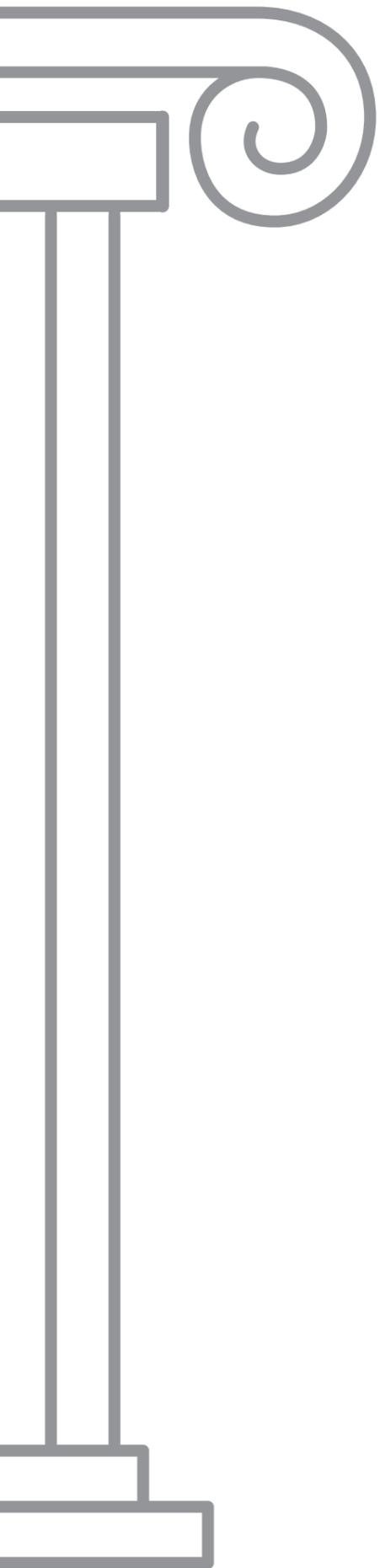




UDA  
LAW REVIEW

— 2020 —



## Presentación

La investigación académica se constituye como un pilar fundamental dentro de la carrera de derecho y de la formación íntegra de un abogado, por esta razón, es menester poder contar con espacios idóneos para desarrollar estas habilidades. El desarrollo de la cultura jurídica va de la mano con la creación científica pues en este ámbito, la escritura se manifiesta como un paso previo, análogo al ejercicio mismo de la profesión. En esa coyuntura, *UDA Law Review* surge como una iniciativa estudiantil que tiene el objetivo primordial de brindar un espacio a alumnos y profesionales del derecho para poder publicar artículos académicos y científicos que abarquen diversos tópicos. *UDA Law Review* no es más que un medio de educación y difusión científica en materia jurídica.

*UDA Law Review* promueve, desde una iniciativa estudiantil, la cultura de investigación en el área jurídica y análogas, desarrollando capacidades de formación y escritura académica, para crear un espacio de difusión científica. En su segunda edición, esta revista ha generado un espacio para ampliación de los conocimientos de profesionales y estudiantes de nuestra comunidad académica. Encausados en los pasos de quienes desarrollaron esta iniciativa, el Comité Académico UDA Law Review 2019 presenta esta revista esperando que el lector tenga la satisfacción de adentrarse, gracias a su contenido, en el conocimiento del derecho y de las distintas áreas jurídicas de desarrollo social.



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**AUTORIDADES**

Francisco Salgado Arteaga, Ph.D.  
Rector

Martha Cobos Cali, Ph.D.  
Vicerrectora Académica

Jacinto Guillén García, Mgt.  
Vicerrector de Investigaciones

Toa Tripaldi Proaño, Mgt.  
Directora de Comunicación y Publicaciones

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

Dr. José Chalco Quezada  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Dr. Sebastián López Hidalgo  
Subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Lcda. Mónica Martínez Sojos  
Coordinadora de la Escuela de Estudios Internacionales

Abg. Ana María Bustos Cordero  
Coordinadora de la Escuela de Derecho

**COMITÉ EDITORIAL INTERNO**

Dra. Silvana Tapia Tapia

Abg. Gabriela Ortega

Dra. Ana Isabel Malo Martínez

Abg. Tatiana Padrón Palacios

Dr. Sebastián López Hidalgo

**COMITÉ ACADÉMICO**

Andrés Augusto Coronel Calderón  
Editor en Jefe

María Caridad Sanchez Palacios  
Editora en Jefe

Diego José Flores Murray  
Auxiliar General del Comité Académico y Editorial

Daniel Andrés Abad Schneewind  
Editor Adjunto

Marcia Gabriela Cedillo Novillo  
Editora Adjunta

Andrés Fernando Aucay Bejarano  
Editor Adjunto

Diego Esteban Rosales Córdova  
Comisión de Relaciones y Publicaciones

Sofía Alejandra Gómez Illescas  
Comisión de Relaciones y Publicaciones

**COMITÉ EDITORIAL EXTERNO**

Angie Priscila Verdugo Cárdenas, Ph.D.  
Verónica Neira Ruiz, Mgt.

**CORRECCIÓN DE ESTILO**

Verónica Lucía Neira Ruiz, Mgt.

**COLABORADORES DEL NÚMERO DE LA REVISTA**

Silvana Tapia Tapia

David Esteban Albornoz Muñoz

María Paula Monsalve Bahamonte

Doménica Ayala López

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

Eduarda Regalado

Emilia Pérez

Mikal Palacios

Santiago Muñoz Bravo

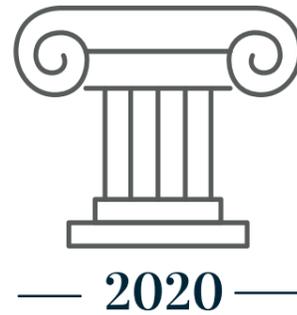
Pablo Andrés León González

**DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE PORTADA**

Anita Viñansaca Cabrera  
Departamento de Comunicación y Publicaciones

**IMPRESIÓN**

Imprenta digital  
Universidad del Azuay



## Contenido

- |         |  |  |
|---------|--|--|
| 9 – 22  |  | <p><b>1</b> Protección jurídica del contrato de know-how en el Ecuador</p> <p>David Esteban Albornoz Muñoz<br/>María Paula Monsalve Bahamonde</p>  |
| 24 – 31 |  | <p><b>2</b> La persona no humana: ¿El quebrantamiento de la concepción tradicionalista de persona en el Derecho o el punto de partida de los derechos de los animales como sujetos de derecho?</p> <p>Doménica Ayala López</p> |
| 33 – 41 |  | <p><b>3</b> Proceso especial de adquisición de inmuebles: acuerdo directo y proceso expropiatorio</p> <p>Paúl Andrés Vázquez Ochoa</p>   |
| 43 – 49 |  | <p><b>4</b> Análisis jurídico del delito de aborto en el Ecuador ¿problema jurídico-político o problema de sanidad?</p> <p>Santiago Muñoz Bravo</p>  |
| 51 – 61 |  | <p><b>5</b> Aborto: Una visión general de por qué no es óptimo para el sistema jurídico ecuatoriano permitir el aborto por violación</p> <p>Pablo Andrés León González</p>   |
| 63 – 71 |  | <p><b>6</b> Algunas intervenciones metodológicas de Michel Foucault, y sus posibilidades de aplicación en la investigación sociojurídica</p> <p>Silvana Tapia Tapia, PhD</p>   |

# Protección jurídica del contrato de know-how en el Ecuador

David Esteban Albornoz Muñoz<sup>1</sup>  
María Paula Monsalve Bahamonde<sup>2</sup>

## Resumen

La legislación ecuatoriana en materia mercantil ha sufrido algunos cambios importantes en los últimos meses a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio. Esto, sin duda alguna, ha sido muy positivo para todos quienes de una u otra manera estamos vinculados al ámbito comercial. Entre las reformas que encontramos en esta nueva ley se encuentran reconocidas nuevas figuras contractuales, que responden a exigencias de un mercado que se encuentra en constante evolución.

El Contrato de *Know-how*, aparece como un nuevo tipo de contrato mercantil y presenta una muy interesante regulación que merece ser objeto de análisis académico. Es por tal razón, que, a través del presente estudio, profundizaremos en primer lugar, en la importancia, concepto y características de esta figura contractual, con el objetivo de entender la autonomía y naturaleza jurídica de este contrato, que anteriormente solía ser objeto de confusión con otras instituciones; para luego, enfocarnos en el estudio de las diversas herramientas de protección del *Know-how* que encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

**Palabras clave:** *Know-how*, contrato, competencia desleal, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia

## Abstract

Ecuadorian legislation on commercial matters has undergone some important changes in the last recent months as of the new Commercial Code. This, with no doubt, has been a very positive fact for all those who in some way are linked to the commercial sphere. Among the reforms we find in this new law that there are recognized new contractual figures, which respond to the demands of a market that is constantly evolving.

The *Know-how* Contract appears as a new type of commercial contract and reports a very interesting regulation that deserves to be a subject of an academic analysis. It's for this reason, that through this study, we will deepen in first instance, in the importance, concept and characteristics of this contractual figure, with the aim of understanding the autonomy and legal nature of this contract, which used to be the subject of confusion with other institutions; then, focus on the study of the several protection tools of the *Know-how* contract that we find in the ecuadorian legal system

**Keywords:** *Know-how*, contract, unfair competition, Commercial Law, Competition Law

1. Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad de Cuenca. david.albor@hotmail.com

2. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. paulamonsalve@es.uazuay.edu.ec



## Introducción

El término *know-how* nace como una abreviación de la expresión norteamericana “*to know-how to do it*” que traducida al español significa saber cómo hacer algo o saber cómo realizarlo. Cuando nos referimos al *know-how* en el ámbito mercantil, hablamos de aquellos conocimientos y saberes especializados de carácter secreto, orientados a la producción de un bien o prestación de un servicio determinado, el cual permite a los operadores económicos, titulares del mismo, tener una ventaja comercial significativa en el mercado. El valor que tiene el *know-how* en la actividad comercial es sumamente importante, ya que de este puede depender el éxito o no de determinado producto o servicio.

En el Ecuador, el Contrato de *Know-how* fue hasta hace muy poco tiempo un contrato atípico en nuestra legislación, pues carecía de una regulación específica. Esta situación ha causado una gran confusión sobre la naturaleza de esta institución, ya que, si revisamos la doctrina nacional sobre la temática, encontraremos que varios autores confunden a la figura del *know-how* con otras figuras como la franquicia<sup>3</sup> y la patente<sup>4</sup>, sin diferenciar la naturaleza autónoma e independiente que posee el Contrato de *Know-how*, como lo analizaremos en su momento.

Por tales motivos, a través del presente estudio trataremos de contribuir a la discusión académica en el Ecuador que permita sobre todo entender la naturaleza e importancia de esta institución, tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito mercantil; profundizando en el estudio de las herramientas que la normativa nacional e internacional establecen a favor de los titulares del *know-how*, que otorgarán una protección jurídica frente a posibles violaciones de la confidencialidad tan característica de este tipo de contratos.

### Contrato de Know-how: importancia, concepto y características

¿Qué importancia tiene el *Know-how* en el mundo empresarial? Para dar respuesta a esta inquietud, utilizaremos el caso de la afamada fórmula de la compañía Coca Cola, que entre sus ingredientes principales se encuentra el “7X”, un ingrediente que nunca ha podido ser descifrado por los analistas y menos aún por sus competidores. Esta fórmula se encuentra depositada en una bóveda de seguridad de un banco de Atlanta, Estados Unidos, y según la leyenda, solo tienen acceso a ella dos altos directivos de la compañía, a quienes no se les permite viajar juntos por si ocurriera un accidente. La fórmula de la Coca Cola, es considerada mundialmente como el secreto mejor guardado del mundo. Como se puede apreciar, en el mundo empresarial subestimar la importancia que tiene el *know-how* sería un grave error. Ya que en el caso que hemos utilizado como ejemplo, podemos notar que, si el ingrediente secreto de la fórmula de la Coca Cola fuese de público conocimiento, se perdería la enorme ventaja comercial que la compañía tiene frente a sus competidores. De esta manera, comprendemos que este conjunto de conocimientos y saberes empíricos del cómo hacer algo, representan en el mundo globalizado que vivimos, una gran ventaja para su titular, puesto que le sitúa en condiciones favorables frente a sus competidores que carecen de dichos conocimientos.

En nuestro análisis, nos enfocaremos en el estudio de la figura contractual del *know-how*, aquella que tiene como finalidad la protección de la confidencialidad de la información cuando ha existido una transferencia de los conocimientos o saberes de carácter secreto por parte de su titular a un tercero. Los avances doctrinarios en varias ocasiones han intentado conceptualizar el Contrato de *Know-how*, sin embargo, esto ha resultado de

gran complejidad debido a la falta de concierto sobre los conocimientos que comprende tal figura. Así, por ejemplo, el Doctor Hesbert Benavente Chorres (2008), lo define como: “el negocio jurídico cuyo objeto es la cesión o transmisión del derecho sobre un conocimiento técnico reservado, realizada por su titular a favor de la otra parte, a cambio de una contraprestación” (p. 10).

No obstante, consideramos que tal definición puede restringir el campo de acción del *know-how*, pues no se limita al conocimiento técnico. Algunos autores incluso aseguran que cualquier método, procedimiento, sistema, organización, y en general todo tipo de conocimiento que colabore al desenvolvimiento de una empresa puede ser objeto de esta figura contractual.

El autor José Massaguer (1989), siguiendo esta línea, nos da un concepto más íntegro sobre el tema. Y uno de los más aceptados en la actualidad dentro de varias legislaciones, entre ellas la ecuatoriana, como lo analizaremos más adelante.

El Contrato de *Know-how* es aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un *Know-how*, autoriza a su contraparte (el licenciario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciario o receptor se obliga, por su lado a satisfacer un precio cierto en dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del *know-how* licenciado (p. 32).

Cabe aclarar que no todo conocimiento es en sí susceptible de contrato o de ser considerado *know-how*, con respecto a esto el mismo autor sostiene:

*Know-how* es la información que, sin reunir los requisitos necesarios para acceder al sistema de patentes, sirve para la fabricación de un determinado producto (fórmulas; recetas; utensilios; herramientas) o, en general, para solucionar determinados problemas técnico-empresariales (instalación y organización de un establecimiento industrial o comercial; selección de materias primas y de proveedores; formación de personal especializado; métodos de control de calidad). Igualmente es *Know-how* la información complementaria obtenida en la explotación de una tecnología protegida por patente, que por sí misma no puede gozar de esta tutela pero que permite obtener el máximo aprovechamiento del proceso o producto patentado. (...) Finalmente, también es *know-how* la información que encierra invenciones patentables, pero que permanece fuera del sistema de patentes, sea porque su titular carece de medios financieros para obtener y mantener patentes paralelas en diversos Estados o porque lo juzga más conveniente para su política empresarial, dada la brevedad del ciclo vital de la tecnología en cuestión o, por el contrario de su longevidad (Massaguer, 1989, pp. 39-40).

Como podemos ver, si bien no existe completa uniformidad en la definición del Contrato de *Know-how*, es posible identificar ciertos elementos o características comunes que ayudan a esclarecer la noción de esta institución.

3. El Contrato de Franquicia está regulado en el Código de Comercio, 2019, Registro Oficial No. 497.

4. La Patente está regulada en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, 2016, Registro Oficial No. 899.

### Características del Know-how

Un conocimiento para ser considerado *know-how* deberá cumplir con ciertos requisitos o características; así mismo, existen parámetros que deberá cumplir la transferencia de tales conocimientos para ser considerada materia contractual. Ambos deberán concurrir para dar lugar al contrato materia de análisis. Entre las características que debe reunir el conocimiento susceptible de contrato encontramos las siguientes:

a) El conocimiento debe ser susceptible de aplicación en el ámbito empresarial, además de considerarse trascendente y útil.

Asensio (2000) afirma sobre esta característica: "En la actualidad, goza de aceptación generalizada la idea de que el término *Know-how* incluye conocimientos de carácter no solo industrial, sino también comercial y relativos a la organización de la actividad empresarial" (p. 45).

Con lo anterior nos referimos a que la información objeto de transmisión debe aportar una ventaja competitiva verdadera, capaz de beneficiar orgánica y económicamente a la empresa licenciataria. Cabe aclarar que, no nos referimos pues a que este último pueda lucrar con la venta de lo adquirido, sino más bien, que este lo destinará a su propio uso con el fin de aprovecharlo para el desarrollo de su actividad. Precisamente es la razón de esta utilidad por la que el *know-how* se vuelve atractivo y es materia de valoración económica.

b) Se basa en la experiencia

Esta característica tendrá estrecha relación con la anterior, pues para verificar la trascendencia y utilidad de un conocimiento se necesita de la experiencia que compruebe los beneficios que esta puede ofrecer.

c) El conocimiento no debe ser patentado

La patente es aquel derecho exclusivo que se le da a un sujeto sobre una invención propia siempre y cuando cumpla con determinados requisitos dados por la legislación de propiedad intelectual. Una de las principales características de la patente, es que la información objeto de la misma será de dominio público. Como hemos analizado, el objeto del contrato de *know-how*, por el contrario, busca transferir esta información a un tercero precautelando siempre el carácter secreto o reservado de la misma.

Solo la información no patentada, ya sea por falta de requisitos necesarios para acceder a esta figura o por decisión voluntaria del titular aun cuando se cumpla con estos requisitos, podrá ser objeto de contrato de *know-how*. Este último caso es bastante común, pues ciertos operadores consideran menos beneficiosa esta protección temporal que ofrece una patente, frente a la posibilidad de mantener secreta la herramienta *know-how* que le otorga una gran ventaja competitiva en el mercado.

d) La información debe ser secreta

Haciendo referencia al punto anterior, lo que busca precisamente el titular del *know-how* es evitar la publicidad de la información con el fin de aprovechar de manera exclusiva la misma, puesto que la ventaja comercial radica directamente en el carácter secreto del conocimiento. De esta manera, entendemos que únicamente se tutela aquel conocimiento al que la colectividad no tiene acceso.

En la sentencia Mayo, S.A. c. Thompson Brandt, S.A., el Tribunal Supremo ha exigido la concurrencia de dos requisitos: la información técnica, por un lado, ha de ser secreta y, por otro, ha de poseer valor patrimonial. Secreto tiene, en este contexto, un doble significado. Esta nota concurre cuando los terceros ignoran la información técnica, pero también cuando los terceros simplemente no tienen acceso a la misma. Ignorancia significa desconocimiento, bien referido a la totalidad de la información bien solo a una parte esencial de la misma o al resultado de la interacción de sus partes. Consecuentemente no es necesario que los conocimientos técnicos secretos también sean nuevos. Como requisito de protección, la novedad queda superada por el secreto, el contenido de la información técnica puede ser ya conocido, lo definitivo es siempre su aplicación, que puede tener lugar en procedimientos distintos o en condiciones hasta el momento desconocidas (Massaguer, 1989, p. 41).

c) Posee valor patrimonial

El mismo autor con respecto a la sentencia menciona: "Valor patrimonial es el valor económico que encierra la ventaja competitiva de que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que la ignoran" (Massaguer, 1989, p. 41).

Para que un conocimiento pueda tener valor económico debe considerarse relevante para el desarrollo empresarial o industrial, y debe otorgar ventaja competitiva al poseedor de tal conocimiento. Caso contrario no existirá interés en el mercado por tal concepto.

Características de la transmisión de conocimientos:

a) La cesión puede ser definitiva o transitoria

En reglas generales la cesión o transmisión del *know-how* no está limitada a un ámbito temporal ni territorial; es decir, que el derecho que se ha concedido podrá ser utilizado a cualquier tiempo en cualquier lugar.

No obstante, esto no quiere decir que las partes contratantes no puedan acordar ciertos límites en cuanto al tiempo y al espacio. Así, por ejemplo, la cesión puede darse por un plazo determinado, culminado este, el licenciatario perderá el derecho de uso sobre la información.

b) No se exige exclusividad

El titular del *know-how*, no está limitado a realizar la cesión con un solo operador exclusivamente; este podría realizar varios actos contractuales con diferentes sujetos como crea conveniente, salvo que se estipule cláusula de exclusividad o de territorialidad, en cuyo caso se restringe o limita el derecho a transferir ya sea a cualquier otro operador dentro del mismo territorio.

c) Debe existir retribución a cambio de la información

La retribución económica por la transmisión de cierta información es la razón de ser del Contrato de *Know-how*, será obligación del licenciatario compensar ya sea en dinero o especie al licenciante por la herramienta que se le proporcionará. Esta recompensa usualmente es cancelada a manera de regalías durante el tiempo que se use el conocimiento adquirido, y la misma dependerá del volumen de producción o ventas. Sin embargo, esto no es una regla general, pues en base al principio de autonomía de la voluntad las partes podrán convenir en las condiciones de pago a su arbitrio.

## Protección jurídica del *know-how*

Una vez que hemos entendido el concepto, características y la importancia del *know-how* en el mundo empresarial, es necesario que dirijamos nuestro análisis a la protección jurídica del mismo, es decir, ahondemos en el estudio de aquellas herramientas que encontramos en los diversos cuerpos normativos que permitirán al titular del *know-how*, proteger esos saberes o conocimientos especializados frente a la posible sustracción por parte de terceros, sustracción que puede darse por medios lícitos e ilícitos como lo veremos adelante.

### Tipos de protección

Existen diversas medidas que nuestro ordenamiento jurídico prevé a favor de la protección del *know-how*, principalmente podemos hablar de dos clases: medidas preventivas y medidas correctivas; las primeras son aquellas que como su nombre lo indica buscan una protección preventiva a través de instrumentos contractuales como por ejemplo: contratos y licencias de *know-how* o acuerdos de confidencialidad; y las segundas, que se refieren a situaciones en las cuales ya se ha producido un daño y es necesario resarcir los efectos producidos tras la vulneración a esta institución.

### Protección preventiva

Cuando el titular del *know-how* mantiene sus secretos custodiados es muy difícil que exista un riesgo sobre los mismos; sin embargo, si es que el titular del *know-how* permite acceder a esta información o conocimientos secretos a terceras personas, sin duda alguna el titular deberá buscar la manera de protegerse jurídicamente para asegurar la confidencialidad del *know-how* y evitar que se haga pública.

Una de las principales formas de proteger el *know-how* es a través de medidas de carácter preventivo, las cuales buscan asegurar el respeto por la confidencialidad de la información o conocimiento especializado que se pone en conocimiento de terceras personas a través de diferentes medios y circunstancias.

Por ejemplo, en una relación laboral, ciertos trabajadores en el desempeño de sus labores tendrán acceso al *know-how* de una empresa, en estos casos, el empleador, titular del *know-how*, deberá tomar las debidas diligencias de establecer en los contratos laborales cláusulas que aseguren la confidencialidad de la información a la que tendrá acceso el trabajador, dichas cláusulas o contratos deberán proteger de tal manera el *know-how*, que incluso una vez terminada la relación laboral el trabajador no pueda hacer uso de la información o divulgarla.

De igual manera, el titular del *know-how* está facultado a celebrar negocios mercantiles con terceras personas que le permitan obtener un lucro a cambio del permiso de usar el conocimiento bajo determinados parámetros. Bajo esta perspectiva, el titular deberá igualmente asegurar jurídicamente el carácter secreto de su *know-how*, y la manera más óptima será precisamente a través de medidas preventivas como la celebración de contratos de *know-how* o contratos de confidencialidad entre las partes.

## Protección vía competencia desleal

En la actividad comercial uno de los mayores activos intangibles que tienen las empresas es el *know-how*, aquel elemento diferenciador que permite a una persona natural o jurídica que ofrece los mismos productos o servicios que otras, destacarse en el mercado gracias a un conocimiento secreto que quizás solo posee su titular.

Por tal motivo, el *know-how* exitoso de una empresa puede ser objeto de codicia por parte de otras empresas o personas naturales, es decir, está expuesto a diferentes prácticas que se enmarcan dentro de lo que conocemos como competencia desleal, en donde terceras personas intentan aprovecharse mediante prácticas comerciales deshonestas, del derecho que le corresponde única y exclusivamente al titular del conocimiento.

En este sentido, los autores Abdulquawi y Zhang (1993) definen a la competencia desleal de la siguiente manera:

Competencia desleal es un término usado generalmente para indicar una práctica comercial deshonesta. Las leyes sobre competencia desleal buscan prevenir todo acto contrario al comportamiento comercial honesto. En el caso del *know-how*, todo acto por el cual este sea revelado, usado o adquirido por otros sin el consentimiento del poseedor puede ser considerado como una violación al *know-how*, solamente si se produce una competencia desleal según es definida por cada ley determinada. (Abdulqawi y Zhang, 1993, p. 428).

La protección del *know-how* frente a la competencia desleal se encuentra consagrada en varios instrumentos internacionales, de los cuales Ecuador forma parte, y de igual forma, en el ordenamiento jurídico nacional encontramos importantes regulaciones sobre este particular, de manera especial en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, misma que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

## Protección jurídica del *know-how* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

### Código de Comercio

La legislación ecuatoriana ha establecido novedosas e interesantes reformas en materia mercantil, regulando instituciones que, si bien tenían una aplicación comercial frecuente, carecían de una regulación específica, lo cual afectaba directamente al comercio ecuatoriano debido a la eminente falta de seguridad jurídica.

Una de las instituciones que llama más la atención en el nuevo Código de Comercio que entró en vigencia a partir de mayo del 2019, es precisamente el Contrato de *Know-how* o de Permiso de Usar Conocimiento, no solamente por ser una figura contractual nueva en nuestra legislación, sino también por su escaso desarrollo doctrinario en nuestro país.

El contrato de Permiso de Usar Conocimiento o *Know-how*, como lo reconoce el Código de Comercio, está regulado en el Capítulo IV, Título VII, libro V, a partir del artículo número 577 del citado cuerpo normativo. En la definición que nos da la ley podemos encontrar varios de los elementos analizados con anterioridad, lo cual demuestra que el legislador ecuatoriano ha hecho un gran esfuerzo por recoger importantes criterios doctrinarios sobre esta institución.

En cuanto a su concepto, encontramos que así lo define el Código de Comercio:

Art. 577.- El contrato de permiso de usar el conocimiento o de licencia del *know-how* es un acuerdo mercantil, por el cual una persona, denominada licenciante, titular del *know-how*, autoriza y transmite a otra denominada licenciatario o beneficiario el uso, disfrute y la explotación de conocimientos no patentados, de índole industrial, confidencial, no divulgados e individualizados, para los cuales el licenciante le ha atribuido un valor patrimonial importante para el desarrollo y explotación de su negocio. En consecuencia, el adquirente se obliga por su lado a satisfacer el pago de un royalty o regalía calculado en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del *know-how* licenciado, o una remuneración mediante el sistema que acuerden las partes (Código de Comercio, 2019, Registro Oficial No. 497).

Quizás lo más destacable de esta definición es la claridad de conceptos que emplea, en primer lugar, al señalar la naturaleza mercantil de este contrato, que anteriormente en nuestro país recordemos era una figura contractual atípica que se regía bajo el principio de la autonomía de la voluntad y las reglas generales aplicables a los contratos que están reguladas en el Código Civil.

La definición que utiliza el legislador presenta gran similitud, y recoge gran parte de los criterios doctrinarios analizados con anterioridad, motivo por el cual no nos detendremos en este momento al análisis pormenorizado de sus elementos esenciales puesto que los mismos ya fueron objeto de estudio.

El artículo número 579 del Código de Comercio establece una obligación para el licenciatario, quien deberá proteger la información que forma parte del *know-how* que guarda, con carácter confidencial, lo que implica que deberá impedir que dicha información sea divulgada a terceros no autorizados para su uso, disfrute o explotación. Además, hace referencia a las prácticas desleales, al decir que se entenderán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros. En el artículo 581 del citado cuerpo normativo, nuevamente el legislador ha hecho énfasis en la prohibición que tiene el licenciatario de divulgar la información, salvo exista autorización por parte del licenciante. Bajo la misma lógica, el artículo 582, se refiere nuevamente a la protección de la confidencialidad del *know-how*, al señalar que serán responsables quienes hayan actuado de manera contraria a los usos comerciales honestos y que, por sus actos o prácticas, hayan utilizado, adquirido o divulgado información confidencial sin la autorización del titular.

El Código de Comercio al regular la figura contractual del *know-how*, hace en varias ocasiones énfasis en la necesidad de proteger la confidencialidad de la información. Y como hemos podido observar, en los artículos antes mencionados, el legislador se enfoca en la necesaria protección del *know-how* frente a las prácticas comerciales deshonestas, es decir, le otorga gran relevancia a la protección jurídica del mismo frente a la competencia desleal.

## Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

En el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, bajo sus siglas LORCPM, entró en vigencia a partir de octubre del año 2011, con la finalidad de combatir las prácticas anti competitivas de los operadores económicos.

En la Sección V, Capítulo II, se encuentran reguladas las prácticas desleales, mismas que son definidas por la LORCPM en su artículo 25, en el cual manifiesta que se considera desleal todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

Según el *Diccionario del Español Jurídico*<sup>5</sup> se entiende como aquel comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Es decir, será todo acto comercial que atente contra la buena fe y que cause un perjuicio a terceros.

El artículo 27 de la LORCPM, señala las prácticas consideradas como desleales en nuestro país, entre las principales se encuentran los actos de engaño, actos de confusión, actos de imitación, violación de normas, inducción a la violación contractual. Sin embargo, para efectos de nuestro estudio, nos interesa hacer alusión al numeral 7 del mismo artículo, que se refiere a la violación de secretos empresariales, el cual reza lo siguiente:

Art. 27. Numeral 7. Violación de secretos empresariales. - Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

- a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;
- b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

Se considera desleal en particular:

- a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo.
- b) La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular, de:
  1. El espionaje industrial o comercial
  2. El incumplimiento de una obligación contractual o legal
  3. El abuso de confianza
  4. La inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y,
  5. La adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4) (LORCPM, 2011, Registro Oficial No. 555).

5. Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española de la Lengua, 2019.

Si bien la norma citada se refiere expresamente al término secretos empresariales, debemos entender que la figura del *know-how* reúne cada uno de las características y elementos que la ley y la doctrina le otorgan al secreto empresarial. Siendo estos los siguientes: a) carácter secreto de la información; y, b) la información posea un valor patrimonial. Por tal motivo, la normativa en mención, puede aplicarse en forma extensiva por analogía al *know-how*.

Como podemos observar la violación al *know-how* como práctica desleal se puede producir a través de medios legítimos e ilegítimos, cuando un tercero divulga, explota o adquiere información, sin autorización expresa por parte del titular. Según el artículo 26 de la LORCPM, una práctica desleal se configura cuando los hechos o actos impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

La LORCPM establece procedimientos y sanciones de carácter administrativo a quienes incurran en prácticas desleales, las cuales se encuentran catalogadas como faltas graves en el artículo 78, numeral 2, literal c) de la misma ley; cabe destacar que el órgano llamado a sustanciar estos procedimientos e imponer las respectivas sanciones es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado<sup>6</sup>. Sin embargo, estas sanciones administrativas, no impiden a los afectados ejercer las respectivas acciones de resarcimiento de daños y perjuicios en la vía civil, o buscar así mismo la imposición de sanciones de índole penal.

### Instrumentos Internacionales

En el entorno internacional encontramos importantes tratados internacionales de los cuales Ecuador es parte, en los que se regula aspectos relativos a la protección del *know-how*, entre ellos encontramos los siguientes:

Convenio de París: Instrumento internacional que regula la protección de la propiedad intelectual y que precisamente en uno de sus apartados prohíbe las prácticas comerciales deshonestas entre los Estados miembros y particularmente los actos de competencia desleal que sean contrarios a los usos honestos del mercado.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC: Instrumento que constituye el punto de partida para la represión de la competencia desleal en nuestro país, es un anexo al acuerdo por el cual se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC), y que es de carácter vinculante para los Estados miembros del tratado; en dicho instrumento se establecen las directrices para la protección de la información no divulgada, en la que se encuentran plasmadas dos obligaciones para los Estados miembros: 1) Proteger la información no divulgada como práctica dentro de la competencia desleal; y, 2) La obligación de los Estados Miembros de incluir en sus ordenamientos jurídicos herramientas que permitan una protección eficaz contra la competencia desleal.

### Conclusión

A través de esta investigación podemos percatarnos de que la legislación ecuatoriana a partir de las recientes reformas en materia mercantil, ha establecido un marco de protección mucho más amplio de varias figuras contractuales, entre ellas, el *know-how*. Enhorabuena la ley ha llenado ciertos vacíos y ha brindado mayor certidumbre sobre la naturaleza jurídica, elementos y características de este contrato. De igual forma, al reconocer a esta figura, ha establecido un interesante sistema de protección, el cual, como pudimos analizar, va más allá de las normas del Código de Comercio, puesto que las herramientas jurídicas de protección son aún mayores, las cuales amparan al titular del *know-how* frente a posibles prácticas de competencia desleal, protección que la encontramos en normativa nacional, como la LORCPM, y en Instrumentos Internacionales, como el Convenio de París y los ADPIC, de los cuales Ecuador forma parte.

Finalmente, es importante sobre este punto destacar que la tutela del *know-how* radica sobre su característica o elemento más importante, es decir, sobre su carácter confidencial o secreto. Es a partir de la defensa de su carácter reservado que aparecen distintas formas de protección de esta institución; unas, como habíamos analizado, de carácter preventivo (contratos y licencias); y otras, de carácter resarcitorio (protección vía competencia desleal). Consideramos los autores del presente artículo que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una amplia tutela a esta figura contractual; sin embargo, el desconocimiento y la confusión que ha existido hasta la presente fecha no ha permitido un desarrollo doctrinario y un empleo adecuado en el campo de las ciencias jurídicas de esta interesante y muy útil herramienta contractual.

6. Es una entidad de control creada luego de la publicación en el Registro Oficial en octubre de 2011 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Se encuentra adherida a la Función de Transparencia y Control Social como organismo técnico de investigación, control, prevención, regulación, sanción y resolución en materia de libre competencia.

## Referencias

Massaguer, J. (1989). *El Contrato de Licencia de Know-how*. España: Editorial Librería Bosch.

De Miguel Asensio, P. (2000). *Contratos Internacionales Sobre Propiedad Industrial*. España: Editorial Civitas.

Benavente Chorres, H. (2008) "El Contrato de *Know-how* o de Provisión de Conocimientos Técnicos: Aspectos a ser Considerados para su Regulación Normativa". *Ius et Praxis*, 14 Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0718-00122008000200012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-00122008000200012).

Abdulqawi A. Yusuf y Zhang Feng (1993). "Propiedad Intelectual" *Revista del Derecho Industrial*, Vol No. 44/45. Páginas Ediciones Depalma Argentina.

Segura Mena, R. (2012) "El Contrato de *Know-how* y Licencia del *Know-how*" *Revista El Foro*. 12. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4157318>

Código de Comercio, Corporación de Estudios y Publicaciones. Vigencia 29 de mayo de 2019. Registro Oficial No. 597.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Vigencia 13 de octubre de 2011. Registro Oficial No. 555.

Acuerdo Sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). Vigencia en Ecuador desde 28 de junio de 1996. Registro Oficial No. 997

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Vigencia en Ecuador desde 29 de julio de 1999. Registro Oficial No. 244.



# La persona no humana: ¿El quebrantamiento de la concepción tradicionalista de persona en el Derecho o el punto de partida de los derechos de los animales como sujetos de derecho?

Doménica Ayala López <sup>7</sup>

## Resumen

La presente investigación tiene como finalidad ahondar en el poco conocido término persona no humana y determinar si el contenido del mismo significa el punto de partida para los derechos de los animales como sujetos o por el contrario una deconstrucción del tradicional concepto de persona, sobre el cual se han elevado los altos muros del Derecho que centran su atención en el ser humano como unidad de imputación de sus normas jurídicas. Para ello se requiere acudir a los orígenes del concepto de persona y trasladarlo a la actualidad, observando si su figura se transforma bajo la lupa de una visión distinta a la antropocéntrica, que pueda aplicar los derechos, facultades y obligaciones, que convierten a una persona jurídica, a los animales no humanos.

**Palabras clave:** concepto de persona, persona no humana, sujetos de derechos, derechos de los animales, animales no humanos.

## Abstract

The purpose of this research is to delve into the little-known term non-human person and determine whether its content means the starting point for the rights of animals as subjects or, on the contrary, a deconstruction of the traditional concept of person, on which the high walls of the law have been erected which focus their attention on the human being as the unit of imputation of their legal norms. In order to do so, it is necessary to go back to the origins of the concept of person and transfer it to the present day, observing whether its figure is transformed under the magnifying glass of a different vision than the anthropocentric one, which can apply the rights, faculties and obligations that turn a legal person into a non-human animal.

**Keywords:** concept of person, non-human person, subjects of rights, animal rights, non-human animals.

## Introducción

Para abordar este tema, sin ánimo de asegurar una respuesta rígida que deba ser aceptada en su totalidad por los lectores es menester remitirse al origen del supuesto: la persona. Para ello, se acude a la antigua Grecia y de forma específica a la antigua Roma, punto de partida de la familia jurídica romano-germánica, en donde la costumbre de los actores de teatro de usar una máscara para ampliar el alcance de su voz, marcaría un precedente.

Tal es así que, yendo más allá de la etimología de la palabra, proveniente del latín “personae” o “personare” y en un inicio “máscara”, persona era quien,

en representación de un papel, actuaba en determinada forma identificándolo a través de una máscara, alcanzando incluso en la posterioridad, la interpretación de un rol no solamente en el teatro, sino en la sociedad misma (Quisbert, 2010, p. 2).

Pero incluso cuando la persona fue considerada una calidad en el contexto social, esta no le pertenecía a todos. En Roma, capital del imperio romano, se observaba diversidad de estratos sociales, de forma específica para este trabajo, interesan quiénes no eran considerados personas. Y es a partir de este punto, que es posible relacionar cómo el término persona fue adquiriendo una significación jurídica, estrechamente vinculada al estatus, compuesto por los derechos, facultades y obligaciones de las que podía disponer el individuo.

Posteriormente, se presentaron diferentes criterios doctrinales que terminaron por establecer una postura y características que en su mayoría comparten las familias jurídicas occidentales para conceptualizar el término persona, como un reflejo de la complejidad de las sociedades a las que el Derecho iba regulando. Así, una vez se ha recordado los antecedentes de la persona como sujeto de derechos, se da un salto a la actualidad, en un siglo donde la visión antropocéntrica disminuye la fuerza bajo la cual rige toda la actividad humana, en especial, la normativa, debido a que el Derecho siendo un sistema creado por los hombres y para los hombres, siempre ha se centrado en crear normas, establecer ordenamientos jurídicos que sean beneficiosas para el sujeto de derechos: el ser humano.

Comenzando desde el siglo XX en donde toman fuerza los criterios filosóficos y jurídicos que plantean “una coexistencia de derechos de diversas especies, inherentes a ellas por el solo hecho de ser en el mundo” (Prada Cadavid, 2012, pp. 29-43). Criterios que también fueron la base para el reclamo de los derechos de los animales, derivando en las primeras declaraciones como lo fue la *Declaración Universal de los Derechos de los Animales*, que fue proclamada en París el 25 de octubre de 1978 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal. (Alterini, 2009). Y los ordenamientos jurídicos de nuestros días, a través de Constituciones como la Constitución de la República del Ecuador, que dentro de su texto contempla a la Naturaleza como sujeto de Derecho.

Y de ahí el punto de encuentro en la presente investigación, pues los crecientes casos en los que los operadores de justicia, dentro de un sistema de Derecho que tienden a expandirse y evolucionar, declaran derechos a favor de los animales, en casos concretos de libertad, protección y dignidad a los mismos, apoyando la posibilidad del innovador término persona no humana, para justificar sus decisiones judiciales.

7. \*\*Ex estudiante de la Universidad del Azuay, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho. domenicaayala@hotmail.com.

Este nuevo término, cuyo contenido no termina de definirse, ha generado un conflicto en cuanto a lo que puede abarcar, considerando que puede expandir a los seres que tienen la calidad de sujeto de derecho, contradiciendo quizá, los pilares tradicionales bajo los cuáles se construyó el término persona, que nunca ha dejado de relacionarse con el ser humano. A pesar de que en el Derecho sí ha sido posible considerar que la persona, como es el caso de la Persona Jurídica haciendo relación a la persona colectiva, que no tiene existencia física, pueda ser un sujeto de derecho, con diferencias propias al tratarse de un ente y no un ser humano, de carne y hueso, como lo es la persona natural.

Por lo que cabe preguntarse si el término la persona no humana viene a suponer el quebrantamiento de la concepción tradicionalista de *persona* en el Derecho o viene a ser el punto de partida de los derechos de los animales como sujeto de derecho.

## Desarrollo

Como ya se mencionó en un inicio, en Roma se presentaron los primeros esbozos de la figura de persona como sujeto de derechos, de tal forma, el único que tenía la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones era el paterfamilias, quedando fuera quienes no ostentaban tal calidad. En esa misma línea de pensamiento, los juristas del período clásico romano establecieron requisitos para que un individuo sea considerado persona y a partir de aquello un limitado margen de derechos y, por el contrario, amplias obligaciones.

En primer lugar, el ser que nazca tenía que nacer de mujer libre-posteriormente se amplió a que la mujer haya sido libre al momento de la concepción-, en segundo lugar, el nuevo ser debía quedarse completamente separado del claustro materno y en tercer lugar, debía producirse un nacimiento con vida (Fernández, 2013).

Estos requisitos obedecían a la época en la que fueron ideados, sin embargo, las actuales líneas del pensamiento no se han separado mucho de su fundamento. En cuanto al primer requisito, en varias legislaciones del mundo, así como en múltiples declaraciones, quizá, la más importante, la Declaración Universal de Derechos Humanos, se prohíbe la esclavitud (Organización de Naciones Unidas, 2019, p.2) Por lo que pierde validez el requisito de nacer libre para ser considerado persona, puesto que, en teoría, todos nacemos libres.

Mientras que, en relación al segundo y tercer requisito, en las áreas de Derecho Civil como Derecho Penal, para las consideraciones de su especialidad, se presentan distintas teorías que señalan el principio de la existencia legal, es decir, desde cuándo el ser humano debe ser considerado persona, criterios que basta señalar, diferencian el concepto del hombre con el de persona en el ámbito jurídico.

Ahora bien, distintos filósofos y juristas, de diferentes épocas y corrientes del pensamiento, han tratado de comprender la naturaleza de la persona jurídica, dotando de contenido a esta figura, estableciendo que persona jurídica sí hace referencia a un hombre, pero siempre y cuando este tenga una conducta jurídicamente regulada. De tal forma Kelsen, recogido por el catedrático Tamayo & Solmorán (2005) en su obra *El Sujeto del Derecho*, señala:

El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona. Las obligaciones, derechos y facultades. (...) Al expresar que un individuo es "sujeto" de una obligación jurídica, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación establecida por el orden jurídico. Y al expresar que un individuo es "sujeto" de una facultad jurídica, no se dice, sino que determinados actos de ese individuo participan en la producción de normas jurídicas (Tamayo & Solmorán, 2005, pp. 167-189).

Es así que, la persona jurídica, viene a ser el sujeto cuya actuación es contemplada en las normas creadas por el ordenamiento jurídico<sup>8</sup>. Es decir, el Derecho, como sistema, es quien otorga la calidad de persona jurídica paralelamente a los derechos, facultades y obligaciones a las que están sujeto y sobre los cuales se dibuja el radio de acción. Por lo que ser una persona jurídica necesariamente implica ser un sujeto de derechos, titular de los mismos, siendo esta una noción circular, lo que nos lleva a la personalidad jurídica, que comprende una serie de atributos.

Dichos atributos no son propios de la naturaleza del hombre, pues ha quedado claro que la persona jurídica es una creación del derecho positivo, el que establece calificaciones jurídicas a través de sus normas. Una de aquellas calificaciones es la capacidad. La capacidad es el contenido esencial de la personalidad jurídica, en cuanto es el atributo que permite adquirir derechos o facultades y contraer obligaciones (Tamayo & Solmorán, 2005).

Si bien en la actualidad confluye la calidad de persona jurídica con la de ser humano, existe distinción en lo que respecta a personalidad jurídica, específicamente en relación a la capacidad, como lo es el caso de los menores de edad, quienes tienen la capacidad de adquirir derechos, más no la capacidad para ejercerlos por sí mismos, por ello la necesidad de actuar a través de una representación legal, con ciertas excepciones, en determinadas áreas del derecho para casos en concreto. En consecuencia, se los denomina incapaces relativos, pues siguen siendo personas jurídicas, sujetos de derechos, pero limitados o supeditadas sus actuaciones para la validez legal (Morales, 1992).

De igual forma, a los denominados entes colectivos, que son agrupaciones de personas o bienes con una finalidad propia, las llamadas personas jurídicas, que no tienen una existencia física pero sí legal, gracias a la ficción que el derecho positivo crea. Sin duda, otra de las creaciones del sistema jurídico en función de las necesidades de la sociedad, en tanto, las personas jurídicas o entes colectivos, son diferentes de las personas naturales que las componen, originando entes autónomos. Dichas organizaciones, al igual que los menores de edad, requieren de una representación legal para actuar, para ejercer la capacidad que la ley les otorga cuando dispone sobre su personalidad jurídica (Valencia, 1981).

En definitiva, la persona jurídica se consolida en el hombre en su representación física, quien actúa a través de los atributos otorgados por el Derecho Positivo, produciéndose una unidad de imputación de las normas del ordenamiento jurídico. Lo que viene a ser relevante para el presente trabajo en el sentido de establecer las bases sobre las cuales se regula la actuación del ser humano en contraste al régimen jurídico que tienen los seres vivos que no son humanos.

8. El individuo que el Derecho considera sujeto de su interés es únicamente el que realiza los actos o entabla las relaciones que el mismo sistema ha regulado mediante sus normas jurídicas, el centro de su imputación, en virtud de que el Derecho es un sistema creado por los hombres y para los hombres.

Ese ha sido el caso de los seres vivos provenientes del reino animal y vegetal, que a través de la historia ha sido equiparable su régimen jurídico al de las cosas, aunque son diametralmente distintos. Respecto a los animales, que es el punto de enfoque en este estudio, el trato dado por la ciencia marca diferencias al del ser humano, a pesar de que este último también entra en la categoría; pero en el Derecho, la confusión sobre el trato que debe darse a unos y a otros no ha desaparecido, se mantiene como una delgada línea, la cual traspasan ciertas situaciones. Se toma como ejemplo el caso denominado “Pleito a las langostas de Segovia” que data del año 1650 en la abadía de Santa María de Párraces, situada en la actual provincia de Segovia, España, en donde el querellante era la Iglesia y su interés se hallaba en que la plaga impedía a los fieles cosechar, por lo tanto las limosnas disminuían en cantidad; procediendo a acusar a las langostas, a quienes incluso se les asignó un abogado defensor. Pronunciando el tribunal una sentencia condenatoria en contra de las langostas, desterrándolas, adicional al apercibimiento de excomunión (Sanz, 2010).

Un caso que no es aislado, en el que interviene un tribunal y dicta una sentencia en contra de animales, partiendo de elementos del Derecho Positivo, como lo es la culpa o incluso con atisbos de intención, por no precisar en figuras actuales del Derecho. Estableciendo que los animales, realizaron un proceso de motivación para materializar en la realidad la determinada actuación de causar daño y, por lo tanto, eran susceptibles de consecuencias jurídicas equiparables a las del ser humano; en contraposición al régimen que el Derecho Civil tradicionalmente ha dado a los animales, como cosas semovientes, idóneos para ser objeto de propiedad, de estar dentro del comercio (Kemelmajer de Carlucci, 2009). Lo que en síntesis demuestra cómo el Derecho, en calidad de herramienta del ser humano, encierra la actuación de los animales en diferentes regímenes jurídicos, dependiendo de la situación y del beneficio del primero y en detrimento del segundo antes mencionado.

Sin embargo, las exigencias sociales evolucionan a la par de nuevas tendencias doctrinarias, por lo que desde el siglo XX se redactaron los primeros manifiestos que establecían la protección jurídica de los animales, empezando por las especies salvajes, hasta sancionar el maltrato de los animales domésticos; considerando hasta cierto punto un régimen especial pero sin alejarse de una visión antropocéntrica, que si bien no es absoluta, influye notablemente en la creación normativa, diseñando reglas jurídicas en beneficio del hombre. Por lo que los animales no dejaban de considerarse a partir de su utilidad para el ser humano.

La obra que considera estas cuestiones es precisamente *Liberación animal* (1975) de Peter Singer, quien utiliza el término animales no humanos como sujetos morales y presenta posiciones que indudablemente siguen generando discusión, sus premisas parten de la igualdad entendida por el ser humano, tal es así, que presenta el argumento de la superposición de especies, explicado por el profesor Horta:

Este argumento parte de apuntar que los criterios habitualmente presentados con el fin de justificar una posición antropocéntrica no son satisfechos por todos los seres humanos (...) Tómese en cuenta, por ejemplo, la afirmación de que los seres humanos han de ser considerados por encima de los animales de otras especies por poseer determinadas facultades cognitivas. Esta afirmación deja de lado el hecho de que muchos seres humanos (como aquellos con diversidad funcional intelectual significativa o los niños pequeños) no poseen tales capacidades. Y lo mismo sucede en el caso de los argumentos que aluden al dominio de un lenguaje, la posesión de agencia moral y otras facultades. Piénsese, por otra parte, en la idea de que la parcialidad antropocéntrica sería autorizada sobre la base de que los seres humanos

tenemos ciertos sentimientos que establecen vínculos emocionales entre nosotros. Este argumento olvida que, de hecho, muchos seres humanos no son objeto de tales sentimientos por parte de otros humanos. Ello muestra que tales criterios no pueden tener éxito a la hora de establecer un círculo moral que incluya a todos los humanos y excluya a los demás animales. Y esto sugiere, a su vez, que no son criterios moralmente relevantes (Horta, 2011, p. 71).

Es decir, Singer coloca sobre el tablero las alegaciones que señalan la superioridad del hombre y demuestra las contradicciones observando sus excepciones, como es el caso del raciocinio y facultades cognitivas de las cuales el hombre es dueño y lo harían superior a los animales no humanos y que, en algunos supuestos no lo comparten en mayor o menor medida todos los hombres, sin embargo, no dejan de ser considerados como individuos aptos de ser sujetos de derecho.

Otro de los puntos más relevantes en el cuestionamiento de los animales no humanos, también se halla en lo expuesto por Solano, en su artículo llamado “Algunas reflexiones a favor y en contra de considerar a los animales no humanos como sujetos morales”, quien hace mención a la capacidad de sufrir de los animales, específicamente de todo aquel que tiene un sistema nervioso central; quedando demostrado científicamente, a través de la experimentación de colocar electrodos en la cabeza de los animales para observar en diferentes situaciones la dinámica de su cerebro, que los animales pueden sentir tristeza, felicidad, estrés, más profundamente depresión y otras sensaciones. Incluso quedando establecido que la dinámica del cerebro de los animales no humanos es similar a la de los seres humanos (Solano Villareal, 2001).

La cuestión sería que los animales no humanos tienen la capacidad de sentir, pero la justificación ética de sus respuestas ante tales estímulos, no se presenta a los ojos del hombre. Consecuentemente, hasta hace una década no se consideraba la posibilidad normativa de establecer a los animales no humanos como sujeto de derecho, el cambio normativo en materia de derechos de los animales recién parecía asentarse en constituciones como la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, la misma que contemplaba por primera vez, a la Naturaleza como sujeto de Derecho (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) declaración que generó una serie de interpretaciones, pues se cuestionaba qué derechos eran los que podía ejercitar la Naturaleza, a través de quién y en qué medida estos podían llegar a ser iguales o incluso anteponerse jerárquicamente a los derechos y facultades que tiene el hombre como sujeto de derecho.

Así, en la actualidad, a pesar de la dificultad en la ejecución de las disposiciones normativas, el paradigma empezó a transformarse, las discusiones doctrinarias encontraron un término que sería el incipiente pero trascendente punto de partida para una nueva visión en los derechos de los animales, tal es así, que los operadores de justicia en diferentes partes del mundo señalaron a la persona no humana.

El término persona no humana es utilizado en el ámbito jurídico, especialmente por quienes sostienen la defensa de animales, que en su mayoría se han encontrado en situaciones de privación de libertad, bajo la premisa de ser personas no humanas con derechos fundamentales, que están siendo violentados, al obligarlos en vivir en cautiverio (Altares, 2015). Como lo es el caso de una orangutana llamada Sandra, que fue liberada de un zoológico de Buenos Aires, Argentina a través de un hábeas corpus, propuesto por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales de Buenos Aires.

En el caso en cuestión hay que remitirse al contenido del fallo del juez Franza, que permitió que el proceso siguiera su trámite, debido a que al inicio fue desechado, estableciendo lo siguiente:

No quedan dudas del carácter de persona no humana que ostentan los animales, y que en razón de ello tienen derechos inherentes a dicha categoría de sujetos de derecho, entre los cuales se destacan los de llevar una vida digna, sin apremios físicos ni psíquicos, y especialmente en libertad (Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, 2016, p.12).

Criterio que deja sueltas ciertas variables con interesantes consecuencias jurídicas, como lo son los derechos inherentes a esa categoría de sujetos de derechos, retornando al concepto elemental de persona.

Arturo Alessandri sostiene que el Derecho está fundamentado en la persona, desde los tiempos de Justiniano, la persona es la primera materia de estudio porque “toda ley se ha establecido a causa de ellas” (*omne ius personarum causa constitutum est*) (Morales, 1992, p. 4). Pensamiento que no deja de tener validez en la actualidad, pero al cual corresponde añadirle la inquietud de si es posible considerar persona en el ámbito jurídico a otro ser diferente al hombre.

Como ya se ha hecho mención, la personalidad jurídica, los atributos que la comprenden, indudablemente se tratan de calificaciones que el derecho positivo otorga al individuo para convertirse en un sujeto de derecho, capaz de adquirir facultades y contraer obligaciones. Victorio Pescio dice que la Personalidad es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos o titular de relaciones jurídicas y el mismo tratadista expresa que tal aptitud corresponde por principio a todo individuo de la especie humana, sin embargo, la personalidad no está reservada a los hombres (en Morales, 1992).

Rescatando aquello, la idoneidad a la que se hace referencia, puede llegar a ser un requisito subjetivo en tanto le corresponde al derecho positivo, a los legisladores que lo establecen, qué conducta debe tener el ente o ser para otorgarle la personalidad jurídica. Tal es así que cuando apareció la figura de las personas colectivas o entes colectivos refiriéndose a organizaciones, conformada por un grupo de hombres, las diferentes posiciones doctrinarias han tratado hasta la actualidad definir la naturaleza de los mismos que les permite obtener la personalidad jurídica.

En el ejemplo en cuestión, tanto la teoría de la ficción de Savigny, las negativas en las que se encuentra a Kelsen y modernamente la teoría del Órgano, los juristas han sabido regresar al elemento del ser humano como el ser que realiza las acciones, las conductas reguladas por el ordenamiento jurídico y por tanto sujeto de derecho, pues si bien las personas jurídicas no tienen una existencia física como el hombre, sí lo tienen quienes actúan en su representación o administración. Lo que marcaría una diferencia en la posibilidad de otorgar personalidad jurídica a los animales no humanos, pues esencialmente, aunque los entes colectivos no tienen una existencia real como seres humanos, son derivados de la organización del mismo y se mantienen dentro del radio de la actividad humana.

Las personas no humanas es una categoría diametralmente distinta a las figuras jurídicas sobre las cuales se ha venido desarrollando el Derecho, pues los ordenamientos jurídicos de occidente, que es donde se centra el presente trabajo, han sido levantados como altas torres alrededor de las acciones del hombre y por ende el centro de las relaciones jurídicas, como unidad de imputación de las normas jurídicas.

Aceptar el incipiente término de persona no humana, refiriéndose a ciertos animales y dotarlo de un contenido, da como resultado un nuevo punto de partida en los derechos de los animales como sujetos, tal como se cuestionaba en un inicio, produciéndose una respuesta afirmativa. Sin embargo, no excluye que tenga serias implicaciones para el concepto civil tradicional de persona, en cuanto no bastaría que se produjera un cambio normativo consagrando a ciertos animales como sujetos de derecho; debido a que incluso si se transforma el concepto comprendido en el Código Civil en el Art. 41, en el caso de la normativa ecuatoriana, la cual en su parte pertinente señala que son personas todos los individuos de la especie humana, no desaparecería la preocupación sobre las consecuencias de tal cambio, es decir, si se parte de un nuevo entramado de normas que regule las conductas de los animales, necesariamente tendría que ir direccionado a ciertos animales, entre ellos con los más altos niveles de raciocinio como primer condicionamiento en tanto las instituciones jurídicas están diseñadas para la complejidad del ser humano.

O, por el contrario, si se otorga la calidad de persona no humana a todos los animales, sin distinción alguna ¿tendría que aplicarse un sistema de Derecho menos complejo para estos y no podrían hallarse en un mismo radio las actividades del hombre y la presencia de los animales?

Mientras que, si los derechos y facultades que pudiesen obtener los animales no humanos, se reducen a los más básicos que el hombre considera derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad, la dignidad, un ambiente saludable para desarrollarse, entre otros; incluso sería necesario analizar los parámetros de los mismos, pues tendrían diferencias en el contexto de la sociedad humana.

Paralelamente, si se otorgan derechos cabe preguntarse ¿qué sucede con las obligaciones? Las obligaciones son la contrapartida de los derechos y necesariamente llevan implícitas un deber no hacer y en consecuencia, una acción para reparar el derecho vulnerado de ser el supuesto. ¿Los animales no humanos, podrían responder y ser responsables ante otros? Y si no es posible ¿podría prescindirse de una característica que forma el concepto civil tradicional de persona? O en su defecto ¿las obligaciones y el efecto de estas se minimizarían?

En el caso del art. 41 del Código Civil Ecuatoriano el cual se mencionó con anterioridad, presenta un concepto fundamental a partir del cual los derechos y obligaciones se desarrollan, por lo que, en el supuesto de existir diferentes parámetros para aplicar los derechos y obligaciones, resulta lógico que debería cambiarse en primer lugar el concepto sobre el cual trabajan, debido a que lo consagrado en la normativa civil no es compatible con el término de persona no humana, al tratarse de una afirmación cuyo contenido de persona excluye a otros seres que no sean los humanos.

Aquello en relación al ámbito civil, puesto que si bien el paradigma buscó una nueva forma a través de lo dispuesto en constituciones como la de Ecuador, en el año 2008, que consagra a la Naturaleza como sujeto de derechos, los cambios en otras áreas que regulan el diario vivir de los hombres con otras criaturas vivientes, no parecen seguir el ritmo de las nuevas corrientes doctrinarias, la protección como titulares de derechos no se presenta de una forma efectiva en normas de inferior jerarquía, por lo que la innovación que significó lo establecido en la Constitución de Montecristi, se limitó a quedarse estática en la cima del ordenamiento jurídico sin reflejarse en los demás cuerpos normativos.

De tal forma que, si se busca la aplicación del término persona no humana, dotando al contenido de derechos y obligaciones diferentes a las otorgadas al ser humano, pero más amplias a las que se otorga en la actualidad a los animales, un tratamiento legislativo que clarifique lo manifestado en la Constitución es lo siguiente por hacer. Sin embargo, este proceso siempre estará sujeto al cuestionamiento respecto al beneficio o desventaja que significa para la sociedad humana, así en el contexto ecuatoriano, únicamente puede hablarse de normas de inferior jerarquía, las cuales han tratado de otorgar mayor protección a los animales, siempre y cuando se traten de animales domésticos pero sin dirigirse al fin de considerarlos sujetos de derechos, por lo que en este país andino, la discusión no se ha presentado con la fuerza que sí lo ha hecho en otros países de la región, como en el caso de Argentina y por ende, la factibilidad legal del concepto persona no humana sigue rodeada de cuestionamientos abstractos.

Consecuentemente, las interrogantes presentadas solo son algunas que van encaminadas a debatir la posibilidad de aceptar en su totalidad el concepto de persona no humana e integrarlo al ordenamiento jurídico, que siempre ha velado por el único sujeto de su protección: el ser humano. Por lo tanto, las respuestas no se presentarán en este trabajo, pues le corresponde a la sociedad a través de su más grande herramienta, el Derecho, definir si la persona no humana, como un trascendental avance en los derechos de los animales como sujetos, también acarrea la transformación del tradicional concepto de persona.

## Conclusión

En definitiva, la persona no humana es un concepto que se está construyendo día a día con el cambio de paradigma en lo que se refiere a la visión antropocéntrica de las normas jurídicas, del sistema mismo de Derecho. Como toda transformación, primero encuentra su origen en el pensamiento, en las corrientes doctrinarias antes de pasar a ser derecho positivo, sin embargo, ya constituyen los primeros pasos, las resoluciones de los operadores de justicia, que son quienes tienen la capacidad de marcar precedentes en pequeños casos cotidianos.

Las implicaciones de este concepto aún son abstractas y complejas, lo que no disminuye el interés en el mismo; la persona como sujeto de derechos es un pilar fundamental en la estructura del Derecho y parecería sin mayor análisis, que no ha sufrido cambio alguno, pero aquello sería ir en contra de la historia, de la naturaleza cambiante del ser humano. Un ejemplo claro es que se han superado los días en los que no todos los seres humanos eran considerados personas, la misma dinámica puede aplicarse a la persona no humana, en tanto, quien decide dar ese salto es el Derecho, al fin y al cabo, una herramienta de los hombres. Así, primero fue Sandra, la orangutana, quizá mañana sean todos.

## Referencias

- Altares, G. (2015, diciembre, 17). "La orangutana Sandra y otras "personas no humanas"". *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2015/12/17/ciencia/1450369696\\_771294.html](https://elpais.com/elpais/2015/12/17/ciencia/1450369696_771294.html).
- Alterini, A. (2009) "¿Derechos de los animales?" *Revista Jurídica UCES*, 13, pp. 60-68.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (2016). *Causa N°18491-00-00/14 responsable de zoológico de buenos aires s/ Ley 14.346*. Recuperado de <https://ijudicial.gob.ar/2016/la-orangutana-sandra-una-vez-mas-sujeto-de-derecho-no-humano/>
- Fernández, M. (2013). "El derecho romano y la adquisición De la personalidad civil, según el artículo 30 Del código civil". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 17, pp. 577-594.
- Horta, O. (2011). "La argumentación de Singer en Liberación animal: concepciones normativas, interés en vivir y agregacionismo." *Diánoia*, 56(67), pp. 65-85. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-24502011000200004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502011000200004&lng=es&tlng=es).
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2009). "La categoría jurídica "sujeto/objeto" y su insuficiencia respecto de los animales. Espacial referencia a los animales usados en laboratorios". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 27, pp. 311-327.
- Morales, J. (1992). *Derecho Civil De las Personas*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- ONU: Asamblea General, (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- Prada Cadavid, Á. (2012). "Antropocentrismo Jurídico: Perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental". *Criterio Libre Jurídico*, 9(1), pp. 29-43. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/740>
- Quisbert, E. (2010). *Concepto de persona en Derecho*. Bolivia: Centro de Estudios de Derecho.
- Sanz, J. (2010). "Excomuniones y procesos judiciales contra seres irracionales en la España del siglo XVII". *Espacio, tiempo y forma*. ISSN 1131-768X, Serie IV, Historia moderna, pp 58.
- Solano Villarreal, D. (2012). "Algunas reflexiones a favor y en contra de considerar a los animales no humanos como sujetos morales". *Revista PRAXIS*, (67), pp. 163-171. Recuperado de <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/praxis/article/view/5055>
- Tamayo & Solmorán, R. (2005). "El sujeto del derecho". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Volumen 3, pp. 167-189. De Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Valencia, A. (1981). *Derecho Civil: parte general y personas*. Colombia: Editorial TEMIS Librería.

# Proceso especial de adquisición de inmuebles: acuerdo directo y proceso expropiatorio

Paúl Andrés Vázquez Ochoa<sup>9</sup>

## Resumen

La forma en la que un organismo público adquiere bienes y servicios difiere con la de un particular, por motivo de que el gasto tiene la característica de ser público, por lo tanto, sujeta a un riguroso procedimiento que asegure eficiencia en la compra. El procedimiento de compra o adquisición de bienes inmuebles es considerado especial, conforme lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, excluyéndolo de los tipos de procedimientos dinámicos, comunes o generales y los de régimen especial. Muchos autores se han enfocado en analizar y esquematizar la expropiación forzosa, la cual la asemejan con el procedimiento de adquisición de inmuebles por parte de un organismo del Estado; sin embargo, se plantea que no toda adquisición es forzosa, y que de convenir a los intereses tanto del expropiante cuanto, del expropiado, el proceso puede culminar con un acuerdo directo y se formaliza mediante la respectiva escritura pública.

Por lo tanto, el procedimiento especial de contratación pública de adquisición de bienes inmuebles, tiene dos etapas, una primera identificada como de negociación y acuerdo directo, y una segunda que es la conocida expropiación forzosa. En todo el procedimiento y en cualquiera de las dos etapas, se debe tener estricta observancia de las garantías y derechos del administrado y la observancia de las reglas del debido proceso.

**Palabras clave:** contratación pública, procedimiento especial, bienes inmuebles, acto administrativo, justo precio.

## Abstract

The way in which a public body acquires goods and services differs from that of a private individual, because the expense has the characteristic of being public, therefore subject to a rigorous procedure that ensures efficiency in the purchase process. The purchase process or acquisition of real estate is considered special, as provided in the Organic Law of the National System of Public Procurement, excluding it from the types of dynamic procedures, common or general and of special regime.

Many authors have focused on analyzing and schematizing the forced expropriation, which resembles with the procedure of acquisition of real estate by a State agency; However, it is stated that not every acquisition is compulsory, and that if the interests of both the expropriator and the expropriated party are agreed upon, the process can culminate in a direct agreement and is formalized through the respective public deed.

Therefore, the special procedure of public procurement of real estate acquisition has two stages, one first identified as negotiation and direct agreement, and the second is the well-known forced expropriation. Throughout the procedure and in any of the two stages, strict observance of the guarantees and rights of the administered and the observance of the rules of due process must be observed.

**Keywords:** public procurement, special procedure, real estate, administrative act, fair price.

9. Abogado de los Tribunales de Justicia y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, candidato a magíster en derecho administrativo y contratación pública en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, candidato a magíster en compras públicas en la Universidad Nacional de San Martín de Argentina. vazquezochoa-paul@hotmail.com



## Introducción

A diferencia de un ente privado, el público para manifestar su voluntad debe transitar por un proceso ceñido a la legalidad, que coadyuve a respetar las garantías de los ciudadanos y de la administración pública, el cual culminará con la expresión unilateral o bilateral de voluntad según corresponda<sup>10</sup>.

Esta voluntad es indispensable tener presente para analizar el proceso especial de contratación pública denominado adquisición de bienes inmuebles<sup>11</sup> puesto que de por medio se encuentra un ente público, que una vez ha decidido adquirir determinado inmueble para satisfacer el interés general, el particular propietario no puede oponerse a su voluntad, sino únicamente mantenerse atento al debido proceso administrativo pre-contractual y velar por su proporcional indemnización a través del justo precio.

El proceso de adquisición de inmuebles por parte de la administración pública consta de dos etapas: acuerdo directo y proceso expropiatorio. Diferenciando cada etapa, y valorando las circunstancias de cada caso en concreto, se podrá determinar cuál es el mecanismo apropiado a tomar en cuenta al momento de enfrentarse a este proceso especial de contratación pública. Como veremos en líneas posteriores, sobre la base de las potestades exclusivas y hasta exorbitantes de la administración pública, se analizará la forma en la cual los entes públicos preparan su andamiaje administrativo para adquirir un bien inmueble que satisfará los intereses generales y sociales, amparados en normativa constitucional, legal y reglamentaria. También se plantearán los mecanismos procesales en instancias administrativas y judiciales atribuidos tanto al expropiante como al expropiado, a fin de que en el eventual caso que lo considere, plantee una fuerte y sólida defensa de sus derechos y garantías.

## Desarrollo

A partir del año 2008, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se modificó la manera en la cual las administraciones públicas<sup>12</sup> adquieren bienes inmuebles, llegando incluso con posteriores reformas<sup>13</sup> a modificar las instancias y acciones judiciales en este tipo de proceso de contratación a través de la normativa sustantiva y adjetiva<sup>14</sup>. Se debe tener claro que la adquisición de bienes inmuebles es un proceso especial de contratación pública. Así lo prevé el artículo 58 de la LOSNCP, y artículos 61, 62 y 63 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>15</sup>, distinguiendo y separándolo de los procesos dinámicos<sup>16</sup>, de los procesos en régimen común<sup>17</sup> y en régimen especial<sup>18</sup>.

10. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Sentencia de fecha 04 de agosto de 2008 (Nulidad de la Addenda No. 1 de 2 de marzo de 1998 al contrato de concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997)", indica, respecto de la voluntad administrativa: "Las actuaciones administrativas deben estar siempre precedidas de un procedimiento previo formativa de voluntad. El procedimiento, según DROMI, es en rigor respecto de la voluntad administrativa el conducto por el que transita en términos de derecho, toda actuación administrativa". Voto inánime de los Jueces Hipólito Gill, Víctor Benavides y Alberto Cigarruista, en. Caso Cable & Wireless Panamá S.A. v.s. Estado de Panamá. 04 de agosto de 2008.

11. Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Ley 1, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 58. En adelante LOSNCP.

12. Las *administraciones públicas* entendidas como un concepto genérico de toda persona jurídica de derecho público sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias con potestad de actuación administrativa, conforme lo dispone el artículo 44 del Código Orgánico Administrativo.

13. Ecuador, *Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública*, Ley 0, Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017, art. 5 y 6.

14. Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015. En adelante COGEP. Art. 332.9 y 326.4 letra a).

15. Ecuador. *Decreto Ejecutivo 1700*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, última modificación 08 de noviembre de 2016, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. En adelante RGLOSNCP.

16. Procesos dinámicos: catálogo electrónico y subasta inversa electrónica.

17. Proceso en régimen común: ínfima cuantía, menor cuantía, cotización y licitación.

18. Proceso en régimen especial: artículo 2 de la LOSNCP.

No existe en nuestra legislación un concepto claro y concreto sobre lo que es la adquisición de bienes inmuebles por parte de la administración pública. De manera general, se conoce a este mecanismo de adquisición como expropiación, el cual a criterio personal, la etapa expropiatoria es solamente una etapa dentro del macro-proceso de adquisición de bienes inmuebles, puesto que como se indicará, puede existir acuerdo y voluntariedad completa del particular propietario del inmueble para enajenar su propiedad y celebrar de común acuerdo un contrato de compraventa en notaría pública del domicilio donde se encuentre ubicado el bien, siendo esta la primera etapa que se identifica en este procedimiento. Así también, puede ocurrir que no exista acuerdo en el justo precio que se pretende pagar al propietario e inicie el proceso expropiatorio forzoso activando al órgano jurisdiccional mediante trámite sumario de pago por consignación para depositar el valor del justo precio en la cuenta de la unidad judicial correspondiente (Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y se disponga la ocupación inmediata del inmueble por parte de la entidad pública, siendo esta la segunda

etapa identificada. Incluso puede suceder que con ocasión del ejercicio del derecho a la defensa dentro del proceso de pago por consignación, también se active el medio de impugnación respecto del acto administrativo de expropiación mediante la acción subjetiva ante el Tribunal Contencioso Administrativo del domicilio del ciudadano expropiado y se realice el control de legalidad únicamente respecto del valor o monto considerado como justo precio, por así disponer el artículo 58.2 de la LOSNCP y por cuanto estaríamos frente lo que se conoce como un concepto jurídico indeterminado (Cassagne, 2013)<sup>19</sup>.

A pesar de lo manifestado, la doctrina administrativa extiende al proceso de adquisición de bienes inmuebles considerándolo como una expropiación propiamente, y en ese escenario se puede conceptualizar a dicho término jurídico de la siguiente manera:

"Es un instituto del Derecho público. Es un acto de carácter unilateral por el cual el Estado priva de un bien a su titular por causa de utilidad pública calificada por ley previo pago de una indemnización integral" (Correa, 2004, párr. 11).

"Desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés social, a cambio de una indemnización previa" (Cabanellas, 2014, p. 4).

"Es el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa indemnización" (Marienhoff, 1995, p. 127).

Es un procedimiento administrativo de derecho público, en virtud del cual el Estado (...), unilateralmente y en ejercicio de su soberanía, procede legalmente en forma concreta, en contra de un propietario poseedor para la adquisición forzada o traspaso de un bien, por causa de utilidad pública y mediante una indemnización justa (Serra Rojas, 1991, p. 431).

"La expropiación es un medio a través del cual el Estado priva del derecho de propiedad a un particular, con la finalidad de satisfacer las necesidades públicas, pero con el previo pago de una indemnización por tal afectación" (Pinto Guerra, 2011, en línea).

19. Rodolfo Carlos Barra, define a los conceptos jurídicos indeterminados de la siguiente manera: *son aquellos (conceptos) utilizados por las normas como un cartabón de límites conceptuales abiertos, pero que en cada circunstancia precisa y concreta admiten una sola solución justa, apreciable, en última instancia por el juez.*"

De lo expuesto a través de la conceptualización de diversos autores, se puede identificar que existen las siguientes características dentro de un proceso de adquisición de bienes inmuebles:

- 1.- Acto unilateral de la administración pública.
- 2.- Privación del dominio de un bien inmueble por parte de un ente público
- 3.- Causa de utilidad pública e interés social.
- 4.- Pago de indemnización o justo precio.

Entonces, delimitado lo que es el proceso de adquisición de manera general, conviene ahora precisar la manera en la cual en nuestro ordenamiento jurídico regula los aspectos preparatorios y requisitos indispensables para proceder con el proceso especial indicado hasta su eficaz culminación.

### Fundamento constitucional, legal y reglamentario

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, faculta en su artículo 323 a las administraciones públicas proceder por razones de utilidad pública e interés social, a declarar la expropiación de bienes inmuebles pertenecientes a los particulares, amparadas en base a su poder de *imperium*.

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

Este precepto constitucional debe ser recogido y desarrollado a través de la ley que regula la materia a fin de reglar el procedimiento a seguir para adquirir inmuebles de particulares, sin vulnerar derecho fundamental ni subjetivo alguno en el cauce normal del trámite. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General regulan y establecen, por principio de legalidad, la manera en la cual se llevará a cabo la adquisición.

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 58 de la LOSNCP. Este artículo tiene una particularidad, en razón de que, a partir de la última reforma a la LOSNCP de 20 marzo de 2017, se incluyeron los artículos: 58.1, 58.2, 58.3, 58.4, 58.5, 58.6, 58.7, 58.8, 58.9 y 58.10.

A este procedimiento le precede la Declaratoria de Utilidad Pública<sup>20</sup> que se encuentra regulada, tanto en su forma cuanto en su procedimiento, en el artículo 58 de la LOSNCP. El mismo artículo señala textualmente que los requisitos formales de dicho acto administrativo serán el adjuntar al mismo los siguientes documentos:

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

Sin el acompañamiento de los documentos referidos, carecería de eficacia tal acto administrativo, y, por consiguiente, el mismo será considerado nulo. Sin embargo, en la práctica se puede observar que, al ser un procedimiento especial y al estar de por medio derechos fundamentales de los administrados (LOSNCP, artículo 58), las entidades públicas se preocupan mucho de cumplir a cabalidad los requisitos formales del acto a fin de que sea válido y eficaz (Vázquez Ochoa, 2017).

Las entidades tienen el término de treinta días para buscar un acuerdo directo respecto del precio del bien inmueble a ser adquirido. El artículo 58.1 de la LOSNCP establece que procede la ocupación inmediata del inmueble siempre que se realice el pago convenido previamente o la consignación del avalúo cuando no hubiere acuerdo.

El precio que se convenga no podrá exceder el 10% del avalúo registrado en el catastro del gobierno autónomo descentralizado donde se encuentra el inmueble o en su defecto, del avalúo catastral registrado por el órgano rector del catastro nacional. Cuando exista falta de acuerdo, la entidad emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el avalúo registrado en el catastro del gobierno autónomo descentralizado donde se encuentra el inmueble o en su defecto, del avalúo catastral registrado por el órgano rector del catastro nacional, sin considerar el diez por ciento en beneficio del administrado. Este acto administrativo será susceptible de impugnación ante los jueces de lo contencioso administrativo, únicamente respecto del precio del inmueble a pagar por parte de la entidad. A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para Eficiencia de la Contratación Pública de fecha 20 de marzo de 2017, se reguló la adquisición de inmuebles cuando la modalidad contractual a la que accederá la entidad contratante esté vinculada con alianzas público-privadas, de conformidad al artículo 58.10 de la LOSNCP.

### Intervinientes en el proceso de adquisición de bienes inmuebles

En el proceso especial de adquisición de inmuebles intervienen dos elementos, uno subjetivo referente a los sujetos de la relación jurídica, y otro objetivo relacionado con el objeto material a adquirir. Dentro del elemento subjetivo se encuentran: sujeto activo, sujeto pasivo y sujeto beneficiario. Sujeto activo es la persona jurídica de derecho público de la cual emana el proceso de adquisición de inmueble, elabora y ejecuta los actos administrativos necesarios e indispensables, y paga el justo precio al propietario. Es denominado expropiante. Sujeto pasivo es la persona natural o jurídica de derecho privado o público titular del derecho de propiedad o propietaria del bien inmueble identificado y singularizado materia de adquisición por parte del sujeto activo. Se lo denomina expropiado. Sujeto beneficiario es el conglomerado de ciudadanos que producto de la ejecución del proyecto que se tiene previsto realizar en el inmueble expropiado, recibe un beneficio directo o indirecto, determinado a satisfacer derechos fundamentales. El elemento objetivo o material, es el bien inmueble que de manera previa ha sido plenamente identificado, singularizado y determinado, tanto en su superficie como en su precio.

### Requisitos previos

Por mandato legal del artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>21</sup>, artículo 24 y 58 de la LOSNCP, es requisito contar con la certificación presupuestaria de existencia y disponibilidad de recursos para cumplir el pago del justo precio, considerando en la misma hasta un máximo del 10% del valor del avalúo catastral si en el evento llegase a haber acuerdo directo y así poder celebrar la compraventa sin necesidad de tener que reformar o alimentar la partida presupuestaria correspondiente.

<sup>20</sup> Artículo 58 de la LOSNCP, Declaratoria de Utilidad Pública y de Interés Social.

<sup>21</sup> Ecuador. vRegistro Oficial 306, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 115.

Esta contratación al ser un procedimiento especial, así reconocido en la ley y su reglamento, tiene algunas particularidades, tales como:

No se identifica una fase precontractual similar a la de los procedimientos dinámicos, régimen común o régimen especial, por ejemplo, no tiene una resolución de aprobación de pliegos e inicio del proceso de contratación, no tiene etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, tampoco existen presentaciones de ofertas ni resolución de adjudicación.

Este procedimiento exige certificaciones de instituciones que en algunos casos son ajenas a la administración pública que lleva a cabo el proceso de adquisición, por ejemplo, una empresa eléctrica que pretende adquirir un inmueble<sup>22</sup> tiene que previamente obtener el certificado de dominio o propiedad en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se ubique el bien, el certificado de avalúo catastral en la dependencia de avalúos y catastros del gobierno autónomo descentralizado municipal del domicilio del inmueble. Esto en razón de que no solamente los gobiernos autónomos descentralizados pueden realizar procesos de adquisición de inmuebles.

Puede culminar de dos maneras: previa negociación, a través de acuerdo directo y se celebra un contrato de compraventa mediante escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad del cantón; o si no existe acuerdo directo, mediante acto de expropiación, pago por consignación en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y resolución de ocupación del inmueble, la cual también deberá ser inscrita en los registros correspondientes.

A pesar de lo indicado en líneas anteriores, es importante que la entidad contratante cuente con la certificación de que, en el Plan Anual de Contrataciones, se encuentre prevista la adquisición del inmueble, por disposición del artículo 22 de la LOSNCP y artículo 25 y 26 del Reglamento General de la LOSNCP.

Otro requisito indispensable en el caso de que la adquisición del inmueble responda a un proyecto que conlleve construcción u obra civil, es el **anuncio del proyecto**. Este requisito es una obligación legal establecida en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, en el que dispone que se deberá realizar el anuncio del proyecto que se ejecutará en el inmueble que pretende expropiar la entidad pública, con el fin de fijar el avalúo del bien a la fecha del anuncio. El anuncio del proyecto es el instrumento de fijación del avalúo del inmueble que será considerado como justo precio. Este anuncio se lo expedirá mediante acto administrativo que será publicado en un diario de amplia circulación de la localidad donde se realizará la obra, en la página electrónica institucional, se notificará al propietario del predio, a la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano y al registrador de la propiedad, se establecerá el área de influencia del proyecto y su plazo de inicio, que no será superior a tres años desde su notificación<sup>23</sup>.

Vale la pena indicar que si contextualizamos en su integralidad el contenido del artículo 66 antes referido, la sección tercera y capítulo segundo de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, y en especial atendemos lo dispuesto en el

artículo 65 de la misma ley, se puede indicar que el proyecto del que debería realizarse el anuncio para proceder con la adquisición del inmueble donde se lo ejecutará, será exclusivamente para “proyectos de vivienda de interés social y para readecuación de personas que se encuentren en zonas de riesgo”, pudiendo entenderse que si no es un proyecto de tal naturaleza no serpa obligatorio el anuncio; en tal caso, es una apreciación a tomar en consideración en estos procedimientos.

El requisito principal es el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública e interés social, que será debidamente motivado y notificado a todos los propietarios del inmueble materia de la adquisición y al cual se adjuntarán todos los requisitos previamente analizados. Esta declaratoria se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón donde se encuentre el bien.

### Etapas

En el proceso de adquisición de bienes inmuebles se identifican dos etapas:

- La primera, denominada “Negociación y acuerdo directo”
- Segunda etapa, identificada con la expedición del “Acto administrativo expropiatorio”

El proceso tiene la misma génesis en ambas etapas hasta llegar al momento de notificación de la declaratoria de utilidad pública, en la que se otorga un plazo de treinta días para asentar una negociación respecto del precio a pagar por el inmueble que se pretende adquirir, siendo el máximo del porcentaje a negociar el 10% adicional del avalúo catastral<sup>24</sup>, momento en el cual, en el caso de no llegar a una negociación satisfactoria para las partes y existir falta de acuerdo del precio del inmueble, se expide el acto administrativo de expropiación, que da inicio a la segunda etapa del proceso de adquisición.

La ley es clara al no prever recurso de apelación u otro medio de impugnación administrativo respecto de la declaratoria de utilidad pública ni del acto de expropiación. Podría deducirse que se prevé una impugnación de la declaratoria de utilidad pública en lo respecta al justo precio conforme se observa de las últimas líneas del primer inciso del artículo 58.1 de la LOSNCP; sin embargo, a criterio personal considero que la impugnación a la que se refiere ese inciso es la que se interpone respecto del acto administrativo de expropiación, recurso impugnatorio ante los jueces de lo contencioso administrativo por facultad del artículo 58.2 de la LOSNCP y artículo 326.1 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).

Posterior a la notificación del acto administrativo de expropiación, la administración pública expropiante deberá realizar la consignación del justo precio depositando el valor establecido en el avalúo catastral ante la unidad judicial correspondiente, que por mandato del artículo 326.4 letra a) y artículo 327 del COGEP se sustanciará en trámite sumario mediante acción contenciosa administrativa especial denominada pago por consignación.

Un mecanismo de defensa frente al proceso expropiatorio y especialmente frente al proceso de pago por consignación, podría ser el observar si los documentos adjuntados a la demanda presentada por la entidad pública expropiante son los requeridos legalmente y que han sido analizados en párrafos anteriores, ya que conforme lo dispone el artículo 143 numeral 6 del COGEP, se deberá adjuntar a la demanda la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad y el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio, caso contrario la acción no podría ser calificada ni tampoco iniciar el trámite correspondiente, en tal caso sería materia de excepción previa conforme lo previsto en el artículo 153.4 del COGEP.

22. Ecuador. *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial 418, Suplemento, 16 de enero de 2016, art. 81.

23. Ecuador. *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*. Registro Oficial 790, Suplemento, 05 de julio de 2016, art. 66.

24. Artículo 58.1 de la LOSNCP.

Sin perjuicio de que se sustancie con normalidad el proceso de pago por consignación e incluso aun cuando se llegare a retirar del tribunal contencioso administrativo el valor considerado como “justo precio”, se puede iniciar la acción contenciosa administrativa impugnando el acto de expropiación ante el tribunal contencioso administrativo con jurisdicción en el domicilio del administrado. Proceso en el cual se discutirá únicamente el justo precio del inmueble, ya que como se indicó previamente, este es un concepto jurídico indeterminado, y, por tanto, puede ser revisado por los jueces contenciosos administrativos, ya que no se encuentra la administración pública frente a una potestad discrecional sino a una actuación reglada que puede ser controlada por dicha jurisdicción.

## Conclusión

El proceso de adquisición de bienes inmuebles es un procedimiento especial de contratación pública previsto en el artículo 58 de la LOSNCP, y amparado en el artículo 323 de la Constitución de la República. Se caracteriza por no tener una etapa precontractual similar a la de los procedimientos dinámicos, de régimen común y régimen especial. Sigue propia ritualidad. Obligatoriamente debe contar con certificación presupuestaria de disponibilidad de fondos, certificación de que la adquisición se encontraba planificada en el Plan Anual de Contrataciones de la entidad expropiante, el certificado de avalúo catastral y certificado del Registro de la Propiedad. De llegar a un acuerdo directo con la expropiante en el plazo de treinta días desde la notificación de la declaratoria de utilidad pública se procederá a la celebración de la escritura pública de compraventa en cualquier notaría del cantón donde se ubique el inmueble. De existir falta de acuerdo, se emitirá el acto administrativo de expropiación, posterior al cual la expropiante acudirá al órgano jurisdiccional competente para que a través del trámite de pago por consignación se depositen los valores considerados como justo precio y el expropiado una vez culminado el proceso pueda retirarlos a su beneficio, sin considerar el diez por ciento adicional del avalúo que su hubiese podido negociar en caso de acuerdo directo.

El acto administrativo de expropiación es impugnabile ante el tribunal contencioso administrativo con jurisdicción en el domicilio del administrado, impugnación que se circunscribirá exclusivamente en lo referente al justo precio. Cuando la administración pública manifiesta su voluntad de adquirir un inmueble, no procede oponerse a su realización, a menos que las causas y motivos por las cuales se inició su proceso de manifestación, en el transcurso varíen y ya no sea necesario ni conveniente adquirir determinado bien, para lo cual, la entidad pública deberá realizar las reformas, modificaciones y levantamientos necesarios a fin de que el inmueble se encuentre saneado y libre de impedimentos y limitaciones al dominio.

## Referencias

- Asamblea Constituyente del Ecuador, (2015). *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Ley 1, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 58. En adelante LOSNCP.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2010). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2010.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2016). *Decreto Ejecutivo 1700*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, última modificación 08 de noviembre de 2016, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2016). *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*. Registro Oficial 790, Suplemento, 05 de julio de 2016.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2016). *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial 418, Suplemento, 16 de enero de 2016.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2017). *Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública*, Ley 0, Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017.
- Cassagne, J. (2013). *Tratado general de los contratos públicos*. Buenos Aires: La Ley
- Correa, J. (2004). *Expropiación*. Recuperado de <https://www.jacobinmag.com/2017/04/ecuador-presidential-election-second-round-correa-lenin/>.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Contencioso Administrativo, (2008, agosto, 4). “Sentencia de fecha 04 de agosto de 2008 (Nulidad de la Addenda No. 1 de 2 de marzo de 1998 al contrato de concesión No. 134 de 29 de mayo de 1997)”, *Caso Cable & Wireless Panamá S.A. v.s. Estado de Panamá*.
- Marienhoff, M. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.
- Pinto Guerra, D. (2011). “*El proceso administrativo de expropiación de bienes inmuebles en el derecho público ecuatoriano*” (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011), <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4836/TESIS.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Serra Rojas, A. (1999). *Derecho Administrativo*. México, Ed. Porrúa.
- Servicio de Gestión Inmobiliar del Sector Público Inmobiliario (2014). *Manual del proceso de expropiación de bienes inmuebles*.
- Vázquez Ochoa, P. (2017). *La contratación pública en el Ecuador, legislación vigente al año 2017: régimen especial y procedimientos especiales* (tesis de pregrado, Universidad de Cuenca. Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/28798>

## Análisis jurídico del delito de aborto en el Ecuador ¿problema jurídico-político o problema de sanidad?

Santiago Muñoz Bravo<sup>25</sup>

### Resumen

El debate jurídico del aborto se ha venido desarrollando en las últimas décadas con mucha intensidad y en cada vez mayor cantidad de espacios, se va la necesidad de hacer un análisis a porque el legislador tomó y sigue manteniendo la decisión de proteger la vida desde la concepción a través de la penalización de conductas como el aborto que se encuentra regulado en el actual Código Orgánico Integral Penal que dará cuenta de la protección penal y su ámbito de aplicación al delito del aborto en nuestro país, la otra cara del debate es en el ámbito metafísico en el cual se hará reflexiones de autores y comentarios personales sobre la reprochabilidad social y moral de esta conducta, y además de eso se hará una revisión en cifras del INEC si es que el aborto responde a una clase de crisis sanitaria o si por el contrario su legalización trae atrás los anhelos de un lobby político de actualidad y las razones por las cuales no debería legalizarse el aborto en nuestro país.

**Palabras clave:** aborto, legalización, crisis sanitaria, protección, derecho a la vida.

### Abstract

The legal debate on abortion has been developing in the last decades with great intensity and in an increasing amount of spaces, there is a need to make an analysis of why the legislator took and continues to maintain the decision to protect life from conception Through the criminalization of behaviors such as abortion that is regulated in the current Comprehensive Organic Criminal Code that will account for criminal protection and its scope of application to the crime of abortion in our country, the other side of the debate is in the field metaphysical in which reflections of authors and personal comments on the social and moral reprehensibility of this behavior will be made, and in addition to that a revision in figures of the INEC will be made if the abortion responds to a kind of health crisis or if by On the contrary, its legalization brings back the desires of a current political lobby and the reasons why abortion should not be legalized in Ecuador.

**Keywords:** abortion, legalization, health crisis protection, derecho a la vida, right to life

### Introducción

El debate jurídico-político sobre el aborto es un tema que se ha venido ventilando en las plazas, calles, parques y corazones de las naciones desde mediados del siglo XX hasta la actualidad, unos dicen que responde a los intereses de un Lobby político y otros dicen que responde más bien a intereses de los Estados para refrenar la ola de sobrepoblación, la cuestión en este presente ensayo será la de averiguar qué fue lo que motivo al legislador ecuatoriano a tipificar el aborto como un delito, a garantizar la vida desde la concepción en la Carta Magna de la república y hacer un análisis jurídico respecto de este tema para poder establecer entre otras cosas si es que el aborto constituye en la actualidad una crisis sanitaria o únicamente responde a pretensiones de un Lobby político de actualidad, para ello será preciso analizar datos estadísticos sobre el aborto según cifras oficiales, existen veces en las cuales la explicación o los términos normativos no son suficientes para explicar el porqué de las normas entonces como manda el art 18 del Código Civil se necesita una interpretación histórica, teleológica y sistemática para averiguar el sentido de las normas y su verdadero espíritu y razón de ser.

25. Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay



## Análisis legal y doctrinario

Se hace casi obligatorio para efectos de este trabajo desarrollar un concepto de aborto para referirnos a él a lo largo de la exposición. Así que vamos a dar la definición desarrollada por un gran jurista en derecho penal; dice Donna: “el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto.” (Donna, 2000, pág. 63)

Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada antes del tiempo previsto.

Desde el punto de vista jurídico el aborto es inconstitucional a primera vista pues nuestra constitución es clara indicando que el Estado protegerá la vida desde el momento de la concepción, sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal admite que puedan existir causas de justificación muy restringidas sobre el aborto, así pues nuestra constitución del 2008 nos garantiza en su art. 45 que los niños y niñas tendrán los derechos concernientes a su edad, y que el estado garantizará la protección de la vida desde la concepción, a este acaso deberíamos preguntarnos qué se entiende por concepción? pues no es un elemento descriptivo de la norma sino uno normativo, es decir que se tendrá que darle un significado que responda a lo que se entienda por concepción para la sociedad y las ciencias de ese momento, por lo que la simple lectura de la constitución es insuficiente para determinar el significado de concepción, algunos autores como Donna diría que empieza desde la anidación del óvulo en las paredes intrauterinas, aproximadamente desde la semana 2 desde la fecundación (Donna, 2000, pág. 67), aunque El premio Nobel de Medicina y Fisiología François Jacob asegura que, en la cuestión del aborto, “la mayoría de los argumentos biológicos solo sirven para camuflar argumentos metafísicos contra él”. (Magdalena, 1983) es decir se utiliza la ciencia para reforzar argumentos filosóficos contra el aborto. Pasando al análisis puramente legal nos encontramos con que el Ecuador ha tipificado en su legislación al aborto como un delito en diferentes circunstancias dentro del Código Orgánico Integral Penal, e inicia haciéndolo desde el aborto con muerte que es un resultado del principio de consunción, en el cual su pena es de siete diez años y sin se ha hecho sin su consentimiento y se provoca la muerte sería de trece a dieciséis años, el elemento de la voluntad del sujeto pasivo (mujer) es fundamental pues de esto se infiere que ha habido más desvalor de acto en el hecho criminoso como dice el Dr. Juan Carlos Salazar. (Salazar, 2016), el código en su art 148 nos establece el aborto no consentido y prevé que en caso de que las técnicas utilizadas por la persona que induce al aborto no hayan tenido eficacia se sancionará como tentativa lo cual nos redirige al art 39 que define a la tentativa como la ejecución que no llega a consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse de un hecho criminoso por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y se penará con los dos tercios que corresponderían a la pena prevista en cada tipo penal en el cual quepa la tentativa; el art 149 nos define el aborto consentido que cabe recalcar es el único que establece pena para la mujer que se practique el aborto voluntariamente que será de 6 meses a 2 años máximo, lo que según lo que hemos visto debe merecer una sanción penal de esa naturaleza pues afecta a él Bien Jurídico “vida”; como dice Llambías, explicando la norma, “que se adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho solo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser” (Llanvías, 1969). Es decir, no se puede pretender penar a una persona que acude a abortar con la misma pena que tendría una persona que asesina a otra, pues si bien el Bien Jurídico es el mismo las circunstancias que lo envuelven son diferentes por lo tanto según la dosimetría penal estaría acorde la pena al hecho criminoso.

## ¿Todos los abortos son punibles en la legislación ecuatoriana?

Pues veremos que el hecho de abortar no siempre se encuentra dentro de las figuras delictuales descritas dentro de los delitos contra la vida en el Código Orgánico Integral Penal, hay dos excepciones previstas en el art 150 y son el aborto terapéutico y el eugenésico. Ahora el aborto terapéutico es el cual se realiza por personal médico autorizado por la extrema necesidad de la madre de hacerlo para conservar su propia vida, el médico en estos casos está obligado a realizar el aborto por necesidad de salvar a la madre; el aborto eugenésico es el cual se aplica en pos de evitar enfermedades mentales que se transmiten por taras hereditarias como el síndrome de Down, autismo, entre otras y además que sea producto de una violación, ahora en este sentido toda relación sexual con personas que padezcan enfermedades mentales que disminuyan o menoscaben considerablemente su capacidad cognitiva, volitiva, etc. Se deberá entender que no hay consentimiento pues no hay voluntad como tal por la falta de capacidad cognitiva que estas enfermedades implican entonces deviene claramente en una violación, claro previo establecer el nivel de disminución de estas capacidades previamente por un profesional de la salud. (Donna, 2000, pág. 89)

De lo que no hay duda, en principio, para nuestro ordenamiento legal, es de que la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, pero lo que cambia es la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento, es decir que la vida existe desde la concepción y se protege desde ese tiempo, lo único que cambian son las circunstancias que rodean al desarrollo de la vida como tal.

Dentro de esta postura podríamos incluir al Tribunal Constitucional alemán, quien manifestó en su sentencia del 11-4-85 que

“la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido, por efectos del tiempo, a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.” (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, 2008)

Con la concepción, la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importante transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de “un nuevo ser humano” único y plenamente identificable, inclusive tiene rasgos biológicos básicos distintos a los de su madre como por ejemplo el ADN.

## Valoraciones éticas sobre el aborto

Es menester realizar dos tipos de valoraciones éticas con respecto a diferentes personas que actúan dentro de un proceso abortivo: los facultativos médicos y las mujeres, para así saber que poder exigir a cada uno desde una perspectiva legal y metafísica.

En cuanto a los profesionales que practican abortos pertenecen al sector de la salud y por ende deben respetar el juramento hipocrático que realizaron antes de la efectiva puesta en marcha de su profesión y nos encontramos en una situación en la cual la profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad, es decir que ya no son solamente obligaciones morales como una práctica altruista sino ya se juridifican pues imponen obligaciones ligadas a la posición de garante de un profesional de la salud que no tienen los simples particulares. En estos casos hay mayor irreprochabilidad de aquel que

actúa desatendiendo deberes que personalmente incumben al facultativo, por esta razón es que hay mayor pena para los profesionales de la salud que practican abortos. “De allí que la agravante no se comunica a los partícipes no facultativos, es decir personas que no están en el deber jurídico de propender a salvar vidas y tienen un papel de garantes con respecto al bien jurídico vida.” (Donna, 2000)

En cuanto a las mujeres que acuden a realizarse un aborto, podríamos decir que tienen una posición de garante con respecto al producto de la concepción que llevan en su vientre para protegerlo y propender su existencia por todos los medios posibles, como dice el ínclito principio de responsabilidad que nos legó Hans Jonas (1994): “Obra de manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra” (Guerrero, 2012). Otros autores como Savater hacen una reflexión sobre la pretendida sociedad del conocimiento, en la sociedad en la que se dispone de más información y posibilidades comunicativas que nunca, en la sociedad en la que los espacios y tiempos de aprendizaje se han multiplicado como nunca se hubiese soñado, el miedo a la libertad y a la consecuente responsabilidad se ha agudizado hasta este punto (Savater, 2004). Lo que verdaderamente preocupa es que se mire al aborto únicamente como un asunto egoísta y de mera conveniencia es por eso que se necesita del ente coercitivo por excelencia que es el Estado la protección de quien ni siquiera puede defenderse por sí mismo justifica la intervención del Estado pues es el único ente que puede proveer principios morales objetivos un ejemplo muy claro es el Código Orgánico Integral Penal que prevé el delito de aborto. Una cosa es que la ley justifique el aborto y lo permita; y otra muy distinta es que exista una causa de exculpación, que puede existir en la propia ley como excepción a la regla por situaciones en las cuales ya no se puede exigir otra conducta.

### ¿El aborto es la única alternativa?

Así como nuestra constitución consagra los derechos de libertad sexual y planificación familiar, debe entenderse como una capacidad de determinación positiva y no negativa es decir textualmente en su art 66. Numerales 9 y 10

El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.” (Constitución de la república del Ecuador, 2008).

Es decir se determina que las personas puedan decidir cuantos hijos e hijas tener, no cuantos no tener, por eso se permiten las píldoras anticonceptivas en nuestro medio y demás aparatos tendientes a evitar embarazos no deseados pues ellos no se considerarán persé abortivos como el DIU. Siempre se considera la adopción como método alternativo de proveerle de una familia para su desarrollo integral según el código de la niñez y adolescencia.

### El aborto ¿un problema de sanidad?

Este tema tenemos que verlo con respecto a las 2 víctimas del aborto, tanto mujeres gestantes como los productos de la concepción. En el año 2017 el Ecuador registró alrededor de 1872 defunciones fetales, un 4,6% más que en el 2016 de los datos que constan en el INEC.

En cuanto a las mujeres las complicaciones durante el embarazo ocupan el noveno lugar de causas de muerte en mujeres con un 2,2% del total de defunciones es decir alrededor de 690 defunciones de las cuales no se especifica si todas ellas fueron por abortos clandestinos o por poner en riesgo a la madre y no aplicar un aborto terapéutico. La tasa de mortalidad más alta en mujeres gestantes se dio en la provincia de Pastaza con 111,2 muertes por 100.000 nacidos vivos. Lo que suele ser su aborto, legalización, crisis sanitaria, protección, derecho a la vida. Con estos datos emitidos por autoridades gubernamentales es que ocultan datos de aborto clandestino con causas como la hemorragia y desprendimiento de placenta que suelen ser las consecuencias de los abortos clandestinos la tasa de mortalidad materna por esta causa en el INEC es del 5,4%. (INEC, 2017)

En nuestro medio, es notoria la ausencia en el sistema educativo de una orientación temprana y seria en el dominio sexual, en general, y en el campo de los medios contraceptivos, en particular. El uso oportuno y adecuado de estos impide los embarazos no queridos y permite a muchas mujeres desarrollar una actividad sexual normal y sin angustias, a la cual tienen también derecho. Una política racional en este dominio tiene el efecto positivo de evitar o restringir el número de embarazos no deseados y, por ende, impedir la futura realización de abortos clandestinos.

En todo caso, no se debe olvidar que, por las peculiares condiciones imperantes en los países subdesarrollados, como el nuestro, el aborto se ha transformado en “un problema mayor de salud” y ha llegado a constituirse en “un medio de control de natalidad”. Si nos basamos estrictamente a lo que dicen los medios oficiales e instituciones del sistema público del Ecuador vamos a encontrar una gran deficiencia en lo que respecta a muertes por abortos pues en las estadísticas del INEC ni siquiera se contempla el aborto como una causa de muerte fetal ni materna, lo maquillan con otras causas de muerte que en realidad son consecuencia de practicarse un aborto clandestino como hemorragias y desprendimientos de placenta. (Pozo, 2006)

Si nos basamos en los datos que maneja el INEC las muertes por embarazo ocupan un lugar pequeño respecto a la totalidad de muertes femeninas y muertes por aborto ocupa un lugar menos visible y hasta invisible pues el INEC no se refiere como ya vimos al número de muertes por abortos clandestinos como tal sino a las causas de la muerte, aun así estadísticamente hablando una emergencia de sanidad sería enfermedades como la diabetes que es la segunda causa de muerte de mujeres en Ecuador con 2606 muertes de mujeres por año según datos de INEC, es decir sería apresurado decir que existe una emergencia sanitaria y sacar estadísticas de cualquier lugar que no sean los medios oficiales de registro de estadísticas y censos, en todo caso la principal causa de muerte son enfermedades del corazón y no hay ningún lobby pidiendo que se dedique más tiempo al ejercicio o que se aumenten aranceles a las comidas con alto contenido calórico o pidiendo que se destinen recursos para tratar las enfermedades del corazón, esto hace pensar que es una pretensión política para ganar terreno dentro de la coyuntura actual.

## Conclusiones

En conclusión, podemos observar que mediante un análisis jurídico del aborto este acto es una conducta punible por el derecho penal, por el derecho constitucional y por la ética imperante en la sociedad ecuatoriana, es un actuar que, si bien busca fines loables, es inadecuado en virtud de los bienes jurídicos que se lesionan, se puede lograr los mismos o parecidos resultados aplicando modos más humanistas y en pro del ser humano como son la adopción y la educación sexual integral, el uso de métodos anticonceptivos para evitar embarazos no deseados.

En pocas palabras defendiendo el derecho a la vida pues es el derecho que tiene toda persona como base para el ejercicio de los demás derechos. El derecho a la vida es el más elemental de los derechos del ser humano ya que este preside y se antepone a la realización de los demás derechos. Si se priva de este derecho, también se nos estará privando de todos los demás derechos que poseemos, ya que para ser sujeto de derecho debemos de estar vivos. En palabras de García Vilaedell: "La innegable trascendencia de este, ha llevado a algunos autores a sostener incluso su carácter de derecho absoluto, de tal modo que todos los demás derechos deberían subordinarse a él y ceder ante un conflicto con el mismo" (ARÉSTEGUI, 2015)

Podemos observar también que se trata de estrategias políticas para satisfacer las pretensiones de un grupo de interés y en realidad no hay una "emergencia sanitaria" como se demostró con cifras exactas, finalmente quiero hacer un llamado a la comunidad a defender la vida y saber que lo legal no siempre es ético, a no tomar la cuestión del aborto como una cuestión de mera conveniencia sino saber que el resultado de un embarazo debería ser la vida y no la muerte.

## Referencias

- Arestegui, C. C. (11 de septiembre de 2015). *Libertad Religiosa vs Derecho a la vida: ¿Conflicto entre derechos?* Obtenido de repositorio de la universidad Católica San Pablo: <http://ucsp.edu.pe/investigacion/derecho/wp-content/uploads/2015/09/Articulo-CFD-Carolina.pdf>
- Censos, I. E. (2017). *Nacimientos y defunciones*. Quito-Ecuador.
- Donna, A. E. (2000). *Derecho Penal Especial parte II*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.
- Guerrero, A. B. (2012). *Educación en la libertad y la responsabilidad.. EDETANIA*, 75-90.
- Icaza, J. C. (5 de septiembre de 2016). Derecho Penal General I. Cuenca, Azuay, Ecuador.
- Jurisprudencia del Tribunal, 11-4-85 (Tribunal Constitucional Alemán 19 de Octubre de 2008).
- Llanvías, J. (marzo de 1969). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Perrot.
- Magdalena, E. M. (5 de mayo de 1983). *El País*. Obtenido de [https://elpais.com/diario/1983/05/25/espana/422661601\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1983/05/25/espana/422661601_850215.html)
- Pozo, J. H. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte Especial 2*. Lima: Edita.
- Constitución de la República del Ecuador. Suplemento Nro. 449 Registro Oficial. 2008. Asamblea nacional Constituyente. Quito-Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. suplemento Nro.180 Registro Oficial. 2014. Asamblea Nacional. Quito-Ecuador.

# Aborto: Una visión general de por qué no es óptimo para el sistema jurídico ecuatoriano permitir el aborto por violación

Pablo Andrés León González<sup>26</sup>

*“Qui est in ventre non est homo, sed effici speratur<sup>27</sup>”*

(Comentario de la *ley Si mulier, Digesto, tít. Ad legem Corneliam de sicariis*, citado por Carrara, p. 337).

## Resumen

De entrada se deduce que es un asunto muy controvertido el que se va a tratar, puesto que tiene como telón de inicio muchas consideraciones desde distintos puntos de vista, que incitan a la discordia más allá del buen debate; Lo que se pretende en estas breves líneas, no es agregar una postura más al cúmulo, sino esclarecer o al menos intentar, el por qué no resulta óptimo permitir el aborto por violación, y sus consecuencias en el marco jurídico ecuatoriano, abordando desde un punto de vista práctico, sometiendo nuestro sistema jurídico a prueba, todo esto canalizado desde la protección que se brinda en la Constitución, pasando brevemente por el Derecho Internacional y las leyes pertinentes al tema; revisando cómo hacen algunos países que si permiten el aborto por violación y su inconsistencia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

**Palabras clave:** Aborto, violación, inviabilidad, Ecuador, sistema jurídico.

## Abstract

From the outset, it is a very controversial issue that is going to be discussed, since it has as starting point many considerations from different points of view, which incite discord beyond good debate; What is intended in these brief lines, is not to add another stance to the cluster, but to clarify or at least try, why it is not optimal to allow abortion for rape, and its consequences in the Ecuadorian legal framework, addressing from a point from a practical perspective, subjecting our legal system to the test, all this channeled from the protection provided in the Constitution, briefly passing through International Law and the pertinent laws to the matter; reviewing how some countries that allow abortion for rape are doing, and its inconsistency with the Ecuadorian legal system.

**Keywords:** Abortion, rape, inviability, Ecuador, legal system.

26. Estudiante de Derecho sexto ciclo pabloleon77@es.uazuay.edu.ec

27. El que está en el vientre no es hombre, pero se espera que lo sea.



## Introducción

Al hablar de este tema, como aquel poeta, afirmamos que la postura es parcializada y se la puede resumir así “amarrada al duro banco de una galera turquesa, ambas manos en el remo y ambos ojos en la tierra<sup>28</sup>”. Es de conocimiento general lo que supone el aborto en nuestro medio, un tema muy controversial, y en el caso de la violación, mucho más. Hoy por hoy, en cada esquina retumba alguna idea sobre el aborto, sobre su despenalización, dividiendo a la población en dos bandos, que se enfrentan desmedidamente en redes, en las calles y en la asamblea. Sin embargo, el problema es mucho más amplio, no solo se limita a una postura religiosa y una postura liberal radical, sino que también le incumbe a la academia. Estamos todos obligados a hacer pequeños aportes desde nuestro campo de estudio, o al menos intentar dar respuesta a una problemática social que nos aqueja.

Sin más preámbulos, pasamos al problema principal, el aborto. La definición del mismo puede ser abarcada desde distintos puntos de vista, siendo la medicina la más óptima para tratarlo, pero no podemos soslayar el hecho de que otras disciplinas, como la psicología, el derecho, la ética, la bioética y también la religión, se han inmiscuido en la materia dando sus consideraciones y puntos referentes; Pero en este preciso momento, debido a que en el Ecuador se trata de despenalizar el aborto en casos de violación, tenemos que considerarlo estrictamente desde un ámbito normativo, so pena de que se pueda también necesitar revisar su relación con la medicina, tomado esto como un accesorio para esclarecer los puntos.

El aborto puede ser ubicado por nuestro Código Penal (2014) entre los delitos contra la inviolabilidad de la vida sección 1a., dentro del capítulo II que comprende los delitos contra los derechos de libertad desde el Art. 147 hasta el 150. Si bien es cierto, no se desprende definición alguna del cuerpo normativo expresado inicialmente, pero a lo que se refiere la norma es a la muerte provocada del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno, ya sea que la madre lo realice por sí misma o lo haga un tercero, con o sin consentimiento, exceptuando la punibilidad en algunos casos, como el de la madre que corre grave peligro su vida o salud, si este peligro no puede ser evitado por otros medios, y la violación a una mujer que padezca discapacidad mental.

Una vez establecido el marco normativo, y habiendo resaltado que la norma carece de un concepto claro, para lograr esclarecerlo es menester precisar primeramente ambas dimensiones que incumben este análisis, como son, el concepto jurídico y el médico. Al respecto del concepto jurídico de aborto, como

delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto (Donna, 2011, p. 180).

Tenemos que hacer hincapié, que van a variar las palabras “feto” o “producto de la concepción”, según sea lo que disponga la normativa del Estado, en el caso del Ecuador se emplea el segundo, siendo este el género, y el primero la especie. Carrara (1991) y Maggiore (1989) se refieren en sus escritos<sup>29</sup> de manera similar, haciendo el primero un análisis del aborto desde su permisibilidad en el derecho romano y cómo esto no era viable en la sociedad.

Por su parte el concepto médico es más preciso con los términos, dice Donna (2011) es netamente simple, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto supone la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. Creemos que el concepto de aborto es una mezcla entre lo médico y lo jurídico. Con todos estos antecedentes podemos decir que el aborto en caso de violación estrictamente supone, no solamente, un análisis detallado, sistemático y concreto con respecto al marco legal ecuatoriano, sino un análisis práctico, para determinar también su viabilidad en el Ecuador.

### Viabilidad del aborto por violación en el marco jurídico ecuatoriano: ¿Realmente es viable?

Es de conocimiento general, que el Ecuador ha suscrito un sinnúmero de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre los más importantes que rigen nuestro ordenamiento, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) (Pacto de San José) por lo tanto rige en la actualidad el Art. 4, el mismo que dice que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Siguiendo con la línea de la Convención, el Estado ecuatoriano reconoce el mismo derecho, que posteriormente se incluye su Constitución (2008), diciendo en su Art. 45 que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Esto deja por sentado que el Código Penal no es el único que protege al producto de la concepción.

Ahora bien, debido a que tenemos una Constitución (2008) plenamente garantista<sup>30</sup>, también se otorgan derechos de libertad, y en su Art. 66, núm. 10, encontramos el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. Parecería que existe una contradicción en lo expuesto en el Art. 45 y el 66 num. 10, pero en lo que concierne a una visión garantista, creemos que prima el derecho a la vida, primero (1) en virtud del principio “pro homine” siendo tal como lo señala el artículo “La complejidad del principio pro homine” para la CIDH, citando al juez de la Cte IDH Rodolfo E. Piza Escalante, que el principio pro persona es

Un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción” (Clément, 2015, p. 101).

Esto también es una consideración, una interpretación, existen muchas más, podríamos decir que estos principios son subjetivos.

Segundo por el principio de progresividad, y no regresividad de los derechos, contenido en el Art. 11 num. 8 de la Constitución, que al respecto nos dice la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.o 008-13-SIN-CC, al referirse a este principio, que “los derechos constitucionales tienen tal importancia que una vez que han sido establecidos

28. Luís de Góngora, Romances, 156-1627.

29. Ver Francesco Carrara. Programa de derecho criminal: Delitos contra la vida humana. Feticidio, pág. 333. Ver Giuseppe Maggiore. Derecho penal: delitos en particular, delitos contra la estirpe, pág. 140.

30. Luis Fernando Ávila Linzán. Garantismo y Estado Constitucional en la Constitución del Ecuador para el siglo XXI. A propósito de *Principia Iuris*.

o consagrados en la Constitución o los Instrumentos Internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados” y en este caso, si ya se reconoce la protección de la vida al ser humano, desde la concepción, es inconcebible reducir eso a nada, esto tiene relación internacionalmente con la teoría de los actos propios que constituye *ius cogens* que podría ser motivo de análisis posterior.

Para ampliar mucho más el tema, es necesario remitirnos a lo que dice el Código Civil (2005) sobre los derechos eventuales que tiene el *nasciturus*:

Art. 61.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

También tenemos que tomar en cuenta el Art. 63 del mismo Código (2005):

Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron.

No pretenderemos entrar a detalle con estas disposiciones, pero se nota claramente que nuestro ordenamiento jurídico ya hace tratos con el *nasciturus*, por lo que evidenciamos un problema práctico el terminar con esa vida. Y esto es solo un ejemplo general en el que se toma en cuenta al ser no nacido para efectos jurídicos, por lo que permitir el aborto por violación sería una privación eventual de estos derechos. Consideramos que cualquier privación, por más ínfima que sea, si tiene que ver con la vida, es motivo de desecharla del ordenamiento jurídico.

### Problema práctico en Ecuador

El diario ecuatoriano *El Comercio* en su sección de opinión, “Aborto por Violación”, publicaba el 15 de febrero de 2019 la siguiente noticia: “Hay una realidad que sobrepasa toda imaginación. 17.748 niñas entre 9 y 14 años fueron violadas entre 2009 y 2016, ocho por día. **Solo 449 casos fueron denunciados a las autoridades**” (énfasis propio).

El portal web de la ONG Human Rights Watch, publicado el 1 de abril de 2019, dice que cerca de 2.000 niñas menores de 14 años dan a luz en Ecuador cada año. Se considera que todos esos embarazos son producto de violación sexual, dado que 14 años es la edad para el consentimiento sexual en el país.

El portal web de la Prensa Latina en su artículo “Despenalizar el aborto ante violación, dilema en debate en Ecuador” dice que entre 2009 y 2016, 17 mil 448 niñas menores de 14 años parieron en Ecuador, de acuerdo con la base de datos de Estadísticas Vitales y Nacimientos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

¿Qué tienen en común todas las noticias citadas y que supone todo esto en el marco jurídico ecuatoriano? Después de realizar una lectura y búsqueda sobre lo que dicen los portales web y los diarios refiriéndose al tema de la despenalización del aborto por violación en Ecuador, podemos concluir que todos mencionan datos sobre las “supues-

tas<sup>31</sup>” violaciones cometidas a mujeres, sobre los índices de natalidad en menores de 14, tomando todo esto como argumento central en el debate por la despenalización, tratando de apelar al sentimiento humano, pero nunca se considera el marco legal que recubre todo esto, que es lo más importante. El marco legal y constitucional al que nos referimos es, por una parte, la presunción de inocencia.

Es un requisito indispensable la presunción de inocencia del procesado por el delito de violación, está amparado por el Art. 76 num. 2 de la Constitución (2008). Al respecto dice la Corte Constitucional en su sentencia N.º 036-10-SCN-CC que el estado jurídico de inocencia, lo consagra la Constitución y manifiesta que: “se presumirá la inocencia de toda persona, será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme sentencia ejecutoriada”.

Refiriéndose este principio, cita la Corte Constitucional (2010) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Guillermo José Maqueda contra la República de Argentina, informe N.º 12/96, caso 11.245, que manifiesta:

este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual este es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que, la sentencia de condena y por ende, la aplicación de una pena, solo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado (...), conforme las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.

También el Código Orgánico Integral Penal consagra en su Art. 5 num. 4 este mismo principio. Con estos argumentos, decimos que para que sea configurada la violación como tal, es necesaria una sentencia condenatoria ejecutoriada. Con todos los antecedentes y la revisión de casos, podemos partir de la premisa de que un proceso penal -justamente en nuestro país, Ecuador- que determine la culpabilidad de un individuo del delito de violación, puede durar mucho más que los 9 meses de embarazo. Un ejemplo práctico para demostrar mejor nuestro punto, es el caso N.º 0672-13-EP de la Corte Constitucional del Ecuador:

Mélida Olga Negrete Sacatoro madre y representante legal de su hija menor de seis años de edad, NN, presentó **el 11 de abril de 2013**, acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 9 de enero de 2013, dictada por la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que resolvió declarar inocente al entonces adolescente de 16 años, Kléver Neptalí Tulmo Tipán, dentro del proceso penal por violación. **El 29 de junio de 2016**, la Corte resuelve dejar sin efecto la sentencia dictada el 9 de enero de 2013, por la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia (Sentencia N. 205-16-SEP-CC) (énfasis propio).

Este es un caso que deja en fehaciente evidencia el problema práctico que supone el aborto por violación, debido al tiempo en que se emiten ciertas sentencias y es solo uno de los tantos casos que se pudieron encontrar, sin embargo, este estudio tiene un límite de palabras. Casos que podrán ser motivo de posteriores análisis.

31. No se pretende menoscabar a las mujeres víctimas de violación con esta palabra, pero fue empleada para dar realce a que la violación, para que sea constituida como tal debe ser declarada mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, haciendo referencia a la noticia que dice “Hay una realidad que sobrepasa toda imaginación. 17.748 niñas entre 9 y 14 años fueron violadas entre 2009 y 2016, ocho por día. Solo 449 casos fueron denunciados a las autoridades.”

Todo esto -refiriéndonos a la sentencia- deja, a nuestro criterio, en una inseguridad jurídica a la madre que pretende abortar en estas condiciones (siendo hipotéticos), pues si una vez declarado el delito de violación en primera instancia la mujer aborta, el procesado tiene un sinnúmero de recursos que le asisten, y al pasar por los demás recursos, supongamos que se determina la inocencia del procesado; en el presente caso hipotético, la madre ya abortó cuando se declaró la culpabilidad en primera instancia, sin embargo el procesado pasó por los demás recursos que determinaron su inocencia. Ergo, es inocente. Volviendo a la madre, ella ya abortó, el aborto es irreversible, y va a ser procesada por el tipo penal aborto. Ya veremos más adelante que dicen en este respecto otros países que si permiten el aborto por violación.

En el caso del ejemplo antes citado (caso N.º 0672-13-EP de la Corte Constitucional), casi a los tres años de que se declarada imposibilidad de aborto (siendo hipotéticos), se le permite abortar. Se escogió este caso porque resalta la acción extraordinaria de protección, que de conformidad con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriadas, en las que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, dice la Corte Constitucional en su sentencia N.º 013-17-SEP-CC. Por lo tanto, el tiempo de gestación y el tiempo en que se desarrollan los procesos en Ecuador, no son tan amigables.

Para ampliar el punto de análisis, dijimos que los procesos no son tan amigables, no lo hicimos en vano. Es menester tener en cuenta que el diario El Universo en su nota titulada "75% de los casos de violación, sin sentencia condenatoria en Ecuador" publicado el 18 de junio de 2017 dice que

en total 1.995 juicios por violación sexual se iniciaron durante 2016, año en que se emitieron 514 resoluciones sancionatorias, el 25,7% de las causas ingresadas por este delito. De enero a abril de este año se han iniciado 502 causas **y se emitieron 69 resoluciones** sancionatorias, el 13,7% de las ingresada (énfasis propio).

Por su parte el Diario "El Telégrafo" en su nota publicada el 7 de mayo de 2018 dice que la Fiscalía registró 18.154 casos de violaciones en 4 años, en este período hubo sentencias en 923 casos. En lo que respecta al pasado 2018 la Unidad de Género de la Fiscalía recibió 1.780 casos de violaciones, compendio registrado en los primeros cuatro meses. De ellos, 106 se encontraban en instrucción fiscal y en cuatro hubo sentencias. De todo esto da fuerza a nuestra tesis, se deduce la saturación de nuestro sistema jurídico por las denuncias de violación, y la poca resolución de los casos por parte del órgano competente, que deja en evidencia nuevamente la inviabilidad del aborto por violación en nuestro país.

Podríamos considerar otros de los tantos ejemplos disponibles en los recursos de casación, y acciones extraordinarias de protección que, en gran mayoría, por no decir todos en nuestro país, duran hasta, o más de los nueve meses que dura la gestación, o en su defecto nunca son resueltos. Es completamente ilógico considerar el aborto por violación en estos términos.

### Entonces, ¿cómo hacen los países que ha aprobado el aborto por violación?

Según el diario *El Tiempo* en su nota del 9 de enero de 2019 dice que hay seis países latinoamericanos que han aprobado el aborto en casos de violación, sin embargo, este espacio es muy corto para analizar a todos, por lo que vamos a centrarnos solamente en Argentina, que creemos, es óptimo hacerlo pues también está en el arbor de la despenalización del aborto, no solamente por violación como Ecuador, Argentina<sup>32</sup> ya lo tiene, sino en todos los casos.

La siguiente pregunta que surge es: si para que se permita la violación y se rompa el principio de inocencia, es necesaria una sentencia condenatoria ejecutoriada, que como ya vimos que es muy difícil que se ajuste exactamente al tiempo de la gestación ¿Cómo hacen los países que si lo permiten?

Para dar respuesta a esta interrogante, es necesario recurrir a un proceso en especial, el conocido fallo F.A.L, que es un caso judicial surgido en Chubut que es una provincia de la Patagonia argentina. Una joven fue violada por su padrastro cuando tenía 15 años y su madre recurrió a la justicia para que su hija pudiera realizarse el aborto en un hospital público. Su petición fue rechazada en primera y segunda instancia y cuando la joven cursaba la semana 20 de embarazo intervino el Tribunal Superior de Justicia provincial que enmarcó el caso en uno de los supuestos de aborto no punible que se encuentran en el artículo 86 del Código Penal y permitió la realización del aborto.

Hay que tener en consecuencia datos importantes para entender este respecto:

1. El 3 de diciembre de 2009 la madre denunció.
2. El aborto se produjo el 11 de marzo de 2010.

De esto podemos notar que, en este caso, existió una solución rápida, que terminó permitiendo abortar a la menor, pero también es de considerarse que ya llevaba 20 semanas de gestación.

Para mejor comprensión del caso, es pertinente ir desglosándolo, y revisando qué consideraciones hace el tribunal y cuales afirman nuestra tesis en este estudio.

El Tribunal concuerda con nuestra tesis al decir que:

las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el curso natural de ese proceso (parr. 5).

El Tribunal argentino reconoce que el período gestacional puede durar mucho más de lo que dura un proceso.

Anteriormente nos referimos a la presunción de inocencia y la sentencia condenatoria ejecutoriada. Sin embargo, el tribunal dice que: "La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada" (parr. 19)

32. Art. 86 del Código penal argentino dice que si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

¿Acaba de decir que no es necesaria la sentencia condenatoria ejecutoriada para que se realice un aborto por violación? Exactamente, eso mencionó el Tribunal. Para ser más claros dice textualmente: “no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda” (párr. 21). Ahora bien, ya se descartó la sentencia condenatoria ejecutoriada, entonces nos preguntamos, ¿dónde quedó el principio de inocencia del supuesto violador? Al inicio de este escrito afirmamos que no queríamos parcializar, pero en algún punto lo haríamos y este es.

Nótese que tan absurdo es esto, al decir el tribunal que: “es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico” (párr. 23). Es absurdo, en un estado de derecho considerar que la sola solicitud de la supuesta víctima del delito de violación es suficiente para que se practique el aborto, “al aborto permitido en caso de violación supone tan solo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo” (párr. 27).

Si solo es necesaria la declaración juramentada, es posible que existan “casos fabricados” en los que una presunta víctima irresponsable<sup>33</sup> mienta que existió una violación, ergo, se le permite abortar. Y parece ser que el Tribunal está consciente de aquello, al respecto dice que: “no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud” (párr. 28).

Este es un caso demasiado claro de cómo el derecho se va parcializando y erosionando. Decimos entonces que si no es necesaria la sentencia condenatoria ejecutoriada que determine la responsabilidad penal por el delito de violación, ¿es posible que alguien mienta que existió una violación para poder abortar? Absolutamente. ¿Siguiendo esta línea argumentativa, el ordenamiento jurídico fomentaría la irresponsabilidad de las personas? Parecería ser que sí. Sin embargo, este es uno solo de los ejemplos que se han podido desarrollar en estas pocas líneas que se me han permitido, hay muchos otros casos, muchos argumentos y muchos más temas que pueden ser tratados. Es tarea del lector, ver que es más convincente, que se apega más a derecho y qué no desarticula el ordenamiento jurídico.

## Conclusión

La Constitución y los Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador, reconocen y protegen la vida desde la concepción, prohíben conductas estatales que vayan en contra de la conducta pro vida que se ha venido desarrollando, nuestras leyes hacen tratos eventuales con el que está por nacer, lo que nos lleva a deducir en primer término que el tema de la vida está blindado. Es menester considerar lo que se logró con toda esta maraña de argumentos, datos y análisis, que no podemos obviar el sistema legal, que en Ecuador no podemos romper el principio de inocencia sin una sentencia condenatoria ejecutoriada que determine la responsabilidad penal, que no se puede abortar por violación por la simple “declaración juramentada” de la supuesta víctima. En síntesis, no podemos quebrantar las exigencias del ordenamiento jurídico, puesto que establece un único procedimiento para llegar a un resultado. La realidad fáctica de nuestro país ha dejado en evidencia que el aborto por violación debe recorrer un largo camino: “denuncia (ya sea el caso)-sentencia-aborto” que ha sido demostrado ser un camino largo e improbable, puesto que el tiempo de gestación es corto, y los datos que se recopilaron muestran un país que no resuelve todos los casos de violación o que la mayor parte de supuestos de violación no son denunciados. La solución a esta problemática queda en el lector, sin embargo, este estudio es solo un pequeño aporte que se hace desde la academia, solo es una respuesta corta que pretende abrir la puerta al análisis y discusiones con fundamento sobre el aborto por violación y demás temas que aquejan a nuestro país.

33. Es sumamente necesario, es importantísimo volver a recordar que nunca este estudio ha intentado o intenta denigrar, ni mucho menos re victimizar a las personas que han sufrido una violación, aunque esta no haya sido denunciada. Simplemente es un pequeño aporte que pretende esclarecer esta problemática.

## Referencias

Carrara, F. (1991). *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Céspedes. (s.f.) *Despenalizar el aborto ante violación, dilema en debate en Ecuador*. Recuperado de <https://www.prensa-latina.cu/index.php?s=o=rn&id=241944&SEO=despenalizar-el-aborto-ante-violacion-dilema-en-debate-en-ecuador>

Asamblea Constituyente del Ecuador, (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: CEP

Asamblea Constituyente del Ecuador (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180, Quito, Ecuador, 14 de febrero de 2014.

Asamblea Constituyente del Ecuador (2005). *Código Civil*. Registro Oficial del Ecuador N. 46, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005.

República de Argentina (1984). *Código Penal de la Nación Argentina*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_de_la_Republica_Argentina.pdf)

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. (1978). San José, Costa Rica.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.o 008-13-SIN-CC. Caso N.o 0029-11-IN*.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.º 036-10-SCN-CC. Caso N.º 0084-10-CN*.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.º 205-16-SEP-CC. Caso N.º 0672-13-EP*

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.º 013-17-SEP-CC. Caso N.º 0327-12-EP*

Clément, Z. (2015). *La complejidad del principio pro homine*. Argentina. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>

Diario el Telégrafo. (2018). *Fiscalía registró 18.154 casos de violaciones en 4 años. Ecuador*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/fiscalia-violaciones-ecuador>

Diario el Tiempo. (2019). *Seis países han legalizado el aborto por violación*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com.ec/noticias/cuenca/2/el-aborto-por-violacion-es-legal-en-6-paises-de-la-region>

Donna, E.. (2011). *Derecho Penal, parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Human Rights Watch. (2019). *Ecuador debe despenalizar el aborto en casos de violación sexual*. New York. Recuperado de <https://www.hrw.org/news/2019/04/01/ecuador-de-criminalize-abortion-rape-cases>

Infobae. (2012). *En fallo histórico, la Corte consideró "no punible" el aborto tras una violación. Argentina*. Recuperado de <https://www.infobae.com/2012/03/13/636809-en-fallo-historico-la-corte-considero-no-punible-el-aborto-una-violacion/>

Maggiore, G. (1989). *Derecho Penal, delitos en particular*. Bogotá: Editorial Temis.

Rosales, L. (1971). *Poesía española del Siglo de Oro*. Navarra, España: Biblioteca Salvat.

Tribunal Superior de Justicia de Chubut. F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/users/admin/FAL.pdf>

El Universo. (2017). *75% de los casos de violación, sin sentencia condenatoria en Ecuador. Ecuador*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/06/18/nota/6235510/75-casos-violacion-sentencia-condenatoria>

Vallejo, Andrés. (2019). *Aborto por violación*. Ecuador: Diario el Comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/opinion/aborto-violacion-andres-vallejo-opinion.html>

## Algunas intervenciones metodológicas de Michel Foucault, y sus posibilidades de aplicación en la investigación sociojurídica

Silvana Tapia Tapia, PhD<sup>34</sup>

### Resumen

Este artículo presenta una reseña de algunos marcos conceptuales extraídos del trabajo de Michel Foucault, que pueden tener aplicación metodológica y analítica en la investigación sociojurídica. Se realiza una explicación ilustrativa de nociones como “discurso”, “arqueología”, “genealogía”, “poder”, “gobierno” y “gubernamentalidad”, con el objeto de introducir al lector al pensamiento de Foucault y sugerir posibles usos de su trabajo en la investigación jurídica crítica con componentes empíricos.

**Palabras clave:** Michel Foucault, arqueología, genealogía, discurso, metodología, investigación sociojurídica.

### Abstract

This article presents a review of some conceptual frameworks drawn from Michel Foucault's work, which may have methodological and analytical applications in socio-legal research. An illustrative explanation of notions such as “discourse”, “archeology”, “genealogy”, “power”, “government” and “governmentality” is made, in order to introduce the reader to Foucault's thinking and suggest possible uses of his work in critical legal research with empirical components.

**Keywords:** Michel Foucault, archaeology, genealogy, discourse, methodology, socio-legal research.

“Foucault se ha convertido en una especie de piedra de toque para muchos de los que trabajan en las humanidades y las ciencias sociales y que buscan abordar preguntas en tres dominios amplios: primero, uno de razón, verdad y conocimiento; segundo, uno de poder, dominación y gobierno; y finalmente, uno de ética, uno mismo y la libertad”.<sup>35</sup>

(Mitchell Dean, 1994).

34. Profesora titular de Estudios Socio-Legales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay. Doctora en Estudios Socio-Legales por la Universidad de Kent, Reino Unido.

35. Esta y todas las traducciones subsiguientes del inglés son de la autora, salvo indicación contraria.



## Introducción: la utilidad metodológica de la obra de Foucault

Para varios estudiosos del trabajo de Michel Foucault, hablar de una “metodología foucaultiana” como un todo unitario sería un despropósito, puesto que su obra se caracterizó por cuestionar los cánones y por emprender, casi en cada oportunidad, un análisis desde una mirada y con unos métodos diferentes. Sin embargo, es posible hablar de un proyecto crítico de Foucault, en el que se ha identificado el designio central de presentar una “historia del presente”, entendiéndose por tal, no una identificación de cómo el pasado ha producido al momento actual, sino como una manera de “diagnosticar” nuestro tiempo, y mostrar que lejos de estar viviendo en una era de avance y progreso, vivimos momentos tan extraños y absurdos como los de un tiempo que creemos ya “superado” (Kendall & Wickham, 2003). Si apreciamos así la unidad del proyecto foucaultiano, aunque no se pueda ofrecer una esquematización definitiva de sus métodos, sí es posible extraer las lecciones transversales que la obra del pensador francés nos dejó, y extrapolarlas a la investigación sociojurídica<sup>36</sup>. Por ello, no son pocos los autores que consideran que los métodos de Foucault proporcionan las condiciones necesarias para cualquier investigación social de vanguardia (Dean, 1994; Kendall & Wickham, 2003). En ese contexto, este artículo ofrece una explicación introductoria sobre el potencial de algunos marcos metodológicos y analíticos del trabajo de Foucault, para aplicarlos a la investigación jurídica que incorpora miradas críticas y trabajo empírico. Foucault no estuvo dispuesto a aceptar lo que se da por sentado como “verdadero”, ni las historias “oficiales” de cómo las cosas llegaron a ser lo que son. En tal espíritu, esta modesta aproximación a su trabajo es una invitación para que el lector se niegue a aceptar lo “evidente”, para que sea perpetuamente escéptico sin ser cínico, y piense en rebelarse, siempre con rigor intelectual, contra la arbitrariedad de lo que se da por hecho.

## Fundamentos: ontología, epistemología, discurso y subjetividad

En la obra de Foucault, la ontología, es decir, el entendimiento de la realidad, es inseparable de los procesos políticos. En dicha ontología los objetos que constituyen la realidad no son objetos puros y preexistentes al poder político; más bien están “constituido[s] por las prácticas que se despliegan sobre [ellos]” (Álvarez Yáñez, 2016, p. 83). Por ejemplo, si en un momento histórico se consideró “natural” que unos individuos fueran tratados como mercancía a través de la esclavización, esto no obedece a la realidad objetiva de inferioridad de ciertas “razas”, sino a una forma de ejercer el poder político que avaló teorías y prácticas “científicas” que afirmaron la superioridad de unos humanos sobre otros. A la vez, sin estas “verdades” no se habría podido legitimar el poder ejercido en los regímenes esclavistas.

Si la realidad viene dada por fuerzas y relaciones de poder, entonces esta se *produce* políticamente. Podemos, entonces, referirnos a la intervención de Foucault como una “politización de la ontología” (Oksala, 2012). Dicho de otro modo, nuestra interpretación de lo que existe siempre obedece a procesos políticos contingentes — o sea, históricamente circunscritos— que establecen las reglas, el lenguaje y las formas de validación que nos permiten conceptualizar la realidad. No hay nada socialmente significativo antes del proceso político que permite la producción de los dominios del saber, aunque después estos se difundan como “naturales”.

En el esquema de la teoría del conocimiento, la ontología politizada foucaultiana puede ubicarse entre las corrientes escépticas. Foucault se basó, entre otros, en el trabajo de Nietzsche para fundamentar su teorización de la producción del conocimiento: no

es posible un conocimiento armonioso y unitario; el conocimiento es el resultado de las fuerzas de la historia y de las relaciones de poder. Lo que aceptamos como conocimiento universal siempre es una forma de generalización que ignora los particularismos históricos y que hace que los objetos diversos aparezcan como si fueran homogéneos (Foucault, 1978). De ahí que para Foucault sean inseparables las nociones de poder y saber, que él propone como una sola. Así, el “poder/saber” subyace a los “régimenes de verdad”, que determinan lo que se puede o no afirmar: son las medidas a través de las cuales se valida el conocimiento. Toda sociedad tiene su régimen de verdad, y aunque el conocimiento científico se autorretrate como políticamente neutral e inmutable, ningún régimen de verdad puede existir sin el ejercicio del poder político que permite que un discurso se eleve a la categoría de “saber científico”.

En este punto es útil referirnos a uno de los conceptos centrales de la obra foucaultiana, imprescindible para comprender sus intervenciones metodológicas; precisamente, la idea de “discurso”. Como dijimos, la realidad se produce políticamente y no hay objetos con significado que existan independientemente de los procesos reglados que nos permiten pensarlos. Por ejemplo, al resolver una fórmula matemática, la respuesta no existe independientemente de las reglas y principios que me permiten aplicar la fórmula. Para poner un ejemplo relacionado con el derecho, pensemos en las manifestaciones que los movimientos sociales realizan para defender sus demandas. Desde un punto de vista foucaultiano, esos derechos no son “naturales”, anteriores a los procesos históricos y políticos que los reivindicaron y que nos permiten pensarlos como tales. Por ello, no siempre será fácil para un movimiento social lograr que otros grupos, que no han vivido los mismos procesos, logren visualizar como derechos lo que ellos ven como una obviedad. Esas prácticas sociales que permiten que nos representemos las cosas, son los discursos.

En la obra de Foucault, el discurso no es únicamente lenguaje. Habiendo entendido que en la epistemología foucaultiana los objetos no se descubren, sino se constituyen, podemos decir que lo que constituye a los objetos es el discurso. Por ejemplo, los discursos médicos sobre ‘locura’ y ‘sinrazón’ producen a la persona mentalmente enferma; los discursos penales producen al criminal; los discursos sobre el sexo producen a la sexualidad, etc. (Kendall & Wickham, 2003). Entonces, es posible, realizando un trazado histórico, detectar en qué momento empiezan a surgir determinadas formas de entender lo que hoy llamamos “sexualidad”, o lo que la cristiandad temprana entendió como “carnalidad”. Al mismo tiempo, nada existe fuera del discurso: sin el régimen de verdad que nos permite decir y declarar que algo es algo (por ejemplo “sustraer algo ajeno es un delito”), no podemos referirnos a ningún objeto, y nada tiene sentido si no es dentro del discurso que permite que se produzcan los objetos/conceptos a partir de los cuales interpretamos la realidad. Para efectos de nuestro campo de estudio, como el lector habrá podido anticipar, lo interesante es encuadrar al derecho como un discurso que también produce la realidad. El derecho es, pues, un régimen de verdad producido por el poder/saber.

Pero no solo los objetos del conocimiento y la verdad son producidos en la historia; también las subjetividades o identidades son social e históricamente constituidas. Como se ha dicho, para Foucault, las prácticas sociales constituyen el conocimiento, y este conocimiento no solo crea nuevas categorías, también crea nuevas subjetividades (Foucault, 1978; Sawicki, 2005). Nos encontramos frente a una forma “post-humanista” de entender la subjetividad o calidad de sujeto, que suspende toda presuposición sobre la naturaleza humana -los llamados universales antropológicos- (Oksala, 2012). Así, la concepción cartesiana del individuo como una entidad reflexiva y pensante de la cual se origina todo el conocimiento, es reemplazada por un sujeto continuamente producido y reproducido por la historia y la cultura.

36. En este texto entenderemos por investigación sociojurídica a aquella que, teniendo por objeto de estudio al derecho, incorpora métodos y teorías de varias disciplinas, para permitir el análisis de fenómenos empíricos y no únicamente formales, relacionados con los sistemas legales.

Como resultado, los cuerpos y los comportamientos que se desvían de la norma, se consideran “riesgosos” o “patológicos” y se representan como blancos de intervención legal, terapéutica y normalizadora, a través de aparatos como las instituciones médicas, las escuelas, las leyes y los sistemas punitivos. Así, mediante el etiquetado de los comportamientos periféricos como delitos que requieren intervención penal, se producirán subjetividades que se convertirán en el objetivo de las estrategias reguladoras y disciplinadoras.

Debido a la vocación cuestionadora y casi detectivesca del trabajo de Foucault, se lo ha llamado un teórico de las “problematizaciones” (Bacchi, 2012). Por problematizaciones entendemos a los procesos por los cuales un fenómeno llega a ser representado como un problema y sobre la base de los cuales se proponen las soluciones correspondientes. Muchas de las soluciones que proponemos hoy son soluciones de tipo legal, y al estudiar cómo un fenómeno fue problematizado y asignado a una solución jurídica, estaremos al mismo tiempo desenmascarando el poder político detrás de la producción de esas “soluciones”. Esta forma de teorizar al derecho y las políticas públicas se distingue del positivismo clásico y también del iusnaturalismo, porque establece un análisis de las formas históricas de verdad y conocimiento jurídico. Tal análisis tiene el efecto de perturbar las narrativas establecidas, encontrando preguntas donde otros han localizado las respuestas (Dean, 1994). Esto lo entenderemos mejor cuando se explique el método arqueológico, en la siguiente sección.

### Las intervenciones metodológicas de Foucault: arqueología y genealogía

Para entender las posibilidades metodológicas del trabajo de Foucault, una vez que se ha comprendido su base epistemológica, es importante recordar que el fin de sus proyectos no fue la formulación de categorías generales; más bien, Foucault procuró ocuparse de las condiciones en las cuales se producen las ideas que consideramos fundamentales para entender la realidad en un momento histórico. Un objetivo de Foucault fue, pues, “historizar” la producción del conocimiento. Es aquí donde encontramos a la “arqueología”, entendida como “el sistema general de formación y transformación de las afirmaciones” (Foucault, 2002, p. 146). Dicho de otra manera, la arqueología es una historia profunda de los cánones que hacen inteligible al conocimiento. A un nivel arqueológico, el objetivo es entender cómo ha llegado a ser posible pensar de cierta manera y hasta qué punto se puede usar un lenguaje específico para expresar la verdad. ¿Qué es lo que podemos afirmar sobre algo y por qué? Revisemos este fragmento utilizado por el propio Foucault como ejemplo para entender a lo que nos referimos. Se trata de la clasificación de los animales que aparece en “cierta enciclopedia china” citada por Borges en el texto “El idioma analítico de John Wilkins”. Según tal clasificación, los animales se dividen en:

(a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.

Al lector le parecerá que tal clasificación es absurda. Sin embargo, es absurda solo en la medida en la que el lector ha incorporado a su paradigma interpretativo de la realidad una malla intelectual previa según la cual cada subclasificación debería obtenerse obedeciendo siempre a un mismo criterio. En ausencia de esos marcos comunes de inteligibilidad, el lenguaje se vuelve absurdo. Al mismo tiempo, la malla intelectual que nos permite aceptar como “no absurdo” al paradigma occidental de clasificación, es una malla que surgió en la modernidad europea, en un enclave geográfico y político determinado

por el mercantilismo, la industrialización, la colonización, etc.; una malla, en fin, que lejos de ser universal estaba coloreada con todos los pigmentos idiosincráticos de un territorio pequeño en relación al resto del mundo, desde el cual se difundiría lo que hoy llamamos “método científico”. ¿Cómo serían las clasificaciones si el modelo prevaleciente no hubiese sido el europeo judeo-cristiano?.

Entonces, toda clasificación es arbitraria si no está encuadrada en una serie de reglas que legitiman lo que se puede considerar conocimiento válido y reproducir como tal. El trabajo del investigador que procura desenterrar esas reglas de clasificación e interpretación, es como el de un arqueólogo que busca vestigios antiguos. Pero la arqueología no se enfoca tanto en lo que han dicho los autores, cuanto en las afirmaciones que se han hecho y se han tomado por verdades generales, y las reglas o cánones que han permitido que así suceda (Kendall & Wickham, 2003).

La siguiente intervención metodológica que referiremos es la “genealogía”, término tomado por Foucault del trabajo de Nietzsche, aunque desarrollado de forma distinta. La genealogía incorpora muchos aspectos de la arqueología, principalmente su preocupación por las condiciones de posibilidad de las afirmaciones verdaderas. Pero a esto se le añade el análisis del poder político que se ejerce a través de las afirmaciones sobre la verdad. Por ejemplo, uno de los focos de atención de Foucault fue el origen de la psiquiatría como ciencia, trabajo con el que mostró cómo el poder determina quienes son “científicamente” clasificados como “locos” y los tratamientos que recibirán. Foucault también interrogó las categorías relacionadas con la sexualidad, dando cuenta de la multiplicación de discursos que tuvo lugar en el siglo XVIII y produjo a los individuos sexuales modernos y las nociones de desviación y normalidad que, en gran medida, prevalecen hasta nuestros días (Foucault, 1978).

La genealogía sería la táctica por la cual los conocimientos cuyo surgimiento se ha identificado a través de la arqueología, se pusieron en práctica (Foucault, 1980). En otras palabras, mientras con la arqueología indagamos sobre las reglas para producir el conocimiento válido y expresarlo, con la genealogía indagamos sobre las prácticas que se despliegan sobre la base de ese conocimiento. La genealogía es, entonces una forma de hacer funcionar a la arqueología, un uso estratégico y empírico de la arqueología. Se colige que una forma de aplicar los métodos foucaultianos en investigación jurídica es hacer el trazado arqueológico y/o genealógico de leyes y políticas públicas para revelar cómo se constituyeron los problemas que se pretende solucionar con herramientas legales. Esto a su vez permitirá mostrar el poder político previamente invisible, interesado en que las problematizaciones se proyecten de una manera determinada. Así podremos desvelar los absurdos que muchas veces aparecen como obvios bajo las reglas de producción de la verdad que establece el derecho en una época.

Sobre la base de la arqueología y la genealogía, existen otras aplicaciones del trabajo de Foucault que pueden realizarse luego de conocer más categorías analíticas surgidas de su obra. El siguiente acápite procura explicar de qué forma dichas intervenciones pueden aprovecharse en el campo de la investigación sociojurídica.

### **Poder, gobierno y gubernamentalidad: ejemplos de uso del trabajo de Foucault en la investigación sociojurídica**

Además de la aplicación metodológica evidenciada en la sección que precede, que nos sugiere que una investigación sociojurídica pueden enfocarse en trazar la producción histórica de las verdades que hoy consideramos incuestionables en el derecho, existen conceptos derivados de dichas intervenciones metodológicas que pueden ayudarnos a enmarcar nuestra investigación empírica. Probablemente el aporte más conocido de Foucault, con difundida aplicación en los estudios sociojurídicos, es su conceptualización del poder, que ha sido entendido por tradiciones anteriores principalmente como represión. Para Foucault, el poder no es una sustancia u objeto permanente, sino un complejo conjunto de prácticas por las que no solo se domina, sino que se anima a las personas a adoptar identidades y a actuar en consecuencia. El autor se aleja, pues, de la idea de que el poder solo es ejercido jerárquica y centralmente. Así, podemos describir al poder como una “facilitación de resultados, procesos y prácticas particulares” (Cooper, 1995, p. 18), que tiene lugar de manera compleja, multinivel y capilar: el poder está presente en niveles micro y macro, en estrategias analíticas sobre individuos y en estrategias globalizadoras sobre poblaciones (Foucault, 1982). El poder no solo se ejerce desde la soberanía, sino también desde las instituciones por las que los patrones se repiten y multiplican, como la familia, la escuela, el hospital o la prisión. Al mismo tiempo, si el poder no es solo represión y dominación, es posible que dé lugar a la resistencia política.

Naturalmente, una teoría general del poder no compatible con la perspectiva esceptica y anti-universalista de Foucault, pero su representación del poder como una red de fuerzas inestables y productivas puede fundamentar el desplazamiento de la concepción del derecho como dispositivo formal exclusivo del Estado soberano, para permitirnos observar sus operaciones más sutiles, a través de prácticas e instituciones que no se han considerado tradicionalmente jurídicas. Este desplazamiento conceptual es útil para estudiar, por ejemplo, el pluralismo jurídico, las prácticas legales no estatales, el derecho informal y otros fenómenos que la doctrina ortodoxa consideraría por fuera de la “ciencia jurídica pura”.

Adicionalmente, la noción foucaultiana de poder subyace a su formulación amplia de “gobierno”, entendido como una forma de poder que ha adquirido características propias en el período contemporáneo, y que se relaciona con la capacidad de disposición para “conducir conductas”. La concepción foucaultiana de gobierno es amplia y no se limita al Estado y sus instituciones, sino que incluye a varias autoridades y agencias (Dean, 2010). El gobierno es una gama de estrategias que modelan y dirigen deliberadamente comportamientos individuales y colectivos para alcanzar metas de optimización de la población. Entonces, la ley es una de las tácticas que permiten a quienes gobiernan disponer de las cosas y las personas. De esta forma, un marco analítico foucaultiano nuevamente funciona para pluralizar el concepto de derecho y vincularlo con prácticas sociales a través de las cuales se constituyen los regímenes de poder/saber, superando una visión positivista que “purifica” al derecho de su contexto histórico-social, como si la ley existiera en un vacío atemporal y apolítico. A la vez, insistimos, el análisis de lo jurídico se diversifica para tener alcance más allá del estudio de las instituciones del Estado.

Sobre la base de la idea de gobierno, en una etapa posterior del trabajo de Foucault, aparece el concepto de “gubernamentalidad”, que se refiere a la “mentalidad” o lógica usada para ejercer el gobierno. Las disposiciones y tácticas elegidas por el gobierno — entendido en sentido amplio — dependen de una serie de conocimientos teóricos y técnicos. Este conocimiento informa a los discursos, los discursos informan a la toma de decisiones, y las decisiones a su vez se dirigen a la construcción de tácticas de gobierno. En palabras de Foucault: “por gubernamentalidad entiendo [...] los procedimientos, análisis y reflexio-

nes, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esta forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por diana principal la población” (Foucault, 2009, p. 144). En este esquema, incluso la agencia de la sociedad civil puede verse como el resultado de las operaciones de las técnicas del gobierno, las cuales tienen el fin de construir una mejor estrategia para lograr objetivos gubernamentales, tomando la libertad y la agencia de los gobernados para llevar a cabo tareas y proyectos que tradicionalmente se han visto como exclusivamente institucionales. De esta manera, el poder no actúa solo sobre los gobernados sino a través de los gobernados — idea ciertamente desafiante para teorías del poder como la liberal.

Sumando a lo explicado sobre arqueología y genealogía, la noción de gubernamentalidad, una investigación sociojurídica podría incluir el trazado histórico de los discursos que informan a las prácticas gubernamentales, como la reforma de las leyes en un área determinada, o sobre cómo el gobierno ha utilizado estratégicamente al derecho como técnica de poder, a través de la agencia de instituciones, la sociedad civil y los ciudadanos individuales. Otro ejemplo puede referirse a la producción de subjetividades a través del derecho, por ejemplo, cómo el ciudadano “deseable” o “decente” se crea, entre otros mecanismos, al criminalizar las acciones consideradas dañinas a través de delitos. La producción jurídica de estas subjetividades puede tener consecuencias políticas que afectan de forma diferenciada a los sectores en condiciones de mayor vulnerabilidad en razón de la etnia, el género, la clase, etc.

En el ejemplo que sigue, veremos cómo el propio Foucault aplicó estos marcos conceptuales, basándonos en un estudio de Álvarez (2016) sobre los cursos de Foucault en el College de France. Uno de los puntos de atención de la obra de Foucault fue la racionalidad gubernamental (gubernamentalidad) liberal, como prevalente en nuestro tiempo. Como sabemos, una perspectiva clave del liberalismo sostiene que siempre es mejor gobernar menos. Foucault indica que el liberalismo comenzó cuando se formuló esta incompatibilidad esencial entre el individuo que realiza una actividad económica, y la unidad totalizante del soberano jurídico (Foucault, 2008). En teoría, el gobierno debe limitarse internamente para respetar las libertades de mercado. Sin embargo (no olvidemos la base ontológica foucaultiana), estas libertades no son universales ni preexistentes a las formaciones sociales; más bien deben crearse a través de las técnicas de gobierno. Por tanto, en la práctica, y paradójicamente, para asegurar las libertades que defiende el liberalismo, es necesaria una intensa actividad estatal que las asegure, es decir, gobernar más. De esta idea surge la noción de “seguridad” como elemento necesario que debe garantizarse para proteger las libertades que exige el mercado. Para garantizar la seguridad se vuelve necesario activar dispositivos jurídicamente avalados que, a la postre, restringirán libertades a través de regímenes de castigo y coerción.

Estas tecnologías gubernamentales también producen subjetividades: el individuo como gestor de sí mismo y como capital; el “emprendedor” que ejerce sus prerrogativas y protesta contra las subjetividades desviadas, contra “el pobre” que (según discursos difundidos) es pobre porque no es parte de la maquinaria competitiva del mercado. Lo que se llega a conseguir, según se aprecia, es extrañarse frente a definiciones y narraciones que damos por probadas. Nos vemos obligados a reconocer que la forma cómo interpretamos la realidad obedece a las prácticas históricas que ha desplegado el gobierno para lograr sus objetivos, y que estas prácticas no son ni universales ni coherentes; es más, generalmente son caóticas y contradictorias. Lo atractivo y útil del trabajo de Foucault es que permite poner en entredicho las categorías, clasificaciones y etiquetas teóricas y legales, reconociendo que la ley es un ensamblaje de abstracciones frecuentemente desordenadas, históricamente producidas. Puesto que lo que propone Foucault (1990) es un interrogatorio continuo de lo que se postula como evidente, sus conceptos pueden proporcionar

un marco analítico para discutir, cuestionar y debatir lo se asume como “lógico” sobre el derecho. Un enfoque foucaultiano, entonces, buscará desenredar las relaciones de poder/ conocimiento que informan a los discursos y prácticas relacionadas con la situación de las personas en la sociedad (Bell, 2002). En esa medida, un marco foucaultiano representa una posibilidad de resistencia política.

### Conclusiones: la metáfora de la caja de herramientas

Las secciones que preceden no han sido sino un muestrario somero de lo que se puede idear, desde una teoría, para practicar la investigación sociojurídica. Lejos de querer afirmar que este sea el único enfoque posible, o el uso más adecuado del trabajo de Michel Foucault para sostener una investigación crítica, el artículo ha buscado ejemplificar conexiones entre perspectivas filosóficas y posibilidades de investigación. Sin importar el marco analítico y las metodologías que decidamos incorporar a nuestros proyectos, lo importante será que exista una continuidad robusta entre la ontología, la epistemología, la teoría y los métodos que forman el esqueleto del trabajo. Eso no quiere decir que toda investigación deba realizar intervenciones a nivel ontológico, o desarrollar una teoría metafísica o sobre teoría del conocimiento. Muchas veces, los fundamentos filosóficos no serán visibles en el producto final de la investigación, pero como todo cimiento, deben encontrarse firmes para que se sostenga el resto de la construcción.

Asumir una postura escéptica y crítica, no significa que no se pueda, en cada momento, tomar partido por una manera de interpretar la realidad. Fuera de un marco interpretativo, como mencionamos, nada tiene significado ni propósito. Pero incluso el investigador más convencido del sustento teórico y el deber ético de su perspectiva filosófica, tiene que saber que está elaborando sobre constructos contingentes que pueden servir para la emancipación, para la opresión, o para la cooptación. Solo una metodología que tenga abierta la puerta a la autocrítica puede ofrecernos una oportunidad de no volvernos presos de nuestra ortodoxia y dejar una ventana abierta a la innovación más compleja: la de la mente del investigador.

Si ensayamos un escueto resumen de las posibilidades metodológicas de Foucault en el campo sociojurídico, podemos decir que a través de las nociones de arqueología y genealogía se llega a desenterrar y trazar la historia de las instituciones que hoy consideramos universales y neutrales pero que están políticamente constituidas. Esto incluye a las teorías jurídicas y políticas. Foucault también nos permite interrogar la obviedad que hemos asumido acerca de los encuadres jurídicos de los problemas sociales, para repensar radicalmente la regulación de la vida humana. En el área de la política pública, el trabajo de Foucault puede servir para rastrear los discursos que informan a los planteamientos de los problemas comunitarios. Solo se innova cuando todo deja de ser obvio. Solo se innova cuando se entiende la impermanencia de las problematizaciones que creamos, que tanto pueden ser resultado de grandes sucesos históricos, cuando de coincidencias y accidentes.

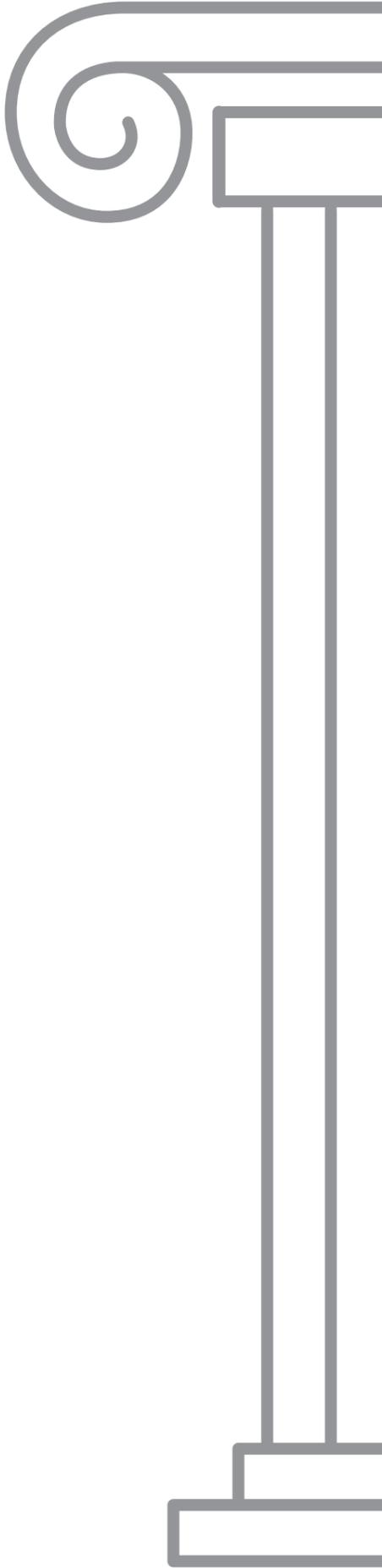
En el terreno de los estudios jurídicos críticos, es plausible combinar las intervenciones metodológicas de Foucault con conceptos contrahegemónicos proporcionados por otros marcos contemporáneos como la teoría crítica de la raza, el feminismo, la teoría decolonial y la teoría queer. Esto nos permitirá presentar un análisis que desafíe a las construcciones de poder/saber que subyacen a la ortodoxia. En efecto, Foucault argumentaba que los discursos pueden transmitir y producir poder, pero también abren la posibilidad de cuestionarlo, exponerlo y socavarlo.

### Referencias

- Álvarez Yáñez, J. (2016). “Introducción”. En J. Álvarez Yáñez (Ed.), *Historia política de la verdad*. Biblioteca Nueva. pp. 11–100.
- Bacchi, C. L. (2012). “Why study problematizations? Making politics visible”. *Open Journal of Political Science*, 2(1), pp. 1–8.
- Bell, V. (2002). *Interrogating incest: Feminism, Foucault and the law*. Routledge.
- Cooper, D. (1995). *Power in struggle: Feminism, sexuality and the state*. New York: New York University Press.
- Dean, M. (1994). *Critical and effective histories. Foucault's methods and historical sociology*. London and New York: Routledge.
- Foucault, M. (1978). *The history of sexuality volume 1: an introduction*. New York: Pantheon Books.
- Foucault, M. (1980). *Power/knowledge: Selected interviews and other writings. 1972-1977*. United States: Vintage Books.
- Foucault, M. (1982). The subject and power. *Critical Inquiry*, 8(4), pp. 777–795.
- Foucault, M. (2002). *Archaeology of Knowledge*. Psychology Press.
- Foucault, M. (2008). *The Birth Of Biopolitics: Lectures At The College De France, 1978-79*. New York: Palgrave Macmillan.
- Foucault, M. (2009). *Security, territory, population: lectures at the Collège de France, 1977-78* (A. Davidson, ed.). Palgrave Macmillan.
- Foucault, M., & Kritzman, L. (1990). *Politics, philosophy, culture: Interviews and other writings, 1977-1984*. Psychology Press.
- Kendall, G., & Wickham, G. (2003). *Using Foucault's Methods*. SAGE.
- Oksala, J. (2012). *Foucault, Politics, and Violence*. USA: Northwestern University Press.
- Sawicki, J. (2005). *Queering Foucault and the Subject of Feminism* (G. Gutting, ed.). Cambridge: Cambridge University Press.



— 2020 —





UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY

Casa   
Editora



[www.udalawreview.uazuay.edu.ec](http://www.udalawreview.uazuay.edu.ec)  
[udalawreview@uazuay.com.ec](mailto:udalawreview@uazuay.com.ec)

 UDA Law Review  UDA Law Review

