en una sólida y ajustada intervención, anuló el llamado a licitación, y le ordenó al GCBA que se abstenga de toda intervención que implique una alteración del destino del inmueble que no se corresponda con la protección estructural que el edificio posee.<sup>32</sup> Merece destacarse la relación e identificación establecida por la Magistrada entre el derecho colectivo en juego, la legitimación amplia y la jerarquización del rol del Juez, pero manteniendo a la Administración incólume en su rol de vicaria del interés público, al decir en su considerando XI:

los derechos involucrados en autos exceden el interés de las partes y, al mismo tiempo, ponen en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquel como el de la sociedad en su conjunto [...] El marco legal descripto brinda un claro sustento a la apertura de la administración de justicia hacia instituciones, grupos o aun personas aisladas que soliciten protección para bienes, que, aun cuando su goce no esté individualizado, conforman el patrimonio colectivo. En efecto, de las normas aplicables se destaca que la colaboración de los particulares justifica una amplia legitimación para exigir [...] el cumplimiento de lo previsto en el Código de Planeamiento [...].

La Sala II del CCAyT confirmó la Sentencia, señalando que “la obra licitada importa reformular el edificio en aspectos no permitidos. Esto es, se prevé una demolición parcial y la construcción de un nuevo cuerpo que –tal como dijo el Tribunal de grado– exceden y afectan la protección asignada al inmueble antes referido”,<sup>33</sup> lo cual, en miras a la protección estructural asignada al bien en cuestión, impide llevar adelante las obras intentadas por las autoridades administrativas en ese edificio.

---

32. Cfr. considerando XIII: “el Legislador adoptó [...] una determinada opción, traducida en la Ley 2665 (...) Siendo así, dilucidar si la obra contratada se adecua al grado de protección estructural brindado al inmueble se convierte en el eje de este proceso”.

33. Considerando 9.

De esta manera, en este caso, elucidar la adecuación al destino normativamente atribuido al inmueble *vis a vis* lo dispuesto en el CPU, resultó decisivo; ya en el caso “Pusso” la CCAyT ha dejado en claro que incluso “la existencia de un proyecto de ley sobre catalogación debe aparejar la modificación preventiva del catálogo respectivo mientras dure el trámite, y ello comporta la improcedencia de otorgar permisos de obra o demolición hasta tanto se resuelva (cfr. arts. 10.3.3 CPU y 12; y resolución n.º 6 de la subsecretaría de Patrimonio Cultural)”.<sup>34</sup>

## QUINTA: LA DESPROTECCIÓN A LA RESIDENCIA DEL PRÓCER

ARGENTINO LUCIO V. MANSILLA<sup>35</sup>

En este pronunciamiento de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo se discute la procedencia de la indemnización por expropiación inversa que reclamó la descendencia del prócer debido a la asfixiante restricción que les impuso el dictado de la Ley 25.317, que declaró al edificio que ocupa la casa Mansilla como monumento histórico-artístico nacional argentino.

El núcleo del conflicto fincó en la práctica anulación del derecho de propiedad que implicó el art. 2º de la ley 25.317 por el que se sometió al inmueble al régimen de la ley 12.665. Ello determinó que en los hechos el bien deviniera indisponible por la evidente dificultad de su utilización en condiciones normales.<sup>36</sup> Dicha declaración lejos de importar un reconocimiento, un beneficio material concreto para el sostenimiento del bien, una jerarquización o un compromiso del Estado –es decir, de todos– en pos de la protección del inmueble –también para todos–, en realidad, perversamente, operó el fenómeno inverso: importó la restricción de afectación, modificación o alteración de cualquier forma del estado de un inmueble –paradójicamente declarado monumento histórico– sin compromiso público de ninguna índole y sin contraprestación alguna, ya que solo fue merecedor de la cínica e irrita exención del pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza;<sup>37</sup> no obstante que el propio régimen de monumentos

34. Autos “Pusso, Santiago contra GCBA s/otros procesos incidentales”, sala I de la CCAyT. En Aveldaño, Mercedes I “Directivas...”, citado.

35. CNCAF, Sala V, 4/11/2009, causa n.º 37.999/2000, “Zorrilla Susana y otros c/ EN –P.E.N. s/Expropiación-Servidumbre Administrativa”.

36. Pablo Gallegos Fedriani, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, en *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.

37. O como enfatiza el considerando VIII del voto del Dr. Gallegos Fedriani: “Sin dejar de señalar el ‘vía crucis’ ya seguido por los actores por ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; sin ningún resultado”.

nacionales le establece concretas obligaciones al poder público, como claramente expuso el Dr. Alemany en su voto.<sup>38</sup>

Esta descolorida paleta de opacidades estatales con las que se ilustró a este cuadro desolador queda al descubierto en los apodícticos señalamientos del Dr. Gallegos Fedriani en sus considerandos noveno y décimo:

Que pretender por parte del Estado Nacional que los propietarios se hagan cargo y sean responsables de un edificio prácticamente insalvable desde el punto de vista arquitectónico entendiendo que es compensación suficiente el hecho de que no paguen impuestos resulta más que un principio de derecho una falta de respeto al derecho de propiedad. Resulta evidente que nada puede pretender (el Estado) respecto a los gastos que le ha ocasionado el mantenimiento y custodia del edificio; ordenado en este expediente judicial, sobre todo cuando –como surge de la sentencia de la sra. Juez- ha sido ineficiente y a todas luces contrario al mantenimiento de un monumento histórico arquitectónico y cultural (piénsese solo en el reemplazo de la puerta de entrada de la casa que ha sido sustraída y reemplazada por una chapa galvanizada). Que nadie desconoce los derechos del Estado en aras del bien público de limitar los derechos de los habitantes incluido el de propiedad. Más, cuando tal derecho no es limitado sino prácticamente desconocido, nace por parte del Estado –aun cuando actúe legítimamente– el deber de indemnizar (arg. art 16 de la Constitución Nacional).

La sentencia presentada ilustra así la desprotección en la que frecuentemente encontramos a los bienes culturales y la desaprensión con la que el poder público muchas veces asiste solo de manera declamatoria, limitándose a catalogar bienes y afectando a regímenes especiales para luego incumplirlos, como ilustra el caso comentado.

## A MODO DE EPÍLOGO

Las piezas judiciales presentadas verifican, en gran medida, la inexistencia de políticas públicas concretas en la materia y, de la misma manera, comprueban la inexistencia de una toma de posición por parte del sistema del poder.

Así, se advierte la necesidad de llevar adelante una discusión concreta que principia por elucidar previamente por identificar qué es la cultura para nosotros, lo cual conecta con la pregunta por nuestra identidad y ser nacional, situado, como objeto a

---

38. Cfr. voto del Dr. Alemany, considerando 1°: “a) En el 3° de la ley 12.665, a la que se remite la ley 25.317, se establece que si la conservación del lugar declarado monumento histórico implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario; y en el artículo 4° de ella se dispone que los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, sin intervención de la Comisión Nacional”.

preservar. Adviértase que en nuestro país ni legislación ni doctrina se ocuparon de establecer los elementos esenciales de la noción patrimonio cultural y mucho menos la de identidad cultural, nociones íntimamente amalgamadas.

Por ello comparto con quienes sostienen que el “patrimonio cultural” es algo más que una geografía construida, porque su núcleo trata del “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía y lo proyecta –en su especificidad– al futuro. De allí la previa necesidad de establecer las bases de nuestra identidad cultural como previo a definir qué es para nosotros un bien cultural.<sup>39</sup>

Si la cultura es expresión de la identidad de una sociedad devenida en nación, creo, en honor a la memoria que declamamos, que hay una previa discusión que debiera darse en mi país y respecto de la cual las piezas judiciales presentadas constituyen un significativo aporte en punto a determinar de qué se trata esa identidad que concretamente queremos preservar. Me despido con una pregunta. Si ante todo el derecho es un fenómeno cultural, ¿cómo haremos para preservar la identidad de aquello que los argentinos y “porteños” hemos constantemente suprimido, reemplazado y yuxtapuesto?

## BIBLIOGRAFÍA

- Abba, Artemio, *Metrópolis argentinas, agenda política, institucionalidad y gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, S/L, Café de las Ciudades, 2010.
- Alessandri, Carlos, Fanni Anna, “La utopía de la gestión democrática de la Ciudad”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, vol. IX, n.º 194, 2005.
- Aveldaño, Mercedes, “Directivas sobre Derecho urbano”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, año 2, n.º 3, 2009.
- Bianchi, Alberto, “Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010.
- Borja, Jordi, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2004.
- Damsky, Isaac “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, suplemento del 31 de julio de 2009.

---

39. Liliana Zendri, con cita de Ignacio González-Varas, *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Madrid, Cátedra, 1999, p. 17.

- Daniele, Mabel, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010. Disponible en <<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/09/exigibilidad-jurisdiccional-de-los.html>>.
- Gallegos Fedriani, Pablo, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, en *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.
- Germán Bidart Campos, *Las obligaciones en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1988.
- Gordillo, Agustín, “Los grandes debates urbanos de hoy”, Buenos Aires, 2009. Disponible en <<http://www.adaciudad.org.ar/>>.
- Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Continente, Buenos Aires, 2005.
- Jiménez, Eduardo Pablo, “Los derechos de la cultura y educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Germán Bidart Campos, Andrés Gil Domínguez, directores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Navas, Mariano, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2, n.º 5, octubre 2009.
- Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 40, S/L, 2004.
- Sáenz, Jorge A., “Prólogo a la X edición” del *Tratado de Derecho Administrativo del Dr. Agustín Gordillo*, Buenos Aires, FDA, 2010.
- Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, *ad-hoc*, 1999.
- Tercco, Mario, “Una mirada arrabalera a Buenos Aires”, en *Café de las Ciudades*, año 8, n.º 75, 2009. Disponible <<http://www.cafedelasciudades.com.ar>>.
- Zendri, Liliana, con cita de Ignacio González-Varas, *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Madrid, Cátedra, 1999.

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2014  
Fecha de aprobación: 2 de junio de 2014

## 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

- 
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.<sup>5</sup>

## **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.<sup>6</sup>

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 suprallegal. 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).<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.<sup>a</sup> 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.<sup>10</sup> 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...<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

*¿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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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](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 absoluto<sup>18</sup> 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 el 16 de julio de 1996<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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 2011<sup>21</sup> 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”.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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).<sup>26</sup>

---

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*.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

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.<sup>a</sup> 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](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.<sup>a</sup> 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

## La administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social

*Guilherme Lima de Moura Sales\**

### RESUMEN

El sector mineral es de extrema relevancia estratégica para el desarrollo social y económico de cualquier país. Por esa razón, la gestión adecuada de los recursos minerales existentes en un determinado territorio está íntimamente vinculada al ejercicio pleno de la soberanía. Es así que, pretendiendo la garantía del control eficiente de sus recursos, la mayoría de los países clasifica sus recursos minerales como propiedad estatal, sin embargo, dado el alto costo y el riesgo involucrado, la explotación económica de estos recursos es más eficiente cuando es conducida por la iniciativa privada. Así, el modelo de explotación de recursos básicos más difundido globalmente es una figura jurídica moderna, en la cual el dominio sobre los recursos es privativo del Estado, pero la explotación económica directa de ese patrimonio se la consienten a particulares, conforme la ley y mediante la oferta de las necesarias contrapartidas sociales y económicas.

**PALABRAS CLAVE:** minería, gestión de los bienes públicos minerales, desarrollo social y económico

### ABSTRACT

The mineral sector has an extreme strategic relevance for the social and economic development of any country. Therefore, proper management of existing mineral resources in a given area is closely linked to the full exercise of sovereignty. Thus, in pretending to guarantee efficient control of resources, the majority of the countries classify mineral resources as state property; however, because of the high cost and the risk involved, the economic exploitation of these resources is more efficient when driven by private initiative. Hence, the basic resource exploitation model is a modern legal concept in which the control over resources belongs to the State, but the direct economic exploitation of this heritage belongs to some individuals according to law and by offering the necessary social and economic counterparts.

**KEY WORDS:** mining, mineral public patrimony management, social and economic development

FORO

\* Especialista en el departamento jurídico de AngloAmerican.

## INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL SECTOR MINERAL

La gestión eficiente de los bienes minerales es un tema de gran relevancia, toda vez que estos constituyen una innegable ventaja competitiva para los países mineros. Son raras las utilidades creadas por el hombre que no dependen, directa o indirectamente, de la minería para existir. Desde el rudimental martillo de piedra hasta los modernos equipos creados con la nanotecnología, todo, de una manera u otra, tiene en su composición más básica el empleo de productos minerales:

Los recursos minerales forman el verdadero pilar de la civilización. El propio registro de la historia humana busca sus referencias iniciales en la dependencia del hombre en relación a los recursos minerales. Así es como la historia antigua se subdivide en Edades de la Piedra (Paleolítico y Neolítico), del Bronce, del Hierro, de los Minerales Energéticos (carbón, petróleo y minerales radiactivos) y más recientemente, de los “Materiales del Futuro” (superaleaciones, polímeros, compuestos, cerámicos avanzados, etc.), que a pesar de sintéticos, aún necesitan de los minerales para su elaboración.<sup>1</sup>

El desarrollo tecnológico e industrial depende directamente del aprovechamiento de los recursos minerales: tómesese como ejemplo el niobio, cada vez más buscado en el mercado mundial por su capacidad de –sumado al hierro– formar aleaciones resistentes.

No se puede olvidar, asimismo, de la creciente búsqueda por las tierras raras, las cuales poseen aplicación relevante en el desarrollo de superconductores y equipos de alta precisión. Los minerales “tradicionales” siguen siendo cruciales para la vida humana, cuyo período actual solo es posible gracias a la oferta continuada de hierro, aluminio y otros materiales provenientes de la cadena productiva de la minería.

No es solo respecto a la construcción y mejoría de las utilidades indispensables al patrón de vida humano que los minerales son importantes. Sin el uso de productos minerales, ni siquiera sería posible una oferta de alimentos que condiga con la población mundial. Por cierto, considerando la evolución demográfica esperada para el futuro y la limitación creciente a la expansión de las fronteras agrícolas de los países tradicionalmente productores (restricción de la oferta de tierras cultivables), se puede concluir como son importantes los fertilizantes –productos de origen mineral, en su

---

1. “Recursos minerais e sociedade”, Información disponible en <<http://www.dnpm.gov.br/assets/galeriadocumento/planoplurianual/pluger01.html#topo>>.

mayoría– para la sobrevivencia del hombre. Solamente con la aplicación de los fertilizantes es que se conseguirá aumentar los niveles de productividad de las tierras actualmente cultivadas y más aún, cultivar tierras cuyos suelos serían, en principio, demasiado pobres para el desarrollo adecuado de la agricultura. Para que uno tenga idea, de acuerdo con los datos de la United Nations Environment Program (UNEP), cerca de 200.000 personas son adicionadas diariamente al mercado consumidor de géneros alimentarios.<sup>2</sup> Eso exigirá, conforme análisis de la European Union Food and Agriculture Association (EU FAO), un aumento de productividad en las áreas agrícolas de aproximadamente un 15 % hasta 2020. Eso solamente para mantener los niveles actuales de consumo per cápita.<sup>3</sup>

La esencialidad de la minería ya fue, como resalta José Mendo Mizaél de Souza y Marcelo Mendo Gomes de Souza, “atestada y destacada por la humanidad en el texto de la Declaración final de la Río+10”,<sup>4</sup> la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002, que entre otras cosas manifiesta que la minería, los minerales y los metales son importantes para el desarrollo económico y social de muchos países (y que) los minerales son esenciales para la vida moderna.<sup>5</sup>

El Banco Mundial también ya aseveró la esencialidad de la minería para el desarrollo de los países:

Es casi imposible imaginar la vida sin minerales, metales y compuestos metálicos. De los 92 elementos que ocurren en la naturaleza, 70 son metales; muchos esenciales para la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Estas sustancias forman parte de la actividad humana desde que pequeños pedazos de cobre fueran martillados por primera vez, transformados en herramientas simples, alrededor del año 6000 a.C.

Actualmente, la sociedad necesita de minerales y metales para cada vez más finalidades. Minerales industriales, como la mica, son componentes esenciales de materiales industriales avanzados. La agricultura necesita de fertilizantes a base de minerales. La industria depende de los metales para sus máquinas y equipos y de hormigón para las fábricas necesarias a la industrialización. Toda aeronave, automóvil, computadora o aparato eléctrico depende del cobre y del aluminio. El titanio es fundamental para motores de aeronaves. Un mundo sin el chip de silicio, hoy, es inimaginable. Los metales continuarán a atender las necesidades de las generaciones futuras, a través de nuevas aplicaciones en los sectores electrónicos, telecomunicaciones y aeroespacial.<sup>6</sup>

---

2. Según la United Nation Environment Program (UNEP).

3. Análisis de la European Union Food and Agriculture Association (EU FAO).

4. José Mendo Mizaél de Souza, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, en *Direito Minerário: Estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 2.

5. Declaración final de la Río+10, la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Johannesburgo, Sudáfrica, 2002.

6. Extraído del Dictamen PROGE 145/2006 – CCE-JMO.

Dentro de ese contexto, es evidente que todos los países deben cuidar de forma especial la gestión de los recursos minerales existentes en su territorio, dándoles tratamiento diferenciado en cuanto a la propiedad y regímenes de explotación. Esa cuestión puede hacer toda la diferencia en el desarrollo económico local.

De esa forma, consonante a la visión del Banco Mundial (BM), financiar proyectos de minería en economías subdesarrolladas es importante para el crecimiento económico y, consecuentemente, para la reducción de la pobreza. Se ha dicho que los siete argumentos más importantes del BM para financiar los emprendimientos mineros son:

1. Analogía histórica –países como Suecia, Finlandia, Inglaterra y, más recientemente, Australia, Canadá y Estados Unidos han contado (y todavía cuentan) con un fuerte sector mineral que, a su vez, habría sido el principal impulsor para la trayectoria de desarrollo.
2. Creación de empleos –la minería genera empleos directos e indirectos. En Brasil, por ejemplo, la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) estima que, para cada empleo generado en la industria de explotación mineral, 13 puestos de trabajo son creados en otros sectores de la economía, en los servicios o en otras industrias *upstream* y *downstream*. La Asociación entre la creación de empleos y la reducción de pobreza ocurre por intermedio de la renta salarial que fluye para la economía, contribuyendo positivamente para el aumento de la renta per capita y, consecuentemente, para la reducción de la pobreza [...].
3. Generación de renta –además de la renta y de los salarios, la renta obtenida principalmente por intermedio de los encadenamientos fiscales es un poderoso elemento de combate a la pobreza. La recuperación financiera del sector público posibilita a los gobiernos implementar programas volcados hacia la superación de la pobreza [...].
4. Crecimiento económico –la lógica causal es la de los modelos de crecimiento económico y del rol inductor de las inversiones [...].
5. Transferencia de tecnología –las actividades económicas basadas en la extracción de recursos naturales pueden convertirse en verdaderas industrias del conocimiento. Según el BM, la minería fue considerada una “experiencia de aprendizaje nacional” para los Estados Unidos; su enlace con la reducción de la pobreza ocurre vía expansión de las oportunidades de negocio [...].
6. Desarrollo de infraestructura –las inversiones necesarias para la extracción de los recursos minerales catalizan mejoras en la infraestructura física del territorio donde son instaladas [...].
7. Creación de industrias *downstream* –la minería puede crear oportunidades económicas en la cadena de valor paralela a la *downstream* de la actividad extractiva, promoviendo inversiones en industrias que procesen y adicione valor a los bienes minerales, antes que sean exportados [...].<sup>7</sup>

---

7. María Amélia Enriquez, *Mineração: Maldição ou Dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, São Paulo, Signus, 2008, pp. 105-106.

Tras este análisis, muchos deben preguntarse el motivo de por qué tantas economías alrededor del mundo, especialmente en África y América Latina, no poseen desempeño compatible con sus reservas minerales. En la visión de algunos economistas, la abundancia de recursos primarios conlleva un efecto psicológico de letargo y excesiva burocracia estatal, eso sin mencionar un ambiente presuntamente propicio a la corrupción. Eso explicaría, en la visión de este segmento de estudiosos, el nivel de subdesarrollo casi congénito, común a varios de esos países.

Ocurre que aunque no se pueda negar que todos los elementos cogitados por los economistas sectoriales sean factores íntimamente relacionados al subdesarrollo, no hay evidencia empírica consistente de que ese mal sea específicamente de los países con la “tragedia” de la vocación mineral. Por mucho que algunos países africanos, como Zambia y Namibia puedan ratificar la tesis del “letargo mineral”, limitando su actuación en la gestión de sus recursos a una búsqueda apenas por el aumento de participaciones y rentas estatales, captadas del sector productivo, es cierto que otros prueban justamente lo contrario. Véase el caso de Indonesia, que viene aumentando significativamente la participación del sector mineral en su economía, además de Chile, que encontró en el sector mineral un fuerte impulsor de desarrollo social y económico. En esos casos de éxito, el crecimiento vino acompañado de instituciones políticas y económicas fuertes, de apoyo al desarrollo de la minería,<sup>8</sup> garantizando así que el valor generado por la industria primaria fuera transferido y eficientemente explayado hacia la sociedad, promoviendo adecuadamente la finalidad precípua del Estado Moderno, que es la promoción del bienestar social, en su más amplia acepción.

La tabla a continuación demuestra la heterogeneidad entre los países mineros más relevantes en el contexto mundial:<sup>9</sup>

Los ejemplos demuestran, por lo tanto, que la dádiva de un potencial mineral privilegiado no garantiza por sí solo el éxito económico y social de un país. Es necesario que haya instituciones políticas y económicas fuertes, capaces primero de crear condiciones favorables al desarrollo de la actividad minera, y después de capturar los recursos directos e indirectos que ese sector primario puede aportar, de modo de transformarlos en distribución de renta y bienestar social.

---

8. Graham A. Davis, *The mineral sector, sectorial analysis, and economic development. Resources Policy*, vol. 24, Reino Unido, Elsevier, 1998, pp. 217-228.

9. “The role of mining in national economies”, en *In brief. International Council of Mining and Metals*, Londres, 2012. Disponible en <<http://www.icmm.com/document/4440>>.

Rank and country	2010 production value (current US\$ million) (1)	2010 production value (%) (2)	2000 production value (current US\$ million) (3)	2000 production value (%) (4)	Change production value 2000-2010 (%) (5)	2010 production value as % of 2010 GDP (6)	2000 production value as % of 2000 GDP (7)	2010 mineral export contribution (%) (8)
Australia	71.955	15,6	16.444	14,7	337,8	7,8	3,9	40,3
China	69.281	15,0	10.576	9,4	555,1	1,2	0,9	1,5
Brazil	47.027	10,2	7.754	6,9	506,5	2,3	1,2	19,0
Chile	31.275	6,8	10.452	9,3	199,2	14,7	13,9	65,9
Russian Federation	28.680	6,2	10.776	9,6	166,1	1,9	4,1	6,6
South Africa	27.116	5,9	12.694	11,3	113,6	7,5	9,6	37,4
India	26.042	5,6	2.930	2,6	788,8	1,5	0,6	17,9
United States	22.957	5,0	11.253	10,0	104,0	0,2	0,1	6,2
Perú	18.832	4,1	4.682	4,2	302,2	12,0	8,8	62,7
Canada	13.984	3,0	8.853	7,0	78,1	0,9	1,1	11,9
Indonesia	12.225	2,6	4.948	4,4	147,1	1,7	3,0	10,6
Ukraine	9.283	2,0	1.807	1,6	413,6	6,7	5,8	8,2
México	8.361	1,8	2.426	2,2	244,6	0,8	0,4	4,9
Kazakhstan	7.248	1,6	2.390	2,1	203,3	4,9	13,1	13,1
Irán, Islamic Rep.	4.387	0,9	802	0,7	446,8	1,3	0,8	3,7
Philippines	4.221	0,9	397	0,4	964,1	2,1	0,5	6,8
Sweden	3.974	0,9	1.058	0,9	275,5	0,9	0,4	5,3
Ghana	3.964	0,9	1.015	0,9	290,4	12,7	20,4	25,4
Zambia	3.850	0,8	616	0,5	524,7	23,8	19,0	83,6
Papua New Guinea	3.166	0,7	1.338	1,2	136,5	33,4	38,0	54,0
Total top-20	417.867							
As % world production	88 %							

Por otras palabras, y en síntesis, el crecimiento económico de un país, medido en términos de producto nacional bruto, no es suficiente para garantizar un mayor progreso social y humano. Eso significa que una política de crecimiento económico no se la puede confinar a la determinación pura y simple del volumen de producto a alcanzar en un determinado período o de su tasa de crecimiento promedio. Si esa política prosigue, en último análisis, el bienestar social y el progreso humano efectivo de las poblaciones, tendrán igualmente que entrar en el dominio de las opciones en cuanto a los bienes a producir, donde se hace lo mismo en lo que se refiere a las elecciones entre los bienes de producción y de consumo y en cuanto a la producción de bienes destinados a satisfacer necesidades superfluas.

Caemos, así, en una primera noción de política social. Esta designación podrá dársele al conjunto de opciones cuyo objetivo sea el de orientar el crecimiento económico en el sentido de una mayor producción de bienes y servicios que mejor le permitirán satisfacer las necesidades fundamentales de cada individuo y del mayor número posible de individuos. Y, como estos bienes se encuentran normalmente ajenos al mercado, sobre todo cuando se trata de ponerlos al alcance de los individuos de más débiles recursos, el Estado tendrá que tomar iniciativas bien concretas para fomentar el apareamiento de tales bienes o servicios en condiciones de posible acceso por parte de todos los ciudadanos, incluyendo a los de más débiles recursos económicos. Se cuentan entre esos bienes que suelen ocurrir en este caso: la salud, la instrucción en los varios grados de enseñanza y de acuerdo con las capacidades de cada uno, la habitación adecuada a las necesidades de las familias, la seguridad social generalizada.

Últimamente, se empieza a incluir entre los bienes que componen el nivel de bienestar social también los tiempos libres, considerando que estos traducen una gama de bienes no económicos (es decir, bienes que están ajenos al mercado) tales como: la relación entre las personas, la amistad o la simpatía, la libertad de disponer de/ si, etc., bienes estos que son indiscutiblemente un componente importante en el tenor de satisfacción que se le consigue proporcionar a una comunidad.

La política social perseguirá, pues, y en primer lugar, que el crecimiento económico sea debidamente orientado en una doble perspectiva:

- a) permitir alcanzar los más altos estadios posibles de satisfacción de las necesidades fundamentales: salud, instrucción, habitación, seguridad social y tiempos libres;
- b) garantizar el acceso progresivo de todos los grupos a los beneficios que se hicieron posible gracias al crecimiento de la economía.

Uno puede ahora preguntarse: ¿De qué modo se va a obtener esta meta? Por un lado, reservando inversiones suficientemente elevadas para hacer surgir en la comunidad los bienes en cuestión, eventualmente a costa de menores volúmenes de producción de otros bienes considerados superfluos; por otro lado, siguiendo políticas de redistribución de rendimientos que corrijan las desigualdades de rendimiento que espontáneamente tienden a generarse.<sup>10</sup>

---

10. Maria Manoela Da Silva, "O Desenvolvimento Econômico e a Política Social", en *Revista Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. VII, n.º 27-28, S/L, 1969, pp. 475-484.

En ese punto ya se tiene, aunque en líneas bastante generales, una contextualización del reto de los gobiernos de países con alto potencial mineral: inducir a través de políticas públicas adecuadas, el desarrollo del sector, con vistas al fomento del máximo bienestar social de su población.

Ante todo, confirma la tesis de que en la medida en que la producción y la generación de ingresos son trascendentales fuerzas en la reducción de la pobreza, la minería tiene un papel cada vez más importante que desempeñar. Esta es una realidad ya reconocida y reflejada en la agenda de algunas de las compañías mineras globales más responsables, pero aún no reconocido consistentemente entre los gobiernos, las empresas, la sociedad civil y otras partes interesadas en los países que acogen grandes inversiones mineras.<sup>11</sup>

El número de variables económicas y sociales involucradas transforma ese trabajo de concientización y captura de los beneficios de la minería en tarea ardua para los gobiernos que se ven ante ella. Así, el gran dilema que surge es el de equilibrar, en un régimen de aprovechamiento eficiente de las menas, la atracción de inversiones, con la maximización de las contrapartidas socioeconómicas y la protección de la soberanía nacional, considerando lo estratégicas que son las reservas naturales.

El propósito de este artículo, por lo tanto, es una reflexión sobre la gestión eficiente y segura de las riquezas minerales por parte de los estados.

## **LA PROPIEDAD DE LOS BIENES MINERALES COMO FORMA DE GARANTÍA DE LA SOBERANÍA NACIONAL:**

José Luiz Quadros de Magalhães contextualiza el nacimiento de la idea de soberanía en Occidente, “en los hechos históricos traducidos en las luchas entabladas por los reyes franceses contra los barones feudales, para imponer su autoridad, lo que podríamos llamar, entonces, de soberanía interna, como también para emanciparse de la tutela del Santo Imperio Romano, primero, y del Papado, después, lo que podríamos llamar de soberanía externa”.<sup>12</sup>

---

11. “The role of mining in national economies”, 2012.

12. José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, t. II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 123.

En la actualidad, la soberanía nacional<sup>13</sup> se constituye en un valor supremo del Estado, confundiendo casi con su propia existencia.<sup>14</sup> No hay Estado sin que este sea absolutamente libre para decidir su propio destino. Este es el epicentro del concepto de soberanía. Así, todos los sistemas jurídicos actuales son volcados precipuamente para la defensa de ese monopolio de fuerza legítima de actuar, según concepción weberiana.

El respeto a la soberanía, en el marco del Derecho internacional, es el principio fundamental, como se puede percibir en la Carta de San Francisco, que crea oficialmente la Organización de las Naciones Unidas, teniendo como tema central la garantía de la paz, basada en principios inherentes a la libertad y autodeterminación de los pueblos:

Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales y, para ese fin: tomar, colectivamente, medidas efectivas para evitar amenazas a la paz y reprimir los actos de agresión u otra cualquier ruptura de la paz y llegar, por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, a un ajuste o solución de las controversias o situaciones que puedan llevar a una perturbación de la paz;
2. Entablar relaciones amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y de autodeterminación de los pueblos, y tomar otras medidas apropiadas al fortalecimiento de la paz universal;
3. Conseguir una cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y para promover y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión; y

---

13. En el concepto jurídico, soberanía se entiende como el poder supremo, o el poder que se sobrepone o está por encima de cualquier otro, no admitiendo limitaciones, excepto cuando dispuestas voluntariamente por él, al firmar tratados internacionales o al disponer de reglas y principios de orden constitucional. Así la soberanía es el supremo poder o el poder político de un Estado, y que en él reside como un atributo de su personalidad soberana. De ese modo, en el concepto de Bluntschill, se revela en el propio Estado, considerando en su majestad y en su suprema fuerza. Para Clóvis Beviláqua, “la soberanía es la noción de Derecho Público Interno. Es ese el Derecho que nos dice como o Estado se constituye, que principios establece para regular su acción, y que derechos le asegura a los individuos. Cuando aparece en el campo del Derecho Internacional, o Estado ya está constituido, y, consecuentemente, ya se presenta con a su calidad de soberano. El Derecho Internacional la respeta, la acata, y el reconocimiento de un Estado puede (cuando subsistir esa práctica) ser interpretado como declaración que los otros hacen, de que, en la calidad de soberano, puede tener ingreso en la comunión internacional. Pero, es por eso mismo que tiene la facultad de limitarse, va a someterse a preceptos, que le pautarán la conducta”. Ver en Plácido de Silva, *Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Forense, 3.<sup>a</sup> ed., 1973.

14. En la concepción de Bodin, por lo tanto, la soberanía es elemento inseparable del Estado, es un poder absoluto y perpetuo. Absoluto porque no posee límites sino las leyes divinas y naturales, a las cuales hasta los monarcas están sujetos. Perpetuo, por no existir un tiempo de duración dentro del cual este poder deba ser ejercido. Ver en Paula Prux, *Soberania e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, S/L, Centro de Pesquisas Estratégicas Paulino Soares de Souza/Universidade Federal de Juiz de Fora.

4. Ser un centro destinado a armonizar la acción de las naciones para la consecución de esos objetivos comunes.

Artículo 2. La Organización y sus Miembros, para la realización de los propósitos mencionados en el Artículo 1, actuarán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad de todos sus Miembros.
2. Todos los Miembros, a fin de asegurarles a todos en general los derechos y ventajas resultantes de su cualidad de Miembros, deberán cumplir de buena fe las obligaciones por ellos asumidas de acuerdo con la presente Carta.
3. Todos los Miembros deberán resolver sus controversias internacionales por medios pacíficos, de modo que no sean amenazadas la paz, la seguridad ni la justicia internacionales.
4. Todos los Miembros deberán evitar en sus relaciones internacionales la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la dependencia política de cualquier Estado, o cualquier otra acción incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.
5. Todos los Miembros le darán a las Naciones todo el auxilio en cualquier acción a la que ellas recurran de acuerdo con la presente Carta y se abstendrán de darle auxilio a aquel Estado contra el cual las Naciones Unidas actúen de modo preventivo o coercitivo.
6. La Organización hará con que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas actúen de acuerdo con esos Principios en todo lo que sea necesario al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
7. Ningún dispositivo de la presente Carta autorizará las Naciones Unidas a intervenir en asuntos que dependan esencialmente de la jurisdicción de cualquier Estado u obligará los Miembros a someter tales asuntos a una solución, en los términos de la presente Carta; este principio, sin embargo, no perjudicará la aplicación de las medidas coercitivas constantes en el Capítulo VII.<sup>15</sup>

El orden mundial vigente tiene en el concepto de soberanía su base de sustentación.<sup>16</sup> Eso porque todo el sistema jurídico internacional se lastra en la premisa de que los estados son libres para decidir sobre sus destinos, sin la interferencia de otros estados. A pesar de que existan tratados internacionales e intervención de organismos como las Naciones Unidas, y la Organización Mundial de Comercio, estas solo ocurren porque los estados, soberanamente, decidieron someterse a tales controles externos, abriendo mano libre y conscientemente de parte de su soberanía en función de

---

15. Carta de San Francisco, firmada en San Francisco/EE.UU., el 26 de junio de 1945.

16. Según esa perspectiva, a pesar de la creciente fluidez de las fronteras físico-geográficas y culturales que separan los pueblos, la noción de que la sobrevivencia y la perpetuación de su identidad cultural dependen del ejercicio de la soberanía parece que se la están tornando como uno de los puntos principales de referencia en las relaciones bilaterales y multilaterales entre los diferentes estados. Ver en Napoleão Miranda, "Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional", en *Revista CEJ*, n.º 27, S/L, oct/dic 2004, pp. 86-94.

valores mayores como la seguridad y paz mundial, justicia y equidad en el comercio internacional, entre otros.<sup>17</sup>

El Estado soberano, en sus relaciones con otros estados, no tiene ningún vínculo de sumisión, no admitiendo ningún tipo de intromisión en sus asuntos internos o internacionales: casi la totalidad de los tratadistas reconoce que, si la soberanía es un poder supremo, es la mayor fuerza, no queriendo decir que sea un poder arbitrario, una fuerza brutal, que no reconoce límites, como se pensaba en el pasado.

Es importante resaltar que la soberanía no es un poder del Estado, sino una cualidad de ese poder, que podrá ser o no soberano.<sup>18</sup>

Se nota, por lo tanto, que la soberanía posee dos caras distintas: interna y externa. La primera se consubstancia en la capacidad de amalgamar los intereses opuestos en el seno de la sociedad, organizar el Estado y garantizar la paz y el orden social interno. Originalmente, la soberanía, en el plan interno,<sup>19</sup> nacía del reflejo de la voluntad del gobernante, siendo así todavía hoy en los estados autoritarios. En esos órdenes políticos excepcionales, la soberanía se reviste del poder absoluto investido en el gobernante, el de hacer imponer su voluntad en su territorio. Ya los estados democráticos actuales experimentan un modelo de soberanía más avanzado, en donde el poder legítimo está en las manos y emana directamente del pueblo, para que la voluntad popular se haga valer dentro de su territorio, actuando el gobernante como mero organizador y cumplidor de la voluntad que, en última instancia, será siempre la del pueblo. Como se ha sostenido en el enfoque roussoniano, los elegidos por el pueblo para gobernar no son sus representantes, sino solamente comisarios para ejecutar la voluntad general; las leyes solo serán obligatorias después de aprobadas por el pueblo.

La segunda cara de la soberanía, la externa, se caracteriza por el equilibrio de fuerzas entre los países y la capacidad de extirpar las interferencias externas en la conducción de los asuntos nacionales, valiéndose de la fuerza si es necesario. Esa soberanía, no obstante, no nace de la voluntad popular, ella carece del reconocimiento por parte de los demás estados de que, en aquel territorio, hay un poder legítimo puesto a impedir que las demás naciones intervengan. Así la soberanía, en los estados democráticos,

---

17. Eso significa en realidad que la capacidad regulatoria de esos instrumentos y de los organismos institucionales creados para vigilar su aplicación es siempre mediada por el ejercicio soberano de una adecuación necesaria a los parámetros nacionales de manifestación de la cultura jurídica y social de las diferentes naciones, aunque esa capacidad varíe de forma significativa en función de las características de su inserción específica en el orden internacional. Ver en Napoleão Miranda, "Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional", pp. 86-94.

18. José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, p. 127.

19. La soberanía interna es sinónimo de poder supremo. Significa que dentro de las fronteras del Estado no existe ningún poder paralelo o superior al poder del Estado.

refleja el poder de hacer valer la voluntad de un pueblo en su territorio debidamente reconocido por las demás naciones como un ejercicio legítimo de ese poder de actuar.

La soberanía se configura (al menos desde la paz de Westfalia, en 1648) como una potestad o poder que ha de ser confirmado por el reconocimiento de otros Estados. En la comunidad internacional, reconocer la soberanía de un Estado significa renunciar a intervenir en los asuntos internos del mismo, admitiendo que ya existe ahí un poder supremo legítimo. La relación entre Estados soberanos así reconocidos es de igual a igual, y en ningún caso jerárquica. De ese modo, tanto el derecho constitucional como el derecho internacional reafirman la visión de Jean Bodin de la soberanía como poder absoluto y perpetuo de la república.<sup>20</sup>

Para que un Estado sea, en esa medida, soberano, no basta su propia y legítima voluntad, tampoco que este así se declare. Es necesario que obtenga, en el plan internacional, el reconocimiento de los demás estados de que allí hay un poder legítimo y soberano instalado.<sup>21</sup> De esa forma, la soberanía, más que una declaración, es un ejercicio práctico en la vida de las naciones, que deben cuidar del mantenimiento de la paz y organización interna –la inestabilidad interna amenaza la legitimación del poder popular y, por consiguiente, su reconocimiento por los demás países– y de la protección en contra de las amenazas externa, un Estado es siempre más vulnerable.

La gestión de las reservas naturales, de carácter estratégico para el desarrollo del país, pasa entonces, a ser esencial a la garantía de la soberanía nacional, lo que explica la opción de muchos Estados en tratar la cuestión del aprovechamiento mineral en el plan constitucional<sup>22</sup> –lo que evita alteraciones en el régimen de aprovechamiento al sabor de la coyuntura política momentánea–. Dentro de esa línea es que diversas Constituciones, como forma de proteger fuertemente los recursos minerales nacionales, según los valores y principios prevalecientes en la sociedad, los clasificaron como bienes de propiedad exclusiva del Estado.<sup>23</sup> Sometiendo su aprovechamiento al interés nacional.

---

20. Pedro Francés Gómez, *El Concepto de soberanía*. Disponible en <[www.ugr.es/~pfg/fp2/fp2\\_5.html](http://www.ugr.es/~pfg/fp2/fp2_5.html)>.

21. El poder del dominio estatal por ser un poder de naturaleza jurídica se somete al derecho. Esta conclusión lleva al entendimiento de que la soberanía, como calidad del poder estatal está como ese poder, sometida al derecho y tiene una naturaleza jurídica. Ver en José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, p. 128.

22. En ese sentido, el Derecho Minero debe ser inserido como pieza fundamental en el proceso de protección de la dignidad de la figura humana. Ver en Bruno Feigelson, *Curso de Direito Minerário*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 51.

23. Los recursos minerales (no apenas las reservas minerales) y los yacimientos son de dominio de la Unión. Eso impone clasificar ese dominio de la Unión sobre los recursos minerales y los yacimientos en categorías distintas a la de los bienes dominicales y a los bienes de uso especial, porque incluye bajo el dominio de la Unión tanto los recursos existentes como los potenciales. Esa distinción se justifica aún porque los recursos minerales son destinados a la exploración y explotación exclusivamente por el minero y son agotables –lo que les añade una característica de temporalidad– no manteniéndose enteros y perpetuamente bajo el dominio estatal.

Por el impacto que pueden causar en el modo de vida y en el desarrollo de nuestra sociedad, esos bienes deben someterse al estricto control del Estado, que debe actuar para preservarlos y racionalizar su utilización. Estando tales bienes a la disposición en la naturaleza, pudiendo ser usurpados por cualquier persona, es mister el control y la reglamentación ejecutada por el Poder Público [...].

En ese sentido, la preservación del patrimonio mineral tiene un carácter transpersonal comparable a la conservación del medio ambiente. De la misma forma que este genera interés de toda la sociedad, dada su imprescriptibilidad para la garantía de la vida en el planeta, el acceso equilibrado a los recursos minerales también constituye interés de toda la colectividad, teniendo en vista el valor estratégico que tales recursos representan para nuestro modo de vida.<sup>24</sup>

Tómese, como ejemplo, la Constitución Brasileña, promulgada el 5 de octubre de 1988:

Art. 20. Son bienes de la Unión:

IX –...los recursos minerales, incluso los del subsuelo [...].

Art. 176. Los yacimientos, superficiales o no, y demás recursos minerales y los potenciales de energía hidráulica constituyen propiedad distinta de la del suelo, para efecto de explotación o aprovechamiento, y pertenecen a la Unión, garantizada a los concesionarios la propiedad del producto de la mina.

La misma orientación sigue la Constitución ecuatoriana actual, fechada el 20 de octubre de 2008:

Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea diferente de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes solo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

La Constitución chilena no es diferente:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las ar-

---

24. Valkiria Silva Santos Martins, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, en *Estudos de direito mine- rário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 192.

cillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

En el pasado, diversos países experimentaron diversos modelos de explotación, en los que la propiedad sobre los recursos minerales no era ejercida directamente por el Estado, sino por el particular propietario del suelo —el denominado Régimen de Acceso—. Esas experiencias fueron desastrosas para el desarrollo de la minería y, en última instancia, representaron un empobrecimiento de la soberanía de los estados. Había una evidente divergencia entre el interés nacional, de ver sus recursos siendo sanamente explotados, con el mayor retorno posible a su pueblo, y el de los “propietarios” de las minas, que sometían la explotación de las mismas a su exclusivo interés. En conclusión, lo que se veía era el Estado privado de los recursos que podría usufructuar con la explotación de su potencial mineral, situación evidentemente disonante de las necesidades y voluntad popular. La separación habida, por lo tanto, entre la propiedad de suelo, disponible para cualquier particular, y la del subsuelo mineralizado, reservada al Estado, se mostró acertada, bajo la óptica de la garantía de la soberanía nacional y sometimiento del aprovechamiento de los recursos al interés nacional.<sup>25</sup>

Siguiendo por ese raciocinio, la propiedad ejercida por el Estado, sobre los recursos minerales, no puede ser entendida bajo el concepto puro de efectivo dominio sobre el bien, para darle la destinación que mejor le convenga, observados la ley y los principios. La propiedad del Estado, en el caso de los recursos minerales, es figura jurídica ficcional, teniendo mucho más una idea de reserva estratégica para fines de ejercicio efectivo de la soberanía nacional.

Por sus particularidades, el dominio de la Unión sobre los recursos minerales se clasifica como un dominio público mineral especial, originario y exclusivo de la Unión, imprescriptible y finito, alcanzando tanto los recursos conocidos como los desconocidos [...].

---

25. La legislación mineral, hoy mundialmente reconocida como un instrumento básico para el desarrollo económico de un país, fue altamente influenciada por las directrices proclamadas por la Resolución 1803/62 de la Comisión Permanente de Soberanía sobre los Recursos Minerales de las Naciones Unidas, piedra angular de la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional y de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptadas por la Asamblea General de la ONU, en 1974. Como resultado directo de ese importante documento, la mayoría de las legislaciones modernas han pasado a establecer que los recursos minerales pertenecen al Estado y no más al propietario del suelo. En algunos países, son todavía mantenidos algunos derechos ancestrales y en otros los propietarios del suelo poseen el dominio sobre los minerales destinados a fines industriales y a la construcción civil; no obstante, aún en esos países, el Estado últimamente controla los medios y métodos de explotación de esos minerales. Ver en Parecer de la Abogacía General de la Unión n. AGU/RB-01/94. Brasília, Brasil, publicado el 25/03/1994.

Reconociendo esa tendencia mundial, la Carta Política de 1988 le transfirió a la Unión el dominio sobre los recursos del subsuelo, eliminando de vez la institución de cualquier derecho privado sobre tales recursos, y colocó la explotación de esos bienes bajo la integral tutela del Estado, a la luz del interés nacional.<sup>26</sup>

Juan Luis Ossa Bulnes conceptúa que los yacimientos son “de dominio estatal, en calidad de bienes fiscales de naturaleza especial, incluso cuando, por ser todavía desconocidos y por lo tanto indeterminados, el Estado puede ejercer actos de dominio a su respecto”.<sup>27</sup>

La reserva de la propiedad sobre los bienes minerales exclusivamente para los estados, dada la importancia estratégica de esos bienes para el desarrollo económico del país,<sup>28</sup> garantiza, por un lado, el dominio absoluto sobre los recursos minerales, yacimientos y minas, especialmente para aumentar su poder de influencia internacional –considerando la alta dependencia de las sociedades–, y en la protección en contra de los intereses de naciones extranjeras sobre estas reservas. Además, proporciona internamente un control más efectivo del Estado sobre la actividad minera, no solo desde el punto de vista administrativo, sino también, y principalmente, sobre la función estratégica de su aprovechamiento, considerando que no son renovables,<sup>29</sup> juntamente con el incremento del retorno dado por la explotación de esos recursos.

Comprendida la importancia estratégica de garantizarle al Estado la propiedad de los recursos minerales existentes en su territorio, como forma de garantizar el propio ejercicio de la soberanía nacional, se pasará a continuación a analizar los modelos de explotación y principios fundamentales que orientan el aprovechamiento de los recursos.

---

26. Valkiria Silva Santos Martins, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, p. 199.

27. Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1992.

28. El progreso económico y social de los estados modernos basado en sus potencialidades industriales depende de forma directa del aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el planeta. Por ello, el desarrollo alcanzado por la economía del país, a lo largo de su historia, estuvo en el pasado y, ciertamente estará en el futuro, estrechamente vinculado al sector mineral. Vemos, de este modo, la minería como un pilar básico de la economía en nuestro país, y no podría ser de otra forma, una vez que la naturaleza ha sido altamente generosa con nuestras tierras y sus recursos minerales. Ver en Alberto Arévalo, Alejandro Canut, *Contratos Mineros*, Santiago de Chile, CONSUR, 1994, p. 3.

29. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2010, 5.ª ed., p. 104.

## **LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES POR LA INICIATIVA PRIVADA Y LOS PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA EXPLOTACIÓN MINERAL: FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD MINERAL, UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS NACIONAL**

En líneas anteriores se ha observado que la soberanía del Estado reside de manera muy clara en el poder legítimo de definir su propio destino. Ese poder, conforme a lo que se expuso, emana originalmente del pueblo, sometándose por lo tanto a la voluntad popular.

De esa forma, justamente para garantizar que las menas sean aprovechadas en función del desarrollo nacional y del bienestar social, es que alrededor del mundo se han clasificado a los recursos minerales como propiedad exclusiva del Estado, como es el caso de Brasil, Chile y Ecuador.

Por más que sea de propiedad del Estado, la explotación económica de los recursos minerales ha sido, en la mayoría de los países de vocación minera, entregada a particulares, aunque la forma y el grado de interferencia estatal varíen mucho. Esa opción estratégica adviene, en gran medida, de la aplicación del principio general de la eficiencia,<sup>30</sup> que rige la Administración Pública, y del principio, específico de la minería, del máximo aprovechamiento de los yacimientos.

Esa concepción constitucional, que le atribuye el dominio de los recursos minerales a la Unión (Estado) y, concomitantemente, le otorga la propiedad de la mena extraída al minero, crea una figura jurídica moderna.

---

30. Con la aplicación de este principio derivado del principio del Derecho Italiano de la “buena administración”, debe el Estado, a través de sus agentes, buscar siempre el medio menos oneroso y que maximice el retorno para la sociedad. “Vale observar, no obstante, que el principio de la eficiencia no alcanza apenas los servicios públicos prestados directamente a la colectividad. Al contrario, debe ser observado también en relación a los servicios administrativos internos de las personas federativas y de las personas a ellas vinculadas. Significa que la administración debe recorrer a la moderna tecnología y a los métodos hoy adoptados para obtener la calidad total de la exigencia de las actividades a su cargo, creando, incluso, un nuevo organograma en el que se destaquen las funciones gerenciales y la competencia de los agentes que deben ejercerlas. Actualmente los autores han presentado varios estudios sobre la cuestión concerniente al control de la observancia del principio de la eficiencia. La complejidad que envuelve el tema es comprensible: de un lado, hay que respetar las directrices y prioridades de los administradores públicos, bien como los recursos financieros disponibles y, de otro, no se puede admitir que el principio constitucional deje de ser respetado y aplicado”. Ver en, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, 10.ª ed., pp. 19-20.

Al tiempo que le asegura el control del Estado sobre el patrimonio mineral, define a quien le compete el ejercicio de la actividad. Refleja el interés del Estado en garantizar la soberanía sobre las riquezas minerales y reconoce la importancia de la actividad privada para la producción de bienes minerales [...].

En razón de ese sistema especial, mientras la Unión tiene poderes para, estratégicamente, proteger las riquezas minerales, todos los riesgos e inversiones son privados. Otro aspecto es que el legislador constituyente, al referirse también a los recursos minerales, les da legitimidad e interés a la Unión y al minero para que protejan la riqueza mineral, aunque potencialmente –o sea, los recursos minerales, antes de ser descubiertos y transformados en yacimientos y minas.<sup>31</sup>

Como se sabe, el Estado moderno es de veras complejo, ya que “en nuestro tiempo histórico, en el mundo occidental, prevalece, aplastantemente en la doctrina, la afirmación de que hay una trilogía de funciones en el Estado: la legislativa, la administrativa (o ejecutiva) y la jurisdiccional”.<sup>32</sup> Por mucho que se tome tan solo la función administrativa, es cierto que esta abarca un sinnúmero de actividades, de las más diversas naturalezas, lo que, hasta por lógica, hace poco creíble que el Estado sea capaz de actuar eficiente y directamente en un área tan especializada como la minería.

Además, en las democracias modernas, aunque en grados distintos, hay siempre una serie de restricciones al Estado para contratar bienes y servicios, aportar inversiones y contraer obligaciones que graven las cuentas públicas. Normalmente los estados democráticos poseen leyes específicas direccionando los recursos financieros estatales para la financiación de actividades básicas esenciales, como salud, educación, vivienda y otras medidas de carácter social, lo que genera una limitación en la capacidad de invertir recursos en otras áreas.

Todas esas reglas, saludables para la buena administración del dinero público, conllevan una burocracia que perjudica la actuación del Estado como ejecutor directo de actividades económicas, como la minería. Eso porque por más eficiente que este sea, jamás conseguirá ser suficientemente rápido y capaz de invertir como lo hace el particular.

La insuficiencia de recursos públicos para atención de todos los anhelos y expectativas confiados por la sociedad al Estado y la búsqueda de la eficiencia en esa tarea condujo a la sustitución del Estado gestor por el Estado Orientador de las actividades volcadas hacia la concretización del interés general; fruto del principio de la subsidiaridad, la regulación re-

---

31. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 66.

32. Celso Antônio Bandeira De Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 21.ª ed., p. 29.

presenta a la disciplina jurídica de la actividad económica privada en segmentos relevantes para el desarrollo social.<sup>33</sup>

La dificultad e ineficiencia del Estado, al ejecutar –o intentar– directamente actividades económicas específicas ya fue objeto de innumerables teorías y estudios económicos, todas ellas convergiendo para el diagnóstico de su incapacidad para competir con la iniciativa privada y orientándole al Estado a que se limitara a la actividad reguladora. Así es que, como tendencia mundial, los estados modernos occidentales ha privilegiado el objetivo de regular eficientemente<sup>34</sup> la actuación de los particulares, para que estos también actúen eficientemente en el mercado. De esa forma, se cree, que hay un incremento en la capacidad del Estado de administrar la actividad económica, al tiempo que se garantiza una mayor eficiencia en el desempeño directo de las actividades por las empresas privadas.

En ese tono queda evidente que la actuación del Estado, de forma directa en la minería, se muestra una elección equivocada, aunque se pueda observar excepciones en algunos casos, los cuales confirman –dada su excepcionalidad– que niegan la recomendación de que se le entregue a los entes privados el ejercicio de la actividad de minería. El sector mineral exige inversiones vultuosas para la explotación del territorio, identificación de las minas y su desarrollo hasta la etapa comercial, lo que genera conflicto con la ya mencionada escasez de recursos disponibles para que el Estado invierta en esas actividades.

William Freire, al analizar el modelo brasileño de gestión de los recursos minerales, defiende que “el modelo constitucional brasileño es demasiado interesante y conveniente para la Unión (Estado). La Unión detiene el dominio de los recursos y los yacimientos minerales, asegurándoles su control estratégico. Sin embargo, toda inversión y riesgo son privados”<sup>35</sup>.

Además de la limitación de recursos para inversiones en minería, ha de tenerse en cuenta el alto riesgo involucrado en esa actividad, dado el bajo porcentual de éxito en la identificación, implantación y puesta en marcha de minas económicamente viables.

---

33. Marcos Juruena Villela Souto, “Função Regulatória”, en *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 13, Salvador, 2008. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>.

34. Marçal Justen Filho define el papel regulador del Estado como “un conjunto ordenado de políticas públicas que busca la realización de valores económicos y no económicos, reputados como esenciales para determinados grupos o para la colectividad en su conjunto. Esas políticas envuelven la adopción de medidas de carácter legislativo y de naturaleza administrativa, destinadas a incentivar prácticas privadas deseables y reprimir tendencias individuales y colectivas incompatibles con la realización de los valores preciados”. Ver en Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Brasil, Dialética, 2002.

35. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 57.

Se puede fácilmente percibir lo poco recomendable que es, en ese contexto, que el Estado tome para sí el deber de llevar a cabo la explotación de los recursos minerales, ya que usará su restringida capacidad de inversiones en una actividad de altísimo riesgo, cuando podría destinar ese dinero en actividades consideradas esenciales al bienestar social.

Es exactamente la complejidad de descubrir yacimientos minerales, estudiarlos y, finalmente, comprobar su existencia, que hace con que se diga que el riesgo en la Minería puede ser evaluado, por ejemplo, por el hecho de que, en promedio, de cada 1000 afloramientos estudiados resultará, al final, el aprovechamiento de 1 (un) yacimiento, el cual, como sabemos, es una anomalía geológica: o sea, para obtener éxito y encontrar un yacimiento es necesario, entre otros, especialmente, recursos humanos, financieros, logística, ciencia, inspiración y mucha –pero mucha mismo– transpiración.<sup>36</sup>

Ante lo expuesto hasta ahora, parece claro que el modelo más común para un eficiente aprovechamiento de los recursos minerales es el que reserva la propiedad de estos para el Estado, pero delega a los particulares la explotación de la actividad económica de minería, mediante autorización o concesión estatal. Dentro de ese modelo, como propietario directo de los recursos minerales, le cabe al Estado autorizar, regular y fiscalizar la explotación mineral, constituido de poderes para incluso revocar o cancelar derechos de explotación, en caso de manifiesta contrariedad de esta al interés nacional.

Para que este modelo funcione, no obstante, es necesario que el Estado esté suficientemente preparado para ejecutar eficientemente la regulación del sector, garantizando así que tanto su propiedad sobre los recursos minerales como la de los concesionarios y los que tienen autorización para hacerlo, sobre los derechos de explotación, atiendan a su función social.

En el Derecho Minero, la propiedad mineral solo estará garantizada si se cumple su función social. Esta función social está representada por valores como el bienestar social en el aprovechamiento de los recursos minerales, sea en relación a los inversores directos, indirectos, trabajadores, superficiarios, repartición de las ganancias, alcanzando dimensiones más allá de la variable económica como la protección de valores socioambientales.

La garantía del principio de la función social de la propiedad mineral es un valor que transcurre todos los niveles del Derecho Minero Brasileño, negligenciado es verdad en el pasado, pero que tras la Constitución de 1988 se afirma como uno de los principales valores a ser perseguidos, en las diversas esferas del derecho, bien sea en la construcción

---

36. José Mendo Mizael De Souza, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, pp. 6-7.

de instrumentos normativos, bien sea en la definición de los rumbos económicos, preservación del medio ambiente, políticas socialmente inclusivas, preservación de los derechos culturales.<sup>37</sup>

De un lado, la propiedad ejercida por los titulares de derechos de explotación debe someterse al principio de la función social de la propiedad. Esto porque estos derechos otorgados por el Estado, a título precario y sometidos a una serie de condiciones legales clasificadas en las normas y actos de autorización y concesión, solo se legitiman cuando retornan, hacia la sociedad, beneficios palpables.

De otro lado y en la misma medida, la propiedad pública –en el caso del Estado sobre los recursos minerales–, de forma todavía más íntima y directa, solo puede ser aplicada en beneficio de una finalidad pública específica, es decir, de un modo que le proporcione beneficios directos a la sociedad. En otras palabras, “siendo gestor de los intereses de la colectividad, el Estado no puede plantearse otro objetivo sino el de propiciarles a sus súbditos todo el tipo de comodidades a ser por ellos fruidas”.<sup>38</sup>

De ahí que se diga que la minería es una actividad de interés nacional, en la medida en que a través de ella se pone en práctica la explotación de los recursos minerales existentes en el territorio, de forma eficiente y equilibrada, obteniendo por lo tanto los beneficios sociales y económicos advenidos del uso racional de las reservas de mena. La actividad minera, por lo tanto, solamente se legitima cuando conlleva un valor mayor, más allá del retorno financiero para el emprendedor. Ella debe, por encima de cualquier otra actividad económica común, agregar un significativo valor para la sociedad, lo que se traduce en la práctica, en contrapartidas económicas y sociales de los más distintos géneros, de acuerdo con las características y necesidades de cada región.

Con eso en mente, se puede concluir que el interés nacional se relaciona con la finalidad socioeconómica que deberá ser ejercida por la actividad minera, de manera a habilitar la consecución de los objetivos a ser alcanzados por el orden económico, tales como: el desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y de la marginalización y la disminución de las desigualdades regionales y sociales.<sup>39</sup>

El Instituto Brasileño de Minería (IBRAM) explica de forma muy clara los fundamentos de la caracterización de la minería como actividad de interés nacional:

---

37. Amaro Luiz Ferreira, *A Garantia da Função Social da Propriedade Mineral na Evolução do Direito Minerário Brasileiro*, Manaus, 2012.

38. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 10.ª ed., 2003, p. 260.

39. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 100.

Presentemente, en plena consonancia con los principios del desarrollo sostenible, las empresas que integran la industria de la minería brasileña están asumiendo el compromiso de establecer y de implementar un proceso de crecimiento económico, basado en estructuras globalmente competitivas, que traigan reales mejorías en la distribución de la riqueza y de la renta generadas y con preservación de los atributos ambientales de los sitios y las regiones donde esas empresas actúan. En ese contexto, una de las contribuciones más importantes de la minería a Brasil es el hecho de ser el enlace articulador de sectores clave en la economía, que tienen la capacidad de potencializar ciclos de expansión de mayor grandiosidad para la generación de renta, de empleo, de atributos y de excedentes exportables. Un ejemplo de ello es que la minería, además de promocionar insumos básicos a las actividades agropecuarias (fertilizantes, correctivos de suelos y componentes de raciones animales), garantiza el suministro de materias-primas para el funcionamiento del parque industrial de transformación.

O sea, es una de las responsables del creciente nivel de competitividad de la industria nacional, además de la mejoría de la calidad de vida de la población, que usufructúa de sus bienes y productos. Son razones como esas las que justifican la actividad ser oficialmente reconocida como de utilidad pública.<sup>40</sup>

Conforme se nota en el fragmento que precede, el papel de la minería para el desarrollo económico y social del Estado es tan grande que la clasifican como actividad de utilidad pública,<sup>41</sup> es decir, aquella que, a pesar de ejercerla un particular, trae como resultado un bien social, promoviendo necesidades esenciales de toda la colectividad.

Aunque no haya el comando normativo, la actividad mineral puede ser considerada de utilidad pública por su propia naturaleza y por el modelo adoptado por el Constituyente, que eligió el sector privado para arcar con los encargos y riesgos de la actividad mineral. El sector mineral también puede ser clasificado como de utilidad pública porque recibió la incumbencia constitucional de generar riquezas a partir del aprovechamiento de los recursos minerales.

La minería representa hoy una actividad indispensable a la evolución sostenible del país, llegando a afirmar la doctrina que:

La minería es una actividad de utilidad pública y como tal debe ser reconocida, pues es inimaginable la vida sin minerales, metales, compuestos metálicos, esenciales para la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. El combate contra el hambre depende de la agricultura y esta de los fertilizantes.

También dependen de productos minerales la habitación, el saneamiento básico, las obras de infraestructura vial, los medios de transporte y de comunicación.

---

40. *Ibid.*, pp. 101-102.

41. En Brasil ese reconocimiento formal se da a través del artículo 5.º, f del Decreto Ley 3.365/41, y en la Resolución CONAMA 369/2006.

Para los patrones, métodos y procesos de desarrollo económico y social, con calidad ambiental, hoy existentes en el mundo, la disponibilidad de bienes minerales es simplemente esencial: no hay progreso sin la minería y sus productos”.<sup>42</sup>

Así:

La minería, con todos los atributos de utilidad pública para el desarrollo nacional, contiene lo que se le puede denominar el elemento esencial del concepto de utilidad pública, intuitivo por su facilidad de comprensión, que es su importancia económica y estratégica para la satisfacción de los intereses de la sociedad. Por fuerza del régimen constitucional del aprovechamiento de nuestras potencialidades minerales, la minería va más allá de la dimensión de actividad económica privada para alzar una esfera de interés colectivo.<sup>43</sup>

Si por un lado, la condición de actividad de interés nacional aporta una carga al minero, que en el desarrollar de su emprendimiento debe ofertar al Estado contrapartidas económicas y sociales motrices del desarrollo regional, por otro, la clasificación de la minería como de utilidad pública le garantiza una serie de privilegios y beneficios. De esa forma, la minería, como actividad de utilidad pública, merece un cuidado e incentivo especial del Estado para que se desarrolle y pueda competir en el mercado internacional. Es con base a ese principio que, por ejemplo, se justifican concesiones de beneficios fiscales y la prevalencia de la minería sobre derechos esencialmente privados, incluso el de la propiedad sobre la tierra.

Comprendido el modelo de explotación en que se le reserva la propiedad sobre los recursos minerales al Estado, pero se le delega su explotación económica a la iniciativa privada, cuya actividad se reviste de utilidad pública, en la medida que ofrece contrapartidas de significativo interés nacional, se debe analizar conceptualmente las modalidades de otorga más comúnmente practicadas.

## **MODELOS DE OTORGAMIENTO VENTAJAS E INCONVENIENTES**

Partiendo de la premisa de que los recursos minerales son bienes de la Unión, enajenables, imprescriptibles y que no se los puede embargar, el aprovechamiento económico de ese patrimonio público, por parte de los particulares solamente se puede dar mediante el acto administrativo de concesión o autorización. En otras palabras, el Estado no les

---

42. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 100.

43. Parecer PROGE/DNPM 145/2006.

vende o cede sus recursos a los particulares, que entonces pasan a explotarlo, él tan solo consiente que entres privados exploten económicamente ese bien público, mediante las contrapartidas fijadas en ley y en el acto de otorga o consentimiento.

Según Villar Palasí, la concesión mineral es la investidura de un “derecho exclusivo y excluyente de aprovechar las sustancias minerales o metálicas que constituyen su objeto”. Aclara, aun, el ilustre jurista que “no se trata de una propiedad del suelo, ni tampoco de los minerales objeto de la concesión. No es, también, un usufructo del producto de las minas, antes bien un derecho de apropiación de las sustancias minerales [...]”.

La concesión mineral ya no es puramente una concesión de dominio otorgada en beneficio concreto del concesionario para satisfacer a un interés abstracto, sino una verdadera concesión industrial en beneficio concreto de los usuarios, razón por la cual se produce la caducidad de la concesión no solo por la falta de pago de las tasas administrativas, sino también por la suspensión no justificada de los trabajos o por la mala explotación del bien mineral.<sup>44</sup>

La concesión administrativa es un acto de administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público, a favor de un particular, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento y explotación exclusiva. Es un acto oficial o de soberanía dirigido hacia la constitución de un derecho real sobre cosas o elementos de dominio público. La concesión administrativa, en general, aun cuando supone un acuerdo de voluntades y adopta la forma contractual, es, en esencia, un acto de soberanía, que entraña la idea de revocabilidad.<sup>45</sup>

Nótese que, pese a que se denomine por gran parte de las legislaciones como concesión, el acto administrativo de otorga de derechos de explotación mineral difiere sustancialmente de los actos de concesión de explotación de servicios públicos. Primero, porque el objeto no es un servicio público, antes bien la explotación económica de bien integrante del patrimonio estatal<sup>46</sup> y, después, por constituir un verdadero derecho real<sup>47</sup> a favor del minero.

El acto administrativo denominado concesión de explotación –en adelante denominado consentimiento para explotación– es un acto administrativo que nace a partir de un proceso de otorga, que incorpora un derecho real, por medio del cual la Unión (Estado) le consiente al minero el derecho de aprovechar industrialmente sus reservas

---

44. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 103.

45. Alfredo Ruy Barbosa, “A natureza jurídica da concessão minerária”, en Marcelo Gómez Souza, coord., *Direito minerário aplicado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 77.

46. *Ibid.*, p. 77.

47. No se puede caracterizar a la minería como servicio público porque no está en el rango de servicios que por su esencialidad deben obligatoriamente ser prestados por la Administración Pública, por sí o mediante delegación. La minería, al contrario, es una actividad económica reservada a la iniciativa privada mediante consentimiento del propietario del bien –en su caso el Estado– cuyo objeto son los recursos minerales.

minerales. Genera efectos y derechos subjetivos al minero y para la Unión: de un lado, el derecho-deber de explotar; de otro, el derecho de exigir la actividad de explotación y la obligación de crear mecanismos que posibiliten la actividad de explotación sin inconvenientes.<sup>48</sup>

La forma cómo ese consentimiento de explotación mineral se da, en el Derecho comparado, es demasiado variable. Verbigracia, en Brasil, Australia, Canadá y distintos países vigora el sistema de prioridad, según el cual el primero en requerir un derecho de explotación, en un área considerada libre,<sup>49</sup> recibe el derecho de investigar la existencia de reservas minerales económicamente viables, por su cuenta y riesgo, y, en la hipótesis de que las encuentre, el derecho de explotarlas, mediante las contrapartidas previstas en ley y en los actos de otorga.<sup>50</sup> Ya en otros países, como Ecuador, prevalece el sistema de licitación, según el cual el Estado selecciona las áreas con potencial para la presencia de reservas económicamente viables y entonces, las dispone en licitación, otorgándole el derecho de explotación al que presente la mejor propuesta, de acuerdo con los criterios de juicio previstos en la ley y en el pliego de condiciones.

La adopción del sistema de prioridad permite ofertar igualdad de condiciones entre los interesados, privilegiando al que, diligentemente, protocoló en primer lugar el requerimiento de consentimiento de derecho de explotación para aquella determinada área.<sup>51</sup> En esos casos, hay lo que se suele llamar discrecionalidad vinculada, puesto que, cumplidos los requisitos legales exigidos por ley, no cabe a la administración rechazar el pedido de consentimiento, todo contrario, a esta le cabe el deber de consentir con la explotación.

Ya el otorgamiento por el sistema de licitación busca, en su génesis, garantizar que las áreas con potencial para minería les sean concedidas a aquellos que según los criterios de la ley y del pliego de condiciones ofrezcan los mejores beneficios al Es-

---

48. Del conjunto de características que hemos reseñado queda claro que la concesión minera conforma un derecho real especial, que se distingue nítidamente de la concesión, en general, y de la concesión administrativa, en particular, y otorga a su titular la seguridad y la estabilidad jurídicas que le son indispensables. Ver en Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*.

49. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 84.

50. El área será considerada libre cuando sobre ella no preexista cualquier otro derecho minero formalmente válido y eficaz, aunque pendiente de cualquier recurso en la esfera administrativa, o si ha sido objeto de declaración de bloqueo para fines de concesión de derechos mineros o cualquier otra medida que le imponga óbice a la concesión del título.

51. Para que el requerimiento determine prioridad, este debe ser formalmente perfecto, es decir, correctamente cumplimentado, instruido con todos los documentos exigidos por la ley, firmado por persona habilitada, en fin, cumplir con todos los requisitos legales impuestos como condición de validez del pedido. *Prior in tempore, potior in jure*. Esta conocida cita latina traduce el entendimiento de que, en la hipótesis de controversia que involucre partes que sostienen tener derecho sobre determinada cosa, prevalecerá aquel que primeramente constituyó su derecho. Ese entendimiento puede bien traducir el régimen de la prioridad. Ver en Adriano Drummond Cançado Trindade, *Estudos de Direito Minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 16.

tado. En esa medida, la licitación elimina el criterio “el primero que llegue”, dándole énfasis a la garantía de que el Estado reciba el mayor y mejor retorno posible, por la explotación económica de su patrimonio.

El cotejo de los dos sistemas revela, sin mucha dificultad, lo dispares que son, debiéndose por lo tanto comprender bien las ventajas e inconvenientes de cada uno. Desde ya es importante subrayar: no hay un concepto absoluto de cuál modelo es el mejor. Esa elección dependerá de características específicas de cada país, como se verá a continuación.

El sistema de prioridad, encontrado en países de legislaciones mineras bastante avanzadas, se funda en la premisa de que el Estado no tiene las condiciones técnicas ni financieras para ejecutar actividades de investigación mineral suficientemente detalladas para el mapeado de su territorio. Por cierto, esos países van más allá, considerando inadecuado que se inviertan vultuosas cuantías financieras en investigación mineral cuando se puede transferir esa tarea y ese coste a la iniciativa privada.

De ese modo, los estados que adoptan el sistema de prioridad defienden que se debe facilitar al máximo el acceso a los derechos de explotación mineral, incentivando así que el mayor número posible de interesados entren en el proceso de levantamiento de las potencialidades geológicas locales. Con ello, se cree que la actividad de investigación será fomentada en tal grado que se multiplicarán los hallazgos económicamente viables y con eso, la instalación de nuevas minas, generando los pretendidos recursos financieros y contrapartidas sociales anheladas.

De hecho, el bajo coste y la relativa facilidad de obtener un derecho de explotación en países cuyo sistema de otorga se basa en la regla de la prioridad se han mostrado como atractivos para la multiplicación de los pedidos de consentimiento para explotación mineral, produciendo un significativo aumento de las reservas minerales descubiertas. Ocurre que esa misma facilidad que en un primer momento impulsa, enseguida puede mostrarse un incentivo a la especulación, debido a que muchas personas físicas o jurídicas, sin capacidad financiera comprobada para llevar a cabo las actividades de investigación y explotación, obtienen títulos con el único intuito de repasarlos a terceros, con agio.

Mientras algunos ven en la especulación un elemento nocivo del mercado, que debe ser a todo coste alijada, otros la comprenden como parte natural del proceso de maduración de los títulos, reflejo del dinamismo y especialización de diferentes agentes de la cadena de la minería. Para ese grupo, mientras algunas empresas, llamadas de *majors*, se especializaron en el desarrollo de las operaciones de explotación, aportando grandes sumas de capital y por ello convirtiéndose menos propensas al extremo riesgo, otras conocidas como *juniors*, con capacidad de inversión más limitada, se muestran más apetecidas con el alto riesgo y optaron por ejecutar actividades de in-

vestigación y desarrollo de proyectos para obtener mayores ganancias con la venta de las minas que descubren para las *majors*.

No habría, para los defensores del sistema de prioridad, especulación, sino dos segmentos de mercado bien definidos, uno de prospección y desarrollo de minas y otro de operación de explotación, propiamente dicha. Así, la especulación cuando y/o aplicara mecanismos que les obligasen a aquellos que no cumplan sus obligaciones inherentes al consentimiento de explotación mineral –investigar adecuadamente, protección al medioambiente, contrapartidas sociales y económicas– que de algo intrínseco a un sistema de otorga ineficiente y distorsionado, como predicaban los defensores del régimen de licitación.

Los abogados de la otorga por licitación defienden su punto de vista con la tesis de que la minería es una actividad de innegable utilidad pública y se debe desarrollar con vistas a la atención del interés nacional. En esa medida, la obtención de las más rentables contrapartidas económicas y sociales solamente es posible a través de la competencia entre los interesados por el área. De esa forma, el resultado final del procedimiento licitatorio naturalmente reflejaría el máximo rendimiento posible para el Estado, con la explotación de su patrimonio.

Pese a que no se pueda negar por completo esa asertiva, ni siempre ella será verdadera. Eso porque, para que haya interesados dispuestos a ofertar contrapartidas valiosas al Estado por la explotación de los recursos minerales en una determinada área, es esencial que haya la comprobación del potencial mineral que reside allí. Así, la otorga por el régimen de licitación alija del proceso las *junior companies*, razón por la cual solamente será eficiente si, anteriormente a la oferta pública, el Estado tiene, por sus propios medios, realizado la prospección de las reservas potenciales locales. La gran crítica a ese sistema, por lo tanto, reside en la ya mencionada menor capacidad técnica y financiera del Estado para llevar a cabo actividades de investigación mineral, que exigen el aporte de grandes sumas de dinero, con alto riesgo de pérdida total de la inversión.

Adriano Drummond Cançado Trindade, al cotejar los dos sistemas, en el contexto brasileño, expone de forma muy clara las ventajas de cada uno. El análisis desarrollado puede ser sumamente útil para que otros países hagan sus elecciones políticas:

Por otro lado, bajo el punto de vista del Estado, se puede admitir que idealmente debería existir un procedimiento competitivo para que, analizándose la propuesta de cada pretendiente, el Estado pudiera promover la otorga a aquel cuya propuesta mejor atendiese a sus objetivos. Tal afirmación hace sentido en un contexto donde ya se conozca el yacimiento mineral a ser objeto de la otorga, eliminándose el riesgo geológico. No obstante, es importante considerar que la otorga de derechos de minería se da, en un primer momento, para la

búsqueda de un yacimiento mineral cuyo aprovechamiento sea técnica y económicamente viable, es decir, para la persecución de algo cuya existencia todavía es incierta. En otros casos, por más que sea cierta la existencia, la viabilidad de tal yacimiento es incierta. Por lo tanto, es muy diferente hablar en un procedimiento competitivo para la explotación de un yacimiento conocido y claramente viable (por ello se da la denominación de recurso mineral o mismo reserva mineral) la búsqueda por un posible yacimiento, aún desconocido e incierto en cuanto a su viabilidad técnico-económica.

Nuevamente, aquí se hace referencia a la regla del hallazgo, visto que será esa la garantía del emprendedor en el sentido de poder colocar en producción y remunerarse a partir de algo que se asumió el riesgo de buscar. Tan conocida en el sector como la antigua, la regla del hallazgo está nítidamente relacionada a la búsqueda por un mayor conocimiento geológico del territorio nacional. Obviamente, en los casos en que ya hay conocimiento suficiente cuanto a un yacimiento, no hay que hablar en hallazgo. De ahí que se pueda concebir alternativas a la prioridad como forma de acceso y otorga de derechos mineros en situaciones como esa.

En otras palabras, cuando ya se tiene el conocimiento de la existencia y potencialidad de un yacimiento, el Estado busca organizar certámenes. Vivacqua, reportándose a Lamé-Fleury, abduce que “solamente las (minas) conocidas deberían ser adjudicadas en una subasta, pues ya que no exigían la iniciativa y esfuerzos por parte del descubridor”. Es lo que ocurre, por ejemplo, en procedimientos de disponibilidad en los que el Estado se vale de informaciones obtenidas por el antiguo titular de un derecho minero para otorgar, por medio de un procedimiento competitivo, derechos sobre esa misma área.

En cambio, sería una ilusión imaginar que el Estado dispusiera de informaciones geológicas detalladas y de calidad sobre el territorio nacional, a punto de poder valerse de ellas para la otorga de los derechos mineros por procedimientos competitivos. Hay la necesidad de que el propio Estado estimule el conocimiento del territorio nacional y el hallazgo de yacimientos. Y el Estado, justamente, lo hace por medio de la prioridad, aplicando la regla del hallazgo y abriendo mano de un procedimiento competitivo para la otorga de un derecho sobre un área en la que el propio Estado, muchas veces, desconoce la existencia de un yacimiento.

En otras palabras, en el caso del sector mineral y a la excepción de casos o situaciones específicas en las que el Estado ya tenga conocimiento geológico, hay la nítida opción por el estímulo a la investigación mineral. O sea, en lo que dice respecto a la otorga de derechos mineros, para el Estado es suficiente que haya alguna otorga; o, dicho de otro modo: la existencia de alguna otorga es preferible a ninguna. De esa manera, el Estado podrá perfeccionar el conocimiento geológico de su territorio e identificar nuevos potenciales minerales.<sup>52</sup>

Como se puede percibir, cada uno de los más conocidos sistemas de otorga de los derechos mineros posee características propias. Así, la elección entre cada uno de

---

52. Adriano Drummond Cançado Trindade, *Estudos de Direito Minerário*.

ellos, o de una tercera vía, híbrida de los dos o totalmente innovadora, debe basarse en características muy propias de la estructura interna del Estado, llevando en cuenta las dimensiones de su territorio, disponibilidad financiera, capacidad de ejecutar prospecciones geológicas detalladas del territorio, instituciones y leyes fuertes y eficiente para formular normar y aplicarlas.

## PAÍS A ELEGIR

Por mucho que la cuestión del sistema de otorga sea esencial para una buena gestión de los recursos minerales, es cierto que otras cuestiones son de extremada relevancia para que el Estado obtenga el fin colimado con el aprovechamiento de su patrimonio –contrapartidas económicas y financieras que significativamente mejoren la calidad de vida del pueblo–. Por consiguiente, la forma más común de contrapartida exigida por los países es el pago de *royalties* sobre la explotación mineral.

Además de los *royalties*, que son comunes a casi todos los países mineros –a pesar de que haya una gran variabilidad en la base de cálculo, alícuotas, forma y plazo de pago–, varios países incluyen en el rango de contrapartidas por la explotación mineral diversas obligaciones de orden financiero, como pagos especiales para la obtención de grandes yacimientos, participaciones especiales sobre la ganancia líquida de las operaciones, bono de diversas naturalezas, además de obligaciones sociales, como contenido mínimo local para contratación de bienes, servicios y mano de obra, participaciones especiales dedicada a comunidades especialmente protegidas, etc.

Estados con un perfil más nacionalista todavía restringen, en algunos casos, el acceso de empresas extranjeras a la actividad de minería y otras, incluso, exigen que las empresas estatales participen, de forma más o menos significativa, en la explotación, a través de *joint ventures*, sociedades y otros modelos participativos/asociativos.

Existen también ejemplos donde los países optan por crear empresas públicas de fomento e inversión directa en la actividad de minería, las cuales pueden concurrir libremente en el mercado y/o tener reservadas áreas y privilegios, como ocurre en Chile, con Codelco, y en Ecuador, con la Empresa Nacional de Minería (ENAMI).

Como se puede verificar, existe una gama relativamente grande de mecanismos, mencionando solamente los más comunes, para que los estados garanticen las necesarias y suficientes contrapartidas sociales y económicas por la explotación de un patrimonio suyo, tan estratégico, como los recursos minerales.

Ha de tenerse en mente, desde ya, que no hay una receta hecha para cuales obligaciones, de entre las destacadas, son adecuadas o no. Eso, como se ha definido a lo largo de este trabajo, dependerá de las características específicas de cada país, siendo

la institución de las contrapartidas un ejercicio legítimo de soberanía, que debe respetarse como un valor supremo.

Ocurre que de nada sirve imponerles a los mineros obligaciones excesivamente pesadas, que alejen el interés de estos en invertir en el país. Así, el gran desafío para los países mineros, en la gestión de sus recursos, es encontrar el punto exacto de equilibrio entre contrapartidas por la explotación mineral y atracción de inversiones, dos polos evidentemente opuestos. Ahora, de nada sirve exigir magníficas contrapartidas de los mineros si estos no están dispuestos a invertir en la actividad, de la misma forma que se aparta del interés nacional y de la función social de la propiedad mineral autorizar su explotación sin que esta le dé el adecuado retorno social. Como ocurre en el caso de la opción por el sistema de otorga más adecuado, lo que se necesita tener en cuenta es que más vale alguna contrapartida que ninguna.

Para encontrar, por lo tanto, ese punto de equilibrio entre los arriba dichos intereses opuestos, de modo a garantizar el aprovechamiento de los recursos minerales de forma eficiente y adecuada, en función del interés nacional, es fundamental que cada país conozca a fondo sus características minerales específicas, además de las coyunturas políticas, económicas, jurídicas y sociales en las que se encuentra insertado. Tras ese diagnóstico detallado, se debe responder a la siguiente cuestión: bajo la óptica del inversor, ¿yo le ofrezco mayores ventajas en comparación con países de características minerales semejantes a la mía? Ese autoanálisis es de suma importancia porque, de la misma forma que grandes empresas de minería concurren en escala mundial para la venta de sus productos, los países de vocación minera concurren globalmente por la atracción de inversiones en la actividad.

El mercado de minería en larga escala no se pulveriza tanto como los demás y se caracteriza por la existencia de grandes grupos económicos, con inversiones globales. Así, la elección de dónde invertir toma en cuenta, principalmente, el retorno de la inversión, el plazo y la seguridad jurídica.

En cuanto al retorno de la inversión y el plazo, por tratarse de cuestiones puramente económicas, debe el Estado tener el cuidado de equilibrar cuidadosamente las contrapartidas exigidas para el consentimiento del derecho de explotación mineral, para que estas, al contrario de ser motores de la captación de recursos financieros y desarrollo social, no se transformen en verdaderos entrabes para la atracción de capital.

La seguridad jurídica, a su vez, se relaciona mucho más con los aspectos políticos, sociales e institucionales. La premisa básica es la de que un país, para ser exitoso en cuanto a la atracción de inversiones de gran porte en su sector de minería, además de gran potencial mineral, debe contar con la confianza del mercado de que allí se respetan derechos adquiridos, contratos y la ley es bastante estable. Es importante resaltar, en ese paso, que la seguridad jurídica no se hace solamente con declaraciones puestas

en la Ley, como se suele observar en varios estados, sino es algo que solamente se constituye con el tiempo y con la práctica reiterada de respeto hacia el inversor.

La justificativa para la existencia de tal reposa en la premisa de que los actos practicados por la Administración Pública generan determinadas expectativas por parte de los Administrados, expectativas estas que son legítimas, y, por lo tanto, deben ser tuteladas por el Derecho, con fines de proteger la seguridad jurídica. Así, en muchos casos el administrador va a establecer un plan de actuación con base a una directriz, en un acto, de la Administración Pública, y un eventual cambio de transcurso repentino puede generar impactos desastrosos, rompiendo la seguridad jurídica del sistema.

Por cierto, hay que concebir que no se deba pensar en inviabilizar la facultad de la Administración de revocar o alterar sus normas para situaciones que todavía no han ocurrido. Con todo, en lo que tañe a los efectos de las normas para las situaciones pretéritas, es oportuna la utilización del principio de la confianza legítima (...)

Es esencial que las normas dispuestas sean respetadas, y que nuevas disposiciones o cualquier nuevo tipo de instrumento normativo no altere repentinamente la estructura puesta anteriormente. El Administrado tiene el derecho de confiar en la estabilidad de las reglas puestas y, eventualmente, programarse con base a la legislación actual, siendo que ciertos cambios son oportunos, necesarios y deseables, desde que, con todo, sean precedidas de espacios de transitoriedades, o sea, períodos para que los administrados se adapten.<sup>48</sup>

La seguridad jurídica, a propósito, no reposa apenas en la estabilidad de las normas, es importante también que estas sean claras y su interpretación necesita, lo que le confiere especial importancia, la existencia de un Poder Judicial suficientemente fuerte e independiente. En países con esa estructura frágil o todavía carente de confianza por parte de los inversores. Una solución posible es la admisión de cláusulas arbitrales en cámaras internacionales.<sup>53</sup>

En los últimos tiempos se ha observado un movimiento creciente de nacionalismo mineral, que se traduce por la adopción de políticas, prácticas y alteraciones legislativas, visando un mayor control y participación de los gobiernos sobre la actividad mineral. Ejemplos de esa situación es la ya en vigor Ley Ecuatoriana de Minería y el proyecto de reforma del Código Minero Brasileño, enviado por el Gobierno Nacional, a mediados de 2013. La tónica de esos modelos, que se asemejan a los ya aplicados en otros países latinoamericanos y africanos, es el incremento significativo de las contrapartidas financieras exigidas por el Estado, muchas de las veces convirtiéndolo directa o indirectamente en socio del inversor. Además, hay una tendencia a la centralización de los poderes y precarización de los derechos de los mineros y la reserva de privilegios en cuanto al acceso a las áreas de potencial geológico para las empresas públicas, creadas por el Gobierno.

---

53. Bruno Feigelson, *Curso de Direito Minerário*, pp. 80-81.

No es que ese tipo de iniciativa sea siempre y radicalmente equivocada, pero el mensaje que se le transmite al mercado no siempre es amigable y muchas de las veces resulta en un alejamiento del inversor. El mercado de minería todavía tiene muy viva la memoria de la ola de medidas nacionalistas adoptadas en un pasado reciente, cuando diversos países rompieron contratos, no respetaron de explotación en curso y crearon una serie de restricciones al acceso de inversores extranjeros. Como ejemplo, el estudio llevado a cabo por Ernest&Young, “Business risks facing mining and metals 2012-2013”, señala el nacionalismo mineral como el factor de riesgo principal en la visión de los inversionistas:

La nacionalización de los recursos conserva el ranking número uno de riesgo entre muchos gobiernos de todo el mundo que van más allá del ámbito tributario en la búsqueda de una mayor toma del sector con una ola de requisitos introducidos en beneficio del mandato, gravámenes a la exportación y límites a la propiedad extranjera. La incertidumbre y la destrucción de los valores, causadas por cambios bruscos en la política de los gobiernos de las naciones ricas en recursos, no pueden ser subestimadas como proyectos de todo el mundo diferidos y retrasados y, en algunos casos, la inversión ha sido retirada por completo debido al cambio en la ecuación riesgo / recompensa. Los mineros deben seguir trabajando con los gobiernos para fomentar una mayor comprensión del valor de un proyecto impulsado por el gobierno anfitrión con el fin de mejorar las condiciones de negociación de las compensaciones para que estas preserven el valor de las compañías de minería y metales y de los gobiernos. Esto incluye alentar a los gobiernos a adoptar una visión más amplia de la rentabilidad desde el desarrollo de los recursos naturales así como la negociación de los incentivos fiscales y las compensaciones.

En resumen, convertirse en el país a ser elegido por el inversor, en un mercado competitivo y global como el de la minería exige, sobretodo, la transmisión de una fuerte y clara señal de confianza. Largan adelante aquellos estados capaces de conjugar un privilegiado potencial geológico, con instituciones públicas y jurídicas fuertes, garantizando el equilibrio entre recaudación, beneficios sociales y soberanía con costes competitivos y seguridad jurídica.

## CONCLUSIÓN

Por lo que se expuso a lo largo de este breve estudio, se puede concluir que es primordial que los países, por una cuestión de soberanía, garanticen el dominio sobre los recursos minerales existentes en su territorio. Con todo, dado el alto riesgo e inversión exigidos para el desarrollo de la actividad de minería, lo más adecuado es que el Estado le entregue la explotación mineral a la iniciativa privada, sometida al interés nacional y condicionado a la oferta de contrapartidas financieras y sociales adecua-

das. Así, el modelo de explotación básico, vigente en la mayoría de los países es una figura jurídica moderna, mixta, en la que la propiedad sobre los recursos minerales es del Estado, pero su explotación económica queda a cargo de un particular, mediante otorgas de derechos de explotación.

El consentimiento de derechos de explotación económica de los recursos minerales nacionales puede darse por diversos medios, siendo los más comunes el sistema de prioridad, según el cual el primero en requerir un área libre recibe el derecho de explotación, y el de licitación, en donde el Estado le ofrece las áreas a los particulares que, en igualdad de condiciones presentan sus propuestas, haciéndose merecedor del derecho de explotación aquel que presente la mejor propuesta técnica y financiera.

El sistema de prioridad se muestra más eficiente para el fomento de la actividad de investigación mineral y del interés por la actividad de minería, ya el de licitación tiende a maximizar las contrapartidas financieras y sociales obtenidas con la otorga. Por otro lado, el sistema de prioridad abre brechas para la especulación, mientras el de licitación puede generar menor interés por la investigación mineral y por la actividad de minería. Así, la elección del sistema de otorga dependerá, muy en particular, de las características locales, especialmente, la dimensión del territorio, conocimiento geológico detallados, aparato fiscalizador, etc.

Independientemente del sistema de otorga adoptado, el gran diferencial en la atracción de inversiones externas en la actividad de minería, además, obviamente, del potencial geológico, es la competitividad de los costes de producción, en lo que las contrapartidas socioeconómicas exigidas tienen un impacto significativo, y la confianza transmitida al inversor de que allí hay alta confiabilidad y estabilidad jurídica, reduciendo el riesgo de una medida repentina que aumente los costes o mismo pueda representar la pérdida del capital versado.

En ese punto, la gestión eficiente de los recursos minerales exige instituciones fuertes y capacitadas, tanto en el plan técnico como en el jurídico y político, con habilidad para, en un *benchmarking* global, construir un sistema de explotación mineral altamente atractivo para el mercado: equilibrado en cuanto a las contrapartidas exigidas, ágil para adaptarse a los ciclos económicos y seguro para que circunstancias políticas no traigan inestabilidad jurídica a los derechos otorgados y contratos firmados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arévalo, Alberto, Alejandro Canut, *Contratos mineros*, Santiago de Chile, CONSUR, 1994.  
Bandeira De Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 21.<sup>a</sup> ed.

- Barbosa, Alfredo Ruy, “A natureza jurídica da concessão minerária”, en Marcelo Gómez Souza, coord., *Direito minerário aplicado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- Carvalho Filho, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 10.<sup>a</sup> ed., 2003.
- Da Silva, Maria Manoela, “O Desenvolvimento Econômico e a Política Social”, en *Revista Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. VII, n.º 27-28, S/L, 1969.
- Davis, Graham A., *The mineral sector, sectorial analysis, and economic development. Resources Policy*, vol. 24, Reino Unido, Elsevier, 1998.
- Dos Santos Carvalho, Filho José, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, 10.<sup>a</sup> ed.
- Drummond Cançado Trindade, Adriano, *Estudos de Direito Minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- Enriquez, Maria Amélia, *Mineração: Maldição ou Dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, São Paulo, Signus, 2008.
- Feigelson, Bruno, *Curso de Direito Minerário*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- Ferreira Amaro, Luiz, *A Garantia da Função Social da Propriedade Mineral na Evolução do Direito Minerário Brasileiro*, Manaus, 2012.
- Freire, Willian, *Código de Mineração Anotado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2010, 5.<sup>a</sup> ed.
- Gómez, Pedro Francés, *El Concepto de soberanía*. Disponible en <<http://www.dnpm.gov.br/assets/galeriadocumento/planoplurianual/pluger01.html#topo>>.
- ICMM, “The role of mining in national economies”, en *In brief. International Council of Mining and Metals*, Londres, 2012. Disponible en <<http://www.icmm.com/document/4440>>.
- Justen Filho, Marçal, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Brasil, Dialética, 2002.
- Mendo Mizael De Souza, José, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, en *Direito Minerário: Estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011.
- Miranda, Napoleão, “Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional”, en *Revista CEJ*, n.º 27, S/L, oct/dic 2004.
- Naturaleza y regulación de la concesión minera. In BARBOSA. *A natureza jurídica da concessão minerária apud SOUZA. Direito minerário aplicado*.
- Ossa Bulnes, Juan Luis, *Derecho de Minería*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2.<sup>a</sup> ed.
- Prux, Paula, *Soberania e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, S/L, Centro de Pesquisas Estratégicas Paulino Soares de Souza/Universidade Federal de Juiz de Fora.
- Quadros de Magalhães, José Luiz, *Direito Constitucional*, t. II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

Santos Martins, Valkiria Silva, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, en *Estudos de direito minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

Silva, De Plácido, *Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Forense, 3.<sup>a</sup> ed.

Villela Souto, Marcos Juruena, “Função Regulatória”, en *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 13, Salvador, 2008. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>.

Fecha de recepción: 9 de julio de 2014  
Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2014

## Problemática jurídica en torno a la pérdida del conocimiento tradicional

Ena G. Matos J.\*

### RESUMEN

Desde el estudio de las normas constitucionales del Ecuador sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se enfoca la pérdida de los conocimientos tradicionales, escenario causado por los procesos históricos, las políticas gubernamentales y los distintos fenómenos a los que han estado subyugados estos pueblos nativos, como el cambio de vida y reducción del territorio. La falta de valoración y protección jurídica que requiere el ordenamiento jurídico ecuatoriano, orientadas a su conservación, son los fundamentos de este estudio, que además hace un ligero acercamiento a las realidades de dos comunidades locales de la provincia de Sucumbíos: (A'i) Cofán Dureno y (Siekopai) Secoya San Pablo, el Reglamento de Aplicación a la Decisión 391, normativa Andina referida y Convenio de Diversidad Biológica. El artículo concluye con una propuesta de principios que concilian valores que identifican a estos pueblos.

**PALABRAS CLAVES:** conocimientos colectivos, conocimientos tradicionales, consentimiento informado previo, reconocimiento, territorio ancestral.

### ABSTRACT

Since the Ecuador Constitution regulations study on community indigenous peoples rights, the loss of traditional knowledge is focused, as scenery caused from historical processes, government policies and several distinct phenomena these native people have been subdued to, such as the lifestyle change and the territory restriction.<sup>1</sup> The absence of values and law protection the judicial Ecuadorian organization requires directed towards their conservation, are the present study fundamentals supported by indigenous vision of the world and the reality for two local communities in the province of Sucumbíos, the Cofán (A`i) Dureno and Secoya (Siekopai) San Pablo, the Applying rule to Decision 391, the related Andean norms and Biologic diversity Agreement. The article concludes with a proposal of principles that conciliate values which identify these people. The analysis ends with a propensity of principles that conciliate values that identify these people.

**KEY WORDS:** collective knowledge, traditional knowledge, previous informed consent, acknowledgment, ancestral territory.

FORO

\* Docente de la ESPE, trabajó como gestora de la propiedad intelectual de la ESPE.

## INTRODUCCIÓN

Uno de los debates profundos en la región estos últimos años es la tendencia a proteger los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. Estos derechos colectivos son los llamados *derechos de tercera generación*, reconocimiento internacional posterior a los derechos civiles y políticos, y a la de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>1</sup>

La legitimidad de estos pueblos sobre sus derechos colectivos comienza a aparecer en la Constitución de 1998, en virtud de las demandas y reivindicaciones respaldadas en levantamientos indígenas; pero es en la Constituyente de 2008 cuando ya se garantizan derechos más amplios por los procesos históricos y políticos.

En el estudio que nos ocupa, la problemática jurídica se centra en establecer si constitucionalmente los pueblos y comunidades indígenas están garantizados en su obligación de mantener los conocimientos tradicionales (CT); dicho de otro modo, en identificar si las garantías ofrecidas a estos grupos originarios se cumplen, en función a su aplicabilidad que parte de las políticas gubernamentales y los mecanismos establecidos para el efecto, con la finalidad de evitar la desaparición de los CT.

Desde esta perspectiva normativa, observo la necesidad de hacer un análisis jurídico asociado a la cosmovisión y realidades de dos comunidades: (*A'i*) Cofán Dureno y (*Siekopai*) Secoya San Pablo, ubicadas en la provincia de Sucumbíos de la Amazonía ecuatoriana, y así presentar algunas de las causas que tienden a desaparecer los mecanismos para el desarrollo del CT.

Es importante encontrar normas y medidas apropiadas para la conservación del CT, el cual está circunscrito a una serie de principios que, conciliados a sus valores, son elementos de identificación cultural de los pueblos y comunidades indígenas, particularidades que deben considerarse en la tarea de elaborar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para su protección; por lo tanto, intento que esta propuesta sea usada para ampliar una discusión enfocada a la conservación y el desarrollo del CT.

Al Estado le corresponde arbitrar medidas de protección para que la sabiduría ancestral, como generadora de la nacionalidad y de la identidad grupal,<sup>2</sup> no alcance el grado de desaparición. La Constitución de Montecristi presenta un preámbulo, en el cual reconoce las raíces milenarias, apela a la sabiduría de todas las culturas que

---

1. Agustín Grijalva, *¿Qué son los derechos colectivos?*, Quito, Administración de Justicia Indígena y Derechos Colectivos, 2011, p. 1. Disponible en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>>.

2. César Espinosa Ortiz, *¿Por qué estoy aquí?*, Quito, Documento Memoria presentación libro, UASB, 2014, p. 4.

nos enriquecieron, y como herederos, construyamos una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para así alcanzar el buen vivir, el *Sumak Kawsay*.

## CONOCIMIENTO TRADICIONAL, CULTURA Y TERRITORIO

A efecto de determinar las causas de la pérdida y validez del conocimiento, es importante observar los mecanismos para su transmisión y desarrollo, a partir de las nociones fundamentales sobre CT.

Hablar de CT es hablar de cultura, de un cúmulo de saberes, experiencias y prácticas. En fin, conocimientos que se crean, desarrollan y mantienen en ámbitos comunitarios. Su valor no es monetario, está arraigado en la cultura *del compartir* este conocimiento en beneficio de la comunidad y cooperar con otros pueblos indígenas mediante el intercambio de saberes, entre ritos sagrados y la toma del yagé.<sup>3</sup>

Esta suma de valores, habilidades y destrezas aplicados en lo cotidiano, y aprendidos oralmente a través de generaciones, forman parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas. Esto ha sido posible gracias a su convivencia y comprensión con la naturaleza. El vínculo con su entorno ha creado un derecho de pertenencia sobre su territorio, al formar parte de su modo de vida, de su cultura y su conservación.

El CT y las expresiones culturales están concebidos como una herencia de los pueblos ancestrales, cuya transmisión y conservación está depositada fundamentalmente en el rol que cumple la mujer indígena.<sup>4</sup> Así también los abuelos han sido y son los custodios y depositarios de estos conocimientos, que no tienen un registro determinado por el calendario.

Vale subrayar que los CT y las expresiones culturales han sido aprovechados por su utilidad científica reconocida, y por el valor creativo que representan los símbolos, insignias, vestiduras y lenguaje. Y, en razón a su naturaleza y grado de indefensión, muchas organizaciones internacionales de índole privado y no gubernamental, han manipulado este patrimonio como mercancía y de museo; inclusive muchos elementos culturales y de folclor, han sido y son producidos en el arte cinematográfico, lo-

- 
3. Ena Matos Jaqui, *Valoración y protección de los conocimientos tradicionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, pp. 5-10.
  4. Rose Cunningham Kain, *Conocimientos tradicionales, Mujeres, indígenas y bosque: Estudio de Caso Costa del Caribe*, Nicaragua, 2011. Ver también el Documento: 10.ª Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, pp. 27-30. Disponible en <[http://www.cadpi.org/cadpi/files/5013/2628/6485/Libro\\_mujeres\\_conocimientos\\_tradicionales\\_RAAN.pdf](http://www.cadpi.org/cadpi/files/5013/2628/6485/Libro_mujeres_conocimientos_tradicionales_RAAN.pdf)>.

grando en su mayoría gran impacto, pero sin obrar mérito y reconocimiento a las comunidades indígenas respecto a sus derechos morales y económicos.

Partiendo de estos principios, podemos establecer lo siguiente: a) que el desarrollo de estos conocimientos y su cultura está arraigado en el territorio; b) como mecanismos de transmisión tenemos: la oralidad e intercambio de saberes; c) cultura *del compartir* el conocimiento; y d) relaciones con el mundo exterior.

## PROBLEMÁTICA JURÍDICA

### ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

La Constitución de 1998, como respuesta al proceso histórico y político de las demandas y reivindicaciones de los pueblos indígenas,<sup>5</sup> incorpora normas de reconocimiento a los derechos colectivos.

Agustín Grijalva manifiesta que los derechos colectivos, llamados de tercera generación:

Constituyen un desafío en el desarrollo y aplicación de los mecanismos concretos que aseguren un más efectivo ejercicio de estos derechos [...] para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos son necesarias, pero no suficientes, normas constitucionales y legales, pues estos históricamente han nacido a la vida social cuando han sido reclamados vigorosamente.<sup>6</sup>

En efecto, los avances normativos de significancia jurídica que tuvo esta Carta Política fueron el reconocimiento a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos ancestrales, y su valoración y uso conforme a la ley (art. 84,9). Esta inclusión normativa reconoce un derecho humano, valora el carácter intelectual colectivo de estas comunidades ancestrales.

Así, la Ley de Propiedad Intelectual<sup>7</sup> dispone sobre la protección de los conocimientos tradicionales, en el artículo 7, definiéndola como “expresiones del folclor”:

---

5. Marlon Santi, “Ecuador. A los 20 Años del Levantamiento Indígena de 1990”, en *Prensa. Asuntos indígenas y políticas públicas*, S/L, CEPPDI, 2010. Disponible en <<http://prensa.politicaspUBLICAS.net/index.php/latina/?p=9377&more=1&c=1&tb=1&pb=1>>.

6. Agustín Grijalva, *¿Qué son los derechos colectivos?*, p. 2.

7. Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial n.º 320 del 19 de mayo de 1998.

Art. 7.- [...] Expresiones del folklore: Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.

En correlación con esta disposición, el art. 9 en el último inciso de la Ley de Propiedad Intelectual, se manda a respetar los derechos intelectuales de las comunidades, conforme las convenciones internacionales, cuando uno o más elementos de su cultura son utilizados por terceros en obras derivadas.

Art. 9.- [...] Las creaciones o adaptaciones, esto es, basadas en la tradición, expresada en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de la comunidad, su identidad, sus valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de su explotación ilícita.

Por su parte, el art. 377 expresa: “se establece un sistema *sui generis* de derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales. Su protección, mecanismos de valoración y aplicación se sujetarán a una ley especial que se dictará para el efecto”. Este artículo es el fundamento legal para el establecimiento de un sistema *sui generis* de protección de estos conocimientos.

En cambio, en la Constituyente de 2008, después de muchas transformaciones de orden histórico, político y legislativo, se afirma el reconocimiento de los derechos colectivos, con ciertos cambios atinados a los conocimientos relacionados a la biodiversidad y agrodiversidad. Sin embargo, uno de los derechos ya concebidos antes de la reforma es suprimido, ampliándose más bien aspectos que tienen relación con el mantenimiento y conservación de los CT.

Esta supresión deja a los pueblos indígenas en un estado de indefensión respecto a sus conocimientos, por cuanto no son considerados como dueños o titulares de este derecho colectivo. Entonces, podemos deducir que los derechos colectivos son limitados, con el fin de que el Estado pueda controlar y administrar estos bienes intelectuales.

Este proceso de colocar y quitar es uno de los factores que siguen retrasando el desarrollo de una legislación apropiada para proteger los CT. En consecuencia, este problema jurídico es una de las causas principales tanto para la desaparición como para la validez del CT.

La doctrina ya lo dijo, un derecho vale lo que valen sus garantías; dicho de otro modo, “de nada sirven largas listas de derechos si, paralelamente, no se les dota de los medios de defensa suficientes para darles eficacia práctica y jurídica”.<sup>8</sup>

## ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ASOCIADO A LA REALIDAD

### DE DOS COMUNIDADES INDÍGENAS

En este acápite observaremos dos causas principales ya establecidas en el acápite anterior: territorio y las relaciones con el mundo exterior.

#### Territorio

La reducción del territorio ancestral es el problema de mayor trascendencia que han enfrentado los pueblos y comunidades indígenas a partir de la reforma agraria,<sup>9</sup> que, fundamentada en el principio de la función social de la propiedad,<sup>10</sup> permitió el acceso a los territorios de las comunidades indígenas e incrementó los conflictos sobre tenencia de la tierra. Esta cuestión ha sido causa de demandas indígenas en torno a la reivindicación de derechos territoriales y la vulnerabilidad a la que están sometidas<sup>11</sup> por las decisiones estatales y que han puesto en peligro de desaparición los mecanismos para el desarrollo del conocimiento tradicional y las relaciones de interculturalidad.

Uno de los valores primordiales de las culturas indígenas es su adhesión a la tierra. La relación con la tierra ha sido el sustento por excelencia de la identidad y conciencia étnicas, a tal punto que la identidad indígena está íntimamente ligada al territorio. Esta relación con el territorio tiene para los pueblos indígenas “una dimensión cultural-religiosa, en referencia a la Madre Tierra de donde nacieron; una dimensión cultural-

---

8. Galo Stalin Blacio Aguirre, “Sobre la posición de los derechos en el Ecuador”, en *Revista Ámbito Jurídico*, S/L, Disponible en <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9594](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9594)>.

9. Ley de Reforma Agraria publicada en el Registro Oficial n.º 410 de octubre 15 de 1973, mediante decreto 1172 dictado por la Junta Militar. Esta Ley buscó remediar problemas surgidos como consecuencia de la aplicación de la Ley de 1964, y entorno a los objetivos de transformación de las condiciones de vida del campesinado, redistribución del ingreso agrícola y organización de un sistema social de empresa de mercado, se concentran los procesos de afectación de tierras.

10. El derecho de la propiedad se origina en la primera Carta Política art. 62, cuyo texto determina que nadie puede ser privado de su propiedad, ni que está aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón.

11. Levantamiento indígena de 1990.

histórica, por ser la tierra de los antepasados, y una dimensión cultural-productiva, porque de ella sacan los productos que permiten la sobrevivencia y la vida.<sup>12</sup>

Según Jai Zapata, los estudios territoriales que jerarquizan la aptitud de los suelos, y sus fenómenos a nivel espacial para la toma de decisiones sobre el ordenamiento territorial, utilizan metodologías, que para el caso de los territorios indígenas, tiene una visión parcial, que no se ajusta con la visión espacial sistémica, “una noción de red territorial a partir de nodos específicos (sitios sagrados) que sustentan las dinámicas socioculturales del grupo que lo habita”.<sup>13</sup>

En efecto, hay evidencia de que si las personas no interactúan con la naturaleza, el conocimiento sobre ella disminuye. De allí que el conocimiento que poseen los indígenas sobre la biodiversidad se afecta si el acceso a sus recursos naturales es limitado o cuando la biodiversidad disminuye.<sup>14</sup>

Una vez que hemos dimensionado la importancia que tiene el territorio para los pueblos indígenas con relación a sus CT, concretemos el análisis con algunos de los párrafos relacionados con el tema, contenido en el art. 57 de la Constitución de 2008, los cuales están sustentando las realidades de dos comunidades indígenas: Secoya San Pablo y Cofán Dureno.

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

Respecto al número cuarto, la propiedad colectiva del Estado se caracteriza como imprescriptible, inalienable, inembargable e indivisible. Determina obligaciones que tienen los pueblos indígenas sobre los territorios comunitarios que es la *conservación*, condición garantizada para la adquisición gratuita de la posesión ancestral sobre las tierras comunitarias. Este reconocimiento otorgado por la Asamblea Constituyente no

---

12. Nidia Arrobo Rodas, “Sistematización de los resultados de los estudios nacionales de la investigación Latautonomy”, en *Las culturas indígenas y sus saberes ancestrales*, Quito, Llacta, 2005, p. 2, Disponible en <<http://www.llacta.org/notic/2005/not0116b.htm>>.

13. Jair Zapata Torres, *Espacio y territorio sagrado: lógica del “ordenamiento” territorial indígena*, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 9.

14. Carlos Ramírez, “Etnobotánica y la pérdida de conocimiento tradicional en el siglo 21”, en *Ethnobotany Research & Applications*, S/L, 2007, p. 243. Disponible en <<http://home.southernct.edu/~ramirezc1/Publications/Editorial-Spanish.pdf>>.

ha sido suficiente para el avance de políticas que no involucren limitaciones en el uso y manejo de las tierras ancestrales, especialmente el de su conservación.<sup>15</sup>

Aplicando esta disposición a la realidad, en el caso de la Comunidad Secoya San Pablo, estos fueron sancionados por el Estado al haber devastado su territorio –en su mayor parte bosque primario de aproximadamente 173,60 has– para el cultivo de palma, sin contar con las licencias de aprovechamiento que determina la Ley. Acto que fue seducido por la compañía Palmeras del Ecuador para abastecerse de esta materia prima.<sup>16</sup> Sin embargo, el autor intelectual de este hecho ilícito no fue sancionado. Esta reducción produjo la pérdida de la biodiversidad, afectando aún más la forma de vida y bienestar de la comunidad.<sup>17</sup>

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

La disposición anotada tiene relación con la disminución de tierra a través de planes y programas sobre actividades extractivas en territorio ancestral, como petroleras, mineras, represas hidroeléctricas y otras. Determina el derecho de consulta previa, libre e informada que tienen estos grupos indígenas, siempre que les afecte ambiental o culturalmente. Es decir, que la disposición no considera los daños ocasionados en estos dos aspectos, sino en uno solo, al efecto de la participación de los beneficios que reporten este tipo de proyectos, y al derecho a recibir indemnizaciones por los perjuicios socioambientales.

Pese a las garantías ofrecidas, parte del territorio de la comunidad Cofán Dureno y el río Aguarico se encuentran altamente contaminados por la explotación de petróleo, ocasionando insalubridad. El presidente de esta comunidad, Eduardo Mendúa, al

---

15. Nuestra Constitución no solo reconoce la propiedad privada; también garantiza otras formas de acceso a la propiedad, como el derecho de los intereses comunitarios y asociativos (art. 321). La norma delimita la propiedad al emplear como condición la frase “función social y ambiental”, responsabilidad que prevé el uso antisocial, el uso abusivo de los bienes, el uso ineficiente de la propiedad y, especialmente, subordina los intereses particulares al interés común.

16. Víctor Gómez, “Multa a Secoyas por talar bosque primario”, en *Solnacientenews*, Quito, 2007. Disponible en <<http://solnacientenews.blogspot.com/2011/07/multa-de-375000-secoyas-por-talar.html>>.

17. Humberto Piaguaje, presidente de la nacionalidad Secoya, indica que esto lo hicieron en razón de la condición de pobreza que viven las comunidades, pues del cuidado de la naturaleza ya no pueden abastecer sus necesidades principales, habiéndose declarado en quiebra. Entrevista realizada por la autora, en San Pablo, Sucumbios, 2012.

respecto, dice: “ahora tenemos nuevas enfermedades que no podemos curar con nuestras medicinas tradicionales”.<sup>18</sup> Este es uno de los efectos negativos que violentan el hábitat de la comunidad.<sup>19</sup>

11. A no ser desplazados de sus tierras ancestrales.

El establecimiento de esta disposición no es garantía para los pueblos indígenas, por los niveles de reducción que han enfrentado los pueblos y comunidades..

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

En el numeral 12 se ha incluido los derechos a *recuperar, promover y proteger* los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora, entendiéndose que los pueblos indígenas están garantizados en la recuperación de sus CT relacionados con la biodiversidad y agrobiodiversidad.

No obstante, es necesario observar que tanto la conservación como el desarrollo de CT dependen de su transmisión intergeneracional de los conocimientos, “las culturas de tradición oral se encuentran bajo mayor riesgo, debido a la mayor fragilidad en sus procesos de transmisión, en comparación con las culturas que poseen idiomas escritos”.<sup>20</sup> En efecto, un educador cofán<sup>21</sup> manifestó que uno de los problemas que encuentra en la enseñanza es que su idioma no es escrito, todo es oral.

---

18. Eduardo Mendía, 2012, Durino, Sucumbíos. Entrevista realizada por la autora.

19. Helga Serrano Narváez, *Luchas políticas ambientalistas y poder económico transnacional: estrategias de comunicación en el caso Texaco*, Tesis Maestría, Quito, UASB, 2011, p. 15. Disponible en <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2877/1/T1019-MC-Serrano-Luchas.pdf>>.

20. Gonzalo Oviedo, Flavia Noejovich y Teodora Zamudio, *Desafíos para el mantenimiento de los conocimientos tradicionales en América Latina: informe integrado sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*, Ginebra, Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Resumen ejecutivo al componente para América Latina y el Caribe de la Primera y Segunda Fase, 2007, pp. 15-16. Disponible en <[http://cmsdata.iucn.org/downloads/tk\\_in\\_la\\_resumen\\_ejecutivo\\_marzo\\_07\\_1.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/tk_in_la_resumen_ejecutivo_marzo_07_1.pdf)>.

21. Educador Cofán, Dureno, Sucumbíos, 2012. Entrevista realizada por la autora.

Además, en razón de la naturaleza abierta de los pueblos indígenas en *compartir*, a través de las ferias tradicionales y ahora el turismo, los CT se divulgan, por lo que la información ha sido entregada muchas veces a cambio de regalos insignificantes (lanchas de motor, viajes al exterior, regalos de tecnología, etc.), aprovechando las condiciones de pobreza de estos grupos y sus expectativas.<sup>22</sup>

Pese a estas disposiciones constitucionales, hasta la fecha no hay registros en el Ministerio del Ambiente que hayan solicitado autorización para el uso de los CT, siendo objeto nuestro país de aprovechamiento sin reconocimiento tanto de los recursos genéticos como de los CT. Como consecuencia, el CT se pierde. A esto se suma la poca valía que tienen estos conocimientos para sus dueños. El grado de validez está dado por la forma en que son entregados estos conocimientos.<sup>23</sup> Dicho de otro modo, por la facilidad en que un tercero adquiere el conocimiento.

Así mismo, la poca validez del CT se origina en la falta de políticas públicas en el ejercicio para la exigibilidad de estos derechos colectivos, y quienes son parte de los entes gubernamentales, a través de sus omisiones y acciones.

## **Relaciones con el mundo exterior**

Lo dice el número 1 del artículo 57: “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”. Este apartado también está determinado por obligaciones para los pueblos nativos, respecto a la conservación de sus tradiciones y forma de organización, como elementos del patrimonio cultural e histórico.

No obstante, este mandato está sujeto al territorio, espacio que fortalece su sentido de pertenencia e identidad.

Antes de la reforma, constaba como facultad la administración de su patrimonio cultural e histórico, que la actual Constitución ha suprimido, disposición que le faculta al Estado administrar estos bienes en forma directa.

Por otra parte, la norma pretende fomentar las tradiciones, como una expresión cultural, pero su aplicación está sujeta a las relaciones con el mundo exterior, donde las cosas generalmente solo pueden ser resueltas con dinero.

---

22. Ena Matos J., *Educar para aprender y valorar*, Quito, UASB, Borrador Proyecto de investigación, 2012, pp. 80-90.

23. Ena Matos J., *La valoración y protección jurídica de los conocimientos tradicionales*, Quito, CEP, 2014, pp. 90-100.

En efecto, la dinámica del mercado ha deteriorado las actividades rituales de los chamanes o “curacas”, trasfigurando la cultura en mercancías o de museo.<sup>24</sup> Así tenemos el caso de un chamán perteneciente a la comunidad *Waina* (nacionalidad secoya), quien viaja ocasionalmente a Costa Rica, gastos que son pagados para que realice algunas demostraciones de actividades rituales con la toma del *yagé*, cuyo brebaje luego se vende a los extranjeros.<sup>25</sup>

A esto se suma “la alienación a la que los sabios modernos llaman globalización y universalización del conocimiento”,<sup>26</sup> que apuntan al aprovechamiento foráneo a falta de una normativa de protección para los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales, vacío legal que fragmentan el quehacer intelectual colectivo y la validez del modelo tradicional fundamentado en la cosmovisión indígena.

Otro aspecto que vulnera las disposiciones constitucionales son las nuevas tecnologías de la información, una manera de adquirir el conocimiento, que aún no ha considerado nuestra legislación. Estos choques culturales han producido efectos significativos en la forma de vida de las personas, el trabajo y el modo de concebir el mundo. Estas tecnologías también afectan a los procesos tradicionales de enseñar y aprender, al modificar conductas individuales, pautas de relación familiares y roles sociales.<sup>27</sup>

Vale reiterar que los CT son orales; este conocimiento se aprende escuchando, observando, comunicándose entre unos y otros.<sup>28</sup> La transmisión la ejercen principalmente los abuelos; en palabras de César Espinoza: “no hay abuelo que sepa lo que sabe una *tablet*, ni *yachay* que conozca lo que conoce un celular”.<sup>29</sup> Pese a esta sabiduría que poseen los mayores, los jóvenes y niños están inmersos en los nuevos medios comunicacionales, no escuchan ni aprehenden de las enseñanzas de sus abuelos, quienes son los depositarios y custodios de los CT y las expresiones culturales. Estas situaciones han afectado y perjudican el aprendizaje y la transmisión de la sabiduría indígena.

---

24. El papel del curaca en una comunidad es decisivo a nivel social, religioso y político.

25. Entrevista al presidente de la comunidad secoya San Pablo, Felipe Lucintande.

26. César Espinosa Ortiz, *¿Por qué estoy aquí?*, p. 3.

27. Alfredo Macías Narro, “Efectos del acelerado desarrollo de la tecnología sobre la educación”, en *Revista Odiseo*, Querétaro, 2008. Disponible en <<http://odiseo.com.mx/bitacora-educativa/efectos-acelerado-desarrollo-tecnologia-sobre-educacion>>.

28. Documento de la 10.<sup>a</sup> Sesión del Foro Permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas. *Conocimientos tradicionales, mujeres indígenas y bosques: estudios de caso en la Costa Caribe de Nicaragua*, S/L, 2014, p. 32. 2014. Disponible en <[http://www.pueblosindigenaspcn.net/biblioteca/doc\\_view/147-conocimientos-tradicionales-mujeres-indigenas-y-bosques.html](http://www.pueblosindigenaspcn.net/biblioteca/doc_view/147-conocimientos-tradicionales-mujeres-indigenas-y-bosques.html)>.

29. César Espinosa Ortiz, *¿Por qué estoy aquí?*, p. 3.

En consecuencia, la transmisión del conocimiento en estos grupos originarios tiene un gran impacto en los mecanismos para el desarrollo del CT y su grado de importancia o validez.

### **Protección jurídica y valoración de los conocimientos tradicionales**

El numeral 9 del artículo 57 dice: “A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley”. Aquí corresponde enfatizar que la anterior Constitución reconoció la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos ancestrales, observaba su valoración y permitía su uso y desarrollo conforme la ley. Es decir, que se reconocía a los pueblos originarios como titulares colectivos de este derecho intelectual, concebido como un derecho humano trascendental de primera generación. Sin embargo, la Constitución vigente descartó este apartado de los derechos colectivos.

La actual Constitución declara en su artículo primero: “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos”. La pregunta salta de inmediato: ¿por qué entonces la Constituyente eliminó un derecho humano de significancia jurídica para los pueblos indígenas? Buscar una respuesta en un Estado de derechos es buscar una aguja en un pajar.

### **Reglamento nacional al régimen común sobre acceso a los recursos genéticos, en aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)**

El reciente instrumento de aplicación a la Decisión 391 se dictó mediante Decreto Ejecutivo n.º 905 el 3 de octubre de 2011, el cual procura garantizar el reconocimiento de las comunidades locales como proveedoras del componente intangible asociados a los recursos genéticos, mediante diferentes acciones de prevención, control y sanción por el acceso ilegal a los recursos genéticos y los CT asociados a estos. Determina el procedimiento para el acceso, mediante el Consentimiento Informado Previo (en adelante CFP).

De la lectura del texto, se coligen algunas precisiones:

- a) En definiciones, se alude al término “proveedor del componente intangible”, determinando como proveedor a una persona o comunidad. Esta regla puede ocasionar dificultades en cuanto a los derechos colectivos, si tomamos en cuenta que muchos conocimientos han sido difundidos y están en manos de particulares, quienes pueden constituirse en proveedores sin serlo. Esto dejaría

fuera a las comunidades porque no pueden demostrar científicamente que el conocimiento es de su dominio.

- b) Otro aspecto, es el “Plan”, un procedimiento que no garantiza también los derechos colectivos, al permitir reemplazar el conocimiento tradicional por uno nuevo. Es decir, si una tercera persona adquiere el conocimiento tradicional, y este es aprovechado, es posible reemplazarlo.

Esta medida no garantiza obligaciones de reconocimiento con la comunidad, por parte del solicitante. De esta forma, el CT pierde validez.

### La Decisión 391 de la CAN

La normativa andina marca pautas de protección sobre el uso del CT. Arbitra acciones legales para la reivindicación de derechos, el cobro de indemnizaciones y compensaciones, cuando hubiere lugar.

No obstante, la normativa incorpora en sus articulados el término “los poseedores”. Este vocablo concede facultades a las comunidades indígenas de goce y tenencia sobre sus conocimientos tradicionales, que el derecho protege de manera provisional. En otras palabras, no otorga derechos de dominio o pertenencia.

El resultado de la creatividad del ser humano (DPI) es recompensado mediante la concesión de derechos exclusivos de carácter intelectual. Bajo esta premisa, no existe un reconocimiento como titulares del derecho colectivo a los pueblos indígenas, al conceder la normativa un derecho de posesión a sus herederos sobre este tipo de bienes intelectuales colectivos.

El reconocimiento es un principio de los derechos humanos, al afirmar que:

los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida que su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros, además no deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros.<sup>30</sup>

Por otra, dentro del sistema normativo internacional, tenemos el Convenio de Diversidad Biológica que compromete a los Estados miembros a cumplir con tres ejes fundamentales, a saber: la conservación, el uso sostenible de la biodiversidad, y la

---

30. María Elena Reyes, *Multiculturalismo y feminismo: tensiones entre derechos colectivos y derechos individuales*, Lima, Cladem, 2010, pp. 1-5. Disponible en <[http://www.catunescomujer.org/catunesco\\_mujer/documents/Multiculturalismo.pdf](http://www.catunescomujer.org/catunesco_mujer/documents/Multiculturalismo.pdf)>.

distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Esta participación de beneficios ha sido punto de debate desde el interés de las partes en las negociaciones internacionales.

El principio de las directrices internacionales sobre el Consentimiento Fundamentado Previo (CFP) garantiza y reconoce los derechos colectivos de las comunidades indígenas y locales, mediante su aplicación en las condiciones mutuamente convenidas para la participación económica justa y equitativa, cuando se acceda a sus conocimientos tradicionales asociados al recurso genético.

La participación económica que incluye el término “justo y equitativo”, hasta la fecha no alcanza a dimensionarse entre “¿qué es justo? y ¿qué es equitativo?”, tanto en el ámbito internacional que ha generado las medidas, como la legislación nacional, como parte de un reconocimiento legal y la validez del quehacer intelectual colectivo.

## **PRINCIPIOS PARA LA CONSERVACIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL**

En este acápite se presenta una lista no exhaustiva de principios<sup>31</sup> conciliados a los valores que identifican a los pueblos indígenas. Estos principios articulados al ordenamiento jurídico, posibilitan la conservación y validez del CT.

- a) Principio de valoración de los conocimientos tradicionales: Apreciar el valor intangible y colectivo del CT, por su dinamismo, espiritualidad, creatividad, *resiliencia*, y componente cultural;
- b) Principio de reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos: Reconocer que el CT es el resultado de la creatividad intelectual colectiva indígena;
- c) Principio de integridad: Evitar su mal uso, degradación y manipulación;
- d) Principio de relación entre tierra, cultura y conocimiento tradicional;
- e) “Principio de participación justa y equitativa”: Reconocer la participación en el reparto de los beneficios derivados en el uso del CT;
- f) Principio de conservación: Adoptar mecanismos que aseguren el desarrollo y la conservación del CT;

---

31. Algunos principios son recogidos en el capítulo “Principios rectores generales”, disponible en <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

- g) “Principio de formalidad previa”: Crear condiciones para la otorgación del consentimiento fundamentado previo, que aseguren la participación del reparto justo y equitativo;
- h) Principio de retroactividad: Promover acciones para el reconocimiento sobre el uso y aprovechamiento del CT, para el ejercicio del principio de participación del reparto justo y equitativo;
- i) Principio de intercambio libre y no comercial entre comunidades indígenas: Rescatar mecanismos tradicionales para el desarrollo del CT;
- j) “Principio de respeto y transparencia en el acceso y el uso”: Evitar el aprovechamiento sin reconocimiento;
- k) Principio de efectividad jurídica en la protección: Crear mecanismo de control para evitar la pérdida de validez y conservación del CT; y
- l) Principio de fomento a la innovación indígena: Fortalecer las capacidades de los miembros de las comunidades indígenas.

## CONCLUSIONES

El interés de los gobiernos en preservar los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales a través de normas constitucionales, garantizan derechos, pero no el cuidado. Este acervo tiende no solo a desaparecer, sino también a perder su validez. La pérdida está relacionada con las políticas gubernamentales que, aplicadas, no van direccionadas a su conservación. Uno de los problemas más complejos es la reducción del territorio ancestral, espacio agraciado para el desenvolvimiento del CT y ejercicio cultural.

La falta de valoración y protección jurídica ha incidido en esta pérdida, que conjuga con las nuevas tecnologías y el escenario del consumismo. Lo foráneo ha cautivado a jóvenes niños y niñas indígenas, cuyo contexto va en menoscabo de los mecanismos para el desarrollo del CT. Sin duda, este es el resultado de no haber aprendido a vivir en la diversidad cultural, choque que ha provocado una negación a su identidad como pueblos originarios.

La problemática del conocimiento tradicional no está solo sujeta a las condiciones territoriales, sino también a las relaciones con el mundo exterior, lo cual ha impuesto nuevos usos y roles.

De los puntos mencionados, se entiende que la Constitución confiere derechos de posesión sobre las tierras a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Afroecuatorianas y Montuvas. Este derecho de uso y goce de la tierra está condicionado por obligaciones, entre las principales tenemos: la conservación, el uso y manejo sostenible de

la biodiversidad; la conservación y el desarrollo de sus conocimientos colectivos; la conservación de los recursos genéticos que contienen la biodiversidad biológica, sus medicinas y prácticas ancestrales.

El lenguaje de los derechos está fundamentado en lo que debe hacerse, y como una forma de compensar las demandas y reconocimiento de legitimidad moral de los pueblos originarios.

Los gobiernos de la CAN tienen una responsabilidad con relación a la protección no solo de sus recursos genéticos para evitar la biopiratería, sino también para la valoración de los CT de los pueblos indígenas y comunidades locales, para impedir su aprovechamiento sin reconocimiento.

Tarea de vanguardia a la comunidad internacional, que ha manifestado un desinterés en los compromisos adquiridos, al haberse rezagado los procesos de negociación, por la fuerza que ejercen los agentes del sistema internacional de patentes, marcado por el poder de empresas transnacionales, “bajo el criterio de no compartir”.

Concluyendo, al confrontar el análisis jurídico de las normas constitucionales con la cosmovisión y realidades de dos comunidades indígenas (A'i) Cofán Dureno y (Siekopai) Secoya San Pablo, se revela la ineficacia jurídica y práctica de la aplicabilidad de las normas sobre la protección y la conservación del CT.

Como aporte al problema jurídico planteado, presento una lista no exhaustiva de principios conciliados a los valores que identifican a los pueblos indígenas, que son parte del resultado de este estudio, con el fin de que sean materia de discusión para su respectiva articulación en el ordenamiento jurídico, y así posibilitar la conservación y validez del CT.

## BIBLIOGRAFÍA

Arrobo Rodas, Nidia, “Sistematización de los resultados de los estudios nacionales de la investigación Latautonomy”, en *Las culturas indígenas y sus saberes ancestrales*, Quito, Llacta, 2005. Disponible en <<http://www.llacta.org/notic/2005/not0116b.htm>>.

Blacio Aguirre, Galo Stalin, “Sobre la posición de los derechos en el Ecuador”, en *Revista Ámbito Jurídico*, S/L, Disponible en <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9594](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9594)>.

Cunningham Kain, Rose, *Conocimientos tradicionales, Mujeres, indígenas y bosque: Estudio de Caso Costa del Caribe*, Nicaragua, 2011.

Documento de la 10.<sup>a</sup> Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Conocimientos tradicionales, mujeres indígenas y bosques: estudios de caso en la Costa Caribe de Nicaragua*, S/L, 2014. Disponible en <<http://www.pueblosin->

- digenaspcn.net/biblioteca/doc\_view/147-conocimientos-tradicionales-mujeres-indigenas-y-bosques.html).
- Elena Reyes, María, *Multiculturalismo y feminismo: tensiones entre derechos colectivos y derechos individuales*, Lima, Cladem, 2010. Disponible en <[http://www.catunescomujer.org/catunesco\\_mujer/documents/Multiculturalismo.pdf](http://www.catunescomujer.org/catunesco_mujer/documents/Multiculturalismo.pdf)>.
- Espinosa Ortiz, César, *¿Por qué estoy aquí?*, Quito, Documento Memoria presentación libro, UASB, 2014.
- Gómez, Víctor, “Multa a Secoyas por talar bosque primario”, en *Solnacientenews*, Quito, 2007. Disponible en <<http://solnacientenews.blogspot.com/2011/07/multa-de-375000-secoyas-por-talar.html>>.
- Grijalva, Agustín, *¿Qué son los derechos colectivos?*, Quito, Administración de Justicia Indígena y Derechos Colectivos, 2011. Disponible en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>>.
- Macías Narro, Alfredo, “Efectos del acelerado desarrollo de la tecnología sobre la educación”, en *Revista Odiseo*, Querétaro, 2008. Disponible <<http://odiseo.com.mx/bitacora-educativa/efectos-acelerado-desarrollo-tecnologia-sobre-educacion>>.
- Matos J., Ena, *Educación para aprender y valorar*, Quito, UASB, Borrador Proyecto de investigación, 2012.
- Matos Jaqui, Ena, *Valoración y protección de los conocimientos tradicionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Oviedo, Gonzalo, Flavia Noejovich y Teodora Zamudio, *Desafíos para el mantenimiento de los conocimientos tradicionales en América Latina: Informe integrado sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*, Ginebra, Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Resumen ejecutivo al componente para América Latina y el Caribe de la Primera y Segunda Fase, 2007. Disponible en <[http://cmsdata.iucn.org/downloads/tk\\_in\\_la\\_resumen\\_ejecutivo\\_marzo\\_07\\_1.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/tk_in_la_resumen_ejecutivo_marzo_07_1.pdf)>.
- Ramírez, Carlos, “Etnobotánica y la pérdida de conocimiento tradicional en el siglo 21”, en *Ethnobotany Research & Applications*, S/L, 2007. Disponible en <<http://home.southernct.edu/~ramirezc1/Publications/Editorial-Spanish.pdf>>.
- Santi, Marlon, “Ecuador. A los 20 años del levantamiento indígena de 1990”, en *Prensa. Asuntos indígenas y políticas públicas*, S/L, CEPPDI, 2010. Disponible en <<http://prensa.politicaspublicas.net/index.php/alatina/?p=9377&more=1&c=1&tb=1&pb=1>>.
- Serrano Narváez, Helga, *Luchas políticas ambientalistas y poder económico transnacional: estrategias de comunicación en el caso Texaco*, Tesis Maestría, Quito, UASB, 2011. Disponible en <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2877/1/T1019-MC-Serrano-Luchas.pdf>>.
- Terán Maigua, Yolanda, *Factores que permiten u obstruyen la participación de los Pueblos Indígenas en los procesos del Convenio de Diversidad Biológica*, Nueva York, Nacio-

nes Unidas, 2007. Disponible en <<http://undesadspd.org/IndigenousPeoples/Meetingsand-Workshops/EGMCBD.aspx>>].

Zapata Torres, Jair, *Espacio y territorio sagrado: lógica del “ordenamiento” territorial indígena*, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

## **Fuente de consulta normativa**

Constitución Política del Ecuador

Código Civil Ecuatoriano

Ley de Propiedad Intelectual

Fecha de recepción: 15 de julio de 2014  
Fecha de aprobación: 6 de noviembre de 2014

César Montaña Galarza,  
Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2014.

María José Ramírez  
Cardoso\*

Con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 cobró vigencia el régimen de gobiernos autónomos descentralizados que, según el artículo 239 de la norma constitucional, forman parte de un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo que define las políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios territoriales en el proceso de desarrollo.

Entre los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados se encuentran los municipales y metropolitanos, investidos ambos de la competencia de crear, modificar, exonerar o suprimir, mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras, así como de la facultad de regular, a través de su órgano legislativo, la aplicación de los tributos previstos en la ley a su favor.

El auge de la autonomía y descentralización de los gobiernos municipales obedece, a más de su reconocimiento constitucional, a que dichos atributos han adquirido el valor de elementos intrínsecos en el desarrollo de una democracia efectiva, desde lo local. De manera específica, la autonomía financiera municipal constituye un factor esencial en la procuración y administración de recursos propios en el marco de la ley, pues, mediante el ejercicio de sus competencias en materia tributaria, el gobierno local tiene la posibilidad real de limitar, de manera importante, su histórica dependencia del gobierno central.

Sobre esta temática, actualizada de manera sustancial a partir de agosto de 2010 con la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD) y la derogatoria de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) junto con muchas otras normas de carácter tributario, César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo nos presentan la obra titulada *Derecho tributario municipal: fundamentos y práctica*.

Los autores son destacados abogados y doctores en jurisprudencia, que han colocado su formación al servicio del Derecho, resaltando el Derecho tributario, a través de su minucioso estudio, la publicación de numerosas obras y artículos de contenido jurídico, el ejercicio de la docencia en universidades nacionales y extranjeras de

\* Abogada en libre ejercicio.

reconocido prestigio en procura de una exitosa transferencia de conocimientos, y el desempeño de funciones públicas en la Administración Tributaria y la Dirección Financiera Tributaria del Distrito Metropolitano de Quito, particular que, sin espacio a dudas, ha enriquecido el contenido de la obra y posibilitado el análisis del Derecho tributario municipal en el Ecuador desde sus perspectivas ontológica y deontológica.

Los autores estructuran su obra en siete capítulos, iniciando con aspectos y conceptos fundamentales para la comprensión del documento en su conjunto, pasando por una reseña histórica comparativa sobre el derecho tributario municipal y metropolitano en el Ecuador, para luego detenerse en uno de los temas más importantes, y lamentablemente descuidados por los municipios y distritos metropolitanos, como es el catastro municipal, llegando así a la teoría y práctica de los impuestos, tasas y contribuciones especiales a cargo de los distritos municipales y metropolitanos existentes en el país, para finalizar con un ejercicio crítico y propositivo sobre el régimen tributario municipal y metropolitano, ofreciendo los autores, de este modo, un estudio integral de la materia tratada.

En el primer capítulo, César Montaña y Juan Carlos Mogrovejo abordan un tema de base, como es el *deber ser* de la gestión autonómica de los gobiernos municipales, resaltando las similitudes y diferencias existentes respecto de los gobiernos centrales. Para ello se apoyan en Salvador Daña Montaña, quien considera que:

Autonomía no es tan solo un conjunto más o menos grande de poderes más o menos extensos; es una cualidad específica de la corporación que las distingue de las demás: su capacidad de gobierno propio y, con más precisión, su capacidad de organizarse dentro de las condiciones de la ley fundamental o poder constituyente, de darse sus intenciones o poder legislativo y de gobernarse con ellas, con prescindencia de otro poder.<sup>1</sup>

Ante lo mencionado, los autores ponen de manifiesto que, si bien la autonomía debe evidenciarse principalmente en el ámbito político, administrativo y económico-financiero, no es conveniente el ideal de que sea absoluta, pues, de darse, debilitaría la unicidad del poder público que detenta el Estado.

El primer capítulo finaliza con una referencia al alcance del Derecho tributario, en general, y del Derecho tributario municipal, en particular, indicando que este último “es un conjunto de normas de orden público que disciplinan el tributo [...] de beneficio municipal, en sus diversas manifestaciones, así como las relaciones y las situaciones que generan tanto su creación como aplicación o gestión”.<sup>2</sup>

---

1. Salvador Dana Montaña, *Teoría general del Estado*, México, Ed. Nacional, 1959, p. 46.

2. César Montaña y Juan Carlos Mogrovejo, *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 26.

En el segundo capítulo, los autores analizan la importancia de la autoridad financiera como entidad encargada de cumplir funciones en materia de recursos económicos y presupuesto, destacando las diferencias que existen en la conformación de las unidades financieras en cada gobierno autónomo descentralizado en el Ecuador, que debieran adaptarse a las necesidades y realidad de cada uno de ellos pero siempre tomado en cuenta lo que dispone el COOTAD. Además, refieren qué niveles de gobiernos autónomos descentralizados gozan de potestad tributaria, entendiéndosela como la atribución conferida por la ley para la creación, modificación, exoneración, y supresión principalmente de tasas y contribuciones especiales, sin dejar de lado que, en casos concretos, opere también en relación a impuestos.<sup>3</sup>

Más adelante, los autores hacen una clara e interesante revisión sobre las facultades de las que gozan las administraciones tributarias municipales según el COOTAD, en comparación a las que preveía la derogada LORM, señalando los beneficios que trae el ejercicio de las atribuciones establecidas ulteriormente y cómo estas coadyuvan al correcto desenvolvimiento de la potestad tributaria municipal. En este sentido, César Montaña y Juan Carlos Mogrovejo son de la opinión de que los municipios y distritos metropolitanos gozan de facultad reglamentaria, determinadora, resolutive, recaudadora y sancionadora. En este análisis también sacan a la luz las contradicciones y violaciones al principio de reserva de ley y seguridad jurídica existentes en las leyes que regulan las facultades mencionadas, lo que deviene en la necesidad de implementar urgentes reformas legales; al tiempo que resaltan la falta de investigación y rigor en el proceso de creación de las normas. Adicionalmente, incluyen didácticos ejemplos encaminados a la mejor comprensión del alcance y aplicación de las facultades de los municipios y distritos metropolitanos, en materia tributaria.

El tercer hace una breve referencia histórica al origen de la LORM, principalmente a la Ley n.º 44 reformativa de la Ley de Régimen Municipal que, a partir de los principios contenidos en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, introdujo importantes cambios en pro de la autonomía de los gobiernos municipales. Entre las reformas de entonces en el ámbito tributario municipal, sobresale la potestad de aprobación de tarifas por los servicios prestados por las empresas públicas municipales, la actualización bianual de los catastros, la definición de criterios o parámetros de valoración con el fin de aplicar algunos impuestos municipales, la derogatoria o reforma de algunas normas referentes a tributos que no representaban ingresos significativos a los municipios, entre otras.<sup>4</sup> En esta misma línea, continúan

---

3. *Ibid.*, p. 30.

4. *Ibid.*, p. 53.

con la referencia al origen del COOTAD y su apego a la nueva Constitución, evidenciando las contradicciones y defectos que el cuerpo legal presenta puntualmente en torno a las normas de carácter tributario, cuestionando su innecesaria y cercana aproximación a la derogada LORM, a punto tal en que la nueva ley refresca algunos errores contenidos en la anterior.

Los autores continúan con un acertado análisis comparativo en torno a la capacidad y facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados según las Constituciones de 1998 y 2008, estableciendo las diferencias entre las potestades de los gobiernos regionales, provinciales y municipales a partir de la referencia a las distintas normas jurídicas que regulan aspectos inherentes a la tributación municipal.

Montaño y Mogrovejo finalizan este capítulo subrayando la importancia de la participación ciudadana en la creación de políticas públicas y normas, concretamente las de carácter tributario municipal, haciendo hincapié en la vigencia de alternativas de participación como son la iniciativa popular normativa y el mecanismo de la silla vacía.

Una vez sentadas las consideraciones conceptuales, teóricas e históricas sobre la materia tratada, y demostrada la profundidad y calidad de la investigación a través de concienzudos análisis doctrinarios y normativos y mediante el importante caudal de aportes personales de los autores, la obra consigue el marcado interés del lector por conocer en forma más profunda y específica los tributos locales existentes, sus elementos y aplicación en la actualidad. Así, Montaño y Mogrovejo, en el cuarto capítulo, dan paso al análisis de una herramienta muchas veces soslayada, principalmente por la falta de conocimiento sobre las bondades que puede traer a la administración municipal, como es el catastro municipal y metropolitano.

Los autores definen el catastro como una especie de inventario de bienes inmuebles a nivel cantonal y consideran que:

como instrumento técnico el catastro tiene una potencialidad que viene definida por el nivel de perfeccionamiento, control y revisión que posee, con mención especial a las exigencias de la actualidad y flexibilidad, así como también al cuidado en los ingresos, egresos y cambios en la información que contienen las bases de datos catastrales.<sup>5</sup>

Además, consiguen demostrar la complejidad, pero sobre todo la importancia y la utilidad, del uso de un buen sistema de catastro, siendo este indispensable no solo para la correcta aplicación de algunos tributos de carácter municipal, sino que, justamente por su carácter multifinanciero, puede ser utilizado para resolver problemas

---

5. *Ibid.*, p. 68.

tanto de carácter público como privado. Finalmente, como parte del elemento crítico de la obra, los autores identifican los problemas existentes en torno a la conformación del catastro en los municipios y distritos metropolitanos y la forma en la que se los utiliza, proponiendo valiosas recomendaciones para su correcto manejo.

El quinto capítulo es el más extenso y didáctico de la obra, pues se dedica a la descripción, el análisis y la aplicación de cada impuesto municipal vigente en el Ecuador, resultando especialmente útil el desglose y análisis organizado de cada impuesto, así como de elementos, tales como el hecho generador, objeto, sujetos, base imponible, tarifa, deducciones, descuentos, exenciones, período de causación, período de pago, exigibilidad, entre otros; todo lo cual devela los vacíos, contradicciones y falta de uniformidad normativa al respecto, comprobándose la necesidad de urgentes cambios.

Los autores han enriquecido sobremanera esta obra mediante la inclusión de casos prácticos para la ejemplificación del cálculo de cada impuesto municipal vigente, tomando para el efecto uno o dos escenarios que son representativos de los casos más comunes que se presentan en los gobiernos municipales del Ecuador.

A más de lo mencionado, en el análisis de los impuestos municipales, los autores entregan definiciones básicas para la comprensión integral de cada uno de ellos, al tiempo que resaltan situaciones que pueden ser desconocidas por el administrado y que pudieran resultar beneficiosas para este al momento del pago del impuesto, planteando además soluciones viables para que las administraciones tributarias eviten la evasión y la elusión. Por otro lado, subrayan inconsistencias normativas que afectan tanto a la administración tributaria como a los administrados, proponiendo soluciones al respecto, explicando también el porqué de ciertas reformas que a primera vista pudieran parecer innecesarias.

El sexto capítulo contiene un análisis de las tasas y contribuciones especiales generadas por la prestación de servicios públicos y la implementación de obras tanto por parte de los municipios y distritos metropolitanos como de los gobiernos provinciales en los casos en que aplique, e indica las competencias y deberes de los gobiernos autónomos descentralizados, así como el objeto, forma de determinación, sujetos, disminuciones y exoneraciones respecto de dichos tributos.

César Montaña y Juan Carlos Mogrovejo cierran su obra con una serie de recomendaciones respecto del manejo de todos los tributos municipales, para que estos respondan a su *leitmotiv* y, sobre todo, sean consistentes con los principios constitucionales tributarios. Insisten en la necesidad de reformar las normas de carácter tributario municipal, de manera que no existan contradicciones entre ellas y se condigan con la realidad actual, sin dejar de lado la importancia de reconsiderar la permanencia de todos los tributos existentes, planteando un fortalecimiento de los más importantes y la posible eliminación de los prescindibles, con el fin de simplificar el régimen tributario municipal.

Cabe tener presente que los autores, en todo momento, sustentan su estudio en la normativa vigente y doctrina relevante atinentes a la tributación municipal, invitan al lector a la profundización y al continuo análisis de los temas presentados a partir de las numerosas referencias bibliográficas que realizan, y ponen a su disposición, a más de valiosas consideraciones personales, opiniones de otros expertos en el tema, dejando abierta la posibilidad de que, a base de todo lo presentado, el lector tome su propia posición y forme su criterio.

La obra está dirigida a un amplio grupo de lectores, empeño al que coadyuva el empleo de un lenguaje claro y sencillo, además de las explicaciones y definiciones de vocablos o frases incluso consideradas como comunes, pero que en muchos casos resultan erróneamente utilizadas o descontextualizadas. Es un insumo de utilidad para abogados, economistas, contadores, administradores de empresas, profesores, estudiantes, legisladores, funcionarios públicos, contribuyentes o simplemente para quien tenga interés en empaparse del quehacer de la tributación local, teniendo en este documento una fuerte base para comprender la realidad ecuatoriana.

La obra es de gran valía para los contribuyentes en general. Demuestra, gracias a la claridad y precisión de su contenido, que la determinación y cálculo de tributos no es un área del conocimiento reservada únicamente para los eruditos en el tema, sino que se halla al alcance de cualquier persona, permitiendo a unos y otros una apreciación crítica, lejana a la lectura y aplicación mecánica e irreflexiva que se suele hacer de las normas y procedimientos tributarios. Es, ciertamente, una herramienta que posibilitará al lector conocer las funciones de la administración tributaria municipal y los límites a que está sujeta.

Su utilidad se extiende a los funcionarios de la administración tributaria local, pues clarifica sus facultades y obligaciones, e incluso detalla las responsabilidades y sanciones que puede originar su actuar; y también debiera ser de interés para los legisladores, dado que pormenoriza los aciertos y desaciertos normativos, así como los errores incurridos en el proceso de creación de las normas, pero también porque contiene valiosas propuestas para enmendarlos.

Álvaro Renato Mejía Salazar, *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*, Quito, Ed. Legales, 2013, 157 pp.

Daniel Felipe Dorado Torres\*

Una de las ramas del derecho que con notoria preocupación carece de desarrollo doctrinario en el Ecuador es el Derecho procesal; la cual, con la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, y la consagración dentro de su articulado del derecho a la tutela judicial efectiva, parece haber cautivado a jóvenes juristas y docentes universitarios, a desarrollar obras cuyo lenguaje sencillo, directo, claro y profundo, reivindicquen la injusta relegación del derecho procesal ecuatoriano, para dotar a la comunidad jurídica de estudios concienzudos que analicen en profundidad

la instituciones del proceso, como mecanismo por excelencia para la resolución de conflictos de notoria relevancia jurídica.

En este contexto, con mucho tino el abogado y académico Álvaro Mejía Salazar, poseedor de una sólida formación jurídica y gran experiencia en la esfera práctica, logra interpretar el momento cúspide del constitucionalismo ecuatoriano, para ofrecernos un texto que, en palabras de Vanesa Aguirre Guzmán, “nos recuerda que, tal como existe un derecho a la acción, cuya manifestación constitucional es el derecho a la tutela judicial efectiva, existe también un derecho, con su propia raigambre, a impugnar las decisiones que expidan los órganos jurisdiccionales, y los órganos de la administración”.<sup>1</sup>

Debemos destacar que el trabajo ejecutado por el autor, sobre un tema que en el derecho ecuatoriano ha sido relegado al estudio de obras extranjeras, tiene la fortuna de realizar un barrido que, aunque parezca sencillo, denota un estudio profundo de la doctrina, normativa y jurisprudencia (nacional e internacional), para aproximar al lector a los medios de impugnación ante el proceso y procedimiento civil contemporáneo, a partir de la capacidad para cuestionar y proponer –a veces con posiciones absolutamente originales, y en otras críticas–, los temas planteados en el índice de la obra.

El libro que ahora reseñamos, deja sentado de manera categórica la profunda diferencia que existe entre los términos *proceso* y *procedimiento*, en ocasiones utili-

\* Estudiante de la Maestría en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Vanesa Aguirre Guzmán, “Presentación”, en Álvaro R. Mejía Salazar, *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*, Quito, Ed. Legales, 2013, p. XII.

zados como sinónimos, ya que, a partir de ella, se entiende las particularidades que revisten los medios de impugnación que le son propios a cada uno. A la sazón, destacamos la conclusión vertida por el autor, que aduce lo siguiente:

De estas definiciones, es claro que el procedimiento es propio de la sede administrativa y se relaciona con la producción de actos administrativos, así como con la atención de peticiones, reclamaciones o recursos incoados por los administrados, mientras que el proceso es propio de la sede judicial y se relaciona con la tramitación de una controversia presentada ante un tercero independiente, quién está facultado para resolverla.

Tanto el procedimiento cuanto el proceso concluyen con un acto declarativo, constitutivo o extintivo de un derecho, llamase acto administrativo o providencia judicial, respectivamente. Estas actuaciones, por estar en capacidad de afectar directa o indirectamente a los legítimos intereses de una persona, son susceptibles de impugnación.<sup>2</sup>

Es así como la obra inicia con el marco constitucional del derecho al recurso. Álvaro Mejía Salazar, con gran acuciosidad indica que las resoluciones que adoptan jueces y tribunales no son infalibles, y teniendo en cuenta el derecho a la defensa, la conclusión inmediata que se desprende, es que se debe contar con mecanismos eficaces que contribuyan a reorientar la decisión judicial cuando esta parezca haberse desbordado, para de esta manera garantizar los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. De gran relevancia, otra de las conclusiones a las que llega el autor: “si la legislación no prevé medios eficaces para enmendar los yerros jurisdiccionales, la administración de justicia caminaría hacia un abismo sin fondo”.<sup>3</sup>

Lo dicho con precedencia se convierte en el nodo cardinal de la obra, para desarrollar en dos partes: los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento civil contemporáneo.

De esta manera, la primera parte, referente a los medios de impugnación ante el proceso, se aproxima a su estudio mediante el análisis de seis temas y un último acápite contentivo de las conclusiones del autor. A manera de síntesis esta es la temática que comprende la primera parte del libro: 1. Del derecho procesal a la Constitución: La constitucionalización del derecho a impugnar. 2. La impugnación como garantía constitutiva del derecho a la tutela judicial efectiva. 3. Notas sobre el sistema procesal oral. 4. Criterios y reflexiones para la estructuración de un sistema de medios de impugnación ante el proceso civil contemporáneo. 5. Los medios de impugnación en

---

2. Álvaro R. Mejía Salazar, *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*, Quito, Ed. Legales, 2013, pp. 78-79.

3. *Ibid.*, p. 25.

la legislación comparada contemporánea. 6. Medios de impugnación en el proyecto de Código de Procedimiento Civil del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

Como corolario de esta primera parte, Álvaro Mejía Salazar nos invita a reflexionar sobre:

Es claro que ante el proceso civil contemporáneo, los medios de impugnación enfrentan importantes desafíos. Por una parte, es necesario que la norma adjetiva prevea un adecuado catálogo de medios de impugnación, sin necesidad de que este sea en extenso, si debe procurar atender a las distintas situaciones jurídicas y fácticas que pueden verificarse en el desarrollo de un proceso civil y que ameritarían ser revisadas por el mismo emisor del acto procesal o por uno distinto de mayor jerarquía.<sup>4</sup>

Continuando con el examen de la segunda parte del libro, se acerca a su estudio mediante la revisión de cinco temas y un último acápite contentivo comentarios finales. De manera breve, un esquema de su temática: 1. El procedimiento y el proceso. 2. El derecho a impugnar en la sede administrativa; 3. Reclamos, recursos y nulidades. 4. Fases de impugnación del procedimiento: Previsión en la normativa ecuatoriana y retos ante los requerimientos contemporáneos. 5. Principios que regulan la actuación de la Administración Pública en la fases de impugnación procedimental.

Como conclusión de esta segunda parte, el autor, nos insta a reflexionar sobre que:

hemos constatado que nuestra legislación administrativa adolece de falta de uniformidad de procedimientos, especialmente en lo que hace relación a los medios de impugnación de los actos de la administración. En unos casos, la previsión normativa puede ser catalogada como adecuada, pero en muchos otros, deja que desear. Esto nos lleva a considerar que el derecho general de impugnar en sede administrativa no posee el desarrollo que amerita, siendo imperiosa obligación del legislativo el corregir esta grave falencia.<sup>5</sup>

Todos estos elementos que acabamos de señalar, sin lugar a dudas, dan sustento para asegurar que nos encontramos ante una investigación que engloba elementos teóricos y prácticos, que no tienen otra finalidad más allá de hacer hincapié en el hecho de que al constitucionalizarse los derechos a la impugnación, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, conlleva inmediatamente, a un inusitado fortalecimiento de las fases impugnatorias del proceso y del procedimiento, a manera de garantías de los derechos fundamentales de las personas.

---

4. *Ibíd.*, p. 70.

5. *Ibíd.*, p. 114.

Acertamos si decimos que este estudio encarna una invitación a la enorme tarea que conlleva el fortalecimiento de los medios de impugnación en el derecho ecuatoriano, la cual debe ser un trabajo conjunto entre el legislador, pasando por los jueces, funcionarios, auxiliares de la justicia, hasta llegar a las personas que acudimos al proceso y al procedimiento, para garantizar el respeto de nuestros derechos.

Esta valiosa obra constituye una importante contribución al foro y a la academia ecuatoriana, que, lamentablemente, han relegado el estudio del derecho procesal nacional, sin darse cuenta de la notoria importancia que reviste profundizar en sus instituciones, para garantizar los mandatos constitucionales que pretende proteger y promover el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia. Como bien lo resaltó Álvaro Mejía Salazar: “de allí que cualesquier intento por limitar ilegítimamente a las vías impugnatorias, redundaría en un ilegítimo intento por limitar los postulados garantistas de la Constitución de la República, particular que como es lógico no puede ser tolerado”.<sup>6</sup>

---

6. *Ibid.*, p. 75.

Holger Paúl Córdova, *Los derechos sin poder popular. Presente y futuro de la participación, comunicación e información*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos y Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia-ISPCI-UCE, 2013.

Vicente Solano\*

Los caminos de la participación ciudadana, desde la puesta en vigencia de la nueva Constitución, son objeto de una discusión desde varias perspectivas, tanto institucional como social, lo cual ha generado una diversa gama de posiciones frente a su implementación constitucional; que van desde la percepción de un debilitamiento de la participación ciudadana, hasta la cooptación de la misma desde el Estado.

Sin embargo, este estudio aún se encuentra reducido todavía a espacios limitados, siendo el académico el más importante, debido a que es donde más se ha avanzado en la materia. Es así

que Holger Paúl Córdova nos presenta su obra *Derechos sin poder popular. Presente y futuro de la participación, comunicación e información*, donde se pone a debate el tema, resaltando la conexión entre participación y poder popular en el desarrollo de la sociedad ecuatoriana en democracia.

En el primer capítulo, Córdova hace un acercamiento teórico sobre los límites a los avances constitucionales en lo que respecta a la participación. Examina el reconocimiento de los derechos de participación que fueron fruto de la disputa de los pueblos, quienes consiguieron una victoria al plasmar los mismos en la nueva Constitución de 2008. Instituye, además, una diferenciación entre la concepción de estos derechos en la Constitución de 1998 frente a la actual; en un primer momento, desde su denominación (antes Derechos Políticos ahora Derechos de Participación); en un segundo momento, propone una definición de los mismos entendiéndolos en algunas etapas, esencialmente como “construcciones sociales [...] que no las hacen el Estado [...] sino que son derechos creados y ejercidos directamente por los individuos, a título personal o desde la auto-organización. [...] Ejercidos de forma individual o colectiva”;<sup>1</sup> y, finalmente, en un tercer momento en el que habla del desarrollo normativo infra-constitucional, especificando que hay varias formas de participación que se han incorporado, además de recalcar que nosotros podemos crear maneras de

\* Investigador en la Universidad de Cuenca.

1. Holger Paúl Córdova, *Derechos sin poder popular. Presente y futuro de la participación, comunicación e información*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos y Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia-ISPCI-UCE, 2013, p. 23.

participación externas a las consideradas en el ordenamiento jurídico. Para finalizar el capítulo, incluye un análisis sintético sobre los mecanismos de democracia directa que están en la Constitución ecuatoriana desde un sentido muy práctico y explicativo.

En el segundo apartado, el autor presenta diversos aspectos sobre la deliberación pública en relación con los derechos de participación, comunicación e información. Empieza por el cómo apuntalar un fortalecimiento de los derechos deliberativos desde la nueva Ley de Comunicación, entrando a examinar algunos de los puntos positivos de la misma, antes de que se aprobara en la Asamblea Nacional. Asimismo, les da una importante participación a los organismos estatales, en especial al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en la incorporación de figuras como el Defensor de Audiencias. Pero además generando una controversia sobre el rol de los otros organismos estatales que puedan darle a la Ley de Comunicación mayor desarrollo normativo por la vía de reglamentos, protocolos, entre otros.

En esa línea, Córdova avanza en una valoración del recientemente creado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, desde la búsqueda de una institucionalidad más adecuada para la defensa de los derechos de participación, incluyendo el análisis crítico que se realiza desde tres perspectivas, desde la institucionalidad liberal tradicional, como desde la estatalización de la participación, así como de las funciones y organización de la Función de Transparencia y Control Social. Al concluir este capítulo, se refiere a la industria cultural y a los fenómenos surgidos desde los medios de comunicación transnacionales y al reto de generar una nueva matriz cultural enfocada desde lo nacional.

El tercer capítulo nos lleva por varios problemas teórico-prácticos de los derechos de participación, empezando por la supuesta contradicción entre participación y representación. Continúa con la revisión específica de los derechos antes enunciados, comenzando por la participación en los asuntos de interés público o la fiscalización de los actos del poder público. Se detiene en el derecho la resistencia, entendiéndolo como un derecho que garantiza otros derechos, que lo propone fijar en:

Tres orientaciones que permitan polemizar su discusión, la primera, que sirve para defender y conquistar más y nuevos derechos; la segunda, que los actores sociales lo utilizan para desafiar el orden injusto y arbitrario que existe en cualquier Estado y sociedad, así como para revertir sus relaciones de dominación imperantes; y la tercera que el desarrollo de sus condiciones pacíficas permitan activar el poder y la capacidad constituyente de la ciudadanía.<sup>2</sup>

---

2. *Ibid.*, p. 115.

Es decir, el autor le da una visión más amplia a este derecho, desde la cual el mismo no solo implica la desobediencia civil, sino la comprensión desde la contingencia de la posibilidad de viabilizar el derecho por uno u otro camino, desde dentro o fuera del ordenamiento jurídico.

Igualmente, se examina el derecho a la revocatoria del mandato, desde su configuración constitucional hasta su configuración legal y posterior reforma. Al finalizar se hace un análisis de las instancias participativas dentro de las funciones estatales, así como dentro de las organizaciones políticas, revelando un déficit en la ejecución de las mismas.

En el cuarto capítulo encontramos desarrollada la posible contradicción entre el modelo presidencialista y la participación ciudadana, desde un análisis normativo comparado entre las constituciones de 1998 y 2008. Se denota un avance en los mecanismos para implementar de manera más efectiva la participación ciudadana en el régimen actual frente al de la anterior constitución; sin embargo, el autor recalca que hay varios desafíos, tanto para la sociedad civil, como para las instituciones que tienen que, en la medida de sus actuaciones, abonar o no para que el modelo institucional pueda funcionar desde la posibilidad relacional entre Asamblea Nacional y el Ejecutivo, así como de la fiscalización a los asambleístas para que, con esto, se pueda ir fortaleciendo la participación ciudadana, que como nos dice Córdova ha venido siendo muy débil y restringida desde la vuelta a la democracia.

Finalmente, el autor reflexiona sobre la debilidad que tiene nuestra sociedad ecuatoriana en activar los mecanismos e instrumentos de participación ciudadana que se encuentran recogidos tanto en la constitución como en la normativa infraconstitucional. Desde ese problema general entra a desarrollar otros determinados como el rol del Decreto Ejecutivo 16 de 2013 para el funcionamiento de las organizaciones sociales; el derecho a la resistencia, su ejercicio efectivo y su protección normativa; la posibilidad de que los organismos estatales no han logrado activar la participación ciudadana; desde lo local, los avances en la implementación de la silla vacía y el presupuesto participativo; la debilidad de mecanismos como la asamblea local y los peligros que se ciernen sobre su autonomía y, desde lo normativo, el peligro del Código Orgánico Integral Penal sobre el derecho a la libertad de expresión.

A su vez, Córdova, nos establece retos como el que se pueda enfocar en democratizar el poder estatal, mediante la evaluación de los actores estatales para ver si estos están permitiendo la participación, además de recolectar datos sobre cómo se encuentran la participación y representación actualmente. La generación de leyes consonantes con nuestra constitución postliberal, la no criminalización de las resistencias y el impulsar la deliberación pública necesaria, por medio de la protección de los derechos de comunicación e información, con la posibilidad de que ante la violación de cualquiera de estos derechos, se pueda plantear la reparación de los mismos.

Para concluir, la obra genera un debate de orden político, jurídico y sociológico sobre este momento post-constituyente, en el cual se ven en clara inflexión el ejercicio de los derechos de participación. Se intenta develar las causas que podrían estar generando que los ciudadanos y ciudadanas no ejerzan sus derechos, sea por la propia inacción de los mismos, la incapacidad de los actores institucionales o de la ineficacia del modelo implementado. En realidad, el aporte del autor es importante y decidor; además, es una obra de consulta para juristas, académicos, estudiantes u organizaciones que quieran profundizar los senderos de estos *derechos sin poder popular*. Para culminar, el autor, con mucho acierto, incluye una reflexión: “el horizonte de la participación es la construcción del poder popular, sin la interferencia estatal”.<sup>3</sup> Podemos decir que implica pensar esta obra para que los diferentes actores sociales, en consonancia con este constitucionalismo transformador, profundicemos esta y otras ideales para que en el devenir de la participación ciudadana podamos generar una democracia participativa y de alto contenido popular.

---

3. *Ibid.*, p. 202.

## **Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores**

*Santiago Machuca Lozano\**

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia emitida por la Corte Constitucional para el Período de Transición dentro de la acción de inconstitucionalidad que se presenta en contra de la Ley de Minería. Los proponentes, en lo principal, alegan la inconstitucionalidad formal de la Ley de Minería por haber sido expedida por la Comisión de Legislación y Fiscalización (Asamblea Nacional durante el Período de Transición luego de la aprobación de la Constitución del 2008) sin la realización previa de una consulta prelegislativa, siendo esta consulta un derecho colectivo de nacionales, pueblos y comunidades indígenas reconocido en el art. 57 numeral 17 de la Constitución de la República. La Corte Constitucional para el Período de Transición resolvió rechazar la acción de inconstitucionalidad ratificando la constitucionalidad de dicho cuerpo normativo y el carácter sustancial y no formal de la consulta prelegislativa.

**PALABRAS CLAVE:** derechos, derechos colectivos, consulta prelegislativa, consulta previa, participación ciudadana, sustancial, formal.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the decision issued by the Constitutional Court for Transition within the unconstitutionality presented against the Mining Act. Proponents, in the main, formal allege unconstitutional by the Mining Law have been issued by the Committee on Legislation and Oversight (National Assembly during the Transitional Period after the adoption of the 2008 Constitution) without the prior execution of a legislative pre query, this query being a collective right of national, indigenous peoples and communities recognized in Article 57 paragraph 17 of the Constitution of the Republic. The Constitutional Court ruled Transition to reject the unconstitutionality confirming the constitutionality of the regulatory body and the substantial and non-formal pre-legislative consultation.

\* Asesor de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional.

KEY WORDS: rights, collective rights, legislative pre consultation after consultation, citizen, substantial, formal participation.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador que se expide en el año 2008 marca un hito importante en lo que se refiere al reconocimiento de derechos y al establecimiento de garantías de acceso, goce y protección de los derechos de las personas, pueblos y colectivos.

El texto constitucional reconoce una amplia gama de derechos a los cuales les da una misma jerarquía y una situación de interdependencia. La igualdad en la jerarquía de los derechos se constituye en la superación de la división de los derechos en derechos de primera generación, segunda generación y tercera generación así como la diferenciación de derechos fundamentales y derechos no fundamentales, es decir, todos los derechos tienen un mismo e igual valor y ninguna clasificación implica jerarquización alguna.<sup>1</sup> En cambio la situación de interdependencia se constituye en el reconocimiento de que los derechos no pueden ser considerados como situaciones aisladas ya que la violación o vulneración de un derecho puede afectar a otro u otros derechos.<sup>2</sup>

De igual manera el texto constitucional reconoce una serie de medidas que posibilitan la real vigencia de los derechos de las personas, pueblos y colectivos entre las que podemos señalar: la dimensión formal y sustancial de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, el carácter progresivo de los derechos, el reconocimiento del carácter supra constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables a los que reconoce la Constitución y el reconocimiento de la igualdad formal y material, entre otras medidas de relevancia.

La Constitución de 2008 también marca un antes y un después en el reconocimiento de los derechos colectivos. A los derechos colectivos se los puede definir como derechos humanos específicos reconocidos para determinados grupos o colectivos, es decir derechos que son propios de determinados grupos o colectivos humanos, los

---

1. Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 61.

2. *Ibid.*, p. 60.

cuales son ejercidos por estos colectivos y son distintos a los derechos de los individuos que los integran.<sup>3</sup>

Los derechos colectivos están reconocidos en los artículos 56, 57, 58, 59 y 60 de la Constitución de la República. Uno de esos derechos colectivos *es el derecho a la consulta pre legislativa* reconocido específicamente en el artículo 57 número 17<sup>4</sup> y en varios instrumentos internacionales,<sup>5</sup> entendido como la obligación que en el proceso de construcción legislativa se pueda consultar a la dichos colectivos cuando esta pueda afectar el acceso, ejercicio o goce de otros derechos colectivos.

Justamente la presunta vulneración de este derecho motivó la presentación de una acción de inconstitucionalidad a la Ley de Minería por cuanto, según los proponentes, esta había afectado el derecho a la consulta pre legislativa de pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas, ya que el contenido de dicho cuerpo legal (en su tratamiento al interior de la Asamblea Nacional y antes de su expedición) no había sido consultado a estos colectivos.

La necesidad de consultar el contenido de la Ley de Minería se produce porque en esta Ley se regula y posibilita, entre otros aspectos, la exploración y explotación minera en territorios donde habitan estos pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas.

Los proponentes de esta acción de inconstitucionalidad sustentan esta acción en que: –La Ley de Minería al permitir la declaratoria de la utilidad pública y la constitución de servidumbres legales en dichos territorios, viola el artículo 57 números 4 y 5<sup>6</sup>

- 
3. Will Kymlicka, “Los derechos individuales y los derechos colectivos”, en María Belén Corredores, *et al.*, edit., *Derechos colectivos hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 20.
  4. “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. [...]”.
  5. Art. 6 número 1 letra a del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]”. Art. 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo informado”.
  6. “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita [...]”.

que declaran que los territorios de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y campesinas son indivisibles, inalienables e inembargables así como el derecho a la posesión de las tierras y territorios ancestrales y la obtención de su adjudicación gratuita; –Que la Ley de Minería al permitir la exploración y explotación minera, abre la puerta para posibles afectaciones a los derechos a la naturaleza y a vivir en un ambiente sano;<sup>7</sup> y, –Que la Ley de Minería al permitir la participación privada en la exploración y explotación minera, viola el principio de exclusividad en la administración de los sectores estratégicos determinada en el art. 313 de la Constitución de la República.<sup>8</sup>

En este sentido el presente trabajo se centra en el análisis de la sentencia (voto de mayoría) n.º 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador<sup>9</sup> que desecha la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Minería y declara la constitucionalidad condicionada (en tanto no se apliquen en territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montuvias) de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a la declaratorias de utilidad pública, establecimiento

---

7. “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. [...]”

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.

8. “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

9. Sentencia de 18 de marzo de 2010 publicada en el registro oficial suplemento n.º 176 de 21 de abril del 2010.

de servidumbres, libertad de exploración y explotación minera, concesiones mineras y construcción de instalaciones complementarias. De igual manera analiza el establecimiento de la obligatoriedad de la realización de la consulta previa establecida en el art. 57 número 7<sup>10</sup> de la Constitución de la República en toda actividad minera que se pretenda realizar en estos territorios en todas sus fases.

La relevancia del criterio del Juez Constitucional ecuatoriano dentro de la presente acción de inconstitucionalidad podríamos manifestar que se resume en el desarrollo de tres temas para el análisis: 1. El carácter sustancial y no formal de la consulta pre legislativa. 2. La consulta previa y sus diferencias de la consulta pre legislativa, y 3. Los requisitos mínimos y el procedimiento que debe seguir la consulta pre legislativa.

El desarrollo de este trabajo se dará justamente analizando el criterio del juez constitucional en cada uno de estos tres temas para, finalmente y a manera de conclusiones, realizar algunas observaciones entre las cuales habrá que destacar los efectos que se produjeron en el ordenamiento jurídico ecuatoriano luego de la expedición de dicha sentencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

## EL CARÁCTER SUSTANCIAL Y NO FORMAL DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA

La Constitución de la República en el reconocimiento de los derechos colectivos establece de manera muy general<sup>11</sup> la necesidad y obligación de que el legislador deberá consultar a pueblos, comunidades, nacionalidades y comunas indígenas, montuvias y afroecuatorianas, en el caso de que la adopción de una *medida legislativa*<sup>12</sup> pueda perjudicar el acceso, goce y protección de los derechos colectivos.

- 
10. “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley [...]”.
  11. En el texto constitucional no se determina con mayor precisión y claridad la definición de consulta prelegislativa y su alcance, los casos en que debe aplicarse y el procedimiento que se debe seguir. Tampoco a qué pueblos, comunidades, nacionalidades y demás colectivos de la sociedad civil se debe aplicar, y si los resultados de la consulta son determinantes o vinculantes para el desarrollo del proceso legislativo y para el contenido de la ley.
  12. En el texto constitucional tampoco se determina con precisión el alcance y contenido de la expresión *medida legislativa*; en este caso y al ser el legislador quien tiene la competencia exclusiva en la producción de las leyes, al referirse a medida legislativa se entendería que se hace referencia a la ley, es decir, a un acto jurídico producido por el legislador (en la forma en que determina la Constitución y la Ley) que tenga normas general y abstractas

El legislador, al ejercer la competencia para la producción de la ley, ahora debe considerar un factor adicional, lo que de cierta manera vuelve más complejo su trabajo al no solo considerar factores técnico-jurídicos sino factores sociales y políticos.<sup>13</sup>

El juez constitucional manifiesta que si bien la consulta pre legislativa es una parte integrante del procedimiento para la creación de la ley, no puede ser entendida como un simple requisito o el cumplimiento de una mera formalidad. La consulta pre legislativa al ser considerada un derecho colectivo es eminentemente sustancial.

Los derechos colectivos, de acuerdo con el juez constitucional, son atribuciones y facultades jurídicas cuyo titular es un sujeto colectivo; sujeto colectivo considerado no como una suma de individuos sino como verdadero sujeto moral y autónomo que le permite diferenciarse claramente de otros sujetos o grupos ajenos al colectivo.

En esta definición el juez constitucional hace una diferenciación, con muy poca precisión, al decir que a los derechos colectivos se los diferencia de otro tipo de derechos que se les reconocen a determinados grupos a través de los cuales se pueden ejercer acciones populares, acciones afirmativas u otras acciones de grupo. El juez constitucional no define ni especifica cuáles son estos tipos de derechos de grupo o en qué consisten, sin embargo señala que son diferentes de los derechos colectivos y que en función de ellos se pueden ejercer determinadas acciones.<sup>14</sup>

---

siendo de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes de un Estado. Ver: Riccardo Guastini, "Ley", en Miguel Carbonell, coord., *Elementos de Técnica Legislativa*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, 2000, pp. 14-16.

13. Miguel Carbonell manifiesta que el trabajo del legislador muchas de las veces está condicionado por las fuertes presiones políticas y sociales. La sociedad actual conformada por intereses contrapuestos y a veces irreconciliables ocasiona que los grupos sociales de interés pugnen por obtener leyes favorables para sus miembros y lo que a su vez provoca que los legisladores establezcan redes clientelares con los grupos de poder intercambiando ventajas y recursos. Por lo tanto, para Carbonell, la legislación se vuelve incierta y jurídicamente discutible. Este criterio es sin duda un elemento que debe considerarse para analizar si los resultados de la consulta prelegislativa cumplen con los objetivos por los cuales fue concebida o si son completamente adversos. Ver: Miguel Carbonell, "Los objetos de la leyes los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas", en Miguel Carbonell, coord., *Elementos de Técnica Legislativa*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, 2000, pp. 209- 211.
14. Agustín Grijalva señala que los derechos de tercera generación (clasificación de generaciones que es metodológica sin que esto implique alguna jerarquización al respecto como ya se ha manifestado anteriormente) fueron reconocidos de manera muy posterior a los derechos civiles y políticos, entre los derechos de tercera generación tenemos a los derechos colectivos y a otros derechos como el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho a la conservación del patrimonio cultural y natural, los derechos de los consumidores, etc. Los derechos colectivos se diferencian de otros derechos de tercera generación porque se puede determinar quienes pueden reclamarlos cuando estos son afectados en una violación. Así, por ejemplo, el derecho a la paz y al desarrollo sustentable los tenemos todos los miembros de la sociedad, siendo *difusos* dado que su violación nos afecta a todos pero no es posible determinar a quiénes específicamente, en contraste con los derechos colectivos que tienden a referirse a grupos más específicos (ejemplo, los derechos de indígenas, montuvios y afroecuatorianos). Los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los consumidores también son difusos pero cuando se determinan quiénes pueden ser los afectados se ajustan al concepto de derechos colectivos. Ver Agustín Grijalva, "¿Qué son los derechos colectivos?", en María Belén Corredores,

El juez constitucional señala que el reconocimiento de los derechos colectivos es producto del reconocimiento de la igualdad material, la cual es entendida como el reconocimiento de condiciones materiales que generan situaciones de desigualdad por las cuales, incluso, es necesario un trato diferenciado que permita superar estas condiciones materiales de manera progresiva<sup>15</sup>. La igualdad material supera a la clásica igualdad formal entendida como la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación en razón de la edad, raza, género, preferencia sexual, condición física, etc.<sup>16</sup>

De igual manera el juez constitucional señala que dichos derechos pueden ser exigidos mediante tutela judicial gracias al establecimiento de garantías jurisdiccionales establecidas dentro del marco constitucional y legal del Ecuador, siendo las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas los titulares de los derechos colectivos y los legitimados activos para ejercer estas acciones jurisdiccionales para la tutela de estos derechos.

## LA CONSULTA PRELEGISLATIVA Y SUS DIFERENCIAS DE LA CONSULTA PREVIA

La Constitución de la República reconoce dos tipos de consultas que se realizarán a los colectivos como los pueblos, nacionalidades, comunas, comunidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas: 1. La consulta prelegislativa, establecida en el artículo 57 número 17, que es un requisito que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa<sup>17</sup> que pueda afectar los derechos colectivos, y 2. La consulta previa, establecida en el artículo 57 número 7, que consiste en la consulta que se realiza a estos colectivos ante la posibilidad de actividades de exploración, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables en sus territorios y que puedan afectarles ambientalmente o en su cultura.

El juez constitucional diferencia estas dos consultas de la consulta establecida en el art. 398 de la Constitución de la República (consulta ambiental), ya que esta se realiza a toda la comunidad en general cuando se dé cualquier decisión de autoridad

---

*et al.*, edit., *Derechos colectivos hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. xvi.

15. Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 57- 60.

16. *Ibid.*, pp. 49-50.

17. La falta de precisión del constituyente se replica en la interpretación que realiza el juez constitucional al no precisar qué se entiende por *medida legislativa*. El juez constitucional al utilizar la expresión *cualquier medida legislativa* haría entender que no solo las leyes que afecten los derechos colectivos deberían ser consultadas sino también otros actos jurídicos que emitan los legisladores como los acuerdos, las resoluciones, reglamentos, etc.

estatal que pueda afectar el medio ambiente; en cambio, la consulta previa y consulta prelegislativa se da en los casos y a los colectivos antes señalados.

En lo que se refiere a la consulta previa establecida en el art. 57 número 7 de la Constitución de la República, el juez constitucional reconoce que no existe una norma o acto normativo<sup>18</sup> (reglamento) que regule dicho procedimiento; sin embargo, el marco teórico contenido en varios instrumentos internacionales,<sup>19</sup> en la jurisprudencia de la CIDH<sup>20</sup> y en la jurisprudencia constitucional internacional<sup>21</sup> permite establecer parámetros mínimos para realización de las consultas previas. Estos parámetros mínimos son:

1. El carácter flexible del procedimiento de acuerdo al derecho interno del Estado.
2. El carácter previo de la consulta antes del comienzo de la actividad minera.
3. Los participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios
4. No se puede limitar información o difusión pública; la consulta previa debe ser *un proceso sistemático de negociación o diálogo con los representantes legítimos de las partes.*
5. Se debe actuar de buena fe por parte de todos los involucrados.
6. La consulta debe constituirse en un verdadero *mecanismo de participación.*
7. Se debe garantizar la transparencia de la consulta previa.
8. Se debe utilizar un tiempo razonable.
9. Se debe definir previamente quiénes son los pueblos o comunidades que se verán afectados por la decisión, los cuales serán los destinatarios de la consulta previa.
10. *Se debe definir previamente un procedimiento de negociación y de toma de decisiones mutuamente convenidas.*
11. Se debe respetar la autoridad, la estructura social, la representación, los usos y las costumbres de los pueblos o comunidades consultados.

---

18. Como acto normativo nos referimos a las normas expedidas por órganos de la administración pública (es decir, órganos en ejercicio de la función administrativa en un sentido funcional) en virtud de la capacidad normativa que solo la ley les puede otorgar a dichos órganos. Lamentablemente, los distintos y variados nombres que se les ha dado a dichas normas (decretos, resoluciones, normas técnicas, acuerdos, normas para viabilizar el ejercicio de las competencias, ordenanzas, etc.), incluso por parte del legislador, ha sido de manera arbitraria ya que estas normas cumplen una misma función reglamentaria (reglamentos). Ver Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, en *Foro: Revista de Derecho*, n.º 13, Quito, UASB/CEN, 2010, pp. 29-33,41.

19. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

20. Sentencia caso Saramaca vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

21. Sentencia C-161 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia; Sentencia Rol 309 del 4 de agosto del 2000 del Tribunal Constitucional de Chile.

12. *El alcance de los resultados de la consulta no son vinculantes para el Estado.*

13. Los efectos del incumplimiento de esta obligación del Estado ocasiona responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, y en el ámbito interno podría ocasionar la nulidad de los procedimientos y las medidas adoptadas.

Frente a lo manifestado por el juez constitucional, en relación a los contenidos o parámetros mínimos, hay que hacer las siguientes observaciones:

- El juez constitucional sostiene que la consulta prelegislativa y la consulta previa son derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas; sin embargo, también sostiene que dichas consultas son derechos de participación y que, en el caso de la consulta previa como parámetro mínimo que debe observarse en su realización, está el que la consulta previa debe constituirse en un verdadero *mecanismo de participación*. En este sentido no se aclara y se define por parte del juez constitucional si estas dos consultas son *mecanismos para ejercer el derecho de participación* o si son derechos colectivos o de participación.
- Si bien efectivamente estas dos consultas son derechos colectivos de pueblos, nacionalidades, comunidades y comunas indígenas, montuvias o afroecuatorianas, no se les podría considerar a las mismas como un derecho de participación,<sup>22</sup> sino

---

22. *En un primer momento* a la participación ciudadana se la entiende y se la limita al ejercicio de los derechos políticos, es decir, al derecho que todo ciudadano y ciudadana tiene a participar en elecciones, sea como elector o elegible, pero también como la posibilidad de agruparse y formar organizaciones políticas como partidos o movimientos para participar y acceder a cargos públicos de elección popular. Sin embargo, los derechos políticos al ser los atributos que tiene una persona para hacer efectiva su participación en el Estado (Ver: Sonia Picado, “Derechos Políticos como Derechos Humanos”, en Dieter Nohlen, *et al.*, comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 48) no pueden limitarse al ejercicio del sufragio activo o pasivo (elegir y ser elegido) y a la libre reunión y asociación política, ya que los derechos políticos son atributos individuales y colectivos que posibilitan y permiten desarrollar otras características del sistema democrático. Ver Juan Carlos Silva Adaya, “Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1226.

*En un segundo momento* la participación ciudadana, aunque ampliada en su contenido, aún está relacionada con el ejercicio del sufragio activo, es decir, con la participación en elecciones libres y auténticas, en esta ocasión no para elegir candidatos y participar en elecciones libres y auténticas, sino para opinar sobre temas trascendentales para la vida del país a través de mecanismos como la consulta popular, el referéndum y la revocatoria del mandato.

*En un tercer momento* a la participación ciudadana ya no se la limita a la participación en elecciones como elector o como candidato y con la actividad o proselitismo político partidista, tampoco se la limita a la participación en la toma de decisiones trascendentales para la vida democrática del país mediante consulta popular, referéndum o revocatoria del mandato. Las formas de participación ciudadana hasta aquí descritas son ocasionales, coyunturales y aún se enmarcan dentro de las formas de la democracia representativa; por lo mismo, es necesario encontrar otras formas de participación ciudadana de manera permanente y directa que permitan una mayor interlocución entre el Estado y la sociedad civil. Es así que la participación ciudadana se empieza a entender como un derecho que permite a los ciudadanos y ciudadanas a ser parte en la toma de decisiones de las autoridades, órganos e instituciones del Estado y en los asuntos de interés público. Estas nuevas formas de participación ciudadana están

como un mecanismo que permite el goce o a través del cual se puede ejercer el derecho a la participación ciudadana<sup>23</sup> de pueblos, nacionalidades, comunidades y comunas según el caso. Es decir, dado el carácter interdependiente de los derechos, en este caso habría una íntima conexión entre los derechos colectivos y los derechos de participación ciudadana de pueblos, nacionalidades, comunidades y comunas indígenas, montuvias y afroecuatorianas.

- El juez constitucional señala claramente que los resultados de la consulta previa no son vinculantes para el Estado, es decir, en pocas palabras que la aceptación o rechazo de la actividad minera por parte de los pueblos, nacionalidades, comunidades y comunas indígenas, montuvias o afroecuatorianas, según el caso que se trate, sería irrelevante para el Estado. Solo ante esta primera apreciación se puede manifestar que realizar un proceso de consulta previa es completamente inoficioso.
- Sin embargo, el juez constitucional se contradice, ya que manifiesta que la consulta previa debe ser un proceso de negociación y diálogo, en la que, incluso, se tiene que convenir y concertar (según el juez constitucional) el procedimiento para la negociación y la toma de decisiones convenidas, es decir, si las decisiones o resultados de la consulta previa tiene que necesariamente ser convenidas el Estado no estaría en la posibilidad de acoger o desechar libremente los planteamientos de dichos colectivos, dado que previamente ya acordó sujetarse tanto a un procedimiento de negociación como a los acuerdos que se llegarían producto de este procedimiento.
- Se entendería que la intención del juez constitucional, al hablar de la necesidad de llegar a decisiones consensuadas mediante un proceso de negociación en la consulta previa, era la de darle el carácter de un acto administrativo consensual a

---

enmarcadas en lo que se conoce como la democracia participativa o directa, que consiste en la interlocución de la sociedad con el Estado como demostración máxima del ejercicio democrático. Ver Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “Los actos administrativos consensuales: Una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la Administración Pública”, en *Serie Estudios Jurídicos*, n.º 35, México DF, 2006, pp. 6-24.

23. Estos mecanismos serían entendidos como mecanismos a través de los cuales se permite la intervención de la ciudadanía en los asuntos de interés público en los distintos ámbitos territoriales, pero en una participación distinta a la intermediada por los partidos y movimientos políticos o a la que es ejercida a través del sufragio activo que permite involucrar al conjunto de la ciudadanía en la toma de decisiones estatales. Ver Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “Los actos administrativos consensuales: Una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la Administración Pública”, pp. 4-5.

Es así que se crean mecanismos como: la rendición de cuentas (audiencias públicas, cabildos populares), el control social de la acción de todos los niveles de gobierno (veedurías ciudadanas y observatorios), la silla vacía, los presupuestos participativos, la iniciativa popular normativa para promover expedición de leyes u otras normas, la consulta previa y la consulta pre legislativa. Ver art. 100, 101 y 102 de la Constitución de la República. Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización.

los actos administrativos que contienen la decisión del Estado sobre exploración, explotación y comercialización minera en los territorios de pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas.

- Los actos administrativos consensuales se diferencian de los actos administrativos comunes tanto en las condiciones de validez y eficacia <sup>24</sup> como en su carácter bilateral y unilateral respectivamente. Los actos administrativos consensuales necesitan para su validez y eficacia de la aprobación previa de los administrados teniendo una especie de bilateralidad en su expedición, en tanto que los actos administrativos comunes para su eficacia y validez necesitan, entre otras cosas, ser expedidos por un órgano competente y ser públicos, siendo unilaterales en su expedición como una prerrogativa del Estado.<sup>25</sup>

## **LOS REQUISITOS MÍNIMOS Y EL PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIR LA CONSULTA PRE LEGISLATIVA**

En lo que se refiere a los requisitos mínimos que la consulta prelegislativa debe cumplir, el juez constitucional señaló los siguientes: 1. Se dirigirá de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas antes de que se adopte una medida legislativa que afecte sus derechos colectivos. 2. La consulta pre legislativa es un derecho colectivo establecido en el artículo 57 número 17 que no puede equipararse a la consulta previa (también derecho colectivo) establecida en el artículo 57 número 7 ni a la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución de la República. 3. Los pronunciamientos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas debe referirse exclusivamente a los aspectos objetivos que puedan afectar de manera objetiva alguno de esos derechos.

En cuanto al procedimiento, el juez constitucional analizó algunos temas sobre los cuales desarrolló lineamientos básicos que debe seguir el procedimiento de una con-

- 
24. El acto administrativo es la decisión de una autoridad sobre un asunto concreto y particular. Los requisitos sustanciales de los actos administrativos constituyen auténticas condiciones de validez de los actos administrativos y se tratan de requisitos que imponen las normas legales y de los propuestos de legitimidad del acto administrativo, en tanto que la eficacia del acto administrativo se refiere a las condiciones que necesitan para la producción de efectos jurídicos válidos. Los requisitos sustanciales de los actos administrativos pueden clasificarse en subjetivos, como la competencia y la investidura del titular; en objetivos, como los presupuestos de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin; y, en formales, como el procedimiento y la forma. Ver Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ed. Legales, 2005, pp. 15-30, 55.
25. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la Administración Pública”, pp. 24-41.

sulta pre legislativa; estos lineamientos básicos se resumen en dos temas: los actores de la consulta prelegislativa y las fases de la consulta prelegislativa.

Los actores de la consulta prelegislativa, como destinatarios de la consulta prelegislativa, de acuerdo con el criterio del juez constitucional, serán las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas que puedan verse afectados de manera real y concreta en sus derechos colectivos. La Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable, encargado de llevar a cabo la consulta y quien identificará las entidades a ser consultadas para lo cual requerirá el apoyo técnico del CODENPE<sup>26</sup> o de quien haga sus veces.

En cuanto a las fases, el juez constitucional señala que la consulta pre legislativa deberá desarrollarse en cuatro fases: 1. Fase de preparación de la consulta. 2. Fase de convocatoria pública. 3. Fase de información y ejecución de la consulta, y 4. Fase de análisis de los resultados y cierre de la consulta.

1. Fase de preparación de la consulta: la Asamblea Nacional mediante acto administrativo<sup>27</sup> determinará la agenda de la consulta con los temas que serán consultados, el procedimiento de la consulta, los tiempos, el procedimiento para el diálogo y la toma de decisiones. Conjuntamente con el Consejo Nacional Electoral se definirá los documentos necesarios para la consulta que contendrán una papeleta de resultados y un sobre de seguridad.
2. Fase de convocatoria pública: la convocatoria pública abre oficialmente el proceso de consulta prelegislativa para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas que hubiesen sido identi-

---

26. El Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) fue creado por mandato de la Ley de Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas del Ecuador que se autodefinen como Nacionalidades de Raíces Ancestrales, publicado en el Registro Oficial n.º 175 del 21 de septiembre de 2007. Tiene entre sus funciones y atribuciones las siguientes: A) Diseñar políticas públicas para el desarrollo y mejoramiento de las condiciones económicas, sociales y culturales de las nacionalidades y pueblos indígena del Ecuador, a partir de sus identidades y de sus propias visiones y realidades, asegurando el respeto de los derechos humanos de hombres y mujeres; y B) Planificar y ejecutar planes, programas y proyectos de desarrollo integral, sustentable y respetuoso de la identidad de las nacionalidades y pueblos indígenas del país. Ver <[http://www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=165&Itemid=677](http://www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=165&Itemid=677)>.

De conformidad con la transitoria sexta de la Constitución de la República el Consejo de la Niñez y de la Adolescencia, el CODENPE, el Consejo Nacional de Discapacidades y el Consejo Nacional de Mujer se constituirán en los Consejos Nacionales de Igualdad y se adecuarán en estructura y funciones a lo que disponen la Constitución de la República en los artículos 156 y 157 y con la Ley.

27. No se especifica si es por un acto administrativo emanado del pleno de la Asamblea Nacional o del CAL. El CAL es el Consejo de Administración Legislativa, que es la instancia de administración y gobierno de la Asamblea Nacional, la cual está conformada por la presidenta o presidente, las dos vicepresidentas o vicepresidentes y tres vocales escogidos entre los y las asambleístas y la secretaria o secretario general. Ver artículo 6, 7, 9, 13, 14 y 15 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

ficadas previamente por el organismo público técnico<sup>28</sup> especializado como posibles afectados en sus derechos colectivos. La Asamblea Nacional abrirá una oficina central en Quito, y en las provincias contará con el apoyo logístico de la Consejo Nacional Electoral para información y para recibir la documentación de la consulta. A partir de cinco días términos desde la fecha de la convocatoria pública a la consulta, receptorá la inscripción de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas que participarán de la consulta.<sup>29</sup>

3. Fase de información y ejecución de la consulta: en esta fase se les entregará al momento de la inscripción a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas la norma a ser consultada, los documentos necesarios para la consulta (papeleta de registro o formulario y el sobre de seguridad) y las normas que regulan a la consulta. Las oficinas habilitadas para el efecto deberán ofrecer toda la información y asesoría al respecto. En veinte días término a partir del cierre de las inscripciones, las oficinas de la consulta receptorán todos los documentos de la consulta debidamente sellados, en donde se incluirá la papeleta de resultados y la lista de los participantes, así como las respectivas actas de reuniones o asambleas comunitarias. El proceso de deliberación interno se hará conforme a los usos y costumbres de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas sin que una instancia ajena intervenga en dicho proceso.
4. Fase de análisis de los resultados y cierre de la consulta: en esta fase se instalará una mesa de diálogo que estará conformada por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas que participan del proceso de la consulta y una comisión legislativa ad-hoc designada por el Consejo de Administración Legislativa *la cual durará veinte días laborables contados a partir de la finalización de la tercera fase de la consulta*,<sup>30</sup> sin embargo la Asamblea Nacional podrá extender el plazo. Aquí se deberá garantizar

---

28. Se entendería que este organismo técnico especializado sería la Asamblea Nacional con ayuda del CODENPE o quien haga sus veces.

29. Tampoco se especifica si las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvas y afroecuatorianas que se puedan inscribir para participar de la consulta serán únicamente las identificadas previamente como posibles afectadas por los resultados de la consulta.

30. La forma en que está redactada la sentencia del caso sub judice nos deja algunas interrogantes; en el presente caso se entendería que la mesa de diálogo debería estar instalada durante veinte días con una posibilidad de extensión de este tiempo Sin embargo al señalar que ese tiempo se contará desde la terminación de la tercera fase nos haría pensar que se refiere a la fecha en la que se debe instalar la mesa de diálogo. De otro lado existe una confusión al señalar en algunas partes que el tiempo se basa en días laborales, es decir en días término pero en otras partes se utiliza la palabra “plazo” lo cual confunde aún más.

la discusión pública de los resultados de la consulta y de las posiciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas respecto a las posibles afectaciones a sus derechos colectivos. De igual manera en esta etapa se propiciará la suscripción de consensos, y de no llegarse a estos, sobre uno o varios puntos, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motiva. Una vez identificados consensos y discrepancias, la Presidencia de la Asamblea Nacional hará la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados a la ciudadanía.

## CONCLUSIONES

A manera de conclusiones debemos señalar y destacar algunos de los efectos jurídicos que produjo la sentencia de la Corte Constitucional para el período de transición y algunas observaciones finales respecto del contenido y la forma de dicha sentencia.

## EFFECTOS JURÍDICOS POSTERIORES

Como efectos jurídicos posteriores de dicha sentencia, se produjo, al interior de la Asamblea Nacional, la suspensión en el tratamiento de algunos proyectos de ley como la Ley de Agua y Recursos Hídricos y la Ley de Cultura hasta que el Consejo de Administración Legislativa emita un instructivo que regule el procedimiento a seguir en la consulta pre legislativa y hasta la realización de la misma.

El Consejo de Administración Legislativa emitió el *instructivo para aplicación de la consulta legislativa* mediante resolución de fecha 13 de junio de 2012 reformado mediante resoluciones de fecha 3, 10, 26 y 21 de julio de 2012 en donde acoge en parte todos los criterios del juez constitucional, sin embargo realiza las siguientes modificaciones y precisiones:

- Se precisa que el órgano responsable es la Asamblea Nacional, no a través de una comisión ad-hoc, como señalaba el juez constitucional, sino a través de la comisión especializada permanente u ocasional<sup>31</sup> que esté a cargo del tratamiento del proyecto de ley. Se deja abierta la posibilidad de contar con la ayuda de otras instituciones del sector público, de organizaciones representativas de

---

31. Art. 6, 21, 23, 24, 25 y 26 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas.<sup>32</sup>

- En primer debate<sup>33</sup> la comisión especializada permanente u ocasional que esté a cargo del tratamiento del proyecto de ley presentará un informe motivado en donde fundamentará la posibilidad de someter algunos temas a consulta pre legislativa. El pleno de la Asamblea Nacional aprobará la realización de una consulta pre legislativa por voto de la mayoría de sus integrantes.<sup>34</sup>
- Luego de cinco días término de la aprobación por parte del pleno de la Asamblea Nacional, la comisión especializada permanente u ocasional a cargo del tratamiento de la ley, entregará a la presidenta o presidente de la Asamblea Nacional los temas sustantivos que se someterán a consulta pre legislativa para la aprobación del Consejo de Administración Legislativa.<sup>35</sup>
- El Consejo de Administración Legislativa también aprobará los documentos y formularios que se utilizarán en la consulta por parte de la comisión especializada permanente u ocasional y por parte del Consejo Nacional Electoral.<sup>36</sup>
- Una vez aprobados los temas sustantivos que se someterán a consulta pre legislativa por parte del Consejo de Administración Legislativa, la presidenta o presidente de la Asamblea Nacional realizará la convocatoria pública a la consulta pre legislativa dando un plazo de veinte días para la inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas o de las organizaciones que las representan.<sup>37</sup>
- Una vez terminado el proceso de inscripción con la entrega de material para la consulta pre legislativa (papeleta de resultados, formularios y sobre de seguridad) se tiene veinte días término para la deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas, teniendo que devolver el material para la consulta debidamente llenado adjuntando actas de reuniones o audiencias con la lista de participantes en el sobre de seguridad debidamente cerrado.<sup>38</sup>
- Las oficinas que serán habilitadas para el efecto, las cuales brindarán información y recibirán la documentación, tienen un plazo de dos días para remitir los sobres cerrados a la comisión especializada permanente u ocasional a cargo del

---

32. Art. 4 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

33. Art. 57, 58, 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

34. Art. 5 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

35. Art. 7 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

36. Art. 8 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

37. Art. 9 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

38. Art. 14 y 15 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

tratamiento de la ley para el procesamiento de la información y la sistematización de resultados.

- La información procesada y sistematizada con los consensos y disensos obtenidos se sociabilizará en audiencias provinciales, que contarán con la presencia de tres delegados de cada una de las organizaciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas, un delegado de los sujetos que no pertenezcan a estas organizaciones y un asambleísta de la comisión especializada permanente u ocasional a cargo del tratamiento del proyecto de ley.<sup>39</sup>
- Posteriormente, y finalizadas las audiencias provinciales, se instalará una mesa de diálogo nacional con representantes de las organizaciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas y con la comisión especializada permanente u ocasional a cargo del tratamiento del proyecto de ley, en donde se discutirá los consensos y disensos recogidos en las audiencias provinciales, finalizado lo cual, se suscribirá un acta con los consensos y disensos.<sup>40</sup>
- Finalizada la mesa de diálogo nacional la comisión especializada permanente u ocasional a cargo del tratamiento del proyecto de ley emitirá un informe final que será puesto en conocimiento de la presidenta o presidente de la Asamblea Nacional quien declarará cerrada la consulta prelegislativa. Este informe será analizado en segundo debate del tratamiento proyecto de ley con los consensos ya incorporados en el articulado.<sup>41</sup>

## CONCLUSIONES FINALES

El Juez Constitucional, tal como sucedió cuando definió los parámetros y requisitos básicos que se deben cumplir en la realización de la consulta previa, tampoco dijo nada respecto al carácter vinculante para el Estado de los resultados de la consulta pre legislativa.

El juez constitucional manifiesta que la realización de la consulta previa es un requisito de validez de los procedimientos y de los actos administrativos adoptados, en tanto que la realización de la consulta prelegislativa condiciona la constitucionalidad de las leyes que se expidan. Sin embargo, se reduce por completo tanto a la consulta

---

39. Art. 17 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

40. Art. 18 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

41. Art. 19 del instructivo para aplicación de la consulta legislativa.

previa como a la consulta prelegislativa a una mera formalidad necesaria de cumplir por parte del Estado, sin que haya obligatoriedad de acoger por parte del Estado los resultados favorables o desfavorables producto de las opiniones y criterios manifestados por comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas.

En el caso de la consulta prelegislativa, si bien resulta un novedoso e ingenioso mecanismo para el ejercicio de la participación ciudadana en la construcción legislativa, únicamente las opiniones de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas que se incorporan al articulado del proyecto de ley son las que tienen una aceptación favorable por parte del Estado (consenso entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas y el Estado).

Es decir, las decisiones en materia de exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables en territorios de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas que puedan o no afectar a su cultura y al medio ambiente y la expedición de leyes que puedan afectar o no a los derechos colectivos sigue siendo una prerrogativa unilateral del Estado que no está condicionada o sujeta a las opiniones de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montuvias y afroecuatorianas.

La consulta previa y la consulta prelegislativa se reducen a simples procedimientos de sociabilización e información que no condicionan o limitan la actuación del Estado siendo completamente inoficiosas en la práctica y no cumplen con los objetivos para los cuales fueron concebidas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ávila Santamaría Ramiro, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ed. Legales, 2005.
- Benalcázar Guerrón Juan Carlos, “Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la Administración Pública”, en *Serie Estudios Jurídicos*, n.º 35, México, 2006.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, en *Foro: Revista de Derecho*, n.º 13, Quito, UASB/CEN, 2010.

- Carbonell, Miguel, “Los objetos de la leyes los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas”, en Miguel Carbonell, coord., *Elementos de técnica legislativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, 2000.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Guastini, Riccardo, “Ley”, en Miguel Carbonell, coord., *Elementos de técnica legislativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, 2000.
- Grijalva Agustín, “¿Qué son los derechos colectivos?”, en María Belén Corredores, *et al.*, edits., *Derechos colectivos hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Picado, Sonia, “Derechos políticos como derechos humanos”, en Dieter Nohlen, *et al.*, comps., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Silva Adaya, Juan Carlos, “Defensa integral de los derechos políticos propios de la democracia participativa”, en Jesús Orozco, comp., *El derecho electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Fecha de recepción: 9 de julio de 2014  
Fecha de aprobación: 12 de setiembre de 2014

## El doctor Luis Toscano Soria

*Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo\**

A través de estas líneas cumpla con el grato cometido de referir la trayectoria académica y profesional del distinguido maestro y amigo doctor Luis Toscano Soria, connotado abogado tributarista del país.

En esta misión, la explicitación de los atributos del personaje no representa un panegírico, cuanto el deber por testimoniar una vida entregada a la enseñanza y al servicio profesional con probidad y responsabilidad, que la asumimos como un referente.

Desde la academia, el profesor Toscano Soria ha contribuido decididamente en la formación y capacitación de un importante colectivo de profesionales tributaristas en el medio, desde los ámbitos del derecho, la contabilidad, la administración y ciencias afines. En su dilatada trayectoria, ha brindado su contingente por más de dos décadas vinculado a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, como catedrático y coordinador del programa de Especialización Superior en Tributación.

En esta loable tarea ha aportado notablemente al posicionamiento del estudio del Derecho tributario en el Ecuador a nivel posgrado. Desde las aulas, ha llevado la docencia siempre de la mano con su experiencia profesional en los sectores público y privado, y, como abogado litigante, promoviendo con una visión global de la problemática el manejo técnico y especializado de la materia que, sin duda, ha redundado en mejores ejecutorias profesionales.

En su vasta experiencia docente, sobresale su participación como instructor de la Dirección General de Rentas en cursos de adiestramiento de funcionarios, inspectores de impuestos y fiscalizadores a nivel nacional; instructor en cursos sobre tributación en entidades de carácter privado; profesor invitado de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor de la Especialización en Tributación de la Universidad de Cuenca; profesor en cursos de posgrado en la Universidad Central del Ecuador; profesor en la Especialización y Maestría en Tributación y Finanzas en la Facultad de Economía de la Universidad de Guayaquil; y profesor de la Especialización Superior en Tributación y Maestría en Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

---

\* Coordinador de la Especialización Superior en Tributación y docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Como destacado estudioso del Derecho Tributario ha publicado trabajos, entre los que figuran: *Procedimientos administrativos y contenciosos en materia tributaria*, Quito, Pudeleco, 2006; 2.<sup>a</sup> edición 2013; “La determinación del impuesto a la renta por el sujeto activo”, en Marco Albán Zambonino, coord., *Tópicos contemporáneos del Derecho tributario: homenaje al Instituto de Derecho Tributario en sus 50 años*, Quito, Jurídica Cevallos, 2013; “El recurso de casación tributaria”, en *Justicia tributaria: pensamientos doctrinales y jurisprudenciales*, Serie Aportes Jurídicos Contemporáneos de la Justicia Ordinaria, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2013; “Devolución del pago en exceso del IVA”, Serie Documentos de Trabajo, v. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005; editor del libro *Nuevos estudios sobre Derecho tributario*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 27, Quito, UASB/CEN, 2006.

Merece también considerar su sólida formación académica como abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; experto en Comercio Exterior e Integración por la Escuela Técnica de Ingenieros Militares; Especialista Superior en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. También ha hecho cursos en Política y Administración Tributaria en la Fundación Getulio Vargas de Río de Janeiro; y en Administración Tributaria organizado por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios CIAT en ciudad de Panamá.

En la función pública se ha desempeñado con prestancia y probidad, entre otros cargos, como jefe nacional de Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios, subdirector general jurídico de la Dirección General de Rentas, subsecretario general jurídico del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, director general de Rentas, y delegado del Ecuador a las Asambleas Generales organizados por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios en Curazao, Cartagena, Oaxaca, Guanajuato y Washington.

Desde el ejercicio profesional como abogado litigante acredita una dilatada y sobresaliente trayectoria, y es reconocido como uno de los expertos más importantes del país en materia tributaria.

Finalmente, y más allá del reconocimiento al profesional y académico, corresponde destacar al ser humano: su compromiso para con la comunidad en términos de justicia y de solidaridad, su disposición permanente hacia la defensa de las causas más nobles; su trato siempre cordial y afable. Por todo ello, nuestra gratitud, respeto y consideración.

## Colaboradores

**Isaac Augusto Damsky:** argentino, abogado por la Universidad Católica Argentina; magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Buenos Aires; profesor adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fundador de la asignatura “La Protección del Patrimonio Cultural”, en la misma unidad académica. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. *isaacaugustodamsky@yahoo.com.ar*

**Daniel Dorado Torres:** colombiano, abogado por la Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá; especialista en Derecho Médico por la Universidad Pontificia Javeriana; especialista superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudiante de la Maestría en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *danieldorado05@gmail.com*

**María del Carmen Jácome Ordóñez:** ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; exsecretaria relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia y luego de la Corte Nacional de Justicia. Exsubsecretaria de Derechos Humanos y Cultos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Docente contratada de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actual jueza del Tribunal Contencioso Administrativo. *macjacome@hotmail.com*

**Santiago Machuca Lozano:** ecuatoriano, abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca; especialista superior en Derecho Administrativo y magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; fundador del Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo y Social (IDEAS). Miembro del Foro Internacional de Jóvenes Administrativistas, Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. *machucalozanosantiago@gmail.com*

**Ena Matos Jaqui:** ecuatoriana, abogada por la Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho Económico, mención en Relaciones Económicas Internacionales, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede

Ecuador; exbecaria de la OMPI; diplomada en pericia en propiedad intelectual por la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente de la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE. *gramatos@yahoo.com*

**Álvaro Mejía Salazar:** ecuatoriano, licenciado y abogado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, y especialista en Tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Miembro de los Institutos Ecuatorianos de Derecho Tributario y Derecho Procesal. Historiador. Miembro del Instituto Panamericano de Geografía e Historia de la OEA, del Instituto Ecuatoriano de Cultura Hispánica, de la Corporación de Historia Social SAG. *armejasalazar@gmail.com*

**Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo:** ecuatoriano; abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad Nacional de Loja; magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; coordinador de la maestría en Tributación y docente de planta en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *juancarlos.mogrovejo@uasb.edu.ec*

**María José Ramírez Cardoso:** ecuatoriana; politóloga y abogada por la Universidad Panamericana de Cuenca; magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como abogada de Litigios de lo Contencioso Administrativo y Tributario en la Procuraduría General del Estado. *joshe56@hotmail.com*

**Guilherme Lima de Moura Sales:** brasileño, abogado por la Universidade Federal de Minas Gerais; posgrado en Derecho de Minería, Facultades Milton Campos-Minas Gerais; posgrado en Derecho Procesal Civil, Universidade Gama Filho; especialista en Derecho de Minería, Brasil. *guilherme.sales@angloamerican.com*

**Vicente Solano Paucay:** ecuatoriano, abogado por la Universidad de Cuenca; magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar; investigador en la Universidad de Cuenca. *vichosolano@hotmail.com*

## Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.  
Área de Derecho.  
Av. Toledo N22-80  
Quito - Ecuador  
Fax (593 2) 322 8426  
Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436  
Dirección electrónica: <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:  
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.  
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.  
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.  
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.  
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:

Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

**RECTOR**

Enrique Ayala Mora

**DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO**

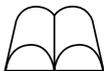
César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

## SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:\*

Ecuador: US \$ 60,00

América: US \$ 152,00

Europa: US \$ 161,00

Resto del mundo: US \$ 172,00

Valor del ejemplar suelto:\* US \$ 15,00

\* Incluye 12 % del IVA.

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

## CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**

**Centro de Información**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



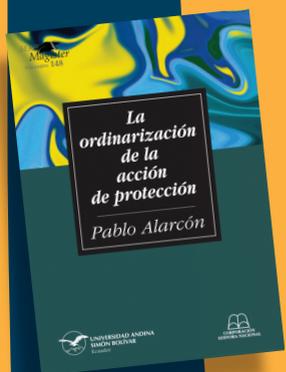
César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo, *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014.

Estudia cada uno de los institutos propios de la materia, así como los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales de mejoras; gravámenes que afectan con diverso alcance y forma a personas naturales y empresas, por lo que se precisa la necesidad de tomar en cuenta una serie de máximas, sobre todo constitucionales, relacionadas tanto con valores como con principios y derechos de los administrados. Es un verdadero manual destinado a dilucidar los problemas intrínsecos de la tributación municipal y metropolitana, desde los aspectos propios de la creación de los tributos hasta los relativos a la gestión de los mismos, sin dejar al margen la revisión de los momentos propios de la intrincada relación jurídico-tributaria.



Dana Abad Arévalo, *La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013.

Analiza la actitud que el demandado debe tomar frente a la demanda y sus pretensiones en el moderno proceso civil, desde las perspectivas doctrinaria y legal ecuatoriana, y comparada. Con base en esto y en el análisis de la ambigua jurisprudencia nacional referente al tema, redescubre y define la verdadera naturaleza jurídica de la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda –por años malentendida en la costumbre judicial–, para luego describir el alcance y el tratamiento que el hecho de consignarla merece por parte de los operadores de justicia del país.



Pablo Alarcón Peña, *La ordinarización de la acción de protección*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013.

La acción de protección como garantía jurisdiccional de derechos constitucionales en la Constitución de 2008, se estableció como la sustituta de la acción de amparo constitucional. Empero, a pesar de establecerse como un proceso de conocimiento ampliamente reparatorio y no residual, ciertos problemas de admisibilidad y procedencia comenzaron a evidenciarse. Esta investigación enfoca críticamente esta problemática bajo las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (2009) y su continuidad en el marco de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORA NACIONAL

