

REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
PÚBLICO



Andry Matilla Correa
Diego Paúl Viteri Núñez
Diego José Romero Oseguera

COORDINADORES



REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
PÚBLICO



Andry Matilla Correa
Diego Paúl Viteri Núñez
Diego José Romero Oseguera

COORDINADORES



EDITORIAL
UNIJURIS

Edición y corrección: Lic. Ivón Kennedy Suárez
Diseño de cubierta: Yalier Pérez Marín
Realización de cubierta: Ilena Acuña Mendoza
Emplane digital: Ilena Acuña Mendoza

Sobre la presente edición:

- © Andry Matilla Correa, Diego Paúl Viteri Núñez,
Diego José Romero Oseguera, 2022
- © Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2022
Reflexiones sobre Derecho Público III

© Editorial UNIJURIS, 2022
ISBN 978-959-7219-81-1

Editorial UNIJURIS

Redacción y administración

Calle 21 no. 552, esq. a D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba

Teléfonos

(+537)832-6209/932-9680/832-7562/832-6113/832-6514/832-6616

Fax: (+537)833-3382. Email: unjc@unjc.co.cu Web: www.unjc.co.cu

Nota: los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión
de sus autores y autoras.

“Mirad por todas partes la república y en todas veréis dominando el imperio del derecho: este el vínculo de los derechos de que gozamos en la república; este el fundamento de nuestra libertad, la fuente de la justicia; en él reside el alma, la mente, el consejo y el pensamiento de la república. Como cuerpo sin alma es la república sin derecho, él es el nervio, la sangre y los miembros de la república: los magistrados son sus ministros, los jueces sus intérpretes”.

CICERÓN
Pro Cluentio

Índice

Presentación / VII

Notas mínimas sobre Derecho y lenguaje a propósito de Bobbio y Searle / 1
Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública:
un encuadre jurídico de su concepción autónoma / 22
Amed RAMÍREZ SÁNCHEZ

El principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador:
significado, fundamento y tratamiento legal en normas de carácter
internacional y de Derecho europeo / 51
Kenia Margarita ESPINOSA VELÁZQUEZ

Apuntes históricos y teóricos sobre la configuración normativa
de la potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba / 73
Reynaldo Jorge LAM PEÑA

La noción jurídica de autorización administrativa en Cuba:
apuntes sobre sus orígenes y concepción actual / 103
Daniel ARAGÓN PÉREZ

Constitucionalización del derecho a la alimentación en América Latina y
aproximaciones al sentido y alcance
en el ordenamiento jurídico cubano / 144
Jorge Freddy MILIÁN GÓMEZ

Regulación jurídica de la energía en Cuba: valoración crítica para su perfec-
cionamiento / 164
José Grabiell LUIS CÓRDOVA

El principio de precaución en el Derecho ambiental cubano / 181
Yaraí TOLEDO BARRIOS

Derecho educativo o Derecho de la educación: apreciaciones básicas
sobre su noción / 216
Andry MATILLA CORREA

Breve panorama sobre el papel de la Constitución en la historia
del Derecho ecuatoriano / 245
José Xavier AROSEMENA CAMACHO

Dimensiones constitucionales y régimen de desarrollo
del buen vivir en Ecuador / **271**
Nuria PÉREZ PUIG-MIR

El régimen jurídico del vertido de aguas residuales en Ecuador / **290**
Diego ROMERO OSEGUERA
Carlos ZAMBRANO VEINTIMILLA

Impacto de la delimitación de la Zona Intangible Tagaeri Taromenane
sobre los derechos de la naturaleza en Ecuador / **329**
Diego Paúl VITERI NÚÑEZ

Presentación

Un año atrás, pensábamos en la posibilidad de realizar una tercera entrega de *Reflexiones sobre Derecho Público*, siguiendo la línea de trabajo que nos habíamos propuesto en las dos anteriores; aunque justo es decir, que era ese un pensamiento y un deseo sincero no más, sin tener claridad alguna sobre cómo podríamos materializar ese nuevo texto, ante tantas dificultades –en especial económicas– que han hecho que cada día sea más complejo, en particular en las circunstancias cubanas, llevar a concreción metas de este tipo.

Sin embargo, gracias a la creatividad y la solidaridad, hoy podemos dar como un hecho, y nos complace entregar al lector interesado, *Reflexiones sobre Derecho Público III*, un nuevo aporte bibliográfico que reúne varios trabajos centrados en temas de interés y actualidad dentro de ese ámbito iuspúblico.

A pesar de las dificultades que han rodeado nuestra vida –y la del mundo en general– en los últimos dos años (en las que la COVID-19 ha tenido un papel relevante), no hemos cejado en el empeño de trabajar en función de la investigación científica, la superación profesional y el debate jurídico a propósito de temas necesarios, particularmente en razón de las exigencias de desarrollo teórico-práctico, especialmente, de nuestro Derecho nacional.

En *Reflexiones sobre Derecho Público III* vuelven a unir empeño y esfuerzos un grupo de profesionales del Derecho (de Cuba y, ahora con mayor presencia en contraste con los dos libros anteriores, de Ecuador), para poner a disposición del lector análisis de actualidad, resultado de la experiencia y la labor investigativa de quienes los suscriben.

En las páginas de esta obra pueden encontrarse, en calidad de autores, nombres que han tenido presencia en las dos anteriores de la serie; y se suman nuevos nombres, jóvenes en varios casos, que siguen aportando savia y visión nueva a los tópicos que tratan, a la vez que transitan exitosamente por los caminos de su desarrollo profesional y científico en este fascinante mundo que es el del Derecho.

Reflexiones sobre Derecho Público III tiene la particularidad de que, en sus páginas, a los aportes del profesor ecuatoriano Diego Paúl VITERI NÚÑEZ (que nos ha acompañado como coautor y co-coordinador de los dos libros anteriores

de esta serie), se han venido a sumar los de otros autores del Ecuador, profesionales y profesores ellos también de Derecho en ese hermano país. De ahí que se ha creído pertinente dividir el contenido de esta obra en dos grandes secciones: una primera dedicada al Derecho cubano y una segunda al ecuatoriano. De tal forma, no solo se propicia una mejor organización interna de los contenidos del texto, sino que permite apreciar, con mejor criterio formal, los distintos trabajos contenidos en él.

Los temas tratados en estas páginas son de perfecta actualidad, tanto para Cuba como para Ecuador e, incluso, para los interesados en conocer y apreciar sobre el Derecho público latinoamericano; sobre lo que ocupa o puede estar ocupando parte de los debates jurídicos en ese ámbito geográfico.

Nuevamente impulsado desde la cátedra de Derecho Administrativo, perteneciente al Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad, esta tercera entrega de *Reflexiones sobre Derecho Público* debe mucho –tal vez, todo– tanto al entusiasmo de aquellos que se han sumado para colaborar en sus páginas como a la buena voluntad de los profesores ecuatorianos Diego Paúl VITERI NÚÑEZ y Diego José ROMERO OSEGUERA; este último sumándose como coordinador de este texto, entusiasta animador de sus compatriotas que participan aquí y factor decisivo para materializar estas páginas impresas.

Por supuesto que nada de esto ha sido casual, sino que ha sido el resultado directo, y testimonio, de la colaboración entre profesionales del Derecho y profesores universitarios cubanos y ecuatorianos que, una vez más, demuestran que la solidaridad, la sinceridad y el respeto mutuo son fuentes inagotables para construir empeños de utilidad y para sortear dificultades; pero, sobre todo, para consolidar amistades.

Como en las otras ocasiones, el contenido de este libro es variado y plural, como heterogéneas son las interpretaciones y visiones que refleja; aunque en el espectro temático que comprende hay una marcada presencia de trabajos relativos al Derecho administrativo, lo que no es sino expresión del interés especial de seguir promoviendo el debate y el desarrollo, particularmente de las cuestiones iusadministrativas en nuestro país, tan requerido como urgido de ello.

Ojalá que los estudiantes, especialistas y profesionales del Derecho –de Cuba y el Ecuador, especialmente–, así como los lectores interesados en general, puedan acercarse a estas páginas y que su lectura les sea provechosa y útil como incursión intelectual en los predios del Derecho Público.

De nuestro lado, solo queda dejar constancia del compromiso de seguir trabajando, con ilusión y ganas, por nuevos resultados que puedan ser pertinentes y oportunos al debate jurídico y al necesario desarrollo que nuestro Derecho requiere; en ambos casos, en no pocas dosis.

Dr. Andry MATILLA CORREA
Profesor Titular de Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional
y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

La Habana, 20 de marzo de 2022

Notas mínimas sobre Derecho y lenguaje a propósito de Bobbio y Searle

Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN*

I. Introducción

A pesar de las distintas concepciones que desde el método analítico se han construido sobre el concepto de Derecho y el objeto de estudio de la teoría jurídica, es posible identificar derroteros e intereses comunes, entre los que destaca el análisis del lenguaje.¹ En este sentido, la teoría analítica del Derecho tiene entre sus más notables cuestiones de debate, la relativa a la *gran división* entre la función descriptiva y la función prescriptiva del lenguaje. Siguiendo a GUASTINI, es posible definir como descriptivo (o cognoscitivo) a los enunciados que formulan y transmiten información sobre el mundo, mientras que los enunciados prescriptivos (o normativos) son aquellos que están dirigidos a modificar el comportamiento de los hombres.²

En sentido general, se ha sostenido en la doctrina que “entre enunciados descriptivos y prescriptivos median varias diferencias (pragmáticas y, a menudo también, sintácticas), pero una de estas reviste una importancia realmente especial: los enunciados descriptivos tienen valores de verdad (es decir, pueden ser verdaderos o falsos), los enunciados prescriptivos carecen de ellos (es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos)”.³ Así, la clasificación de los enunciados en descriptivos y prescriptivos es indicativa de determinadas funciones. Los enunciados descriptivos cumplen la función de afirmar o negar algo sobre el mundo, mientras que los enunciados prescriptivos indican una conducta a efectuar.⁴

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor de la Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

¹ Cfr. VON WRIGHT, G. H., “La filosofía ¿una guía para perplejos?”, *Doxa*, No. 21-I, Alicante, 1998, pp. 21-38; y OLIVECRONA, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, México DF, Distribuciones Fontamara, 2007.

² GUASTINI, R., *Teoría analítica del derecho. Estudios*, Zela, Grupo Editorial, Puno-Perú, 2017, p. 28.

³ *Ibidem*.

⁴ CÁCERES NIETO, E., *Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México DF, 2000, p. 14.

Esta diferenciación de los enunciados en descriptivos y prescriptivos ha sido fundamental en la polémica sobre los tipos de enunciados que debe construir la ciencia y, en consecuencia, en la posibilidad de catalogar al Derecho como tal. La teoría analítica del Derecho se sustenta en la consideración del lenguaje del Derecho como prescriptivo. No obstante esta particularidad, no ha existido una claridad constante sobre los aportes que la filosofía del lenguaje puede suponer para con la teoría del Derecho.

El presente artículo se propone realizar una presentación panorámica sobre las incidencias fundamentales de la filosofía del lenguaje en la teoría del Derecho. Para cumplir este propósito se han seleccionado dos problemas que resultan cardinales en estas lides, estos son, en primer lugar, el problema de la ciencia del Derecho y el análisis del lenguaje en la reflexión de BOBBIO, con énfasis en las tesis defendidas en dos trascendentales trabajos de ese autor italiano (*Ciencia del derecho y análisis del lenguaje* y *Ser y deber ser en la ciencia jurídica*); y en segundo lugar, el problema sobre la realidad institucional del Derecho, esto de la mano de la teoría de SEARLE sobre las reglas constitutivas y los hechos institucionales. Por la importancia que reviste, las ideas de SEARLE serán contrastadas con las críticas formuladas al respecto por GUAISTINI.

II. Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje en Bobbio

La pretensión general que persigue BOBBIO en el trabajo titulado *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje* consiste en la reflexión sobre la posibilidad de asumir a la jurisprudencia como una ciencia.⁵ La metodología que sigue el autor en su disertación consta de tres partes fundamentales, a saber: a) identificación de los modelos de configuración y exigencias que históricamente han caracterizado al saber científico (concepción racionalista y concepción positivista) y las implicaciones que han supuesto respecto a la jurisprudencia; b) caracterización de la concepción moderna de la ciencia, analizando el desplazamiento del paradigma de la verdad al paradigma del rigor y la importancia que en este contexto ha significado el análisis del lenguaje; y c) la factibilidad de concebir científicamente a la jurisprudencia desde los cánones de la concepción moderna de la ciencia y la identificación de las tareas fundamentales que en este sentido debe realizar el jurista. La conclusión fundamental de BOBBIO reside en asumir a la jurisprudencia como un metalenguaje, un lenguaje (riguroso) que se construye a través del análisis del lenguaje del legislador.

Con este trabajo, BOBBIO se propuso formular la pretensión en cuestión según la concepción de la ciencia postulada por la filosofía analítica, es decir, entendiendo a la jurisprudencia como análisis del lenguaje del legislador. Así,

⁵ BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Editor, Valencia, 1980, pp. 173-200.

a grandes rasgos, la labor del jurista tiene carácter científico en tanto explica cómo hacer más riguroso el lenguaje del legislador en la clarificación de las proposiciones iniciales, es decir, las normas, definiendo y completando sus reglas de transformación, y ordenándolas a fin de concebir un sistema dotado de coherencia.

La coherencia de la propuesta analítica de BOBBIO parte de advertir que tanto desde los cánones del racionalismo como del positivismo se ha generado, en la configuración del Derecho natural y de la sociología y psicología del Derecho, una especie de duplicidad cognitiva, resumida en la afirmación de que la jurisprudencia no es ciencia y en la creación de una ciencia que en sí misma no tiene nada que ver con la jurisprudencia. En otras palabras, estos cánones han dado al traste con una sistematización de conocimientos que si bien cumplen con las exigencias que ellos postulan en relación con la científicidad, se alejan ostensiblemente de la verdadera tarea de la jurisprudencia.

Para Bobbio esta particularidad es la causa de la crítica formulada por KIRCHMANN, sustentada básicamente en un cuestionamiento de la alternatividad del objeto de la jurisprudencia (parafraseando a este autor, “dos palabras del legislador hacen inservibles a bibliotecas enteras”).⁶ Queda claro aquí que la concepción de la ciencia que maneja KIRCHMANN está condicionada por el descubrimiento de las verdades eternas e inmutables de la naturaleza, perspectiva no conjugable con la variabilidad del objeto de la jurisprudencia, es decir, el Derecho positivo. En esta dirección, según BOBBIO, para KIRCHMANN, “si se quiere hablar de ciencia en el campo del derecho, sólo se podrá hacer respecto a ese estudio que abandona el terreno infiel del derecho positivo y se confía al estudio del derecho natural [...]; este estudio será una ciencia del derecho distinta a la jurisprudencia precisamente en cuanto tiene los requisitos de la verdadera ciencia”.⁷

Ahora bien, este análisis de la crítica de KIRCHMANN es lo que permite a BOBBIO describir la esencia de la concepción moderna de la ciencia, englobada por él indistintamente bajo los rubros del neopositivismo o positivismo lógico, que más que centrada en la veracidad, es decir, en la construcción de leyes inmutablemente verdaderas (ya sea a través de la exaltación de la razón o de la experimentación con base a los hechos), se enfoca en el rigor de sus proposiciones. Así, “las proposiciones científicas, según los modernos metodólogos, no son proposiciones incondicionalmente verdaderas, en el sentido de que reproduzcan por intuición (la idea) o a través de una operación experimental

⁶ KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

⁷ BOBBIO, N., *Contribución...*, ob. cit., p. 179.

(el hecho) una verdad, ideal o de hecho, propuesta; son más bien proposiciones rigurosas”.⁸

Evidentemente, aquí la cuestión del lenguaje reviste una importancia enorme, pues la científicidad de un discurso no consiste en su enunciación, basada en una realidad objetiva (la verdad), sino en el rigor del lenguaje que lo construya. En conclusión, no es posible calificar el valor científico de un estudio fuera del uso de un lenguaje riguroso, esto es, cuando existe una definición de las palabras de las proposiciones primitivas y están establecidas estrictamente las reglas para su uso; y cuando están igualmente establecidas las reglas para de esas proposiciones primitivas, segregar proposiciones derivadas. En palabras de BOBBIO, “cuando están perfectamente dadas las reglas de formación de las proposiciones iniciales y las reglas de transformación por las que se pasa de las proposiciones iniciales a las sucesivas”.⁹

Es sobre la base de estas explicaciones epistemológicas que BOBBIO funda su propuesta analítica. Las interrogantes que estructuran sus disertaciones se pueden expresar del modo que sigue: ¿puede concebirse la jurisprudencia como un saber científico de cara al paradigma de la científicidad basado en la rigurosidad del lenguaje? Si se concibe a la jurisprudencia como un metalenguaje, es decir, como un lenguaje (riguroso) construido a través del análisis del lenguaje del legislador, ¿cómo queda definida la labor del jurista?

Primeramente, cabe realizar dos precisiones: a) la materia sobre la que actúa el jurista es un conjunto de reglas de comportamiento; y b) el estudio del contenido de esas reglas, es decir, del supuesto de hecho jurídico (de lo regulado), es el objeto de estudio de la jurisprudencia, mientras que el estudio de las reglas en cuanto tal es el objeto de la teoría general (formal) del Derecho. Esta definición de BOBBIO implica un correlato de la teoría normativista de KELSEN. Se colige entonces que al jurista no debe importar el sustrato del conjunto de reglas de comportamiento que asume como objeto de estudio, es decir, el condicionamiento social, político y moral de las reglas queda fuera del estudio del Derecho. Esta arista kelseniana de BOBBIO se hace latente cuando afirma que “hay que mantener firme aquella consideración del objeto en base a la cual no hay jurisprudencia fuera de la regla y de lo regulado y todo lo que está antes de la regla (sea el fundamento o el origen) no pertenece al estudio del jurista”.¹⁰ No obstante, esto no significa que este estudio tenga otras implicaciones respecto a su método y funciones.

⁸ *Ibidem*, p. 180.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*, p. 183.

Para BOBBIO este punto de partida es crucial, pues permite introducir a la jurisprudencia, como fue advertido *supra*, en los parámetros de lo que llama concepción moderna de la ciencia, evitando los episodios de duplicidad *jurisprudencia-derecho natural* y *jurisprudencia-sociología jurídica-psicología jurídica*, fundados por los cánones de científicidad racionalista y positivista, respectivamente, en los que el Derecho natural y la sociología y la psicología jurídica eran conocimientos científicos, mientras que la jurisprudencia no lo era.

En relación con lo expuesto, BOBBIO defiende que la jurisprudencia no es ni una ciencia empírica ni una ciencia formal. No obstante, a pesar de esta divergencia, en cierto sentido contiene algo de ambas, pues “como estudio, consiste en lo que es común a todas las ciencias, sean empíricas o formales”.¹¹ Este punto común se concreta en lo que el autor italiano denomina *parte crítica*, que consiste precisamente en la construcción de un lenguaje riguroso, que posibilita que el estudio adquiera valor de ciencia. La parte constitutiva del estudio y la parte crítica están estrechamente vinculadas, pues la conjunción de ambas constituye un sistema científico. Ahora bien, como la jurisprudencia tiene como objeto propio un conjunto de proposiciones normativas (el lenguaje del legislador) ya dadas, consta exclusivamente de la parte crítica propia de los sistemas científicos, es decir, “de la construcción de un lenguaje riguroso a los fines de la plena comunicabilidad de las experiencias fijadas de antemano”.¹²

De ello se concluye lo ya anunciado: la jurisprudencia es el análisis del lenguaje en el que a través de las proposiciones normativas se expresa el legislador, y como dicho análisis es generativo a su vez de otro lenguaje, o de un lenguaje de segundo grado, la jurisprudencia es definida como un metalenguaje. Precisamente porque su razón de ser es la construcción de un lenguaje riguroso, o sea, científico, la jurisprudencia es una ciencia como cualquier otra ciencia empírica o formal.

Ahora bien, de esta concepción se desprende una de las ideas fundantes que ha caracterizado el desarrollo de la teoría analítica del Derecho, a saber, la importancia de la teoría de la interpretación jurídica. La jurisprudencia para BOBBIO tiene su base en la interpretación. La interpretación del lenguaje del legislador (que es lo mismo que el análisis del lenguaje del legislador) es la operación propiamente científica del jurista. No existe ciencia del Derecho fuera de la labor del jurista intérprete, pues es dicha interpretación la que construye la ciencia del Derecho. Por solo citar un ejemplo de la trascendencia que ha tenido esta tesis del constructivismo interpretativo (específicamente en Italia), cabe mencionar la concepción de GUASTINI sobre la determinación que para la distinción entre principios y reglas supone la interpretación del jurista.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem*, p. 184.

Tomando ahora como epicentro la segunda pregunta formulada un poco más arriba, se debe precisar qué tareas supone para el jurista esta concepción de la jurisprudencia como metalenguaje. Bobbio se refiere a ellas como fases de desarrollo de la jurisprudencia e identifica tres fundamentales, a saber: a) fase de purificación del lenguaje del legislador, pues como es posible asumir que el lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso, y como el rigor es el fundamento de la ciencia moderna, la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso; b) fase de integración, porque el lenguaje del legislador no es necesariamente completo, siendo la segunda tarea del jurista el completarlo en el mayor grado posible; y c) la fase de ordenación, pues el lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado, siendo la tercera tarea del jurista el sistematizarlo en el mayor grado posible.

En el ciclo de estas tres fases, como describe correctamente BOBBIO, se desenvuelve y se agota la labor del estudio del jurista en el sentido tradicional de la palabra, por lo menos en los ordenamientos jurídicos basados en la monopolización del Derecho por parte de la norma legislativa y en donde, por tanto, se distingue claramente la actividad del legislador de la del juez, así como la del jurista que interpreta las leyes de la del juez que las aplica al caso.

En consonancia con lo anterior, y desde la teoría de la interpretación desarrollada por el propio BOBBIO en otras de sus obras, se constatan aquí tres grandes directrices de la labor interpretativa del juristas, estas son: a) la interpretación como definición, precisión y distinción de los términos utilizados en las construcciones normativas; b) la interpretación integrativa en los marcos del ordenamiento jurídico; y c) la interpretación sistematizadora en los marcos del ordenamiento jurídico. Esta visión permite asumir, desde el punto de vista del análisis del lenguaje, cuestiones como las vaguedades y las redundancias normativas (dimensión del significado), la existencia y la solución de las antinomias y las lagunas (dimensión de la integración) y la aplicación de los principios generales del Derecho y la virtualidad de la analogía (dimensión de la sistematización).

III. Bobbio entre el ser y el deber ser de la ciencia jurídica

En su trabajo *Ser y deber ser en la ciencia jurídica*, BOBBIO estructura su discurso, nuevamente, en derredor del problema de la cientificidad de la jurisprudencia y en la posibilidad de que, de ser aceptada dicha cientificidad, esta se concrete en un modelo de ciencia normativa.¹³ Así, capilarmente entendida la cuestión, este trabajo recrea tesis ya sentadas en el trabajo anteriormente analizado, a saber: a) la jurisprudencia es una ciencia si se

¹³ BOBBIO, N., *Contribución...*, ob. cit., pp. 201-224.

asumen los parámetros metodológicos de la ciencia moderna (que desplaza su fundamento del canon de verdad al canon del rigor), consistente en el análisis del lenguaje del legislador, lo que se configura como la parte crítica de todo sistema científico; y b) la actuación del jurista recae sobre un conjunto de reglas de comportamiento, y la diferenciación del estudio de estas reglas en cuanto tal y de su contenido es lo que diferencia el espacio de disertación de la teoría general del Derecho y la jurisprudencia, respectivamente. No obstante, se debe advertir que en este trabajo BOBBIO introduce algunos cambios en lo atinente a su posición anterior sobre las proposiciones de la ciencia, dado que ahora brinda importancia no solo a la rigurosidad del discurso, sino también a la veracidad de las proposiciones. Esto incide en el cambio de postura que suscribe en relación con el rol y el carácter de la jurisprudencia y el interés por la metajurisprudencia.

El énfasis de este trabajo de BOBBIO se centra en la segunda de las tesis presentadas, lo que a mi juicio convierte esta aportación en una especie de complemento, si se quiere de completamiento, de las ideas refrendadas en su *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*. En efecto, el iusfilósofo italiano identifica como una de las problemáticas fundamentales a desentrañar, la que constata la ambigüedad que supone calificar a la jurisprudencia como una ciencia normativa. A su juicio, tal calificación entraña un doble sentido, estos son: uno débil, que quiere decir que la jurisprudencia trata sobre las normas, y uno fuerte, que pone de manifiesto que la jurisprudencia propone, o incluso impone normas. BOBBIO, partiendo de esta diferenciación de sentidos, analiza las complejidades que supone la calificación mentada, tomando como apoyatura a las resultantes fundamentales de las aportaciones de KELSEN, partiendo del entendido de que en la teoría normativa kelseniana, *normativo* significa algo más que un estudio sobre reglas y algo menos que una posición o imposición de reglas. En otras palabras, la cuestión a discutir a partir de los postulados de KELSEN es si la categoría de lo normativo induce a atribuir a la ciencia jurídica una función prescriptiva.

En esta cadencia, afirma BOBBIO que con posterioridad a la teoría kelseniana, a la ciencia jurídica se le puede adscribir el carácter de normativa en atención a tres títulos distintos, los que le servirán *a posteriori* para desarrollar tres visiones correspondientes. Estos títulos son: a) es normativa porque tiene que ver con normas; b) es normativa porque considera la realidad social a través de un sistema normativo; y c) es normativa porque pone normas. Así, la categoría de lo normativo puede ser tenida en cuenta en cuanto al objeto, en cuanto al método y en cuanto a la función de la ciencia jurídica. De esto se desprende, sin considerar a lo normativo en cuanto al objeto, en tanto no genera discusiones profundas (definidas por BOBBIO en el primero de los trabajos comentados), la posibilidad de concebir cuatro modelos de ciencia jurídica como ciencia normativa, a saber: a) normativa en el método y no en

la función (KELSEN); b) normativa en el método y en la función; c) normativa no en el método, sino en la función; y d) no normativa ni en el método ni en la función.

Ahora bien, esta catalogación general de los problemas que implica aceptar a la jurisprudencia como una ciencia normativa, y teniendo en cuenta las conclusiones de BOBBIO en el trabajo anteriormente analizado, genera una reflexión que guía todo el ensayo: “respecto a la metajurisprudencia se replantea el problema, tan característico de la jurisprudencia, de si es normativa, al menos en el sentido más fuerte de la palabra, respecto a la función, o sea, de si su función no es tanto describir lo que hacen los juristas como prescribir lo que deben hacer”.¹⁴

Ante esta disyuntiva, BOBBIO se aparta, a mi juicio, de una salida estrictamente formalista al sostener que el jurista es uno de los protagonistas de la labor de formación y transformación reflexiva de un sistema jurídico. A su consideración, lo cual encuentro acertado, según los distintos sistemas jurídicos y, más precisamente, según la distinta naturaleza y jerarquía de las fuentes normativas en un determinado sistema, la labor del jurista puede ser más o menos creativa. Este juicio lo aparta de una concepción eminentemente descriptivista de la jurisprudencia, lo que guarda relación muy estrecha con las tareas del jurista ya analizadas al tenor del apartado anterior.

En conclusión, si la jurisprudencia es análisis del lenguaje del legislador, y en este análisis el jurista debe purificar, integrar y sistematizar ese lenguaje a fin de conseguir verdaderos estándares científicos en el lenguaje que su actividad crea, entonces la labor del jurista no puede ser catalogada en sentido estricto como exclusivamente descriptivista, acrítica si se quiere, ya que las tareas de purificación, integración y sistematización superan esta perspectiva. Esta concatenación es un vínculo de continuidad entre los dos trabajos analizados.

Esta reflexión deja al descubierto una serie de preocupaciones que BOBBIO, al menos a manera de presentación, deja ver en todo su análisis. La preocupación por el anclaje social del Derecho, la preocupación por distinguir el sistema jurídico vigente en una determinada sociedad de sistemas jurídicos alternativos, imaginados, añorados o propuestos, y la preocupación por lo que ha llegado a ser común denominar como el problema de la normatividad del Derecho, esto es, la justificación de la consideración de ciertas prácticas sociales y de ciertas prescripciones emanadas de ciertas autoridades como normas vinculantes, capaces de proporcionar un fundamento justificado a la adopción de decisiones.

¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

Estas preocupaciones son contestes con el hecho de que una reflexión crítica sobre la labor de los juristas muestra que la jurisprudencia ha desarrollado en todo ordenamiento, con diferentes grados de intensidad, una función primaria y secundaria de fuente del Derecho. En esta dirección, como bien plantea BOBBIO, “mientras la metajurisprudencia prescriptiva, propia de la concepción positivista, propone el ideal de una jurisprudencia puramente descriptiva, la metajurisprudencia descriptiva de la época postpositivista vuelve a descubrir la función prescriptiva del jurista en la sociedad”.¹⁵

Entiende entonces este autor que ese redimensionamiento, tomando como ejemplificación de partida la significación que KELSEN atribuye a los conceptos *sein* (mundo de las relaciones naturales causales, se rige por su leyes inflexibles) y *sollen* (mundo de la cultura, del deber ser, no está aprisionado por la causalidad), se describe en que mientras la metajurisprudencia positivista pretendía establecer lo que la jurisprudencia debe ser, la metajurisprudencia actual procura establecer lo que es, y que al hacerlo así, la jurisprudencia no es de hecho lo que debería ser. Concluye entonces que “lo que el jurista tendría que haber hecho es mantenerse en la esfera del *sein*. Por el contrario, su labor, de hecho, pertenece de pleno derecho a la esfera del *sollen*”.¹⁶

Dicho lo anterior, entiendo que la concepción de la jurisprudencia que se recrea en el segundo trabajo de BOBBIO es equivalente, o mejor, congruente, con la que se recrea en el primero. Las diferencias que constato son de enfoque y de intencionalidad demostrativa del autor. En el primer trabajo, la intención es definir a la jurisprudencia como saber científico, identificar su objeto y las tareas que esto supone para el jurista. El segundo trabajo toma por dadas las cuestiones relativas al objeto de la jurisprudencia y se enfoca más en las cuestiones de su método y sus funciones. Entiendo que en cierta medida se niega el enfoque meramente descriptivista y formalista de la jurisprudencia, lo que pudiera parecer que contradice la tendencia solo esbozada en el primer ensayo, relativa a que el objeto de la jurisprudencia nunca puede trascender al fundamento de las normas.

No obstante, no encuentro razones de peso para distinguir una diferencia radical en este sentido. Si se quiere, es posible enunciar que el primer ensayo de BOBBIO muestra una perspectiva estática de la jurisprudencia, incardinada en marcos metodológicos de legitimación científica, mientras que el segundo ensayo muestra una perspectiva dinámica de la jurisprudencia, inclinada a sus implicaciones prescriptivas y a su relación con la concepción del sistema de fuentes.

¹⁵ *Idem*, p. 205.

¹⁶ *Idem*.

Para cumplimentar estos objetivos, BOBBIO identifica y desarrolla tres significados de la jurisprudencia como ciencia normativa: a) como determinación, revisión, aplicación y sistematización de normas; b) refiriéndose al *sollen* descriptivo y su crítica; y c) aludiendo a los problemas de la neutralidad científica de la ciencia del Derecho como fuente de normas jurídicas.

Este último significado es el más ilustrativo de lo expuesto un poco más arriba respecto a la negación del formalismo jurisprudencial a través de la afirmación de los juicios de valor realizados por el jurista. Se concluyen así dos juicios definitivos referidos a que, en la fase de desarrollo de la metajurisprudencia descriptiva que BOBBIO identifica, la jurisprudencia, incluso en los sistemas más cerrados, interviene con juicios de valor; y que la jurisprudencia, incluso en los sistemas más autoritarios, ejerce una influencia sobre el desarrollo del Derecho vigente. Así, es consonante deducir que la jurisprudencia se puede arropar de pautas de innovación, esto a través de la alusión a principios implícitos y explícitos, cuestión a la que BOBBIO dedicó en otras obras varias reflexiones, y que la jurisprudencia puede asumir roles de progresión, es decir, puede ser progresiva, según los vínculos de retroalimentación que existan entre el juristas para con el juez y el legislador, para lo que debe recordarse que esta particularidad fue desarrollada consecuentemente por BOBBIO cuando se refirió a la necesaria comunicabilidad entre el jurista y el legislador a fin de hacer el lenguaje de este último más riguroso.

En conclusión, los trabajos estudiados, ambos muy valiosos y esclarecedores, se complementan y desarrollan una concepción de la jurisprudencia que exhibe, a mi entender, rasgos de coherencia, donde solo son identificables rasgos distintivos desprendidos del enfoque del asunto. El BOBBIO analítico del primer ensayo no se divorcia del BOBBIO que admite la posibilidad creativa y progresiva de la jurisprudencia en el segundo ensayo; todo lo contrario. Soy del criterio de que estas dos perspectivas complejizan y hacen más rica la teoría jurídica bobbiana, en tanto delimita coherentemente el discurso epistemológico de la incidencia social del saber jurídico.

IV. Los actos del lenguaje en Searle

La teoría de SEARLE puede llamarse apropiadamente una teoría de los actos del lenguaje (o del habla). En eso sigue el pragmatismo de AUSTIN, pero se aparta del de WITTGENSTEIN, porque dice no tomar exactamente el significado como uso, ya que la noción de uso es tan vaga que conduce a muchas confusiones; y prefiere decir que el significado es algo resultante de un acto del lenguaje.¹⁷

¹⁷ Cfr. BEUCHOT, M., *Historia de la filosofía del lenguaje*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2013, p. 143.

El pensamiento de SEARLE constituye un giro pragmático lingüístico que, aparentemente, permite conciliar la denominada *gran división*, es decir, permite desdibujar la diferenciación semántica del uso descriptivo y el uso prescriptivo del lenguaje.¹⁸ Así, tomando como referencia a la famosa ley de HUME (ninguna conclusión prescriptiva puede ser válidamente inferida de un conjunto de premisas puramente descriptivas), en el sentido de criticar la posición que la adopta, SEARLE se propone superar el problema de derivar enunciados valorativos y prescriptivos de enunciados descriptivos. En la teoría del autor norteamericano opera una sustitución del criterio semántico de análisis, fundado en el contenido del significado de los enunciados, por el criterio pragmático, concebido sobre disímiles actos que pueden ser ejecutados por medio del hecho de proferir enunciados. A su entender, no siempre se cumple que de un conjunto de premisas descriptivas no puedan inferirse de forma válida conclusiones prescriptivas, ya que en algunas circunstancias esto es perfectamente posible. La disertación de SEARLE gira en torno a la demostración de esta última tesis.

Resulta claro entonces que la concepción que expone SEARLE sobre el lenguaje transgrede la doble funcionalidad clásica, es decir, el lenguaje para describir (el lenguaje de la ciencia) y el lenguaje para prescribir (lenguaje normativo), siendo este último el propio del Derecho, al que BOBBIO se refiere como lenguaje del legislador (lenguaje objeto) y respecto al cual se constituye la jurisprudencia como metalenguaje. Para SEARLE, el lenguaje no solo describe y prescribe, pues también a través de él se puede prometer, obligarse, advertir, etc., tomando como referencia la multiplicidad de verbos que en las diferentes lenguas naturales expresan y a la vez permiten la ejecución de una multiplicidad de actos del lenguaje.

Este posicionamiento redimensiona la teoría de AUSTIN¹⁹ y expresa la necesidad de comprender algunos de los problemas fundamentales de la filosofía del lenguaje a través de los actos del lenguaje, ya que hablar una lengua no es cosa distinta a realizar actos del lenguaje, tales como hacer enunciados, dar órdenes, plantear preguntas, entre otros. De acuerdo con esta premisa, SEARLE propone una división tripartita de los actos del lenguaje, a saber: a) acto de emisión (la emisión de palabras, morfemas u oraciones); b) acto proposicional (el acto de referir y predicar); y c) acto ilocucionario (el acto de preguntar, mandar, prometer, entre otros).

Estos actos no se realizan por separado, sino que al realizar actos ilocucionarios, característicamente se realizan actos proposicionales y de emisión. Esta contribución es indicativa de que SEARLE comprende que el estudio del lenguaje

¹⁸ Cfr. SEARLE, J., *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1995.

¹⁹ Cfr. AUSTIN, J. L., *How to do Things with Words*, Oxford University Press, New York, 1962.

supone explicaciones que trascienden lo meramente lingüístico, es decir, lo meramente simbólico, ya que las expresiones del lenguaje se deben explicar teniendo en cuenta su aspecto ilocucionario (el significado y la intención están mutuamente vinculados y es la mente humana la que da el significado en virtud de la relación existente entre el lenguaje como hecho institucional y la realidad) y comprendiendo el significado de los actos del lenguaje como realización determinada por el uso de reglas que subyacen a dicha realización.

Ahora bien, a partir de esta teoría clasificatoria de los actos del lenguaje, SEARLE analiza una serie de enunciados, aclarando, *prima facie*, que para que un enunciado sea descriptivo no hace falta que esté escrito con el verbo *es*, ya que hay enunciados que describen situaciones del mundo sin requerir de tal verbo. *A posteriori* centra su análisis en los enunciados descriptivos y prescriptivos, utilizando para ello un método de construcción escalonada de enunciados, es decir, derivando uno del otro de manera lógica, a partir de tautologías, de tal forma que termina por mostrar que, para el caso de las promesas, los enunciados prescriptivos están contenidos en los descriptivos, y que el sujeto que emite la promesa asume el *debe* dentro del *es* al asumir la obligación de la promesa misma. De esta forma, el uso de la institución de la promesa asume la obligación, que es una consecuencia de la institución de prometer.

En efecto, con el *ejemplo de Juan*, SEARLE se dispone a demostrar cómo a través de la descripción de hechos se puede llegar a una prescripción, es decir, explicita un razonamiento demostrativo de la posibilidad de derivar lógicamente un enunciado prescriptivo de un enunciado fáctico descriptivo. Desde otro ángulo analítico, SEARLE quiere dejar sentado que un enunciado fáctico puede expresar el mismo contenido de significado de un enunciado prescriptivo. Aquí es importante resaltar que, en la cadencia explicativa del autor, el acto de prometer requiere de condiciones necesarias y suficientes para que sea llevado a cabo con éxito dentro del mundo. Para el caso de su cumplimiento, la obligación es una de estas condiciones empíricas, ya que quien promete, asume un compromiso para llevar a término satisfactorio lo prometido, de lo contrario las promesas no serán tales, no pasarían de ser palabras que no tendrían sentido para quien las hace.

En otras palabras, para demostrar que un *debe* se puede derivar de un *es*, SEARLE, utilizando razonamientos (deductivos) de lógica formal, ejemplifica, mediante una descripción hecológica, cómo una promesa implica asumir una obligación, y si se asume una obligación, tautológicamente se está en tal obligación. Consiguientemente, por el hecho de asumir la obligación obtenida en la promesa, quien emite la promesa *debe* hacer aquello que la obligación tenga como contenido (prestaciones de dar, hacer o no hacer), es decir, debe cumplirla.

IV.1. La crítica de Guastini

La crítica de GUASTINI a estas ideas de SEARLE es muy aguda.²⁰ Después de advertir que la propuesta de SEARLE, de ser correcta, implicaría graves consecuencias epistemológicas (quebraría la ley de HUME, ya que se admitiría que una norma sería en algún sentido lógicamente derivable de una proposición, o mejor aún, la distinción semántica entre proposiciones y norma perdería todo sentido), el genovés ensaya una serie de cuestionamientos de diversa índole que son suficientes y atendibles para detectar varias flaquezas de la teoría de SEARLE.

La originalidad de la crítica de GUASTINI estriba en detectar que SEARLE desatiende que el análisis de toda institución implica un posicionamiento interno (que se expresa en un discurso prescriptivo) o un posicionamiento externo (que se expresa en un discurso descriptivo), debiendo entenderse por institución a un conjunto de normas. Esta premisa metodológica, combinada con el presupuesto epistémico según el cual es el uso de las palabras el que determina su significado, y no al revés, priva al *ejemplo de Juan* de toda consistencia lógica, ya que SEARLE no precisa cuáles enunciados de los utilizados participan de un posicionamiento interno y cuáles de un posicionamiento externo.

Específicamente, al negar que la palabra (institución) promesa sea de naturaleza prescriptiva, Searle absolutiza el posicionamiento externo, es decir, se coloca en la posición del observador *A* que describe la promesa contraída por *X* para con *Y*. No obstante, no considera que la palabra (institución) promesa, desde el posicionamiento interno, no se puede asumir desde la óptica del observador-descriptor *A*, sino como prescripción de los comportamientos de *X* e *Y*.

Esta singularidad no advertida por SEARLE enerva la coherencia del razonamiento de escalonamiento deductivo que realiza en el ejemplo de referencia, ya que no advierte que resulta inconsecuente, desde los esquemas de la lógica formal, que a su tenor se realice un salto de un enunciado asumido desde un posicionamiento interno a un enunciado asumido desde un posicionamiento externo. En términos de la teoría del lenguaje, esto implica otra inconsecuencia lógica, a saber: el tránsito de un metalenguaje, inherente a los enunciados concebidos desde el posicionamiento externo, a un lenguaje objeto, inherente a los enunciados concebidos desde el posicionamiento interno.

Considero muy importante resaltar que esta crítica de GUASTINI es del todo coherente con su visión del Derecho, construida en derredor de su teoría de la interpretación jurídica. Incluso, me atrevo a afirmar que los postulados de

²⁰ Cfr. GUASTINI, R., "Reglas constitutivas y gran división", *Lezioni sui linguaggio giuridico*, G. Giappicheli Editore, Turin, 1985.

SEARLE, que como se constató no parten de condicionar el significado de las palabras a su uso, no son compartidos por la escuela genovesa, ya que una de sus premisas básicas es precisamente la aceptación de que las consideraciones sobre teoría del significado y teoría del lenguaje no son importantes para la teoría del Derecho; esto sumado, por supuesto, a la diferenciación entre formulaciones normativas, es decir, los textos, y las normas o formulaciones interpretativas, de la que se desprende que una formulación normativa se transforma en una norma a través de los enunciados interpretativos de adscripción desarrollados por los jueces y los juristas. El propio GUASTINI llegó a sostener que la teoría de la interpretación no necesita de teoría del significado alguna.

Para este autor italiano, las teorías cognitivistas proponen que los enunciados interpretativos de la forma *X significa Y* poseen valor de verdad. En consonancia, para los cognitivistas aquello que hace verdadero a un enunciado interpretativo o bien es el significado literal, desprendido del lenguaje cotidiano compartido por la comunidad, o bien es la intención de la autoridad. No obstante, resalta que ambas propuestas no son más que propuestas de interpretación normativa, es decir, están dirigidas a proponer, *ex ante*, cómo debería ser concebido el Derecho o, *ex post*, para criticar cómo ha sido concebido por un jurista o un juez. De esto se colige que el cognitivismo, según esa concepción, sea falso y normativo.

Como se puede observar, lo que esencialmente GUASTINI coloca como cortapisa a la tesis de SEARLE son las bases de su teoría de la interpretación jurídica. Precisamente, SEARLE desconoce el valor de la interpretación cuando propone una serie de enunciados con significados apoyados en puntos de vista predefinidos por él, a fin de hacer válidas sus conclusiones, sin admitir la posibilidad real de que esos enunciados sean interpretados desde diferentes puntos de vista (interno y externo) y, como consecuencia, supongan valores semánticos diferenciados.

El segundo ataque de GUASTINI se centra en el discurso que versa sobre los conceptos regla constitutiva y hecho institucional. A estos pendientes se dedicarán las reflexiones que siguen.

V. La cuestión de las reglas constitutivas

La dicotomía entre lo descriptivo y lo prescriptivo que SEARLE quiere desdibujar con su teoría del lenguaje es equivalente a la distinción entre proposiciones y normas, es decir, en tanto las proposiciones son el contenido de significado de los enunciados utilizados en la formulación de conocimientos y en la

transmisión de informaciones, las normas son el contenido de significado de enunciados que son utilizados a fin de dirigir comportamientos y actitudes.

En otros términos: semánticamente, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas; en cambio, las normas no pueden ser incluidas en esta posibilidad. Este esclarecimiento es trascendental, pues como ha puesto de relieve GUASTINI,²¹ SEARLE ha enfocado su ataque a la dicotomía referida *supra* y a las consecuencias que de ella se segregan, apelando al ambiguo concepto de regla (o norma) constitutiva, la que se contrapone al concepto de regla (o norma) regulativa. Solo a modo de ilustración, es dable resaltar que esta clasificación normativa de SEARLE tiene un punto de similitud notable con la teoría normativa de ROSS,²² en cuya obra se explica la distinción apelando a un ejemplo (que ha devenido clásico) que contrapone la naturaleza de las reglas que ordenan la actividad de parqueo de los automóviles (regulativas) y las reglas que rigen el juego de ajedrez (constitutivas).

Para SEARLE, las reglas constitutivas crean o definen nuevas formas de conducta, son una actividad cuya existencia es dependiente de ellas desde un punto de vista lógico, de lo que se puede concluir que estas reglas resultan inviolables, ya que su vulneración desnaturalizaría la conducta o actividad a la que se refieren. Por ejemplo, las reglas de un juego crean por sí mismas la posibilidad de jugarlo, en cuanto que la actividad lúdica está constituida por la actuación de acuerdo con las reglas apropiadas, para lo que debe precisarse que con la expresión *actuación de acuerdo con las reglas* no solo alude a las reglas que establecen las posibilidades de actuación en el juego, sino también a las reglas que clarifican el objetivo del juego.²³

²¹ GUASTINI, R., "Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra", *Revista de Ciencias Sociales*, No. 25, Universidad de Valparaíso, 1984, pp. 297-315.

²² La propuesta de Ross para distinguir entre reglas constitutivas y regulativas hace referencia a la relación de las reglas con la actividad a la que se refieren. En un conocido ejemplo, este autor apuntó: "Aparcar un coche es una actividad natural; quiero decir con esto que es una actividad cuya ejecución es independiente lógicamente de las reglas que la gobiernan. Los coches eran aparcados antes de que existieran reglas de aparcamiento, y sería un absurdo obvio si yo dijera que no podía aparcar mi coche a causa de no haber reglas de aparcamiento en esa ciudad. En cambio, jugar al ajedrez no es una actividad natural. Jugar al ajedrez es realizar ciertas acciones de acuerdo con las reglas del ajedrez. Las acciones del juego consisten en movimientos que no tienen significado ni propósito excepto el de reglas del ajedrez. Un movimiento se realiza moviendo una pieza de madera sobre un cuadrado. Que la pieza de un peón, y que su cambio de lugar sea un movimiento solo puede entenderse si se interpreta la acción en términos de las reglas del ajedrez". Ross, A., *Lógica de las normas*, Comares, Granada, 2000, pp. 68-69. Para ROSS, las reglas de aparcar son regulativas, mientras que las del ajedrez son constitutivas.

²³ ARRIAGADA CÁCERES, M. B., "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas," *Doxa*, No. 40, Alicante, 2017, p. 97.

Es de resaltar que la preocupación de SEARLE por las reglas constitutivas no es propia de una intención originaria de construir una teoría de las normas, pues lo que persigue es explicar ciertos cuestionamientos de la filosofía del lenguaje, centrados en la relación de las palabras con el mundo y en los significados y la comprensión del discurso. En esta dirección, para SEARLE hablar un lenguaje es tomar parte en una forma de conducta compleja gobernada por reglas, lo que entraña la necesidad de identificar a las reglas constitutivas y establecer su distinción con las reglas regulativas, pues un acto de habla tiene el significado que exhibe, precisamente, porque existen reglas constitutivas que determinan que sea ese significado, y no otro, el que efectivamente debe exhibir.

En consonancia, las reglas constitutivas no solo regulan, ya que también definen y crean, es decir, constituyen y regulan una actividad cuya existencia depende lógicamente de ella. En síntesis, las reglas constitutivas crean o definen nuevas formas de conducta (no son esquemas de valoración de comportamiento); pueden ser parafraseadas naturalmente de la forma *X cuenta como Y en el contexto C*, donde *Y* es un término de especificación, no de apreciación (tienen forma sintáctica identificativa, no deóntica, y no son parafraseables como imperativos); y pueden aparecer como una verdad analítica basada en el significado de la actividad que ellas definen, porque tienen un carácter casi tautológico. Son estas características las que permiten la diferenciación entre reglas constitutivas, que como ya se dijo también regulan, y reglas puramente regulativas.

El hecho de que las reglas constitutivas también regulen no puede ser interpretado, en la cadencia explicativa de SEARLE, con la afirmación de que las reglas constitutivas sean, a la vez, reglas regulativas, tal como postuló BULYGIN.²⁴ Lo que SEARLE está diciendo es que las reglas que constituyen actividades también regulan esas actividades. Sin embargo, la manera en que esto opera no queda del todo explicada en su obra. El hecho de que no lo explique, tal como ha explicado la profesora ARRIAGADA CÁCERES, “es un indicio de que el criterio para distinguir tipos de reglas no es el modo en que estas se relacionan con la actividad a la que se refieren sino el tipo de actividad referida por las reglas”.²⁵ Esto puede ser constatado si se analiza la conexión que existe entre la distinción de reglas puramente regulativas y constitutivas y la de hechos brutos (cuya existencia no depende lógicamente de la existencia de ninguna regla, aunque pueden ser regulados por reglas regulativas) e institucionales (solo pueden existir dentro de las instituciones humanas y su existencia depende lógicamente de la existencia de una regla o sistema de reglas constitutivas). Esta idea es fundamental para entender la crítica de GUASTINI a la que se hará referencia un poco más adelante.

²⁴ BULYGIN, E., “Sobre las normas de competencia”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 485-498.

²⁵ ARRIAGADA CÁCERES, M. B., “Normas de competencia...”, ob. cit., pp. 97-98.

En las acotaciones críticas que realiza GUASTINI a la propuesta de SEARLE destaca lo relativo al concepto de hechos institucionales. Por esta razón se exponen a continuación los tres elementos definitorios que le son característicos.

- a) La intencionalidad colectiva, esto es, aquel tipo de estado mental intencional que se tiene solo en tanto que compartido con otros individuos.
- b) La asignación de funciones de *status*, es decir, la imposición de una función a algún objeto u hecho previamente existente, con la peculiaridad de que las características físicas de ese objeto no bastan por sí solas para cumplir esa función, sino que es necesaria la intencionalidad colectiva continuada al efecto. Se tiene un hecho institucional si y solo si se asegura a un cierto tipo de objeto, por intencionalidad colectiva, una función que el objeto no está en condiciones de cumplir por su constitución física sino solo en virtud de la aceptación colectiva del hecho de que dicho objeto está en condiciones de cumplirla. SEARLE llama a este tipo de función función de *estatus*, que puede expresarse como *X cuenta como Y en el contexto C*.²⁶
- c) Las reglas constitutivas, que son aquellas que no se limitan a regular un comportamiento ya existente, constituyen su condición de posibilidad (como las reglas de un juego); las reglas constitutivas, a la vez, son los hechos institucionales y describen su estructura lógica, según la fórmula *X cuenta como Y en el contexto C*.²⁷

En atención a lo dicho, SEARLE construye cuatro conclusiones, atendibles a fin de comprender las críticas posteriores, estas son: 1) la representación clásica (dicotómica) no logra dar cuenta de los hechos institucionales; 2) los hechos institucionales existen dentro de sistemas de reglas constitutivas; 3) algunos sistemas de reglas constitutivas incluyen obligaciones, compromisos y responsabilidades; y 4) de algunos de esos sistemas podemos derivar *debe* a partir de *es*.²⁸

V.1. Las observaciones de Guastini

GUASTINI identifica seis pasajes en la argumentación de SEARLE que subyacen a la ya referida ejemplificación a través de la cual intenta refutar la ley de HUME, estos son: 1) la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas; 2) la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, que en palabras de GUASTINI corre paralela a aquella que existe entre reglas regulativas y constitutivas; 3) la

²⁶ SEARLE, J., *La construcción...*, ob. cit., p. 23.

²⁷ ITURRALDE, V., "Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas", *Doxa*, No. 31, Alicante, 2008.

²⁸ SEARLE, J., *La construcción...*, ob. cit., p. 189.

distinción entre lo que significa describir hechos brutos y describir hechos institucionales, lo que supone que las proposiciones que se refieren a hechos brutos y, respectivamente, aquellas que se refieren a hechos institucionales, divergen bajo un perfil importante. Aquí la conclusión relevante es que la descripción de hechos institucionales requiere necesariamente la alusión a las reglas que los constituyen, mientras que la descripción de hechos brutos no lo requiere; 4) como corolario, este pasaje hace referencia a que describir hechos institucionales implica lógicamente la aceptación de reglas constitutivas; 5) la aceptación de reglas constitutivas comporta compromisos, es decir, implica prescripciones; y 6) la descripción de hechos institucionales entraña prescripciones.²⁹

Estos seis pasajes, en correcta descripción de GUASTINI, son el andamiaje de una doctrina metaética que, con mucho ingenio, llama cognitivismo lúdico. Aquí se presenta la crítica más general de GUASTINI al calificar el pensamiento de SEARLE como una especie del género denominado legalismo o formalismo metaético. Esta calificación se desprende del hecho de no ser consideradas por el cognitivismo lúdico las elecciones morales en ocasión de los *juegos*, ya que solo suponen importancia en este sentido las reglas que lo constituyen. Para GUASTINI esto no es aceptable, ya que el concepto juegos no solo se incluye al ajedrez y al fútbol, sino también a las instituciones sociales, la ética difundida y los ordenamientos jurídicos, cuyo funcionamiento no puede reducirse a esquemas dotados de tal rigidez.

Con independencia de esta crítica genérica, GUASTINI concibe una serie de puntos débiles en la teoría de SEARLE, girando todos ellos alrededor del concepto regla constitutiva, las que según el genovés, son para su contrario fragmentos del lenguaje dotados de la mágica virtud de construir entidades del mundo extralingüístico, es decir, de construir hechos institucionales. Precisamente, todos los esfuerzos de GUASTINI se incardinan a la negación del *aura or magic* de las reglas constitutivas, para lo cual utiliza, a nuestro juicio de manera efectiva, parámetros teóricos sobre los límites del lenguaje. Para este propósito pone toda la disertación de SEARLE frente a una disyuntiva relativa a lo controversial que resulta que una regla (constitutiva), en tanto fragmento del lenguaje, pueda ser algo extralingüístico. Podemos adelantar ahora como conclusión que para GUASTINI el concepto de regla constitutiva de SEARLE es inconsecuente con los fundamentos clásicos de la teoría del lenguaje.

Resumidamente, GUASTINI recrea, respecto a las reglas constitutivas en SEARLE (*vid.* el apartado anterior), las siguientes cuestiones paradójicas:

- a) Las reglas constitutivas no son prescriptivas según la definición de SEARLE, y sin embargo las denomina reglas. Aquí yerra SEARLE cuando razona que

²⁹ GUASTINI, R., “Reglas constitutivas...”, *ob. cit.*, p. 270 y ss.

la forma sintáctica de las reglas constitutivas condiciona su contenido semántico, pues es lógicamente posible que un enunciado indicativo no deóntico pueda expresar un significado prescriptivo.

- b) La inviolabilidad de las reglas constitutivas depende del lenguaje y no del mundo, ya que las convenciones semánticas en virtud de las cuales operan no pueden transformarlas en prescripciones no prescriptivas, es decir, en reglas mágicamente inviolables.
- c) Las reglas constitutivas no son reglas analíticas, pues la interpretación de SEARLE que así lo afirma confunde dos niveles distintos del lenguaje, estos son, el lenguaje prescriptivo de las reglas y el metalenguaje descriptivo con que se habla de ellas.
- d) En cuanto a la definición de las reglas constitutivas, SEARLE no distingue entre la aceptación de las reglas y el conocimiento de estas. De este desconocimiento se desprende la no comprensión de SEARLE de la naturaleza prescriptiva que pueden adoptar las reglas constitutivas.³⁰

Ciertamente, SEARLE no muestra un concepto unívoco de reglas constitutivas, ya que desarrolla tres acepciones de constitutividad que hacen que su formulación sea muy ambigua, pues ciertamente, y atendiendo a lo explicado *supra*, la explicación que recrea es tendente a generar tres tipologías de reglas constitutivas que entre sí muestran síntomas de heterogeneidad, estas son: 1) reglas constitutivas por metonimia, en cuanto pertenecen a sistemas normativos que condicionan la posibilidad de nuevas formas de comportamiento; 2) reglas constitutivas en el sentido de definiciones estipulativas que confieren significado a términos incorporados en otras reglas que forman parte del sistema normativo referido; y 3) reglas constitutivas que dan sentido a comportamientos cuya posibilidad es independiente de las reglas. Tal como explicó GUASTINI, los sistemas descritos en 1 generalmente integran reglas de los tipos 2 y 3.

Esta ambigüedad de SEARLE es, a mi entender, letal para sus propósitos, ya que uno de los fundamentos de la teoría del lenguaje, y de la concepción de cientificidad que sobre ella se construye, es precisamente la rigurosidad. Al esbozar argumentos ambiguos, su discurso sobre la posibilidad de concebir ejemplos de ruptura de la ley de HUME, de compaginación entre el uso prescriptivo y descriptivo de lenguaje, pierde solidez y es vulnerable ante una crítica que pretenda fijar límites conceptuales precisos, tal cual ha hecho GUASTINI. Cabe preguntarse entonces que, si el concepto de regla constitutiva es ambiguo, ¿cómo puede ser utilizado como argumento epistémico para superar la gran división?

³⁰ *Ibidem*, pp. 284-286.

VI. Los hechos brutos y los hechos institucionales

Otro flanco de ataque identificado en el texto del iusfilósofo italiano corresponde al segundo de los pasajes que puntualiza respecto a la obra de SEARLE, a saber: la diferenciación entre hechos brutos y hechos institucionales, partiendo de comprender que entre ambos existe una divergencia en cuanto a sus estatutos ontológicos, y que los segundos, al estar constituidos por reglas, son sucesos de los cuales no es posible hablar sin la previa aceptación de las reglas. Al igual que en lo que concierne a las reglas constitutivas, GUASTINI reclama que el concepto de hecho institucional adolece de ambigüedad, pudiendo derivarse de la explicación de SEARLE dos posibles acepciones, una que califica de institucional un hecho (y un acto también) que no depende de las reglas que conforman un sistema normativo, es decir, un hecho cuya existencia es posible con independencia de la regla, ya que esta solo funge como un instrumento de calificación normativa respecto al hecho (calificado), o lo que es lo mismo, la regla da sentido al hecho, circunstancia que, descriptivamente, puede realizarse para GUASTINI tanto en relegación del sentido que da la regla, lo que él llama *hecho desnudo* (Ticio se ha sacado el sombrero) como incorporándolo en el ejercicio descriptivo, lo que entraña una referencia conjunta a hechos y a una regla desde un ángulo metalingüístico (Ticio ha saludado);³¹ y otra que califica de institucional a un hecho que depende de un sistema normativo, esto es, que no sería posible con independencia de ese sistema normativo, lo que supone que solo pueda ser descrito de conjunto con las reglas que componen dicho sistema.

Esta última acepción, que puede ser denominada hecho institucional en sentido estricto, es objeto de una aclaración analítica de GUASTINI, que amerita mucha atención y que consiste en salvar la confusión en la que incurre SEARLE al no distinguir entre el hecho institucional y la institución en sí misma. La solución de este dislate tiene importantes beneficios lógicos, pues ciertamente son cosas distintas la institución, como sistema normativo constitutivo, y los hechos institucionales, en tanto actos que se constituyen por el uso de una o varias de las reglas del sistema que conforma la institución, o como hecho resultante de su aplicación. En dos palabras, tales reglas no producen hechos institucionales, ya que solo son condiciones de posibilidad de estos. Como inmejorablemente sostiene GUASTINI, uno es un sistema lúdico, la otra es una actividad lúdica.³²

En sentido general, es apreciable que GUASTINI reclama a SEARLE el hecho de que su teoría resulta innecesariamente metafísica, lo que según el autor genovés conduce a una duplicación del mundo, también innecesaria, a través del lenguaje. En efecto, para SEARLE es fundamental el presupuesto ontológico

³¹ *Idem*, p. 282.

³² *Idem*.

según el cual en el mundo existen hechos brutos y hechos institucionales. No obstante, este presupuesto ontológico no consiste solamente en afirmar la existencia de reglas constitutivas y reglas regulativas, pues además sostiene que los hechos institucionales no son reducibles a hechos brutos. En comparación con la teoría desarrollada por ROSS, cierto es que este autor también distingue estas tipologías de reglas y las actividades naturales de las actividades institucionales, pero a diferencia de SEARLE, y en esto lleva razón GUASTINI, su pensamiento no sugiere de ningún modo que las actividades institucionales sean ontológicamente distintas de las naturales, ya que aquellas son simplemente acciones a las cuales las reglas constitutivas confieren un significado, esto es, acciones que son interpretadas a través de reglas.

Particularmente, y como corolario de esta crítica general de GUASTINI, entiendo que el concepto de hecho institucional que presenta SEARLE es ambiguo, por cuanto no queda esclarecido si un hecho institucional es un conjunto de reglas constitutivas o si su existencia supone la existencia de un conjunto de reglas constitutivas. Esta ambigüedad entraña un peligro notable, pues si para SEARLE la noción de hecho institucional se identifica con la primera de las variables presentadas, tal como se puede interpretar en varios pasajes de su exposición, se produce una confusión entre las instituciones jurídicas con las reglas que las crean.

Como se ha podido constatar, las críticas de GUASTINI son, a la vez que certeras, esclarecedoras. Con el estudio de los textos indicados se puede sistematizar el aparato categorial básico de la teoría del lenguaje y su trascendencia en la construcción de una teoría coherente de las normas jurídicas. Como ya dije, entiendo que el problema central de las tesis de SEARLE es la no conjugación de esquemas de rigor que permitan que las conclusiones a las que arriba sean del todo sistémicas respecto a las premisas que asume. GUASTINI, en buena técnica, no hace más que identificar ambigüedades en las conclusiones de SEARLE.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: un encuadre jurídico de su concepción autónoma

Amed RAMÍREZ SÁNCHEZ*

I. Ideas introductorias

Vivir en responsabilidad constituye un imperativo de convivencia social históricamente condicionado, con fundamento en un canon moral determinado, que plantea la tensión entre intereses individuales y generales.¹ Las actitudes morales de la sociedad marcan una ética de la responsabilidad basada en la confianza, soportada en las necesidades de certidumbre y seguridad de los fenómenos sociales. En correspondencia, la confianza es una necesidad de la relación de las personas con respecto a una determinada comunidad de sujetos y a su entorno; por ende, con el objetivo de generar confianza en las relaciones hombre-hombre y las relaciones hombre-mundo, las reglas de comportamiento social se expresan en cánones morales. A partir de ellas, la ética se nutre a fin de caracterizar un estándar de moralidad acorde con los principios y valores de cada época, contexto y tipologías de relación social, asentada como experiencia histórica y revalorada de conformidad con las tendencias de cada fenómeno actual o perspectiva de manifestación futura.²

Esta necesidad se transforma en deber individual cuando una determinada práctica se asume como modelo de conducta social, constituyendo principios de actuación que limitan el ejercicio de las dinámicas sociales. La responsabilidad emerge como un rasgo relevante de la conducta social con un doble dimensionamiento: primero, como máxima de actuación según los límites

* Doctor en Ciencia Jurídica. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Miembro de Número de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo (SCDCyAd) y de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal (SCDP) de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). amed@lex.uh.cu, orcid.org/0000-0003-2119-4273.

¹ Cfr. ALEXY, Robert, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, vol. 25, No. 1, Blackwell Publishing, Oxford, Malden, 2012, pp. 2-14.

² Cfr. WEBER, Max, "The Profession and Vocation of Politics", en Quintin Skinner (ed.), *Weber Political Writings*, Cambridge Texts in The History of Political Thought, Estados Unidos, 1994, p. 361 y ss.; SWEDBERG, Richard and Ola AGEVALL, *The Max Weber Dictionary. Key Words and Central Concepts*, Second Edition, Stanford Social Sciences, Stanford, California, 2016, pp. 121-122.

aceptados por la colectividad y, segundo, como consecuencia de su trasgresión, cuyos efectos vulneran la confianza colectiva. Se aduce que la responsabilidad es una utopía de lo realizable,³ pues ante la incertidumbre del futuro, determina reglas previsoras y mecanismos de reacción frente a las violaciones no deseadas de tales reglas, vinculantes para toda la sociedad. Las consecuencias de esta práctica histórica han replicado en cada sector de la sociedad, impregnado a las diversas esferas de actuación de la actividad humana, primero, como factor de delimitación de las reglas generales de convivencia social, y luego como fundamento de composición de los diversos conflictos que ponen en tensión a los intereses y derechos individuales entre sí, o de estos con la gestión del interés colectivo.⁴

Desde su concepción lingüística, el término responsabilidad es un concepto polisémico, con múltiples significados,⁵ de acuerdo con los roles de su utilización en las relaciones sociales. Desde el perfil del Derecho,⁶ la responsabilidad resulta un principio general⁷ que plantea una reacción del ordenamiento jurídico como consecuencia de la violación caracterizada por deberes y obligaciones preexistentes.⁸ Su desarrollo ha resultado de una constante y disímil evolución, de conformidad con las características de los sistemas jurídicos

³ Cfr. JONAS, Hans, *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, p. 342 y ss.

⁴ Cfr. HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 212 y ss.

⁵ Cfr. voz "Responsabilidad": 1. f. Cualidad de responsable. //2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. // 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. // 4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en <https://dle.rae.es/responsabilidad>

⁶ Voz "Responsabilidad": 1. Gral. Obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien se deriven aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia. //2. Eur. Relación jurídica que se genera entre la Unión Europea o un Estado miembro, de una parte, y la Unión Europea, un Estado miembro o un particular, de otra, como consecuencia de la violación por los primeros de obligaciones derivadas de una norma jurídica que genera un daño en los segundos. Cfr. *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad>

⁷ Sobre la concepción de los principios generales del Derecho, cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Manuel Atienza y Isabel Espejo (trad.), Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 81 y ss.

⁸ Cfr., sobre los diferentes roles de la responsabilidad, CORLETT, J. Angelo, *Responsibility and Punishment*, Third Edition, Springer, Dordrecht, 2006, p. 14 y ss.; HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, reimp., Oxford University Press, 2008, p. 211 y ss.; CANE, Peter, "Role Responsibility", *The Journal of Ethics. An International Philosophical Review*, September 2016, Volume 20, Issue 1-3, Springer, Holland, p. 280 y ss., disponible en 10.1007/s10892-016-9235-8

comparados, *v. gr.*, el *Common Law*,⁹ desde donde emanan criterios análogos a los de la responsabilidad del sistema romano-germano-francés. La configuración del principio se orienta sobre un carácter sistémico, que combina normas de conductas, reglas para la imputación y juicios para su aplicación. Tales normas pueden ser valoradas tanto desde contextos históricos pasados como desde escenarios contemporáneos; así como desde referentes jurídicos comparados, o con miras en los valores propios y tradiciones culturales propios o compartidos de cada Estado o región. Su generalización se ha extendido a las diversas ramas del ordenamiento jurídico, con independencia de los sistemas y clasificaciones; de ahí que puede hablarse de responsabilidad penal, administrativa, política, civil, como derivaciones concretas en las diversas ramas del ordenamiento jurídico. También puede dimensionarse las facetas contractual y extracontractual de la responsabilidad, según la naturaleza de la relación jurídica de las cuales surgen las obligaciones.

Aparejadas a esta última división, se han desarrollado dos vertientes de acuerdo con su configuración, en un tránsito desde fórmulas de imputación indirectas a directas, en relación con el sujeto al que se dirige el ejercicio de la acción indemnizatoria. De igual forma se ha producido una ampliación de los esquemas de imputación desde supuestos subjetivos a sistemas objetivos generales o compartidos, de acuerdo con el anclaje de la legalidad adoptada: si es de medios y procederes del agente dañoso, o de resultados sobre la posición jurídica de la víctima.

En consecuencia, cada rama del ordenamiento jurídico ha elaborado su propio sistema de responsabilidad sobre la base de los dos grandes sistemas aludidos anteriormente. De la impronta del Derecho civil se ha nutrido el ámbito del Derecho mercantil y otros segmentos. Desde una perspectiva internacional se habla hoy de la responsabilidad en el Derecho internacional. En el ámbito interno puede hablarse de la responsabilidad política, vinculada a las relaciones de poder y a la teoría del Derecho constitucional.

Desde el enfoque del empleo a las personas en sus diversas categorías ocupacionales y estatutarias, la responsabilidad disciplinaria, como expresión del ejercicio de esta potestad, es uno de los subsistemas de mayor importancia, por su carácter transversal. La responsabilidad se configura en multiplicidad de regímenes jurídicos para los usuarios de servicios públicos. Desde este punto de vista, comparte en la actividad administrativa con el sistema de responsabilidad sancionadora, en el ejercicio común del poder punitivo de la Administración pública. En la propia actividad administrativa, desde el perfil

⁹ En este orden emergen conceptos, *v. gr.*, los de *responsability*, *liability*, y en este sentido, la conformación de la *attribution*, la *accountability* y la *liability*, dentro la cual se distingue la *tort liability* y la *strict liability*.

reparatorio, la responsabilidad ha tenido un desarrollo en instituciones relevantes como la expropiación forzosa y los efectos derivados de las técnicas de delimitación de derechos. En esta rama se asienta el desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (en lo adelante RPAP), la cual sirve de hilo conductor a la investigación.

El análisis que se acomete parte del núcleo dogmático de la responsabilidad extracontractual, anclado a sus bases primigenias más aceptadas en el referente del capítulo III de la *Lex Aquilia* romana y la noción de la culpa de la persona física como eje central de la responsabilidad extracontractual.¹⁰ La significación de este hecho determinó el tracto que colmó en el Código civil francés de 1804,¹¹ con la codificación del sistema moderno de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, adentrada la segunda mitad del siglo XIX, la realidad social de la época determinó la necesidad de reglas especiales sobre responsabilidad para otros campos, *v. gr.*, los de las relaciones laborales, a propósito de las transformaciones de la actividad industrial y de las relaciones de Derecho público.¹² En tales esferas no tardó en emerger la falta de encuadre del régimen jurídico privado para regular dichas actividades, así como la insuficiencia de la culpa, su eje principal, para abarcar la totalidad de situaciones lesivas generadas por los riesgos. Luego de más de dos siglos de promulgación del *Code* francés, la responsabilidad extracontractual, a partir de la impronta del Derecho civil, representa una dimensión de la responsabilidad como institución básica del ordenamiento jurídico. De ello resulta un supraconcepto jurídico,¹³ con desarrollo en sus diversas ramas, atendido a los niveles primarios de su elaboración y aplicación.

¹⁰ Cfr., por todos, SAVIGNY, Friedrich Karl VON, *Sistema de Derecho Romano actual*, t. II, trad. pos Jascinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, pp. 82-83.

¹¹ LEGRAND, Édouard, "Étude sur la loi Aquilia. Droit français Étude sur la responsabilité civile en matière de délits et quasi-délits", *Thèse pour le doctorat*, Université de France, Paris, Francia, 1872, pp. 20-68; CHIRONI, G., *La culpa en el derecho civil moderno*, t. I, trad. de la 2ª ed. italiana por A. Posada, Reus, Madrid, 1928, p. 31 y ss.

¹² Cfr. FORSTHOFF, Ernest, *El Estado de la Sociedad Industrial. El Modelo de la República Federal de Alemania*, trad. pos Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1975, pp. 173-189; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La actividad industrial y mercantil de los Municipios", *Revista de Administración Pública*, No. 17, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 87-138.

¹³ Al respecto de la noción de la responsabilidad como supraconcepto, cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001, p. 437 y ss.; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastian, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, España, 1996, p. 47 y ss; 70 y ss.; GERBER, Carl Friedrich, *Diritto Pubblico*, trad. pos P. H. Luchini, del original de 1880, Giufrè Editore, Milano, 1971, p. 34 y ss.; y DÍAZ SASTRE, Silvia, "La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho Público", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, UAM, No. 31, Madrid, España, 2015-I, pp. 105-135.

En el ámbito del Derecho público, la responsabilidad simboliza la subordinación del Estado al ordenamiento jurídico, de conformidad con su calidad como sujeto de Derecho. Se entrelaza —en la construcción de Karl LARENZ— al concepto clave o idea general de Estado de Derecho —de la Teoría del Derecho público alemán¹⁴— y sus recientes mutaciones, como principio esencial en el Estado constitucional y conquista de los ciudadanos. La responsabilidad ha devenido elemento de calidad democrática ante el ejercicio de los poderes del Estado, particularizado en reglas especiales de Derecho público bajo la imperatividad de la legalidad o juridicidad administrativa, el control, la legitimación democrática y la realización y garantía de los derechos.

En la esfera de las relaciones jurídico-administrativas, la responsabilidad es un sistema que imbrica a varias instituciones. Desde la perspectiva del ejercicio de potestades administrativas se encuentran aquellas que habilitan la imputación hacia conductas del ciudadano (actividad sancionadora o disciplinaria de los empleados públicos). De igual forma, desde el tronco común de las indemnizaciones de Derecho público (expropiación forzosa y RPAP) se articulan garantías de los ciudadanos contra las actuaciones del poder público (procedimiento, recursos y proceso administrativos) y vincula su responsabilidad.¹⁵

Como parte del sistema de responsabilidad del Derecho administrativo, la RPAP se sustenta en un concepto elaborado con el objetivo de describir, explicar y ordenar los atributos inherentes a la realidad de las relaciones jurídico-administrativas, en las cuales se genera la lesión a un derecho o interés legítimo, con motivo del desarrollo del funcionamiento público (*en su visión genérica y administrativa en un sentido estricto*). La noción de RPAP verifica esta premisa y se fundamenta en la existencia del derecho a no soportar sacrificio ilegítimo atribuible a la intervención administrativa por la ilicitud de sus consecuencias.¹⁶ A partir de su sistematización, se da paso al denominado

¹⁴ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 44-45. Así mismo, desde la perspectiva europea contemporánea, BOGDANDY, Armin VON y Michael IOANNIDIS, “La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, No. 165, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, julio-septiembre, 2014, pp. 19-64.

¹⁵ Por ello, como bien acuñara desde mediados del siglo pasado LEGAZ Y LACAMBRA, “un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos es esencial a la existencia del Estado de Derecho”. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “El Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, No. 6, 1951, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, p. 30.

¹⁶ Sobre su funcionalidad en el diseño democrático de las sociedades actuales, como bien sostiene MIR PUIGPELAT, “[...] es una institución clave del Estado de Derecho, una garantía fundamental de los ciudadanos ante la maquinaria administrativa, [...] y que, sobre todo, condiciona de manera fundamental el nivel de seguridad y de calidad en la prestación de los servicios públicos y, en general, en la actuación administrativa”. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 1ª ed., Civitas, España, 2002, p. 292.

Derecho de la responsabilidad administrativa, con base en su autonomía en relación con la responsabilidad civil, como uno de los institutos jurídicos más relevantes en el espectro de técnicas del Derecho administrativo para evitar la interdicción del poder público.¹⁷

Desde el punto de vista de su evolución histórica, la RPAP ha recorrido un camino amplio, que ha ido desde la irresponsabilidad del poder público hasta los días que corren, que muestran una fisonomía muy diferente de aquella irresponsabilidad. Los debates más actuales en torno a la evolución de la RPAP han decursado hacia una postura unitaria de la imputación directa y objetiva, que ha pretendido superar los esquemas binarios de responsabilidad por falta y responsabilidad sin falta, sin que ello haya podido establecerse. No obstante, si bien puede afirmarse el carácter generalizado de la responsabilidad directa, no puede sostenerse la misma idea en relación con la responsabilidad objetiva. A pesar de significar una tendencia, sobre todo en el contexto iberoamericano, no puede afirmarse su generalización teórica y mucho menos en el orden práctico. Los vaivenes teóricos de la actualidad se debaten entre un modelo bifronte de responsabilidad y uno unitario del deber de responder de la Administración pública con base en la teoría objetiva.¹⁸

En el orden normativo se definen leyes especiales de RPAP o generales de ordenación procedimental, orgánicas, de servicios públicos o de otras instituciones del Derecho administrativo, bien desde ámbitos generales, territoriales y sectoriales, que complementan las bases constitucionales de los sistemas de RPAP vigentes en cada ordenamiento jurídico. De este panorama se vislumbran polémicas de actualidad en cuanto al carácter público o privado de sus fuentes formales de desarrollo, que determinan su autonomía, así como

¹⁷ Cfr. EISENMANN, Charles, “Sur Le Degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques. La Soumissions de cette responsabilité á un droit autonome ‘est elle le principe?’”, en *Écrits de droit administratif*, Dalloz, Paris, France, 2013, p. 390 y ss.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 195, Madrid, España, 2020, pp. 155-192; ALEGRE ÁVILA, J. M., “¿La legislación preconstitucional, parámetro de integración de las prescripciones constitucionales?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 196, 2019, Madrid, España, pp. 307-336; MIR PUIGPELAT, Oriol, “La garantía constitucional de la Responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, No. 213, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, 2020, pp. 29-47, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>; ROMERO REY, Carlos, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un palimpsesto”, *Revista de Administración Pública*, No. 213, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, 2020, pp. 13-27, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.01>; CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de algunas cuestiones que debaten Civilistas y Administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, No. 214, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 11-42, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>

la calidad del contenido regulado, que resulta vago, ambiguo, excesivamente abierto, indeterminado y asistémico, en muchos casos.¹⁹

En el plano práctico, como correlato de las polémicas teóricas y normativas, se constatan puntos de asistematicidad a partir de la insuficiencia de criterios interpretativos de atributos importantes del concepto RPAP (daño y nexo causal). En los instrumentos jurídicos procesales de referentes comparados se verifican imitaciones relativas a la configuración del título de imputación objetiva en el *test* de responsabilidad, de base subjetiva; criterios extensivos a la imputación de fórmulas de gestión indirecta y del aseguramiento de la responsabilidad.²⁰ Sin embargo, a día de hoy no puede pensarse que el estudio teórico de la RPAP ha colmado sus posibilidades de desarrollo; por el contrario, la redefinición de sus elementos configuradores ante las mutaciones de las relaciones entre el poder público organizado y el ciudadano hace de este un terreno donde aún puede aportarse al debate consideraciones novedosas.

II. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el encuadre social de las relaciones Estado-ciudadanos

La necesidad de un sistema de RPAP es un hecho innegable en cualquier contexto democrático. En ese orden, el rol de la actividad administrativa emerge como un aspecto relevante en la comprensión de la relación Estado-ciudadano. Para ello es necesario que la Administración pública actúe. Pero si un ciudadano sufre un perjuicio a consecuencia de su actividad, debe responder por ello. Con tales premisas, este epígrafe abordará los aspectos jurídicos de la concepción teleológica funcional de la RPAP.

Cualquier enfoque actual debe tomar en consideración los conceptos en los cuales se despliegan los pasos de la investigación. En tal sentido, se toman como base estos aspectos para enmarcar el ámbito de su desarrollo y la ordenación de los aspectos jurídicos que la estructuran. Este hecho permitirá una comprensión de las variables sobre las cuales se concibe la satisfacción del objetivo general. Afín con la necesidad de introducir los conceptos teóricos generales, relativos a los factores antes expuestos, este epígrafe pretende señalar las claves para la comprensión y ubicación de la RPAP en el conjunto de técnicas del Derecho administrativo, como garantía de los ciudadanos.

¹⁹ Sobre las tendencias iberoamericanas cfr., por todos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *et al.* (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, t. I y II, 1^ª ed., Universidad Panamericana & Express, México, 2014.

²⁰ Cfr. sobre todos, DEGUERGUE, Maryse, "Promesses, renseignements, retards", en *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, Paris, Francia, 2015, pp. 1-34; CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de algunas cuestiones...", ob. cit., pp. 11-42, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>

Cualquier abordaje teórico sobre la concepción de la RPAP implica una comprensión integral de las condicionantes históricas, políticas, culturales y jurídicas del desarrollo de la sociedad humana y sus modelos de organización política. Ello ha estado marcado por dos factores: por un lado, la concepción de la responsabilidad como un requisito de convivencia social, y por otro, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Como presupuesto de partida, es necesario comprender algunos puntos esenciales de la concepción, el dimensionamiento y la aplicación del principio de responsabilidad como un requisito de convivencia social.

Una primera clave en este sentido lo constituye la concepción de la responsabilidad como un concepto básico y general para el Derecho.²¹ El despliegue del principio de responsabilidad ha transitado, desde el lenguaje común hasta el lenguaje jurídico, hacia la protección en diversos planos de las relaciones sociales. De este aspecto destaca la polivalencia del Derecho, en tanto regulador de tales relaciones.²² Por ello, el acercamiento a la responsabilidad solo puede lograrse a partir de su dimensionamiento.

La responsabilidad se manifiesta en diversos roles, asegurando competencia o atribución de una persona, confirmando un deber, previendo una garantía, caracterizando la actuación de un sujeto y derivando consecuencias jurídicas de actos contrarios al Derecho.²³ De tan complejo y diverso dimensionamiento solo puede extraerse una idea general: las personas deben manifestarse de forma responsable, asumiendo los roles que sus ámbitos de actuación le imponen, bien sean personas naturales (físicas) o jurídicas (morales).²⁴ Por ello, la responsabilidad es un principio de actuación social, expresión de la adaptación del Derecho a las formas de convivencia humana.

Desde el punto de vista histórico, las exigencias sociales de la responsabilidad han sido enfocadas desde el rol de las consecuencias por hechos y actos. El punto de partida ha estado en una perspectiva punitiva, en la cual las reglas de conducta moral y el Derecho protegen los bienes jurídicos más importantes de las personas (vida e integridad física, libertad, propiedad). De este enfoque han emanado

²¹ Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología...*, ob. cit., p. 165 y ss.

²² Cfr. CANE, Peter, *Responsibility in Law and Morality*, Hart Publishing, Portland, Oregon, Estados Unidos, 2002, pp. 1-28; ALEXY, Robert, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, vol. 25, No. 1, Blackwell Publishing Ltd., Oxford, United Kingdom, 2012, pp. 2-14; DURAN, Patrice, "La Responsabilité Administrative au Prisme de L'action Publique", *Revue Française d'Administration Publique*, No. 147, 2013/3, Ecole Nationale d'Administration, Paris, Francia, 2013, pp. 589-602.

²³ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 1993, pp. 115-144.

²⁴ Sobre los diferentes roles de la responsabilidad cfr. HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility...*, ob. cit., p. 211 y ss.; CANE, Peter, "Role Responsibility", ob. cit. ult., p. 280 y ss., disponible en 10.1007/s10892-016-9235-8 [consultado en fecha 5 de julio de 2017].

ciertas manifestaciones no punitivas, pendientes, en principio, de un sentido patrimonialista, cuya expansión ha asegurado la defensa de todos los derechos.

En este primer proceso de derivación, las consecuencias no punitivas de la responsabilidad evolucionaron hacia una perspectiva autónoma. Estas abarcaron una amplia gama de relaciones sociales de intercambio de bienes y servicios, desde la forma de un acuerdo de voluntades, conformado en una figura tipo: el contrato. Además de ello, el desarrollo exigió vincular otra modalidad a esta figura, para proteger las consecuencias lesivas que sobrepasaran sus límites. De esta manera se puede comprender la transición a un segundo proceso de derivación, a la responsabilidad extracontractual, cuya aplicación comenzó siendo excepcional. Esta terminó por convertirse en un sistema amplio y expansivo, conforme se adaptan sus reglas al desarrollo de la sociedad.

Como derivación de la dimensión contractual, la responsabilidad extracontractual ha vinculado de igual modo a todas las personas. En esta dirección, la responsabilidad comprende tanto los actos de las personas jurídicas que actúan en relaciones privadas (Derecho civil, mercantil) como aquellas que obran bajo un régimen de Derecho público. En concreto, ha regulado la actuación del Estado y los órganos que configuran su funcionamiento, en especial, a la Administración pública.

Ahora bien, tomando como base los elementos anteriores, es necesario complementar ese análisis desde el punto de vista de las relaciones Estado-ciudadano, como contexto de realización de la RPAP, a partir de la determinación de los sujetos, el campo de actuación de esta y el régimen jurídico. En esa línea ha de señalarse que el ejercicio del poder político público ha resultado el eje medular del objeto de estas relaciones. Sobre el poder público se articulan un grupo de técnicas, a fin de reconocer la legitimidad del ejercicio de sus potestades, así como de proteger las posiciones jurídicas de las personas, como sujetos de derechos y obligaciones.

Tomar esta idea como guía conceptual y concretarla al ámbito jurídico administrativo, es fundamental para comprender las tendencias históricas del desarrollo de la RPAP, así como para valorar las concepciones contemporáneas y sus perspectivas de desarrollo. En ello ha de destacarse el rol de la Administración pública como parte del complejo entramado de organización y funcionamiento del Estado. Su devenir histórico en las relaciones de poder público ha marcado su carácter como sujeto prominente; “[...] llamada a hacer —en palabras de FORSTHOFF— realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado [...]”.²⁵

²⁵ FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos, España, 1958, p. 30.

Sobre la base de ello, con el objetivo de comprender el rol de la RPAP en el conjunto de técnicas de la organización y funcionamiento de la Administración pública, ha de circunscribirse el análisis en la función administrativa, campo de actuación de la institución. Esta se encuentra llamada a satisfacer los puntos en contacto entre las pretensiones de seguridad jurídica y realización de los derechos de los ciudadanos, con los intereses de soberanía, orden y legitimidad democrática del Estado.

Por ello no puede comprenderse el funcionamiento democrático de las sociedades modernas sino a partir del rol interlocutor en la gestión del interés general atribuido a la Administración pública. Sus formas de actuación, trajes a la medida en cada contexto histórico, adaptan las características de la función administrativa a la satisfacción del interés público, modulando en cada caso el deber de responder del Estado y, en concreto, de la Administración pública ante los ciudadanos. En este eje neurálgico, la RPAP se concibe como una de las manifestaciones históricas del surgimiento y desarrollo del Derecho administrativo, cuya objetividad normativa se concibió como regulador del régimen de organización y funcionamiento de la Administración pública; evolucionando como derecho de equilibrio entre los intereses públicos que defiende la función administrativa y los intereses de los ciudadanos, a tono con la concepción de la RPAP como técnica garante de las relaciones jurídico administrativas.²⁶

Si se vinculan los argumentos hasta aquí reflexionados, relativos a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y la concepción de la responsabilidad como un requisito de convivencia social, se puede comprender como una premisa básica que el Estado, en todos sus poderes públicos, como cualquier sujeto social, resulta responsable en el sentido más amplio de sus roles y, en concreto, por las consecuencias no punitivas, tanto contractuales como extracontractuales de sus actos y hechos antijurídicos. En tal sentido, dada la especial naturaleza de su configuración jurídica, la actuación contractual del Estado resulta un sector minoritario si se compara con la diversidad y amplitud de relaciones extracontractuales que entablan sus poderes, como legitimado para el ejercicio de potestades públicas diversas, reconocidas desde el ordenamiento jurídico. Ello es aplicable, tanto cuando obra en un régimen de Derecho privado en relaciones de igualdad como cuando actúa como sujeto de Derecho público, a partir del ejercicio de las potestades reconocidas.

²⁶ Al respecto, cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, No. 193, enero-abril 2014, Madrid, España, pp. 11-44; GAMERO CASADO, Eduardo, *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, S.L., Granada, España, 2015, p. 50 y ss.; PONCE SOLÉ, Juli, "El Derecho administrativo del siglo XXI", *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, España, octubre 2019, pp. 1-25.

Sin embargo, es en la dimensión extracontractual donde se asienta la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos con mayor calado. Dentro de los poderes del Estado, la Administración pública es la que con mayor frecuencia, amplitud de supuestos y variación en la gravedad de la afectación puede generar consecuencias lesivas a los ciudadanos en su actuación extracontractual, sin obviar las consecuencias lesivas en el plano contractual; por consiguiente, una Administración pública responsable figura como una exigencia del funcionamiento y organización del Estado de Derecho. Su configuración exige la definición de reglas de comportamiento esperado, una atribución de competencias que identifiquen y delimiten la actividad y un enfoque público de sus relaciones jurídicas, así como la previsión de un mecanismo de reacción a los ciudadanos por los perjuicios sufridos en sus derechos e intereses legítimos. Desde una visión iusfilosófica, la responsabilidad patrimonial, al margen de los tradicionales perfiles de la responsabilidad civil y penal, configura un tipo de responsabilidad distributiva ante las afectaciones de los riesgos sociales, devenidos del funcionamiento del aparato estatal, que en palabras de CANE:

“se dirige directamente a proteger el interés que todos los ciudadanos comparten en el bienestar de su sociedad, y a equilibrar estos contra los intereses de ciudadanos en la libertad de acción, seguridad de persona y propiedad, y la promoción de su bienestar como individuos y como miembros de grupos dentro de la sociedad”.²⁷

Sobre la base de lo expresado hasta esta altura, pueden sostenerse algunos criterios que tributen metodológicamente a la comprensión de las líneas de desarrollo de la obra. Como primer aspecto a destacar, la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, asumida en un inicio como responsabilidad civil, y luego como responsabilidad patrimonial, en el ámbito de su autonomía ganada en los predios del Derecho administrativo, constituye uno de los mecanismos más relevantes de la aplicación del principio de responsabilidad en todo el ordenamiento jurídico.

Como centro de su concepción, a lo externo, es la de mayor garantía para los administrados frente al poder, si se compara con otros sistemas de responsabilidad extracontractual de otras ramas del ordenamiento jurídico, con énfasis en la civil, de la cual conquista su autonomía; pues permite ajustar como traje a la medida, las reglas de la responsabilidad a la naturaleza propia de las relaciones jurídico administrativas. Hacia a lo interno del sistema de instituciones del Derecho administrativo permite delimitarla de otras intervenciones de naturaleza patrimonial. Ahora bien, es necesario delimitar la objetividad normativa de esta institución. No todo el cumplimiento de las consecuencias lesivas derivadas de actuaciones formales y materiales, o de inactividad de la Administración

²⁷ CANE, Peter, *Responsability...*, ob. cit. ult., p. 278, trad. propia del autor.

pública, es responsabilidad patrimonial. Aun así, esta comprende una buena parte de los mecanismos reparatorios. De igual modo, sus criterios han servido para ensayar y configurar una teoría de la responsabilidad en los poderes de actuación del Estado, primeramente, en la esfera judicial, y luego, de data más reciente, en la esfera legislativa, con las cuales se relaciona como una garantía de realización del Estado constitucional de derechos.

Y aunque no siempre el Estado o las formas de organización políticas precedentes respondieran patrimonialmente, los antecedentes e hitos históricos de la RPAP, desde los más antiguos referentes romanísticos hasta la actualidad, han ido evolucionando en la búsqueda de mecanismos de fortalecimiento, extensión y expansión. Aunque no pueden asumirse las actuales condiciones de su configuración como invariantes de aquellos referentes históricos, debe dejarse por sentado que la responsabilidad nunca ha estado ajena a la idea del poder, si bien ello no se puede comprender desde las dinámicas de los títulos justificativos que a día de hoy se valoran. La idea de una Administración pública responsable, configurada desde las reglas de las relaciones jurídico-administrativas, se convierte a día de hoy en uno de los pilares de garantía y eficacia del Derecho, asegurando el cumplimiento de la legalidad y la interdicción de la arbitrariedad del poder público. Con ello se cimientan, en definitiva, las bases de una buena actuación no solo administrativa, sino de todos los sujetos en la sociedad. La RPAP propende a una ética de la responsabilidad en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, que se constituye como un eje moral y jurídico de convivencia social.²⁸

III. ¿Qué entender por responsabilidad patrimonial de la Administración pública?

La RPAP se inserta en el entramado de instituciones del Derecho administrativo, a partir de su denominación, concepto y los argumentos de su autonomía. Ello es vital para enfocar su fundamento y sus funciones como concreciones de la variable soporte teleológico-funcional.

A) La denominación y el concepto

Las denominaciones y los conceptos son criterios de concreción teórica de ideas generales, con un alto nivel de uniformidad, que recogen los usos del lenguaje,

²⁸ Cfr. BIGOT, Grégoire, “La responsabilité de l’administration en France. Histoire et théorie”, *Jus Politicum*, No. 8, Francia, 2012, pp. 1-17; ARAUJO-JUÁREZ, José, “El Derecho de la Responsabilidad Pública o del Estado. Antecedentes, Principios Generales y Consolidación”, en Jaime Rodríguez-Arana *et al.* (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, t. I, Express, México, 2014, pp. 25-50.

tanto popular como jurídico. Su basamento se conforma en cánones éticos, políticos, económicos, sociales y culturales de cada contexto. Determinar la validez universal de la denominación de la RPAP y las propiedades de su concepto constituyen exigencias básicas para el análisis que se acomete en esta investigación.²⁹

Desde el enfoque de su denominación, el origen de la RPAP ha de circunscribirse retomando su íter histórico, como una forma de la responsabilidad civil extracontractual. Esta resulta la primera fisonomía de la RPAP, hecho que se expresa en la forma en que el Derecho civil de primera mitad de siglo xx asumiera esa denominación.³⁰ De igual forma, algunos de los modelos de Derecho administrativo europeo mantuvieron una pervivencia de la RPAP como responsabilidad civil de la Administración pública.³¹

Sin embargo, la construcción del *sistema de responsabilité de l'Puissance Publique* desde finales del siglo xix y primera mitad del siglo xx, gradualmente marca una autonomía de la denominación primaria. En los predios del Derecho administrativo se asume una denominación genérica de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, sin hacer diferenciaciones sobre su adjetivación civil o

²⁹ En el mundo de las ciencias jurídicas, los conceptos permiten delimitar contenidos, acciones, efectos de reglas sociales que se juridifican, ya bien de las experiencias y manifestaciones culturales más amplias de cada sociedad, o bien del lenguaje propio de otras ciencias. La atribución de un significado a los procesos y fenómenos jurídicos necesita para su correcta funcionalidad como regla universal, que pueda entenderse bajo las claves de unas denominaciones comunes, que resulten rótulos a contenidos propios, sobre los cuales se estructuran los conceptos. Cfr. CHÉROT, Jean-Yves, "Signification et Révision des Concepts en Droit", *Cahiers de méthodologie juridique*, N° 28 *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Francia, 2014, pp. 2257-2272.

³⁰ Cfr. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, Tome V, Libraire Arthur Rousseau, Paris, Francia, 1925, p. 575 y ss.; LALOU, Henry, *La responsabilité Civile, Principes Élémentaires et application pratiques*, Libraire Dalloz, Paris, France, 1928, p. 381 y ss.; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome VI – *Obligations. Première Partie*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, France, 1930, p. 964 y ss.; COLIN, Ambroise et Henry CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 6e édition, Dalloz, Paris, 1931, pp. 406-408; SAVATIER, René, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Française*, Tome I – *Les sources de la responsabilité*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, France, 1939, p. 263 y ss.; JOSSERAD, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. I – *Teoría General de las Obligaciones*, revisado y completado por Andre Blum, trad. pos Santiago Cunchillos y Monterola, de la 3ª ed. francesa del *Cours du Droit Civil Positif Française*, de 1939, Bosch Editores, Buenos Aires, Argentina, 1950, p. 390 y ss., p. 387 y ss.

³¹ Desde la perspectiva de la denominación del Derecho civil, cfr. MAYOL GARCÍA, José, *Aspectos de la Responsabilidad en la esfera Local*, Estudio Preliminar de José Ignacio Bermejo Girones, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España, 1950, p. 44 y ss.; TENA YBARRA, J. I., "Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración", *Revista de Administración Pública*, No. 6, septiembre-diciembre 1951, pp. 177-192; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa", *Anuario de Derecho Civil*, t. VIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955, *BOE*, Madrid, España, p. 1104 y ss.

administrativa, como el caso del referente español.³² En las últimas décadas del siglo XX se añadirá a la denominación la categoría de patrimonial. No obstante, en algunos estudios se mantiene la denominación de la RPAP como responsabilidad civil de la Administración pública.³³ No obstante, la idea de RPAP ha sido el denominador por el cual tanto la doctrina como los legisladores, como los profesionales del Derecho, han identificado esta institución, más allá del contexto en concreto y de las disquisiciones lingüísticas de cada sistema.

Como desarrollo teórico de la denominación, en el referente francés, la denominación de *responsabilité de l'Puissance Publique* ha ido mutando a la idea de *responsabilité administrative*, o *responsabilité de l'Administration*. Esta última es una noción más incluyente, basada más en la función que en la organización administrativa; lo cual permite una mejor delimitación de otros sistemas de responsabilidad.

De todo este enfoque se debe comprender que el marco actual de RPAP se encuentra signado por las teorías que propugnan hoy la unificación de los sistemas de responsabilidad (contractual y extracontractual). Ello es un

³² Cfr. SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo: según principios generales y la legislación actual de España*, 7ª ed., Imprenta Española, Madrid, 1911, pp. 104-105; JORDANA DE POZAS, Luis, *Oposiciones al Cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento (Primera categoría). Contestaciones al cuestionario del ejercicio teórico*, tomo segundo – *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica de la Escuela Politécnica Matritense, Librería General de V. Suárez, Madrid, 1924, pp. 152-161; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado elemental de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, t. I – *Doctrina general*, 7ª ed. revisada, Imprenta Clásica Española, Madrid, España, 1941, pp. 521-532; DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Fernando, *Ideas y Normas de Derecho Administrativo*, Ediciones de la Delegación de Prensa, Salamanca, España, 1941, pp. 52-77; ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, 21ª ed., corregida y aumentada por Segismundo Royo-Villanova, Librería Santaré, Valladolid, España, 1948, pp. 894-908; FÁBREGAS DEL PILAR, José María, *La Responsabilidad del Estado, de sus autoridades y funcionarios*, Reus, Madrid, España, 1957, p. 14 y ss.; DE DIEGO SAMPER, Luis Antonio, en AA.VV., *Estudios Dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I – *Derecho Administrativo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 1954, pp. 431-459; GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., por Enrique Martínez Useros, EISA-Oñate, Madrid, España, 1962, pp. 949-976; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1977, p. 231 y ss.

³³ En concreto, los autores que siguen las ideas de la escuela de GARCÍA DE ENTERRÍA abordan la denominación de responsabilidad civil de la Administración. Cfr. sobre todos, LEGUINA VILLA, Jesus, *La responsabilidad civil de la administración pública. Su formulación en el Derecho Italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 27 y ss.; MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, Civitas, 1992, p. 23 y ss.; CASINO RUBÍ, Miguel, “Responsabilidad Civil de la Administración y Delito”, Marcial Pons, Madrid, España, 1997, p. 19 y ss.; ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, “La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo*, No. 126, Thompson Reuters-Aranzadi Insignis, Madrid, España, pp. 1-27 (BIB 2005\846); CÁMARA MAS, Roger, “La responsabilidad civil subsidiaria ex delito derivada del art. 121 del código penal y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Breve Aproximación Jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, No. 9, UNED, Madrid, España, 2011, pp. 61-82.

indicador de la tendencia inaugurada en el Derecho privado, aunque la relación de ambos sistemas no ha llegado a calar de modo definitivo como una teoría unitaria, a pesar de algunos esfuerzos doctrinales. No obstante, en el contexto iberoamericano,³⁴ la idea vigente es la de *responsabilité de l'Administration* francesa, que alude a la dimensión extracontractual del fenómeno de la imputación. El enfoque de responsabilidad contractual de la administración tiene un tratamiento concreto en la teoría de los contratos administrativos. De igual modo, la noción de responsabilidad civil de la Administración pública es una noción reservada a la exigencia de responsabilidad cuando esta obra sometida al régimen de Derecho privado.

Con esa idea se ha creado una regla de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos, en tanto atribución de la institución de una determinada estructura, contenido, funciones y efectos, que delimitan su autonomía y campo de aplicación. Desde esa perspectiva, la responsabilidad como principio general resulta un supraconcepto jurídico, cuya generalidad y abstracción se vislumbra a partir de sus diversos usos tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico. En esa idea, la responsabilidad toma como base los atributos específicos de la responsabilidad en determinadas ramas como la civil y la penal, con el objeto de configurar elementos teóricos generales, cuyas articulaciones permiten argumentar los diversos roles y modalidades de su despliegue en las diversas ramas del ordenamiento jurídico.³⁵

El concepto en cuestión tiene una unidad interna que le vincula a los conceptos concretos que caracterizan los elementos de su configuración jurídica (persona-víctima-daño-perjuicio-imputación por actividad administrativa y sujetos de la relación jurídica administrativa-causalidad-quebres de la causalidad-reparación integral de los perjuicios), de modo que el nexo interno con las distintas categorías de su estructura dogmática resulta coherente y propende a la economía del lenguaje en su configuración.³⁶

El concepto de RPAP contiene el fenómeno de la imputación hacia el Estado, y concretamente, hacia la Administración pública, de los perjuicios sufridos por las personas con motivo del ejercicio de la función administrativa. En ello

³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *et al.* (coords.), *La responsabilidad patrimonial...*, t. I, ob. cit., 815 pp.; *La responsabilidad patrimonial...*, t. II, ob. cit., 660 pp.

³⁵ Al respecto de la noción de la responsabilidad como supraconcepto, cfr. LARENZ, Karl, *Metodología...*, ob. cit., p. 437 y ss.; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastian, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, España, 1996, p. 47 y ss.; 70 y ss.; GERBER, Carl Friedrich, "Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco", en *Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 34 y ss.; y DÍAZ SASTRE, Silvia, "La formación de conceptos...", ob. cit., pp. 105-135.

³⁶ ALCHOURRÓN, Carlos Enrique y Eugenio BULYGIN, "Definiciones y normas", en Carlos Enrique Alchourrón y Eugenio Bulygin (coords.), *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, pp. 133-158.

prevé los mecanismos de reacción del Derecho administrativo, a fin de reestablecer a la persona en su situación jurídica precedente, bien primero desde un sentido puramente patrimonial, y luego con una visión expansiva hacia otros rubros no patrimoniales, pero de significación pecuniaria.³⁷

Debe destacarse en este proceso, la aplicación de dos métodos de configuración del Derecho administrativo. La responsabilidad patrimonial es resultado de un proceso interpretativo por parte de los profesionales del Derecho, especialmente de las líneas argumentativas de la jurisprudencia administrativa y de los teóricos del Derecho administrativo, en su lucha por construir un régimen autónomo de las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Su contenido parte desde argumentos gramaticales del lenguaje común, hasta las diversas dimensiones de la argumentación jurídica, asumiendo prismas históricos, comparados, exegéticos, analógicos, a partir de principios, teleológicos, e incluso psicológicos.³⁸

Por un lado, desde el empleo de la inducción, la RPAP refleja un resultado, ante todo cultural, de un contexto determinado (el contexto francés de los siglos XIX y XX), cuya dinámica sociopolítica se asienta en una clara idea de libertad, igualdad, y solidaridad, como principios de las relaciones sociales de carácter

³⁷ Cfr. DUEZ, Paul, *La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)*, Librairie Dalloz, Paris, 1927, pp. 861-866; LEGUINA VILLA, Jesus, *La responsabilidad civil de la administración pública. Su formulación en el Derecho Italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 296; MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un Balance y tres reflexiones", *Documentación Administrativa*, No. 237-238, INAP, Madrid, España, 1994, pp. 12-13; DARCY, Gilles, *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Paris, France, 1996, p. 5; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 54; DE BÉCHILLON, Denys, "A propos des catégories du droit de la reponsabilité", en AA.VV., *Les Coloques du Sénat. Les Actes, Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ? Actes du colloque organisé sous la présidence de Monsiur Christian Poncelet, Président, du Sénat, par l'université Paris 13, avec le concours du ministère de l'éducation nationale, le 11 et 12 mai 2001*, pp. 307-320; PAILLET, Michel, *La Responsabilidad Administrativa*, trad. pos Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad de Externado, Bogotá, Colombia, reimp., 2003, p. 52; AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración*, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 45-46; DOMENECH PASCUAL, Gabriel, "El principio de responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos", en Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Los principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, España, 2010, p. 665; DELPIAZZO, Carlos E., "Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado Constitucional de derecho", *Revista de Derecho Público*, año 24, No. 47, Universidad Católica, Uruguay, 2015, pp. 29-33; GAUCHÉ, Anne, "La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Etude de droit comparé", *Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit Public*, Université de Grenoble, Faculté de droit, Francia, 2010, p. 443 y ss.; GAMERO CASADO, Eduardo, *Desafíos del Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 13.

³⁸ En extenso, sobre las dimensiones en que puede ser enfocada desde las diversas perspectivas de la investigación jurídica. Sobre su aplicación cfr. BARRAUD, Boris, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, Paris, Francia, 2016, pp. 17-244; SCARCIGLIA, Roberto, *Métodos y comparación jurídica*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 81 y ss.

iuspublicista. La responsabilidad como técnica (compleja o sistema de técnicas) del Derecho para solucionar conflictos sociales se refunda en las condiciones propias del campo en la cual se despliega, mutando de su noción privatista.³⁹

Como complemento, con soporte en el método de transposición, la responsabilidad del poder público, y en concreto de la Administración pública, se ha universalizado a partir de un efecto faro desde las sociedades de creación hasta los contextos de recepción (primero en diálogo con los referentes europeos y luego como recepción directa de los referentes latinoamericanos), a partir del uso de argumentos comparados de teorías,⁴⁰ normas y jurisprudencia, de argumentos históricos e incluso desde los criterios de ciencias afines como los economicistas.⁴¹ La transposición ha permitido, primero expandir la noción de RPAP a cada contexto y luego, a partir de las singularidades propias de cada sistema, marchar hacia un *ius commune* de la RPAP.⁴² Este canon se ha fortalecido con las sistematizaciones de las normas de mecanismos regionales de integración –Unión Europea por sobre todos⁴³– y por la noción de Derecho administrativo global⁴⁴ y sus implicaciones en el plano de los procesos de

³⁹ Cfr. MELIAN GIL, José Luis, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 1967, pp. 36-41; BARNES, Javier, *Transformaciones (científicas) del derecho administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global - Global Law Press, Sevilla, España, 2015, p. 48 y ss.

⁴⁰ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, “Derecho Administrativo y Método Jurídico. El rol de la doctrina”, *Thēmis-Revista de Derecho*, No. 69, 2016, pp. 13-25.

⁴¹ Cfr. QUEZADA, Flavio, “Una aproximación crítica a la comparación de Derechos Administrativos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2020, pp. 7-28, doi: 10.37417/RPD/vol_2_2020_32; ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “El Derecho Administrativo Europeo como Sistema”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2020, pp. 175-206, doi: 10.37417/RPD/vol_1_2020_28

⁴² Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Treinta Años de *Ius Publicum Commune* Europeo en España”, *Revista de Administración Pública*, No. 200, Madrid, España, 2016, pp. 341-360, disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.17>; GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Apuntes sobre el principio de responsabilidad en el Derecho constitucional Europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 60/2, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2012, pp. 215-228.

⁴³ Cfr. COBREROS MENDAZONA, Edorta, “La pertenencia a la Unión Europea y su Repercusión en la Responsabilidad Patrimonial”, *Revista de Administración Pública*, No. 200, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2016, pp. 315-339, doi: dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.16; VAN RAEPENBUSCH, Sean, “La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l’Union européenne et des États membres Convergence of the EU liability system and the Member States’ liability system”, *Forum, Academic of European Law*, No. 12, 2012, pp. 671-684, doi: 10.1007/s12027-011-0244-6

⁴⁴ Cfr. KINGSBURY, Benedict, *et al.*, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, 1ª ed., RPA, Buenos Aires, Argentina, 2009, 534 pp.; RUFFERT, Matthias, Sebastian STEINECKE, with Jana MÜHLISCH, *The Global Administrative Law of Science*, Springer Heidelberg, Alemania, 2011, 118 pp.; FROMAGEAU, Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Éditions Bruylan, Bruxelles, Belgique, 2016, p. 224.

creación, interpretación y aplicación jurisprudencial, en especial en la labor del juez administrativo.⁴⁵

Toda actuación o consecuencia antijurídica a cargo de los sujetos que desarrollan la actividad administrativa cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportar la afectación, activa para esta el derecho complejo de reclamar y obtener una reparación integral. Dicha satisfacción concreta el deber de reparación integral, por el incumplimiento del sujeto que desarrolla la actividad administrativa de su deber de actuar bajo un estándar de buena administración, de modo que no dañe a los administrados. Se puede concluir entonces que la RPAP es la concreción de la consecuencia jurídica de reparación integral ante la violación caracterizada de la debida juridicidad en la función administrativa.

B) La autonomía de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

En este apartado, las líneas de argumentación parten de una premisa: la RPAP es un instituto autónomo, tanto de otras instituciones del Derecho administrativo como de otros tipos de responsabilidades extracontractuales, en especial de la responsabilidad civil a la responsabilidad en el Derecho privado. Para desarrollar esta idea debe plantearse la defensa de la autonomía de la RPAP a partir de diversos enfoques. En tal sentido se configuran la perspectiva histórica, metodológica, las fuentes de desarrollo y régimen jurídico, la configuración teórica, la exigencia y la delimitación de otras instituciones afines. Su integración propende a la comprensión de la RPAP como instituto autónomo.

Desde el punto de vista histórico, es necesario aludir a la idea del fallo Blanco, de 1873, como punto de partida en su significación para la autonomía no solo de la RPAP, sino del Derecho administrativo mismo. La idea del fallo fundante del sistema moderno de RPAP reconocía que esta debía ser configurada de conformidad con las reglas particulares que rigen la actividad administrativa, por tanto, una configuración con la vocación de amplitud y generalidad propia de la responsabilidad civil extracontractual no podía aplicarse en estos supuestos. La RPAP no es ni general ni absoluta, sino más

⁴⁵ Cfr. BALBÍN, Carlos F., "La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho administrativo", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No. 21, julio-diciembre, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015, pp. 5-32; DÍAZ SASTRE, Silvia, "La tópica como método en el Derecho Público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2020, pp. 363-396, doi: 10.37417/RPD/vol_1_2020_31

bien un traje a la medida de la configuración propia de las relaciones jurídico administrativas.⁴⁶

Por ello, desde una perspectiva metodológica, la autonomía de la RPAP viene dada por un presupuesto de partida: campo y objeto. Para dimensionar el estudio de este concepto, es preciso atender a cuatro ideas cardinales que aportan concreción a la formulación conceptual a la cual se arriba. En primer lugar, en cuanto a su campo de aplicación, la RPAP se genera como un tipo de relación jurídica en un ámbito concreto: el de las relaciones jurídico-administrativas.⁴⁷

Ello entraña que el debate sobre la RPAP es una cuestión propia del Derecho administrativo, al margen de los nexos con otras ramas del ordenamiento jurídico y de sus sistemas de responsabilidad. Por su transversalidad como garantía de otras instituciones administrativas, la RPAP constituye un elemento para la eficacia de la función administrativa, de manera que como relación jurídica de carácter pública en sí misma, es instrumento garante de la eficacia en las relaciones de Derecho público, y en particular en las relaciones jurídico-administrativas.⁴⁸

La RPAP solo puede darse en los marcos de desarrollo de la función administrativa. Por un lado, este concepto incluye la actividad del sistema de órganos y organismos de la Administración pública, como criterio subjetivo de imputación; por otro lado, comprende los daños y perjuicios provenientes de la actividad

⁴⁶ Cfr. CHAPÚS, René, *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, Francia, 1954, p. 92 y ss.; EISENMANN, Charles, “Sur Le Degré d’originalité...”, ob. cit., p. 390 y ss.

⁴⁷ Cfr. ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I – Parte General, trad. de la 5ª ed. italiana (1949) por Héctor Masnatta y actualizada con la 6ª ed. por Francisco Humberto Picone, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 225-234; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., pp. 252-278; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores, “La Relación Jurídica en el Sistema de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2020, pp. 73-118, doi:10.37417/RPD/vol_2_2020_523; PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia y Editorial Jurídica Venezolana, Colombia, 2009, pp. 171-182.

⁴⁸ ORTEGA ALVAREZ, Luis, “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1994, pp. 7-16; PAREJO ALFONSO, Luciano, “Eficacia y Administración. Tres estudios”, INAP, Madrid, España, 1995, p. 92 y ss.; LORENZO DEMEMBIELA, Juan B., “Los principios de Eficacia y Organización en la estructura de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, No. 164, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2004, pp. 331-348; RASTROLLO SUÁREZ, Juan José, “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 45, Iustel, España, 2017, pp. 1-26.

de sujetos privados que actúan en el desarrollo de la actividad administrativa en todas sus modalidades, conforme con el criterio objetivo de la actividad.

En segundo lugar, en cuanto a su objeto de regulación, la RPAP es, ante todo, una institución del Derecho administrativo, configurada con el objetivo de imputar los resultados dañosos y recibir una reparación integral. Ahora bien, no todos los daños sufridos por la actividad administrativa son comprendidos por la RPAP; existen afectaciones generadas a la colectividad, sobre las cuales hay un deber jurídico de soportar. Ello tiene como base determinados sacrificios resultantes de limitación a los derechos, con el objetivo de que la Administración pública gestione el interés general.

De igual forma, existe un conjunto de supuestos, en los que a pesar de no configurarse la RPAP, no hay deber jurídico de soportar. Las afectaciones patrimoniales derivadas de los procesos de expropiación forzosa, o de limitaciones del ejercicio de derechos tales como la servidumbre administrativa constituyen institutos diversos. Incluso, la responsabilidad por contrato administrativo es una manifestación análoga en un sistema de responsabilidad administrativo amplio. En esa concepción, la RPAP adquiere incluso un rol instrumental de aquellas otras figuras, como mecanismo de reacción ante la aplicación ilegítima de sus postulados.

La RPAP se aplica a los daños sufridos por la actividad administrativa bajo el cumplimiento de requisitos que obran como criterios de refinación. Debe comprenderse que no todo daño puede resultar imputable. Para ello se necesita el quiebre del deber jurídico de soportar un daño; con carácter antijurídico, individual, evaluable, imputable y causal a la actividad.

De igual modo, no todo daño imputable conduce a la reparación del perjuicio. Existen límites internos de la actividad, relativos a la pertenencia a la función administrativa, así como a la posible aportación causal de un elemento externo, como la participación de terceros, de la víctima, o incluso, del personal que genera el daño fuera de sus marcos de actuación. De igual modo, resultan observables los límites externos de imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho causal relevante.

Sobre la base de ello se puede comprender que la RPAP es un tipo “especial de responsabilidad” para un régimen jurídico exorbitante,⁴⁹ regido por “reglas especiales”, basadas en el equilibrio y no en la igualdad entre sujetos en un mismo plano; en consecuencia, son reglas limitadas y específicas, contrarias al carácter general y absoluto con el cual se configuran las normas del Derecho

⁴⁹ Cfr. RIVERO, Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, *Revue du Droit Public*, Paris, France, 1953, p. 279 et ss.; CHEVALLIER, Jacques, *Les fondements idéologiques du droit administratif français. Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, 1979, pp. 3-57; DUFAU, V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Le Harmattan, Paris, 2000, pp. 39-41.

civil,⁵⁰ y de su sistema de responsabilidad.⁵¹ La RPAP opera como un mecanismo de reconducción a la legalidad ante el ejercicio arbitrario, desmedido o ineficiente, de competencias administrativas atribuidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto concreto.

El contenido y alcance de esta atribución viene determinado en la vinculación positiva de los sujetos a la Constitución y demás normas del régimen jurídico. Por ello, la RPAP no puede sustentarse en la misma línea que la responsabilidad civil, cuyo criterio de antijuridicidad se basa en los límites externos al contenido, generales de las convenciones *inter partes*, cuyo eje de legalidad se sustenta en una vinculación negativa al ordenamiento jurídico (hacer todo lo que no esté prohibido).⁵²

Desde la perspectiva de sus fuentes de desarrollo y régimen jurídico, la RPAP se ubica en una posición privilegiada en la órbita de mecanismos del Derecho administrativo. Tanto las experiencias históricas como las tendencias de referentes comparados dan cuenta de un sistema de fuentes de desarrollo amplio,

⁵⁰ Cfr. EISENMANN, Charles, “Droit public et droit privé (en marge d’un livre sur l’évolution du droit civil français du XIX e siècle et du XX e siècle)”, *Revue du Droit Publique*, 1952, p. 923 y ss.; TROPER, Michel, “La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l’ordre juridique”, in Michel Troper (coord.), *Pour une théorie juridique de l’Etat*, PUF, coll. Léviathan, Paris, France, 1995, pp. 183-198; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “La vuelta al Derecho Administrativo (A vueltas con lo Público y lo Privado)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, No. 57, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, España, 2005, pp. 37-64; AUBY, Jean-Bernard, “Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français”, en Mark Freedland and Jean-Bernard Auby, *The Private Law Divide Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques Public Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, USA, 2006, pp. 14-19; BEAUD, Olivier, “La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques”, en Mark Freedland and Jean-Bernard Auby, *The Private Law...*, ob. cit., pp. 21-38; STELKENS, Ulrich, “The Public-Private Law Divide”, en *Ius Publicum Network Rivew*, Alemania, 2011, STELKENS, Ulrich, “The Public-Private Law Divide”, *Ius Publicum Network Rivew*, Alemania, 2011, pp. 1-18; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis, “Derecho Público y Derecho Privado. Disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 26, Iustel, Madrid, España, 2011, pp. 1-27; HARTMUT, Mauer, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. pos Gabriel Doménech Pascual, coord. del original de la 16ª ed. alemana de 2006, Universidad Autónoma de México, 2012, pp. 48-59.

⁵¹ Cfr. DUEZ, Paul, *La responsabilité...*, ob. cit., pp. 3-33; WALINE, Marcel, *Manuel Élémentaire du Droit Administratif*, Recueil Sirey, Paris, 1936, pp. 608-614; ALESSI, Renato, *La Responsabilità della Publica Amministrazione*, t. I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1939, pp. 13-36; CHAPUS, René, *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée...*, ob. cit., p. 351 y ss.; RASY, Douc, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 1963, p. 13 y ss.; DARCY, Gilles, *La responsabilité de l’administration*, ob. cit., p. 27 y ss.; PAILLET, Michel, “Existe-t-il une responsabilité de droit commun?”, en AA.VV., *Les Coloques du Sénat. Les Actes...*, ob. cit., pp. 89-104; PAILLET, Michel, *La Responsabilidad Administrativa...*, ob. cit., 2003, pp. 60-63.

⁵² EISENMANN, Charles, “Sur Le Degré d’originalité...”, ob. cit., p. 390 y ss.; EISENMANN, Charles, “Le degré d’originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes morales de droit public”, I, *JCP*, 1949.

en atención a las características de cada ordenamiento jurídico. Por un lado, el rol de las fuentes formales ha sido decisivo para un reconocimiento histórico de la RPAP, primero del funcionario individualmente y luego del Estado por las faltas de su función como comitente, aupada en las diversas modalidades de responsabilidad civil.

La tendencia de la constitucionalización de las fuentes del Derecho explica también el carácter emergente de los textos constitucionales como fuente formal por excelencia en la regulación de la RPAP. Esta cuestión se vincula a la inaplicación que gradualmente se ha suscitado, desde el plano práctico de los códigos civiles como reguladores de la responsabilidad del Estado, y en concreto de la RPAP, por el carácter radicalmente diferente de las relaciones jurídicas que regula.

Los procesos de codificación de las instituciones más relevantes del Derecho administrativo han generado multiplicidad de normas generales. Estas son reguladoras de instituciones como el proceso administrativo, el procedimiento, la expropiación forzosa, los servicios públicos, el dominio público, la función pública, entre otras. En ellas se ha desarrollado el principio de RPAP como impregnación constitucional del régimen jurídico administrativo. Como expresión más acabada, se aprecia una tendencia a regular aspectos concretos o las cuestiones generales en leyes de responsabilidad patrimonial del Estado.⁵³

⁵³ Cfr. TENA YBARRA, J. I., "Desarrollo y perspectivas...", ob. cit., pp. 177-192; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, ob. cit., p. 425 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., pp. 415-425; VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. francesa, 1976, trad. pos Juan Rincón Jurado, Ediciones Aguilar S.A, 1ª ed., Madrid, España, 1980, p. 17 y ss; LEGUINA VILLA, Jesus, "La responsabilidad civil...", ob. cit., pp. 33-48; GARRIDO FALLA, Fernando, "La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista de Administración Pública*, No. 119, mayo-agosto 1989, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, pp. 7-48; REBOLLO, Luis Martín, "La Administración en la Constitución (arts. 103 a107)", *Revista de Derecho Político*, No. 37, UNED, Madrid, España, 1992, pp. 51-82; LATOURNIERE, Marie-Aimée, "Responsabilité Publique et Constitution", en Long, Marceau, Georges Durry, Jean Rivero y Georges Vedel (coords.), *Melagnes René Chapus, Droit Administratif*, Montchrestien, Paris, France, 1992, pp. 353-365; ANAYA GÓMEZ, Antonio, "La responsabilidad interadministrativa y el art. 106 de la Constitución", en Luis Martín Rebollo *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, España, 1996, pp. 205-215; OSSENBÜHL, F., "La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania", en Javier Barnés Vázquez (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, Madrid*, Tecnos, Junta de Andalucía, España, 1996, pp. 931-954; ETIEN, Robert, "L'encadrement constitutionnel de la responsabilité de la puissance publique", en AA.VV., *Les Coloques du Sénat. Les Actes...*, ob. cit., pp. 57-72; DEGUERGUE, Maryse, "Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative", extrait de *Revue juridique de l'USEK*, No. 10, France, 2009, pp. 321-338; PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "El derecho fundamental de respeto a la integridad patrimonial de los gobernados y la responsabilidad patrimonial del Estado. Notas sobre la adición del segundo párrafo del artículo 113 constitucional", *Alegatos*, No. 74, enero/abril de 2010, México, pp. 203-234; DOMENECH PASCUAL, Gabriel, "El principio de responsabilidad...", ob. cit., pp. 663-701; JINESTA LOBOS, Ernesto, "Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos

Desde el punto de vista de las fuentes no formales, la RPAP puede asumirse como resultado de la jurisprudencia administrativa, la cual, interpretando fundamentos teóricos del Estado constitucional, como la separación de poderes, fundó los aspectos más relevantes de la RPAP desde el criterio del juez administrativo con respecto a su objeto y campo de desarrollo.⁵⁴

Fundamentales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lello de Larrea, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho*, t. VII – Procesos Orgánicos Constitucionales, UNAM, México, s/a, pp. 1-35; RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudio sobre la Constitución*, vol. 3, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 1049 y ss.; WOJTYCZEK, Krzysztof, “La Responsabilité de l’administration Publique et la Constitution Polonaise”, *Revue Française d’Administration Publique*, No. 147, 2013/3, Ecole Nationale d’Administration, Paris, Francia, pp. 639-651; DELPIAZZO, Carlos E., “Interdicción de la responsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho”, en Jaime Rodríguez-Arana, et al. (coords.), *La responsabilidad patrimonial...*, t. I, ob. cit., pp. 189-210; BECELLAR FILHO, Romeu Felipe, “O Régime jurídico-constitucional da responsabilidade civil do Estado no Brasil”, en Jaime Rodríguez-Arana, et al. (coords.), *La responsabilidad patrimonial...*, t. II, ob. cit., pp. 283-336; FINK, Melanie, “The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable”, *German Law Journal*, Cambridge University Press, No. 21 2020, pp. 532-548, doi:10.1017/glj.2020.20; MIR PUIGPELAT, Oriol, “La garantía constitucional...”, ob. cit., pp. 29-47.

⁵⁴ Cfr. LUCHET, Just, *L’arrêt Blanco la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l’État*, Recueil Sirey, Paris, 1935, 484 pp.; AA.VV., *Jurisprudencia sobre Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Público y Privado*, t. I, La Plata, Argentina, 1943, 356 pp.; CHAPUS, René, *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée...*, ob. cit., 558 pp.; MARTÍN REBOLLO, Luis, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en la Jurisprudencia*, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 1977, 237 pp.; DEGUERGUE, Maryse, “Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique”, en AJDA, Dalloz, Paris, France, 1995 p. 211 y ss.; PÉREZ MORATE, Jesús Ernesto, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”, en Joaquín García Bernaldo de Quirós, *Nuevas Líneas Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2003, pp. 181-212; CASSAGNE, Juan Carlos, “Tendencias sobre la Responsabilidad del Estado en la Jurisprudencia de la Corte”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo -XI-. La Responsabilidad del Estado*, Díkē – Foro de Cuyo–, Mendoza, Argentina, 2004, pp. 23-56; MERTEHKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública: Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 1ª, Buenos Aires, Argentina, 2006, 305 pp.; CAPUTI, Claudia, *Responsabilidad del Estado. Sistematización. Síntesis Jurisprudencial*, 1ª ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, Argentina, 2007, 1082 pp.; MELLERAY, Fabrice, “Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques?”, en AA.VV., *Mélanges Jégouzo*, Conseil d’Etat, Paris, France, 2009, p. 489 y ss.; WEBER, Anne, “Le juge administratif unique, nécessaire à l’efficacité de la justice?”, *Revue Française d’Administration Publique*, No. 125, Ecole National d’Administration Publique, Paris, France, 2008, pp. 179-196, doi: 10.3917/rfap.125.0179; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel, “Jurisprudencia panameña relacionada a casos sobre responsabilidad por falla en el servicio público, en Venezuela”, en Jaime Rodríguez-Arana, et al. (coords.), *La responsabilidad patrimonial...*, t. II, ob. cit., pp. 355-378; DEGUERGUE, Maryse, “Promesses...”, ob. cit., pp. 1-34; LONG, Marcel, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, Bruno GENEVOIS, *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, 1ª ed. en español, junio de 2017, *in totum*; GONOD, Pascale, “Le Conseil d’État et la refondation de la justice administrative”, Dalloz, Paris, France, 2014, 1389 pp.; HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, “La evolución jurisprudencial de la responsabilidad de la administración pública en Venezuela”, en Jaime Rodríguez-Arana, et al. (coords.), *La responsabilidad patrimonial...*, t. II, ob. cit., pp. 435-486.

Las cuestiones aludidas determinan que la RPAP se despliegue, ante todo, en un régimen de Derecho público, concretamente, en un régimen de Derecho administrativo; por consiguiente, cualquier situación jurídica de lesión a los derechos de los ciudadanos, resulta dependiente de las condiciones de este. Las asistematicidades de coherencia o plenitud del régimen jurídico, solo pueden ser resueltas con la aplicación de sus propias normas, como en el supuesto de valoración de los daños en la expropiación forzosa y la RPAP.

En el plano práctico de la RPAP, la falta de determinación de normas aplicables debe conllevar a una aplicación directa de la Constitución o de los principios generales del Derecho administrativo. Las experiencias de supletoriedad del Código civil, aplicando un régimen de Derecho privado, no resultan conformes con la autonomía, tanto de la RPAP como del propio Derecho administrativo. Ello no obsta para que este último importe desde el Derecho civil, por medio de la trasposición, las condiciones de existencia de la responsabilidad. Expresión de ello es la importación de sus títulos de imputación (culpa, falta de la función, riesgo, guarda), para adaptarlas a las condiciones propias de la RPAP. En consecuencia, el campo y objeto de la RPAP se reflejan en la perspectiva de su sistema de fuentes, determinando su contenido y alcance. Sobre esa base, a día de hoy se habla del denominado Derecho de la RPAP, en la idea de régimen jurídico de dicha responsabilidad.

Desde el punto de vista de su configuración teórica, es necesario dejar por sentado la concepción específica de los elementos de la RPAP, importados desde los sistemas de responsabilidad extracontractual civil. Si bien se puede apreciar un estándar en cuanto a la determinación de los daños, la valoración de los perjuicios, la causalidad y sus factores de quiebre, en paralelo a las normas del Derecho civil, no puede sostenerse que se trate de configuraciones teóricas iguales o meras aplicaciones de esta última. Los requisitos de configuración difieren en la dimensión jurídica administrativa de la privada. Tales criterios se profundizan y marcan posiciones de distanciamiento de los sistemas de responsabilidad civil, con base en la antijuridicidad, imputabilidad y reparación. Ello resulta, en el caso de la antijuridicidad, a partir de criterios de diversa naturaleza, así como en los casos de imputación y reparación, por una mayor amplitud y profundidad que las normas del Derecho civil.

Si bien los elementos anteriores son meritorios a los efectos de la autonomía, desde la perspectiva de su exigencia, la RPAP se delimita definitivamente de la responsabilidad civil extracontractual a partir de las vías de reclamación. Estas se desarrollan bajo los cauces de los procedimientos y recursos administrativos. La Administración pública se convierte en el primer bastión de respuesta al deber de responder. Ello difiere sustancial y formalmente de las reclamaciones ordinarias que se generan "*inter-privatos*" en materia de responsabilidad extracontractual. A ello debe agregarse la consecuencia

fundamental, la especialización del juez administrativo en el seno del contencioso-administrativo es una expresión de la autonomía definitiva de la RPAP. Aunque el enfoque procesal de la autonomía de la institución no es objeto de la investigación, el análisis del proceso administrativo de la responsabilidad resulta transversal a los análisis de los elementos teóricos que se desarrollan en el segundo capítulo de la investigación.

Desde la delimitación de otras instituciones afines, además de las diferencias ya aducidas de la responsabilidad civil, la RPAP hay que delimitarla de otras instituciones jurídicas. Se deben marcar las distancias desde el sistema de Derecho público, en el tronco general de garantías patrimoniales. De igual modo, la distinción debe plantearse con respecto a otros mecanismos externos de prestaciones sociales, las cuales limitan con la naturaleza o los efectos de la RPAP.

Desde una perspectiva interna, la RPAP se une a otras desde el tronco común de indemnizaciones del Derecho público. Esta noción, si bien parte del referente alemán, ha transitado hacia una reafirmación y expansión. Por los puntos de contacto, la RPAP colinda en su campo de actuación con la expropiación forzosa y la delimitación de derechos, al ser un mecanismo de garantía de segundo grado ante la aplicación de un daño antijurídico.⁵⁵

Aunque funcionan de forma diferente, el punto de contacto de las tres instituciones lo es el criterio de afectación a los derechos patrimoniales de las personas. Las limitaciones constituyen una modalidad dentro de las situaciones jurídicas pasivas del administrado. No se trata de una modificación del

⁵⁵ Cfr. FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. pos Sabino Álvarez Gendín, de la 8ª edición alemana, Labor, Barcelona, España, 1933, p. 233 y ss.; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, t. III – Parte Especial. *El Derecho de las cosas*, 1ª edición, trad. directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 195, p. 3 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., pp. 426-454; GARRIDO FALLA, Fernando, “La teoría de la indemnización en Derecho público”, en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 411-443; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, trad. de la 3ª ed. italiana de Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, España, 1970, p. 500, pp. 465-504; OSSENBÜHL, F., “La responsabilidad patrimonial de los poderes...”, ob. cit., p. 931 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración...*, ob. cit., pp. 71-130; CUENCA-TOVAR, Ronald Edgardo, Judith Patricia BELTRÁN-RAMÍREZ, “La expropiación forzosa, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial de la administración pública, con énfasis en las indemnizaciones frente a la nueva delimitación de derechos”, *Revista Criterio Libre Jurídico*, No. 12, Universidad Libre, Colombia, 2015, pp. 95-124, disponible en <http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2015.v12n1.23108>; STEIN, Christoph, Peter ITZEL y Karin SCHWALL, *Praxishandbuch des Amts und Staatshaftungsrechts*, 2ª ed., Springer, Berlin, Alemania, 2012, pp. 137-170; GREER, Steven, *The European Convention On Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, United Kindom, 2006, pp. 274-277; GONZA, Alejandra, “Derecho a la propiedad privada”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, República Federal de Alemania, 2014, pp. 503-530.

contenido del derecho subjetivo, ni de la capacidad jurídica del administrado, sino de una restricción funcional al ejercicio del derecho, en algunas esferas, sin que el resto de elementos de la estructura del derecho sufran variaciones.

Las limitaciones se fundamentan en cuatro dimensiones. Desde un sentido prohibitivo, las limitaciones absolutas de un modo de ejercicio concreto (indisponibilidad total del ejercicio en un determinado sector o actividad) y relativas, con reserva de otorgamientos excepcionales por la Administración (técnicas ablatorias dentro del gen autorizatorio en sentido amplio). Desde el sentido de la permisión, las reservas de excepción prohibitiva para determinados supuestos, una vez desplegado el ejercicio del derecho, figuran como una tercera modalidad. Por último, con un carácter marcadamente instrumental de las precedentes, las limitaciones de comunicación, a fin de mantener al tanto a la Administración pública de las condiciones sobre las cuales se desarrolla el ejercicio del derecho.⁵⁶

El punto de encuentro con la RPAP radica en su naturaleza y efectos. Las limitaciones de derecho son inherentes al contenido que los actos normativos generales les brinden, pues la propia defensa de los derechos de los administrados hace indisponible para la Administración pública las variaciones sobre su construcción dogmática; por consiguiente, la delimitación de derechos es, por regla general, un ejercicio de potestades normativas de actos generales, cuyos efectos no son indemnizables, salvo en los casos que proceda la responsabilidad del poder legislativo.

La limitación del ejercicio de los derechos debe comprenderse como resultado de potestades legítimas con un fin lícito, para la realización del interés general. Ello difiere sustancialmente de la RPAP, que configura un resultado ilícito por actuaciones administrativas formales, materiales u omisiones, de carácter individual o individualizables. Por tanto, los binomios licitud/ilicitud y generalidad/individualidad constituyen las notas diferenciadoras de ambos conceptos.

Del otro lado de la ecuación se encuentra la expropiación forzosa, más cercana aún a la RPAP, por el carácter indemnizable del derecho patrimonial. La privación de la propiedad conlleva a una afectación patrimonial singular. Pero a diferencia de la responsabilidad, que parte de un resultado antijurídico, la expropiación se activa por el ejercicio legítimo de una potestad. De igual forma, la indemnización de ambas instituciones, que aunque conviven en una especie de sistema de vasos comunicantes, tienen origen y fundamento diversos, que tienden a encontrarse en sus resultados.⁵⁷

⁵⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit., p. 30 y ss.

⁵⁷ Cfr. BARCELONA LLOP, Javier, "Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el Sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, No. 185, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2011, pp. 49-87.

Saliendo del Derecho administrativo, la RPAP colinda con otras instituciones, tanto por su naturaleza como por sus efectos, hecho que hace necesario su deslinde. Desde la perspectiva de las reparaciones, la RPAP tiende a cohabitar con mecanismos de transferencia de activos financieros, sobre todo articulados a prestaciones de la seguridad social. Un punto de partida en esta distinción parte de la crítica de la RPAP como asegurador universal de riesgos sociales, en un modo que difiere, por exceso, del tratamiento del riesgo en materias del Derecho laboral o del Derecho civil.

En este sentido, el campo de estudio del Derecho laboral brinda, por medio de los mecanismos de seguridad social, un conjunto de asistencias y prestaciones financieras, a consecuencia del padecimiento de enfermedades o el sufrimiento de accidentes. Ello se aplica tanto en el ámbito laboral como extralaboral, con carácter general o estrictamente en situaciones profesionales, que impliquen la limitación temporal o definitiva de la capacidad física y mental, o la pericia y competencia para el desempeño de una función.

La existencia de prestaciones financieras como certificados médicos, pensiones o rentas vitalicias, son manifestaciones colindantes con determinadas formas de reparación pecuniaria en la RPAP, a ejecución de tracto único o sucesivo. Esta idea resulta relevante si se tiene en cuenta que los riesgos laborales ubican el origen de la responsabilidad por riesgos. De tal forma, los empleados y funcionarios del Estado y, en concreto, de la Administración pública, disfrutaban de tales beneficios. De igual modo, entra en consideración el hecho de que las víctimas pueden resultar, en la medida de sus vínculos laborales, beneficiarias de tales mecanismos de seguridad social. Empero, estas son instituciones de alcance general, que vincula tanto al empleo público como al privado, pero con ello no se alcanza a comprender la multiplicidad de casos en los cuales las víctimas no tienen relación de empleo y, por ende, no pueden ser beneficiarias de tales mecanismos.

De igual forma, los fundamentos de ambos sistemas son abiertamente diferentes. La RPAP es expresión de un perjuicio antijurídico sufrido por los ciudadanos. En tanto, los mecanismos de la seguridad social no distinguen causa de origen, sino resultado en concreto. El punto de mayor tensión en la delimitación viene dado en el contenido de la reparación, a partir del posible solapamiento de las prestaciones de seguridad social con las formas de reparación.

No obstante, ha de partirse de la idea de que ambos son sistemas autónomos, y no excluyentes entre sí; por el contrario, solo en la medida en que la Administración pública empleadora sea el propio sujeto imputable, estos podrán resultar complementarios uno de otro. La amplitud del sistema de perjuicios de la RPAP y del catálogo de formas de reparación hace de este posible solapamiento solo una excepción de la regla.

Al decir de MIR PUIGPELAT:

“La seguridad social repara y redistribuye la renta. Pero ni tiene efecto preventivo ni permite controlar ni demarcar las conductas de la Administración. La reparación que ofrece la seguridad social es, además, forzosamente parcial. Su cobertura va dirigida a muchos ciudadanos, y las limitaciones presupuestarias no permiten que los mismos reciban de ella un resarcimiento integral (la seguridad social indemniza, sobre todo, los daños personales; raramente puede hacer frente a los patrimoniales; y casi nunca repara los morales). La responsabilidad patrimonial de la Administración puede superar estos déficits funcionales de la seguridad social y servir a los objetivos de la reparación integral, de la prevención, del control y de la demarcación”.⁵⁸

Por ello, la autonomía es un atributo de la RPAP, sustentado sobre la base de un objeto y campo de estudio, delimitado en las relaciones jurídico administrativas. La RPAP se estructura sobre su propio régimen jurídico, a partir de un sistema de fuentes amplio y coherente. Ello determina su configuración teórica y habilita un régimen procedimental bajo las reglas exorbitantes del Derecho administrativo; así como un régimen procesal especializado en la justicia administrativa. Tales factores diferencian la RPAP tanto hacia lo interno de otras instituciones propias del Derecho administrativo, como hacia lo externo, de la responsabilidad civil (extracontractual) o de las prestaciones de los sistemas de seguridad social.

IV. Ideas conclusivas

A partir de lo expuesto, se puede concluir que la responsabilidad constituye una máxima de convivencia social, de la cual deriva el principio de que todos deben actuar responsablemente. En la relación Estado-ciudadano, la responsabilidad es inmanente a la actuación del Poder, concretado en el ámbito jurídico-administrativo con la configuración de la RPAP; expresión de interdicción de la arbitrariedad del poder público. De ello se puede concebir su fundamentación teleológica funcional, dimensionada en sus indicadores concepción y autonomía y fundamento y funciones.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración...*, ob. cit., p. 251. Cfr., de igual forma, MIR PUIGPELAT, Oriol, “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en Joaquín Ortiz Blasco y Petra Mahillo García (coord.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, España, 2008, pp. 38-40; TORNOS MAS, Joaquín, y Alfredo GALÁN GALÁN, *La configuración de los Servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Asuntos Sociales, Madrid, España, 2007, 60 pp.

Desde el mismo punto de vista, en lo relativo su concepción y denominación, desde la autonomía de esta, la RPAP se construye como un mecanismo de reacción de los ciudadanos ante la violación de sus derechos, cuyos resultados no deben soportarse. Ello se verifica en el incumplimiento del deber de no dañar, que se genera de la actividad administrativa, por parte de los sujetos que la desarrollan. Como correlativo emerge el deber a la Administración pública de reparar integralmente los perjuicios sufridos por los ciudadanos.

En lo relativo a su autonomía, la RPAP es un instituto autónomo bajo las reglas del régimen jurídico-administrativo. Esa autonomía, expresión de una evolución histórica disímil y expansiva hacia todas las formas de la actividad, se sustenta en los criterios: orden metodológico, fuentes de desarrollo y régimen jurídico, configuración teórica, exigencia y delimitación de otras instituciones afines.

El principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador: significado, fundamento y tratamiento legal en normas de carácter internacional y de Derecho europeo

Kenia Margarita ESPINOSA VELÁZQUEZ*

I. Noción de la categoría culpabilidad

Desde el punto de vista de la doctrina penal, disímiles criterios se han establecido a través del tiempo a fin de ofrecer un concepto de culpabilidad; lo mismo ha sucedido en relación con la determinación de su contenido, de ahí que como bien señalan algunos autores, tanto el uno como el otro distan mucho de ser pacíficos en la doctrina.¹

Entre los múltiples autores que se han referido al término culpabilidad y que pudieran ser aquí referenciados, se encuentra JIMÉNEZ DE ASÚA, para quien “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.² De manera similar se pronuncia BACIGALUPO, quien al referirse a esta institución señala: “La culpabilidad [...] constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma”.³

Por otro lado, según REYES ECHANDÍA, la culpabilidad no es sino “[...] la actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Oriente, Santiago de Cuba). Diplomada en Derecho Administrativo Sancionador (Universidad de Valladolid, España). Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, Cuba. Email: kespinosav@udg.co.cu; kenia.espinosav@gmail.com

¹ Destáquese en este sentido Rebollo Puig. REBOLLO PUIG, Manuel, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 249.

² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 352.

³ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Themis, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 147. Más adelante en el propio texto el autor refiere: “[...] el concepto de culpabilidad se apoya en la idea de que culpable es el que, pudiendo, no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquella”. *Ibidem*, p. 152.

agente, actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente [...]”. Similar postura adopta TERRAGNI, quien al referirse a esta sostiene: “Culpabilidad es el elemento en que se centra el reproche personal al autor, porque pudo y debió proceder de otra manera”.⁴

Con un enfoque más amplio, en fecha más reciente, ZAFFARONI, SLOKAR y ALGIA refieren:

“La culpabilidad es el tercer carácter específico del delito, consistente en un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste, es decir, si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche”.⁵

Pese a las diferencias que pudieran apreciarse entre los criterios expuestos, ya de manera implícita o explícita, un aspecto destaca en todos ellos, y es la referencia a la culpabilidad como condicionante para la exigencia de responsabilidad o, si se prefiere, para la determinación de la imposición de una sanción. Ello la convierte, además de uno de los elementos configuradores del delito, en un importante límite al ejercicio del poder punitivo del Estado.

La culpabilidad no ha sido, sin embargo, una categoría de atención exclusiva por el Derecho penal; en el ámbito del Derecho administrativo sancionador se constatan no pocos estudios realizados por diferentes autores en la que esta institución jurídica ha sido objeto de análisis. Asimismo, pero visto desde la perspectiva jurisprudencial, también es posible apreciar la postura asumida por determinados tribunales en relación con la referida institución.

En lo concerniente a los criterios que sobre la culpabilidad se han planteado en la jurisprudencia, se hace necesario señalar cómo los tribunales españoles, de manera ocasional, han distinguido entre la culpabilidad como elemento integrante de la infracción administrativa y la culpabilidad como un principio informador o limitador del *ius puniendi* del Estado.⁶ En este sentido resulta válido señalar lo establecido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Asturias, de fecha 11 de mayo de 2001: “[...] dentro de la estructura de las infracciones administrativas, uno de sus componentes principales por

⁴ TERRAGNI, Marco Antonio, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires [s.a.], p. 159.

⁵ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; Alejandro SLOKAR y Alejandro ALAGIA, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p 507.

⁶ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “La culpabilidad y los sujetos responsables”, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 249.

su naturaleza subjetiva es el que se conoce con el nombre de culpabilidad, elemento y no principio, como a veces se invoca”.

No obstante, si algo distingue hasta hoy a la jurisprudencia española, en particular a la del Tribunal Constitucional español, es que alude a la culpabilidad como un principio también aplicable al Derecho administrativo sancionador. Así, la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A, establece:

“No existe [...] un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, [...] en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.

Siguiendo esta misma línea, posteriormente la STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, refiere:

“... la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal [...]. Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa”.

Fuera del contexto español, el Tribunal Constitucional de la República del Perú y la Corte Constitucional de la República de Colombia, también se han pronunciado en este sentido. De este modo, en la Sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC, FJ 8, el Tribunal constitucional peruano consigna lo siguiente:

“Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense [...]”.⁷

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-720-2006 declara:

“Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es *‘Supuesto ineludible y*

⁷ Tal criterio es ratificado por el propio Tribunal en Sentencia recaída en el Expediente No. 2192-2004-AA/TC, FJ 4.

necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga C- 626 de 1996' [...].

”Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio”.

La postura asumida por los referidos tribunales en relación con el principio de culpabilidad reviste, sin lugar a dudas, gran significación para el Derecho administrativo sancionador. A la luz de tales planteamientos y de aquellos que en torno a este tópico han sido asumidos paulatinamente por la doctrina, resulta incuestionable se admita la culpabilidad como un principio legitimador del poder sancionador de la Administración Pública.

II. El principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador

Tal y como se ha venido planteando por la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años, e incluso, de fecha no tan reciente, una de las exigencias a las que debe adecuarse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, a fin de que pueda ejercerse legítimamente, es el principio de culpabilidad.⁸

Conocido bajo la locución latina *nulla poena sine culpa*, el principio se erige en un postulado básico de conformidad con el cual solo podrá imponerse sanción al autor de una conducta tipificada como infracción administrativa por una norma, si se ha obrado de manera culpable, es decir, si ha mediado

⁸ A nivel doctrinal, disímiles autores se manifiestan a favor de la aplicabilidad del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador. En este sentido destacan, entre otros: GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 431 y ss.; DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “Principio de culpabilidad: definición y aplicación a las personas físicas”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, p. 702 y ss.; HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, pp. 378-379; CID MOLINÉ, José, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, No. 140, mayo-agosto, p. 151; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 167; REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, p. 617 y ss.; SORÍA FERNÁNDEZ MAYORALAS, Pedro, “Derecho Administrativo sancionador y Derecho Pena/o Principios comunes”, *Actualidad Administrativa*, No. 5, de 1988, p. 272.

culpa en su ejecución.⁹ Deviene pues, una exigencia negativa dirigida al Estado, en el sentido de que no sea impuesta la pena (lo mismo que la sanción administrativa) sin que medie –y en la medida en que se halle presente– la culpabilidad.¹⁰

En este sentido, como indica MIR PUIG, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena (o de la sanción administrativa en este caso), que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo conductas, hechos. Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal.¹¹

Se trata pues de un principio complejo que a su vez engloba diversas exigencias, las que se traducen en principios esenciales a partir de los cuales se conforma en sentido amplio el principio de culpabilidad. Se sitúan así: el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios, el principio de exigencia de dolo o culpa y el principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto.

⁹ En alusión a dicho principio, GAMERO y FERNÁNDEZ establecen: “Este principio significa que la acción u omisión tipificada como infracción administrativa debe ser imputable subjetivamente a una persona”. Vid. GAMERO CASADO, E. y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 901. Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, el principio de culpabilidad constituye un principio que supone imputación y dolo o culpa. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso... II*, ob. cit., p. 179. HUERGO LORA, por su parte, refiriéndose a este principio refiere: “La aplicación del principio de culpabilidad a las sanciones administrativas significa, entre otras cosas pero fundamentalmente, que estas solo pueden imponerse a quien ha cometido la infracción si ha actuado de forma dolosa o negligente”. Vid. HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, 1ª ed., Lustel, Madrid, 2007, p. 377.

¹⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de derecho penal y ciencia penales*, t. 38, fascículo II, 1995, p. 286.

¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 123. Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual...”, ob. cit., p. 285; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 20ª ed., OPEN, Madrid, 2013, p. 391.

III. Principios intrínsecos al principio de culpabilidad en sentido amplio

a) Principio de responsabilidad por el hecho (*nulla iniuria sine actione*)

El principio de responsabilidad por el hecho, o como también se ha dado en llamar, principio de imputación por el hecho, alude a la exigencia de que para proceder a la imposición de una sanción debe tener lugar una acción o una omisión, es decir, se requiere de un hecho concreto o de una conducta determinada.¹²

Dicho de otro modo, implica la prohibición de aplicar sanciones administrativas asociadas a la personalidad del individuo, o sea, a su forma de ser, a su carácter o por el modo en que este se conduce en la sociedad.¹³ Y es que, como bien señala IZQUIERDO CARRASCO, las normas sancionadoras no se construyen sobre actitudes o cualidades de la persona, sino sobre actos externos de ese comportamiento humano, ya sea por acción o por omisión.¹⁴ En consecuencia, si no existe acción u omisión, no tendrá cabida la imposición de una sanción.¹⁵

Con este principio se quiere subrayar que la sanción no puede ir más allá del hecho concreto enjuiciado sin que puedan tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor.¹⁶

La principal razón que sirve de fundamento al principio de responsabilidad por el hecho consiste en la seguridad jurídica. Resulta contrario a la referida

¹² Vid. BACA ONETO, Víctor Sebastián, “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 21, primer semestre, 2019, p. 323; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “La culpabilidad y los sujetos...”, ob. cit., p. 250; DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 59.

¹³ En relación con este particular, DE PALMA DEL TESO sostiene: “La garantía de la responsabilidad por el hecho, en su aspecto positivo, obliga a establecer la sanción teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto y, en su aspecto negativo, impide que la sanción se determine en atención a la personalidad del infractor”. Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 59.

¹⁴ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “La culpabilidad y los sujetos...”, ob. cit., p. 298.

¹⁵ Al respecto, DE PALMA DEL TESO, citando a MIR PUIG, establece: “Sin una acción u omisión no existe ilícito, las actuaciones puramente internas del sujeto no pueden ser objeto de infracción ni, por consiguiente de sanción. Por lo tanto, no es posible tipificar y sancionar el carácter o el modo de ser”. Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 59.

¹⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo Sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 327.

seguridad el que lejos de sancionarse acciones u omisiones, se sancione a la persona por su forma de ser o por la forma en la que se comporta en la sociedad (dígase mendigos, prostitutas, drogadictos, holgazanes, canallas...). Si bien en algún modo, estas formas de conducción del individuo en la sociedad pueden ser cuestionables, ello no significa que deba ser objeto de sanción su forma de ser o su carácter. A efectos de imponer una sanción, lo que ha de importar al Derecho administrativo sancionador, lo mismo que al Derecho penal, son las acciones u omisiones constitutivas de infracción y en ello radica la garantía de la seguridad jurídica.

b) Principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios (*ex iniuria tertii*)

El principio de personalidad de las sanciones se erige en otro de los corolarios a partir del cual se configura el principio de culpabilidad. Constituye un principio de carácter primordial que, en su esencia, proscribe la imposición de sanciones por hechos cometidos por otros, es decir, que se haga responsable a un sujeto por infracciones ajenas. El referido principio impide que la responsabilidad punitiva recaiga sobre persona ajena al hecho infractor,¹⁷ de ello resulta que únicamente pueden ser sancionados quienes hubieran realizado la conducta infractora.¹⁸

Como bien señala REBOLLO PUIG de una manera más detallada, el principio significa que solo se puede sufrir una sanción (lo mismo que una pena) por actos propios; más exactamente, por acciones u omisiones propias tipificadas como infracción o tipificadas como forma de participación punible. O sea, sólo se puede sancionar a alguien por lo que él ha hecho o por lo que él, debiendo

¹⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 59. En términos similares se manifiestan: CANO CAMPOS, Tomás, "La culpabilidad y los sujetos responsables en la seguridad del tráfico", *Revista de Documentación Administrativa*, No. 284-285, mayo-diciembre, 2009, p. 84; DE PALMA DEL TESO, Ángeles, "Principio de culpabilidad: definición...", ob. cit., p. 711; NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 338; GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13^a ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 902; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XII – *Actos administrativos y Sanciones administrativas*, 2^a ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 327.

¹⁸ BACA ONETO, Víctor Sebastián, "El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano", ob. cit., p. 319. Refiriéndose a este principio, visto desde la perspectiva del ámbito administrativo sancionador, DE PALMA DEL TESO sostiene: "En definitiva, el principio de personalidad de las sanciones impide que la sanción administrativa recaiga sobre una persona física o jurídica ajena al hecho infractor, sólo cabe exigir responsabilidad frente aquellos que han tenido algún grado de participación, de forma dolosa o culposa, en la realización de la conducta infractora". *Vid.* DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 75.

hacerlo, no ha hecho.¹⁹ De este modo, en concreto, el principio erradica que, cometida una infracción, se sancione a alguien por ser el titular de la cosa con la que o en la que otro cometa la infracción o por tener una relación con el infractor.²⁰

Entendido como antecede, la Administración Pública no podrá sancionar, no podrá hacer responsable a una persona por hechos ajenos, sino por los propios, es decir, por los hechos cometidos a título personal. Solo sobre quien figure como autor de una infracción podrá recaer la imposición de una sanción.²¹

El fundamento del principio de personalidad de las sanciones gira en torno a varias razones. En primer lugar, obedece a razones de justicia, toda vez que resulta manifiestamente injusto ser sancionado por el hecho cometido por otra persona. De igual manera responde a motivos de seguridad jurídica, pues genera inseguridad el que se pueda ser destinatario de una sanción por los hechos de otros. Asimismo, media el criterio de la dignidad humana, pues atenta contra la dignidad de la persona el hecho de que se aplique a esta una sanción sustentado en un régimen de responsabilidad objetiva a pesar de haberse conducido con el debido cuidado.

Independientemente de estas razones, autores como REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO y DE PALMA DEL TESO tienden a ubicar el fundamento del principio en las funciones de prevención general, prevención especial²² y de retribución²³ de

¹⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”, en *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas (Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela Montaner)*, Iustel, 2015, p. 845. En igual sentido hubo de pronunciarse DE PALMA DEL TESO, quien al referirse a este principio sostuvo: “El principio de responsabilidad de las sanciones impediría la exigencia de responsabilidad punitiva por la simple existencia de un vínculo personal con el autor o la titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se cometió la infracción. La sanción debe ser, en todo caso, consecuencia de la participación como autor en la comisión de la infracción”. *Vid.* DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “Principio de culpabilidad: definición...”, *ob. cit.*, p. 711. *Vid.*, de la misma autora, “La culpabilidad”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 41; *El principio de culpabilidad...*, *ob. cit.*, p. 76.

²⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, “Los principios de legalidad, personalidad...”, *ob. cit.*, pp. 846.

²¹ En alusión a dicho principio, es válido señalar lo establecido por el Tribunal Supremo español en STS de fecha 27 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3415), F 2º, donde de manera excelente se sostiene lo siguiente: “Un principio fundamental del Derecho sancionador, como del Derecho penal, lo constituye el de personalidad de las sanciones, según el cual estas no pueden producir efectos perjudiciales respecto a las personas que no han sido sancionadas. La sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto a él ha de producir efecto”. Queda así plasmada la real esencia y razón de ser de este significativo principio.

²² *Vid.* DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 77-78; CANO CAMPOS, Tomás, *La culpabilidad y los sujetos...*, *ob. cit.*, pp. 94 y 95; e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “La culpabilidad y los sujetos...”, *ob. cit.*, p. 257.

²³ REBOLLO PUIG, Manuel, *Los principios de legalidad, personalidad...*, *ob. cit.*, p. 847.

las sanciones. La sanción amenazada tiene la finalidad de evitar la comisión de infracciones, se busca que las personas realicen aquello que la norma impone o se abstengan de realizar lo que prohíbe,²⁴ por tal razón, si esta se hace recaer sobre persona ajena al hecho infractor, se desvirtuaría la función que está llamada a cumplir. Solo en la medida en que la responsabilidad punitiva recaiga sobre quienes figuren como autores o partícipes del hecho constitutivo de infracción, la sanción cumplirá su función de prevención general y especial.

c) Principio de exigencia de dolo o culpa

Catalogado como medular dentro del conjunto de corolarios que dan contenido al principio de culpabilidad en sentido amplio, este principio apunta a la necesaria concurrencia de dolo o culpa para que la conducta tipificada como infracción administrativa en una norma pueda ser sancionada.²⁵ Planteado en otros términos, el referido principio implica que para que un sujeto se haga merecedor de una sanción administrativa es preciso que la conducta infractora por él cometida pueda ser atribuible a este a título de dolo o culpa.

No basta que el hecho sea materialmente causado por un sujeto para que se le pueda hacer responsable de él, es necesario que la infracción administrativa se haya realizado con dolo o intencionalidad o por lo menos con culpa o imprudencia.²⁶ Es decir, que el hecho haya sido querido (dolo) o que se haya producido pese a haberse podido prever o evitar (culpa o negligencia).²⁷

Se trata por tanto de un principio que excluye la imposición de sanciones administrativas por el mero resultado y sin atender a la conducta personal de quien infringe la norma. Se traduce en una exigencia que se opone a criterios de determinación de la responsabilidad atendiendo a previsiones estrictamente objetivas, lo que en la doctrina se ha dado en llamar, responsabilidad objetiva.

²⁴ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 89.

²⁵ En relación con este aspecto, NIETO GARCÍA señala: "En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la culpabilidad también se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través de dolo imprudencia, incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, o sea, la derivada automáticamente del hecho". Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 326.

²⁶ Sobre este aspecto plantea DE PALMA DE TESO: "En ningún caso es legítima la imposición de sanciones administrativas si la conducta constitutiva de infracción no es atribuible a su autor a título de culpa o dolo. La simple realización de la conducta tipificada en la norma no es suficiente para fundamentar la responsabilidad punitiva". Vid. DE PALMA DE TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 109.

²⁷ BACA ONETO, Víctor Sebastián, "¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta a partir del ordenamiento peruano", ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Argentina, 15-17 de septiembre de 2016, p. 13.

De manera similar a como sucede con el principio de personalidad de las sanciones, el fundamento del principio de exigencia de dolo o culpa se asocia a diferentes ideas. Por un lado, se vincula a la idea de dignidad de la persona, pues atenta contra la dignidad de todo ser humano el que se le sancione por hechos que no son consecuencia de su actuar, ya sea de manera dolosa o culpable, dicho de otro modo, en ausencia de intención o imprudencia. Asimismo, se fundamenta en razones de justicia, toda vez que resulta irracional que se sancione a una persona atendiendo solo a la consecuencia de un hecho, a su mero resultado, sin que para ello se tenga en cuenta si este es una derivación del actuar doloso o culpable del sujeto al cual se le imputa. Añádase a lo anterior la razón de prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Además de las razones anteriormente planteadas, como fundamento del principio de exigencia de dolo o culpa, la doctrina alude a la idea de utilidad. Tal y como se ha señalado por diferentes autores, las sanciones en el ámbito administrativo sancionador tienen una función preventiva, utilidad que se quebranta cuando se sanciona atendiendo al mero resultado del hecho infractor y se obvia la conducta del sujeto al que se atribuye, el quebrantamiento de la norma.

d) Principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto

El principio de imputación personal, conocido también con las denominaciones de principio de atribuibilidad normal o de reprochabilidad subjetiva, constituye otra de las exigencias que dan contenido al principio de culpabilidad en sentido amplio. En su virtud, no procede imponer sanción al autor de una conducta constitutiva de infracción que no cumpla unas determinadas condiciones que le permitan un acceso normal al mensaje de las normas;²⁸ es decir, si no se encuentra en condiciones normales de accesibilidad a la motivación de la norma. Planteado en otros términos, solo podrá hacerse responsable a un sujeto del incumplimiento de lo previsto en una disposición legal, si se encuentra en condiciones de poder ser merecedor de un castigo, de un reproche.²⁹

A efectos de declarar su culpabilidad, ha de poder atribuirse a su autor la comisión del hecho infractor. Es preciso que el sujeto sea imputable³⁰ y, en

²⁸ CANO CAMPOS, Tomás, “La culpabilidad y los sujetos...”, ob. cit., pp. 103-104. Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 126.

²⁹ MIR PUIG, coherentemente con su propia concepción de culpabilidad, estima que tal principio implica el que para que pueda considerarse a un sujeto culpable debe poder atribuírsele normalmente un hecho doloso o imprudente, como producto de una motivación racional normal. Citado por GÓMEZ TOMILLO e ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, 2017, p. 360.

³⁰ La imputabilidad, como condición subjetiva, como *status*, debe subsistir positivamente para poder dar lugar a una sanción, así como para que surja la responsabilidad como consecuencia

consecuencia, que pueda exigírsele actuar de conformidad con lo dispuesto en las normas.

Existen, por tanto, diferentes supuestos según los cuales no puede declararse culpable a un sujeto por la comisión de una conducta infractora. Se trata pues de diferentes causas que permiten excluir la culpabilidad, lo que en la doctrina y en la práctica se conocen como causas de exclusión de la culpabilidad. Entre estas se sitúan: la minoría de edad, el trastorno mental transitorio, la anomalía o alteración psíquica, alteraciones de la percepción,³¹ las que si bien tienen una fuerte raigambre en el ámbito penal, también son de aplicación en el ámbito administrativo sancionador y así se ha sostenido por diferentes autores.³²

Con la finalidad de imponer una sanción administrativa, no basta, por tanto, en virtud del principio de culpabilidad, con que se haya cometido una acción o una omisión; dicha conducta para ser sancionada ha de ser propia, debe haber mediado dolo o culpa en su realización y no debe concurrir en el sujeto ninguna causa de exculpación.

Al igual que los principios que han sido enunciados en los párrafos que anteceden, el fundamento del principio de imputación personal se sustenta en diferentes razones. Por un lado, responde a razones de justicia, pues resulta manifiestamente injusta la imposición de una sanción a quien por motivos de

del hecho. Vid. VIGNERI, A., "Profili generali della sanzione amministrativa", en *Le nuove leggi civil commentate*, vol. II, Milano, 1982, p. 1113.

³¹ Países como Italia, Alemania y Portugal han previsto en algunas de sus disposiciones legales concernientes al ámbito administrativo sancionador, algunos de los referidos supuestos de inimputabilidad. Así, por ejemplo, la Ley italiana 689/1981, en el artículo 2.1 dispone: "No puede ser sometido a sanción administrativa quien en el momento en que cometió el hecho no haya cumplido los dieciocho años o no tenga, en base a los criterios indicados en el Código Penal la capacidad de comprender y querer, salvo que el estado de incapacidad derive de su culpa o sea preordenado por él". La Ley alemana de infracciones administrativas (OWiG) prevé de manera expresa la minoría de edad y la anomalía o la alteración psíquica. De este modo, en su artículo 12 dispone que: "1. No actúa de forma recriminable quien en el momento de cometer el hecho no ha cumplido los catorce años. Un adolescente sólo actúa de forma recriminable en el marco de la Ley del Tribunal de menores. 2. No actúa de forma recriminable quien, en el momento de cometer el hecho, por perturbaciones psicológicas de origen patológico, profundos trastornos de consciencia, deficiencias mentales y otra grave anomalía psíquica, es incapaz de percibir la ilicitud de la conducta o de actuar sobre la base de dicha percepción". El Decreto-Ley portugués 433/1982, de manera similar a la Ley alemana de infracciones administrativas, estipula por su parte como causas de inimputabilidad la minoría de edad y la anomalía psíquica. En relación con ello, en el artículo 10 se establece: "A los efectos de esta ley se consideran inimputables los menores de 16 años". Por su parte, el artículo 11 dispone: "Es inimputable quien, debido a una anomalía psíquica, es incapaz, en el momento de cometer el hecho, de apreciar la ilicitud de este o de determinarse de acuerdo con dicha apreciación".

³² REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación...*, ob. cit., p. 645 y ss.; DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad...*, ob. cit., p. 179 y ss.; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, "La culpabilidad y los sujetos...", ob. cit., p. 317 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M. e ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 446 y ss.

edad, anomalía o alteración psíquica o trastorno mental, no se encuentra en condiciones de ser motivado por los mandatos de la norma y en consecuencia de recibir un castigo pese a haber cometido una infracción administrativa. Asimismo, se sustenta en motivos de seguridad jurídica, toda vez que atenta contra la seguridad de la persona el que se le sancione aun encontrándose bajo condiciones físicas o psíquicas que le impidan ser merecedoras de un reproche.

IV. Consecuencias que derivan del principio de culpabilidad

Entendido como antecede, del principio de culpabilidad derivan importantes consecuencias. En primer lugar impide que se sancionen personalidades o formas de ser, de ahí que implique la prohibición de un Derecho administrativo sancionador de autor. En segundo lugar veda la posibilidad de imponer sanciones administrativas por hechos ajenos, o sea, que se haga responsable a un sujeto por infracciones cometidas por otros. En tercer lugar proscribela responsabilidad objetiva o sin culpa, lo que si bien por un lado exige la presencia de dolo o imprudencia al efecto de imponer una sanción, conlleva, de igual manera, la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable.³³ Asimismo, no ofrece cabida a la imposición de una sanción administrativa cuando concurren causas que excluyan la culpabilidad.³⁴

V. Tratamiento legal del principio de culpabilidad en declaraciones, pactos y convenios internacionales sobre derechos

Desde el punto de vista de su tratamiento legal en las diferentes declaraciones, pactos y convenios internacionales reguladores de derechos, no se trata de un principio explícitamente reconocido en toda su dimensión; no obstante, de la lectura de algunos de estos documentos se advierte una referencia implícita a este. Así, por ejemplo:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 11 establece:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en

³³ Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Principios constitucionales nucleares del Derecho Penal y matices característicos del derecho Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho Aplicado*, No. 6, 2020, p. 22.

³⁴ Vid. GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico...*, ob. cit., pp. 901-903.

juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

En este precepto legal, dos aspectos destacan: por un lado, si bien el modo en que ha sido redactado el primer apartado gira en su esencia en torno al principio de presunción de inocencia, en estrecha conexión con este se alude a la culpabilidad en la comisión de un delito, la cual solo podrá ser declarada una vez probada de conformidad con la ley, de lo que bien se deduce el reconocimiento a este principio. Por otro lado, en el apartado segundo se hace alusión a acciones u omisiones, las que deben configurarse como delito, a fin de que pueda sancionarse por la comisión de ellas a una persona. Tal cuestión guarda también estrecha relación con el principio objeto de análisis, toda vez que de acuerdo con uno de sus subprincipios, no podrá sancionarse a una persona sino por la comisión de determinados hechos, hechos que o bien se traducen en acciones o bien en omisiones; de ahí que a partir de lo que aquí se estipula, puede verse de igual manera manifestado el principio de culpabilidad, incluso en estrecha relación con el principio de legalidad.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y puesto en vigor el 23 de marzo de 1976, exhibe en su artículo 14, apartado 2, similar redacción a la que posee el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de donde también puede entenderse reconocido el principio de culpabilidad. En este sentido, el referido precepto legal establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en fecha 22 de noviembre de 1969 y puesta en vigor el 18 de julio de 1978, se erige en otro de los documentos que aluden al principio objeto de análisis. Dos artículos destacan en esta Convención en este sentido, los artículos 5 y 8.

El primero de estos artículos regula el derecho a la integridad personal, conforme con el cual se estipulan diferentes aspectos y de manera particular, en el apartado 2 se dispone que la pena no puede trascender a la persona del delincuente. El contenido de dicho precepto establece de manera muy clara que las sanciones no pueden repercutir, recaer, más allá de del transgresor de la norma, solo quien figure coma tal deberá ser destinatario de determinada

sanción. Lo anterior se le corresponde con uno de los subprincipios a partir del cual se configura el principio de culpabilidad en sentido amplio: se trata del principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios. Por esta razón, aunque visto solo desde una de sus aristas, podemos encontrar aquí reconocido el principio de culpabilidad.

En el artículo 8, por su parte, se reconocen un conjunto de garantías judiciales y entre estas, en el apartado 2, se establece la siguiente: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Dada la similitud que en cuanto a su contenido posee este precepto legal en comparación con los ya analizados, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual manera puede entenderse aquí reconocido el principio objeto de atención en este trabajo.

Asimismo sucede con el artículo 9 de esta Convención, en comparación con lo preceptuado en el artículo 11.2 de la Declaración anteriormente señalada. De manera particular este artículo refiere:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. [...]. Aun cuando desde su enunciado este precepto declara los principios de legalidad y retroactividad, no puede desvincularse de su contenido el principio de culpabilidad, pues entre los requerimientos que deben darse para su configuración, se precisa la realización de acciones o omisiones constitutivas de infracción”.

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), de 7 de diciembre de 2000, deja entrever, a su vez, el reconocimiento del principio de culpabilidad a partir de lo preceptuado en el artículo 48.1, en el que con la denominación presunción de inocencia y derechos de la defensa se establece lo siguiente: “Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente”.

A este precepto legal se añade el artículo 49, tanto en lo concerniente a su apartado 1 como al 2. Dicho precepto legal así refiere:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. [...]

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones”.

Sin embargo, es en este último articulado donde mejor se reconoce el principio de culpabilidad, toda vez que se alude a la culpabilidad de la persona como resultado de la comisión de una acción u omisión que se instituye como delito, de lo cual derivará para esta la imposición de un castigo.

Como se puede apreciar, tal y como ha sucedido con otros de los principios que informan el *ius puniendi* del Estado, dígase legalidad, tipicidad, irretroactividad, *non bis in idem* e incluso el principio de presunción de inocencia, la perspectiva desde la cual se reconoce el principio de culpabilidad en los distintos instrumentos internacionales que en la actualidad regulan derechos, es la penal. No obstante, teniendo por admitido este principio, como informador del poder sancionador del Estado en su más amplia dimensión, válido también resulta su reconocimiento para el Derecho administrativo sancionador.

VI. El principio de culpabilidad y su tratamiento legal en países del ámbito europeo: especial referencia a Italia, Alemania, Portugal y España

En lo que respecta a la regulación jurídica del principio de culpabilidad en países europeos, hemos de encontrar en algunos de ellos —cítese por ejemplo Italia, Alemania, España, Portugal— disposiciones jurídicas de carácter general, en cuyo contenido se incluyen preceptos que hacen referencia a la culpabilidad en el ámbito concreto del Derecho administrativo sancionador.

La Ley italiana 689/1981, Ley de Modificaciones al sistema penal (*Legge di modifiché al sistema penale*), regula en diferentes preceptos determinados aspectos en relación con el principio de culpabilidad. Un primer artículo que amerita ser señalado lo constituye el artículo 3: “En las infracciones a las que es aplicable una sanción administrativa, cada uno es responsable de su propia acción u omisión consciente y voluntaria, ya sea dolosa o negligente”.

Como se advierte, en él se establecen dos cuestiones esenciales, lo relativo a la responsabilidad por hechos propios y al dolo o culpa como elementos intrínsecos a esos hechos, de los cuales se hace depender la imposición de una sanción administrativa, y que se encuentran en consonancia con dos de los subprincipios que dan contenido, en su concepción más amplia, al principio de culpabilidad.

Otro de los preceptos es el artículo 2, en el que bajo la denominación de “Capacidad de comprender y querer”, se hace alusión a las causas de imputabilidad, o sea, aquellas que impiden que pueda imputarse un hecho a una persona, tal es el caso de la minoría de edad y la incapacidad. Sobre este particular el artículo refiere: “No puede ser sometido a sanción administrativa, quien en el momento en el que ha cometido el hecho, no hubiere cumplido los dieciocho años de edad o carecía, en base a los criterios señalados en el

código penal, de la capacidad de comprender y de querer, salvo que el estado de incapacidad derive de su culpa o haya sido preparado por él”.

El artículo 4 de la Ley italiana se pronuncia, por su parte, sobre las causas de exclusión de la responsabilidad, y en ese sentido dispone: “No responde de la infracción administrativa quien ha cometido el hecho en el cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima o bien en estado de necesidad o de legítima defensa”.

La Ley de Infracciones Administrativas alemana (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), de fecha 19 de febrero de 1987 y conocida como (*OWiG*), también figura entre los textos normativos en cuyo contenido se incluyen aspectos estrechamente vinculados al principio de culpabilidad. Así, entre las principales cuestiones aquí reguladas se alude al dolo como condicionante esencial para que una infracción administrativa pueda ser sancionada, se hace referencia al error –ya bien sea del tipo o de prohibición– y se introducen las diferentes causas que pueden conducir a la inimputabilidad de una conducta infractora.

Siguiendo este mismo orden de ideas, con el título “Dolo y negligencia”, el artículo 10 expresa lo siguiente: “Sólo la acción dolosa puede ser sancionada como infracción administrativa, salvo que la ley amenace expresamente con multa la acción negligente”.

En este punto es importante señalar que aunque se otorga al dolo un lugar preferente en comparación con la culpa o negligencia, tanto la acción dolosa como culposa pueden ser objeto de sanción administrativa.

Al tratamiento legal del Error, la Ley alemana de Infracciones administrativas destina el artículo 11, el cual sobre ello estipula:

“1. El que comete un hecho ignorando una circunstancia que forma parte de los hechos legales no actúa dolosamente. La posibilidad de sanción por actuación negligente no se ve afectada.

2. Si, al cometer el hecho, el autor no tiene la percepción de que está haciendo algo ilegal, es decir, porque ignora la existencia o la aplicabilidad de una disposición legal, no actúa como un reproche si no pudo evitar este error”.

Lo relativo a las causas de inimputabilidad, aparece por su parte, consignado en el artículo 12, el que con el título de “Responsabilidad” así refiere:

“1. No es culpable de un hecho quien en el momento de su comisión no ha cumplido los 14 años. Un menor actúa de manera reprochable solo en las condiciones del 3, apartado 1de la Ley del Tribunal de Menores.

2. No actúa de manera reprochable quien en el momento de la comisión del hecho no puede percibir la ilicitud de la conducta o actuar sobre la base de esta percepción debido a un trastorno mental patológico, una alteración profunda de la conciencia o una discapacidad intelectual u otro trastorno mental grave”.

Otro de los cuerpos legales que amerita ser señalado es el Decreto-Ley portugués 433/1982. Como la Ley de Infracciones Administrativas alemana, esta disposición jurídica hace alusión a los elementos de dolo, negligencia, error e inimputabilidad y a ello destina los preceptos legales que a continuación se relacionan.

En el artículo 8, titulado “Dolo o negligencia”, se establece cuáles hechos pueden ser declarados punibles y a su vez, las causas por las cuales puede quedar excluida la culpabilidad de una persona. En este sentido dicho precepto refiere:

“1. Sólo es punible el hecho cometido con dolo o, en los casos especialmente previstos por la ley, con negligencia.

2. El error sobre elementos del tipo, sobre la prohibición o sobre un estado de cosas que, si existiera, excluiría la antijuridicidad del hecho o la culpa del agente, excluye el dolo.

3. Se exceptúa en términos generales la punibilidad de la negligencia”.

El artículo 9, a su vez, regula lo referente al “Error de ilegalidad” y así titulado establece:

“1. Obra sin culpa quien actúa sin ser consciente de la ilicitud del hecho, si el error es invencible.

2. Si el error es vencible, la multa podrá ser atenuada”.

Lo concerniente a las causas de inimputabilidad se aborda en los artículos 10 y 11, respectivamente, el primero referido a la “Inimputabilidad por razón de la edad” y el segundo a la “Inimputabilidad por anomalía psíquica”.

En alusión a la causa de inimputabilidad por razón de la edad, el artículo 10 dispone: “Para los efectos de esta ley, los menores de 16 años se consideran inimputables”.

En lo referente a la anomalía psíquica como otra de las causas de inimputabilidad el artículo 11 establece:

“1. No es imputable quien, en virtud de una anomalía psíquica, no sea capaz, en el momento de la práctica del acto, de apreciar la ilegalidad del acto o de determinarse a sí mismo de acuerdo con esa apreciación.

2. Puede ser declarado inimputable quien, en virtud de una anomalía psíquica grave no accidental y cuyos efectos no pueden ser controlados, sin ser censurado por ello, tiene en el momento de la comisión del hecho sensiblemente disminuida la capacidad para apreciar su ilegalidad o para conducirse según esa apreciación.

3. No se excluye la responsabilidad cuando la anomalía psíquica ha sido causada por el propio agente con la intención de cometer el hecho”.

En este caso, la norma no solo declara de manera precisa en qué casos, por concepto de anomalía psíquica un hecho no podrá ser imputado a una persona, sino que, además, establece en qué circunstancia no será declarada inimputable una persona por esta misma causa.

En el caso de España, la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, constituye la disposición jurídica que, entre otras cuestiones, regula los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; los cuales aparecen estipulados en el Título Preliminar, Capítulo III. La Ley alude de manera puntual a los principios de: legalidad, tipicidad, proporcionalidad, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, concurrencia de sanciones, prescripción de infracciones y sanciones, y responsabilidad.

Entre estos, en virtud del tema que en esta ocasión se analiza, especial atención merece este último, a cuya regulación se destina el artículo 28 de la referida Ley. En un primer apartado, dicho precepto legal establece:

“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

De la letra de lo aquí dispuesto destacan tres aspectos exigibles a fin de imponer una sanción administrativa: en primer lugar, ha de tener lugar la comisión de un hecho constitutivo de infracción administrativa; en segundo lugar, dicho hecho ha de ser resultado del actuar doloso o culposo de su agente comisario; y por último, ha de estar reconocida por Ley la capacidad de obrar de los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos.

Lo distinguible en este apartado es que a partir de estas exigencias, fundamentalmente de las dos primeras, se reconocen tres de los principios configuradores del principio de culpabilidad en sentido amplio: el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de personalidad de las sanciones y el principio de exigencia de dolo o culpa; pues solo en la medida en que una

persona física o jurídica cometa una infracción administrativa podrá ser sancionada y en consecuencia deberá responder por ello, para lo cual además se requiere haya mediado dolo o culpa en su ejecución.

Fuera de lo previsto en este precepto legal, donde se advierten determinados aspectos estrechamente vinculados con el principio de culpabilidad, la Ley 40/2015 en el artículo 29.3 realiza un planteamiento importante y es que declara la culpabilidad como elemento a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción. De manera específica dicho precepto dispone:

“1. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:
a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad [...]”.

La lectura de este articulado nos lleva a entender, en primer lugar, que al efecto de sancionar por la comisión de una infracción administrativa, se ha de ser culpable de esta, y atendiendo al grado de culpabilidad en dicho hecho, se determinará la sanción a imponer; de lo que bien podría deducirse, como bien sostiene GÓMEZ TOMILLO, que ausente esta, no hay sanción punible.³⁵ La culpabilidad se instituye así en un elemento clave a fin de poder sancionar a quien incurra en una conducta infractora.

En comparación con las disposiciones jurídicas anteriormente señaladas, la Ley española de Régimen Jurídico del Sector Público no hace alusión de manera expresa a las causas que pueden conducir a la inimputabilidad de un sujeto infractor, ya sea por minoría de edad o algún tipo de incapacidad mental. No obstante, de la lectura del artículo 28, apartado 4, se infiere una referencia a la minoría de edad:

“... 4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependen o estén vinculadas”.

Y es que este precepto en dos momentos hace referencia a sujetos que se encuentran en situación de dependencia en relación con otras personas o

³⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, ob. cit., p. 432.

vinculadas de alguna manera a estas, dentro de los que bien podrían encuadrarse los menores de edad.

En cuanto al Error, a diferencia de lo que sucede con la Ley alemana y el Decreto-Ley portugués, tampoco existe un pronunciamiento en la Ley 40/2015, lo mismo acontece en relación con las causas que pueden dar lugar a la exclusión de la responsabilidad administrativa por la comisión de una conducta infractora, dígase legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; cuestión que sí es objeto de tratamiento legal en la Ley italiana de 1981.

Pese a ser esta la real situación que exhibe la Ley española de Régimen Jurídico del Sector Público, hemos de encontrar en el ordenamiento jurídico español la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco; una ley que, si bien su alcance y aplicación se limita al ámbito territorial del País Vasco, aborda importantes aspectos estrechamente vinculados al principio que en esta ocasión se analiza.

Con la denominación de “Reglas generales sustantivas para el ejercicio de la potestad sancionadora”, en el su Capítulo II, la norma establece un conjunto de cuestiones, algunas de las cuales se identifican con los principios que deben regir el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, tal es el caso del principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem* y prescripción.

En lo que al principio de culpabilidad concierne, se ha de destacar lo preceptuado en varios de los artículos del citado capítulo. Siguiendo un orden lógico, en el artículo 8 la norma hace alusión a las conductas por las cuales se podrá ser sancionado y señala en este caso a las infracciones consumadas;³⁶ ello sugiere la idea de hechos ejecutados, realizados, de donde cabe excluir la sanción de formas de ser o de carácter. Tal cuestión se encuentra en consonancia con uno de los subprincipios que informan el principio de culpabilidad en sentido amplio: el principio de responsabilidad por el hecho.

Por otro lado, en el artículo 8, la norma declara qué personas podrán ser responsables de una infracción administrativa y en ese sentido señala a sus autores,³⁷ entendiendo como tales tanto a las personas físicas como a las

³⁶ Sobre este aspecto, el artículo 5, titulado “Punibilidad”, dispone:

“1. Únicamente serán punibles las infracciones consumadas.

2. No se sancionarán ni la conspiración, ni la proposición, ni la provocación para cometer infracciones. Tampoco se sancionará la apología de la infracción”.

³⁷ De manera específica, el artículo 8 establece: “Únicamente serán responsables de las infracciones sus autores”.

personas jurídicas que por sí solas, conjuntamente o por medio de otra de la que se sirvan como instrumento, realicen el hecho tipificado, y así se señala en el artículo 9.³⁸ De este modo, solo a quienes figuren como autores de un hecho constitutivo de infracción administrativa les será exigible responsabilidad, particular que se encuentra en estrecha conexión con otro de los principios informadores del principio de culpabilidad, se trata pues del principio de responsabilidad personal por hechos propios.

Interrelacionado con los preceptos anteriormente enunciados se encuentra el artículo 3, significativo precepto que de manera muy clara hace referencia a la imposibilidad de imponer sanción administrativa cuando no medie dolo o imprudencia, incluyendo además en esta última la simple inobservancia 3.³⁹ Lo dispuesto en este precepto se corresponde con otro de los subprincipios analizados, y lo constituye el principio de exigencia de dolo o culpa.

Por último, se ha de citar el artículo 6, precepto que en su esencia aborda las causas de exención de la responsabilidad y como tales incluye, por un lado, la minoría de edad, y por otro el Error.⁴⁰ Fuera de estas causas expresamente

³⁸ En relación con la autoría este precepto legal estipula, además:

“2. Serán considerados autores:

- a) Las personas que cooperen a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.
- b) Las personas que incumplan el deber, impuesto por una norma de rango legal, de prevenir la comisión por otro de la infracción. Dichas personas no responderán cuando, por cualquier motivo, no se determine la existencia de la infracción que deben prevenir o la autoría material de la persona respecto de la que el deber de prevención se ha impuesto. Si se declaran tal existencia y autoría, aquéllas responderán, aunque el autor material no sea declarado culpable por aplicación de una causa de exclusión de la imputabilidad o la culpabilidad.
3. Cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquélla en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar. En estos casos, no se podrá sancionar, por la misma infracción, a dichas personas físicas”.

³⁹ De manera específica este artículo refiere: “No hay sanción sin dolo o imprudencia, incluida en esta última la simple inobservancia”. *Vid.* Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁴⁰ Al respecto, en sus apartados 2 y 3, el artículo 6 establece:

“2. El error sobre un elemento del tipo o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción solamente eximirá de responsabilidad si fuera invencible. El error vencible únicamente tendrá efecto atenuante si supone disminución del grado de imprudencia. Si el dolo es elemento integrante del tipo infractor aplicado, el error vencible también eximirá de responsabilidad. El error sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación si es invencible. Si fuese vencible podrá tener efecto atenuante respecto del tramo de sanción que se relacione con la apreciación de la circunstancia agravante.

3. Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de 14 años”.

declaradas, de manera indirecta la norma admite otras y en consecuencia remite al Código Penal, cuerpo legal donde se establecen como causas que eximen de la responsabilidad en esta materia: la anomalía o alteración psíquica, el trastorno mental transitorio, legítima defensa y el estado de necesidad.⁴¹ No obstante, como refiere el apartado primero de este artículo, dichos supuestos habrán de aplicarse siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción concreta y de la regulación material sectorial de que se trate y, en su caso, con las matizaciones que se determinen en ella.⁴² Se deja entrever así otra de las exigencias que dan contenido al principio de culpabilidad, el principio de atribuibilidad normal o de reprochabilidad subjetiva, al que de igual manera se hace alusión en los párrafos que anteceden.

Como se hace notar, independientemente de los diferentes aspectos que son objeto de regulación en las disposiciones legales anteriormente enunciadas y de la mayor o menor regulación que alcanzan en unas en comparación con otras, el principio de culpabilidad no exhibe en modo alguno un tratamiento acabado. En dichas normas se hace alusión a importantes categorías como dolo, culpa, se habla también de error, de inimputabilidad, aspectos todos intrínsecamente relacionados al principio que se analiza; sin embargo, en ninguna de estas disposiciones se habla de principio de culpabilidad en concreto y mucho menos se logra ofrecer una definición entorno a este. No obstante, la importancia que hoy puede atribuirse a estas disposiciones jurídicas radica, en primer orden, en dejar sentada la idea de que solo en la medida en que pueda hacerse responsable a un sujeto de la comisión de una infracción administrativa, se le hará destinatario de una sanción; postulado esencial sobre el cual descansa el principio de culpabilidad.

Cada uno de los elementos que a lo largo de este trabajo se aborda, nos revela el escabroso contexto dentro del cual se mueve el principio de culpabilidad, un principio en sí mismo complejo y cuyo tratamiento en la doctrina, en la jurisprudencia y desde la perspectiva legal no ha sido ni es, en modo alguno pacífico. Pese a la complejidad que lo caracteriza, no deja de ser este un principio significativo, que si bien se traduce en una importante garantía para el ciudadano frente a las prerrogativas de las cuales goza la Administración Pública, en este caso la de sancionar, de igual modo, se erige en el que pudiéramos catalogar como uno de los límites más importantes al poder sancionador de la Administración, ello, atendiendo a las importantes consecuencias que derivan de su contenido.

⁴¹ *Vid.* Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 20.

⁴² *Vid.* Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, artículo 6.1.

Apuntes históricos y teóricos sobre la configuración normativa de la potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba

Reynaldo Jorge LAM PEÑA*

I. A modo de introducción

Los Estados contemporáneos representan la organización política de las sociedades modernas. Están conformados por una maquinaria encauzada a la consecución de determinados fines, a partir de un grupo de funciones atribuidas por la propia ordenación política, económica y social. Entre estas funciones se encuentran las que Cañizares¹ denomina “de civilización”, dirigidas a desarrollar acciones de carácter social, económico y cultural para el logro del bienestar general.

Sin embargo, el Estado, y dentro de él, la Administración pública, al ser entes abstractos, necesitan de toda una estructura para desempeñar sus funciones. Dicha estructura combinará elementos institucionales y personales. Estos se integrarán a su organización desde la propia complejidad del fenómeno organizativo y se expandirá en dependencia de los ámbitos de intervención que el mismo Estado posea.

En el desenvolvimiento de las funciones del Estado, el elemento humano desempeña un papel fundamental, pues personaliza y materializa el poder organizado. Este elemento personal,² la teoría lo denomina, partiendo de una catalogación genérica y dejando de lado otras designaciones: agentes públicos. Dentro de este universo personal, el grupo más importante, y al cual el Derecho Administrativo le presta su mayor importancia, lo constituyen los funcionarios públicos, y sobre el cual se centrará el elemento subjetivo de ensayo.³

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Juez de Segunda Instancia de Trabajo y Seguridad Social, Tribunal Provincial Popular de La Habana.

¹ Vid. CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría General del Estado*, Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 57.

² GARCINI GUERRA hace referencia a que la Administración Pública está compuesta por medios materiales, financieros y personales. Vid. GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 154.

³ Tal así en función de las particularidades de la relación entre funcionarios públicos y Administración Pública esta investigación centrará su objeto de análisis en esta relación

El funcionario público tipifica una relación jurídica que adquiere particularidades que dependen del conjunto de deberes y derechos públicos que configuran la función que ejecutan, y de valores éticos y normas de conducta que enmarcan un modo de actuación que es expresión de la moral que pretende incoar el Estado en los ciudadanos, mediante las acciones que desarrolla su estructura organizativa. Inherente a la organización, el funcionario público queda sujeto a un orden interno. Este orden se expresa en un conjunto de normas de conducta y de funcionamiento que permiten engranar su actuación en pos del correcto desenvolvimiento de las acciones entre los sujetos y las relaciones de cooperación y colaboración entre ellos; las cuales repercuten en el buen funcionamiento de la Administración y ayudan a la consecución de sus fines dirigidos a la colectividad. Dichas normas de conductas, articuladas de forma coherente, conforman el orden disciplinario al que se somete el funcionario público.

Este orden disciplinario se transforma en un régimen jurídico, resultado de la juridicidad que nutre la actuación administrativa, compuesto no solo por los deberes públicos, sino por una serie de garantías sustantivas y procedimentales que otorguen seguridad jurídica y legalidad a la actividad administrativa. Empero, el régimen disciplinario en la esfera administrativa ha estado matizado por pautas más rígidas⁴ en pos de la finalidad de la Administración Pública y que lo diferencia de otros regímenes disciplinarios en la esfera privada.⁵

jurídica de forma estricta, descartando, además, dentro del propio régimen funcional, los funcionarios militares, judiciales o de la Fiscalía General, a partir de las particularidades propias de su régimen jurídico. Para el supuesto de otras categorías de personas al servicio de la Administración Pública, la doctrina, salvando igualmente otras denominaciones, al respecto habla de los empleados públicos. Sin embargo, a estos la propia doctrina les atribuye en su relación jurídica elementos más cercanos al Derecho del trabajo. Sobre ello *vid.* MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio y José Bernardo HERRERO MARTÍN, *Sistema de Derecho del Trabajo*, Publicaciones URV, 3ª ed., Tarragona, 2016, p. 39; GAMERO CASADO, Eduardo; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 319 y ss.; BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 464.

⁴ Sobre ello expresa GONZÁLEZ PÉREZ que el Derecho administrativo puede ser entendido como una garantía del comportamiento ético. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, p. 22; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, t. X, *La Administración del Estado*, 2ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 133.

⁵ Algunos ejemplos son: el régimen disciplinario laboral, los Estatutos disciplinarios de organizaciones mercantiles como las cooperativas o las sociedades anónimas. *Vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público). Relaciones laborales en las Administraciones Públicas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 460-461; GALLEGO SEVILLA, Luis, "Medios económicos y disciplinarios para combatir el incumplimiento de los socios de participar en las actividades de las cooperativas agrarias", *Revista de Estudios Cooperativos*, No. 104, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, pp. 63-101.

Asimismo, en pos de velar por el orden disciplinario, la Administración Pública poseerá la potestad jurídica de sancionar las conductas del funcionario público que atenten contra el orden conductual regulado por el ordenamiento jurídico. Para ello conjuga preceptos constitucionales, legislativos y pautas establecidas por la propia Administración Pública, con la finalidad de resguardar el correcto funcionamiento administrativo para conseguir la satisfacción de las necesidades colectivas. Esta potestad jurídica se denomina “potestad disciplinaria”.

La potestad disciplinaria se ejercita cuando se ha generado una responsabilidad disciplinaria por atentar contra el orden y la disciplina establecida para el funcionamiento de la actividad administrativa en el ejercicio de las funciones que le vienen atribuidas al funcionario público. Con su aplicación se busca reestablecer el orden quebrantado, reprimir las conductas que atenten contra él y prevenir otros comportamientos semejantes que afecten la actividad pública. Esta institución jurídica, en el Derecho Administrativo, posee características puntuales a partir de la noción de función administrativa y de los valores éticos que la informan. Por ello, el análisis de la institución en cuestión, resulta trascendente como forma de reflejar el modo de actuación de la Administración Pública⁶ y los mecanismos de reclamación frente al ejercicio ilegítimo de esta potestad administrativa.

Colocando el tema de la responsabilidad disciplinaria y la potestad jurídica que faculta a la autoridad correspondiente para imponer sanciones ante la violación del régimen conductual establecido el terreno nacional, puede afirmarse que ha sido prácticamente inexistente para la doctrina cubana.⁷ Esta influencia ha estado marcada no solo por una falta de investigación científica, sino también por las características propias del régimen jurídico del funcionario público, especialmente luego de 1959, cuando tuvo una evolución accidentada que desnaturalizó la relación jurídica funcional, laboralizando su figura y aplicándole preceptos inherentes al Derecho laboral que desconocían su *status* jurídico propio.

⁶ Sobre este modo de actuación de la Administración Pública se habla en la actualidad del principio de la buena administración. *Vid.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 16, 2012, pp. 217-273; MATILLA CORREA, Andry, *La buena administración como noción jurídico administrativa*, Dykinson, Madrid, 2020.

⁷ La temática de los principios asociados a la potestad disciplinaria en Cuba ha pasado por la confusión de entenderlos ligados a la potestad sancionadora de la Administración Pública. Con estos presupuestos ha sido tratado en Cuba. Sobre ello se pueden ver: GÓMEZ PÉREZ, Ángela, “Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba”, en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo*, t. II, Félix Varela, La Habana, 2004; GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *El principio non bis in idem. Sanciones penales y sanciones administrativas*, Fondo Editorial Colegio de Abogados de Cochabamba, Bolivia, 2001; FERNÁNDEZ PAZ, Juan Antonio, “Las Contravenciones”, *Revista Jurídica*, No. 26, enero-marzo, Año VIII, Ediciones Cubanas, La Habana, 1990.

Además, el fenómeno disciplinario en la función pública patria tuvo una fuerte influencia del Derecho soviético y la ética socialista,⁸ que remarcaban, con el paso de los años, la unidad de regímenes jurídicos entre funcionarios y trabajadores; a lo cual se añade una politización de la función pública, a partir de situaciones concretas, que lo hicieron rígido y principalmente represivo.

Ello ha desencadenado, prácticamente, en la inexistencia de preceptos teóricos propios para un estudio del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y en especial de la potestad disciplinaria de la Administración Pública.⁹ Por ende, su estudio en Cuba resulta actual y novedoso. En consecuencia, el presente artículo propone un acercamiento a matices históricos y teóricos sobre la potestad disciplinaria como vértice para la configuración de un régimen disciplinario funcional.

II. Breves consideraciones históricas sobre la configuración de la potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba

Actualmente hablar en Cuba de potestad disciplinaria, y más de su autonomía normativa o doctrinal, resulta difícil, a partir de su accidentada evolución. Sin embargo, indagando en las etapas históricas de la ciencia del Derecho administrativo patrio, sobre todo en los aspectos relativos a la función pública u organización administrativa, se encuentran atisbos que permiten un esbozo normativo de dicha institución. En aras de una estructura coherente

⁸ Para el contexto nacional posee su punto de conexión directo con la llamada democracia socialista y el principio de organización del Estado de “centralismo democrático”. Vid. AFANASIEV, V.G., *La dirección científica de la sociedad*, Progreso, Moscú, 1975, p. 258.

⁹ Antes del triunfo de la Revolución de 1959 se encuentran algunas obras generales que hacen mención a la esfera disciplinaria en el Derecho administrativo y la generación de responsabilidad disciplinaria como: GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos Teóricos Prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, 2^ª ed., Imprenta “El Siglo XX”, La Habana, 1914, pp. 42-43; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios del Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, 1^ª ed., Cultural S.A., La Habana, 1935. Con posterioridad a 1959 existen escasos estudios teóricos sobre la materia. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Yileisys, “Potestad disciplinaria de la Administración Pública: aspectos teóricos generales”, en Andry Matilla Correa y Diego Paul Viteri Núñez (coords.), *Reflexiones de Derecho Público I*, Unijuris, La Habana, 2019, pp. 78-105. También pueden consultarse: LAM PEÑA, Reynaldo Jorge, “Los principios jurídicos fundamentales de la potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba”, *Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 93, No. 1, Brasil, 2021, pp. 6-25; LAM PEÑA, Reynaldo Jorge, “Anotaciones teóricas sobre la potestad disciplinaria de la Administración Pública”, *Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 91, No. 2, Brasil, 2020, pp. 5-24; LAM PEÑA, Reynaldo Jorge, “El procedimiento disciplinario en la Administración Pública. Reflexiones tras la constitucionalización del ‘debido procedimiento’ administrativo en Cuba”, en Edilson Pereira Nobre Júnior, Ana Cristina Aguilar Viana, Marília Barros Xavier (coords.), *Direito Administrativo Sancionador Comparado*, vol. I, Coleção De Direito Administrativo Sancionador, Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), Rio de Janeiro, 2021, pp. 416-447.

de la explicación histórica se tomarán iguales periodos históricos en que se estructura la historia de la nación, las que también han sido utilizadas para sistematizar la historia del Derecho administrativo en Cuba.¹⁰

II.1. Etapa colonial (1855-1898)

Una construcción histórico-jurídica en Cuba necesita mirar la evolución de sus instituciones afines en la monarquía española, al haber sido “la Isla” una de sus colonias hasta 1898. La materia disciplinaria no comienza a cobrar importancia dentro de la Administración Pública hasta entrado el siglo XIX, de ahí que el análisis parta desde este periodo en adelante. Ello se fundamenta en dos elementos; el primero porque el desarrollo del Derecho disciplinario tampoco había llegado a España¹¹ y segundo, porque a pesar de la creación de instituciones y normas referentes a la materia en la metrópoli, las normativas administrativas españolas nunca llegaban a “la Isla” con la misma intensidad con que se aplicaban en suelo ibérico. Tampoco podrá encontrarse una construcción teórica de la potestad disciplinaria a partir de la concepción legalista del Derecho administrativo en este periodo; ni jurídica, hasta que no emerja del ordenamiento constitucional que es la norma que le da origen.¹²

Fue en el siglo XIX que en la metrópoli cobró importancia la regulación de normas jurídicas asociadas al estatuto de los empleados públicos a partir del influjo de una función pública moderna con aires franceses.¹³ Estos se reflejaban en “la Isla” con diversas normas.¹⁴ La primera norma propia de estos fines fue el Reglamento Orgánico de las carreras civiles de la Administración pública de

¹⁰ Vid. MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012. Del mismo autor: “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en Santiago González-Baras Ibáñez (coord.), *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, 2ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, pp. 407-504.

¹¹ TRAYTER entiende que en España no se puede hablar de un Derecho disciplinario hasta que se combinan tres elementos fundamentales: la creación de un aparato burocrático, un marco de funciones propio para los funcionarios y la aparición de la inamovilidad del cargo. Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Manuel, *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 28.

¹² Vid. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, “La potestad administrativa; concepto, trascendencia y análisis”, en AA.VV., *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Ed. Complutense, 1992, pp. 847-878.

¹³ En la metrópoli entró en vigor el Decreto de Bravo Murillo a través del Real Decreto de 18 de junio de 1852, en *GM*, No. 6572, de 20 de junio de 1852.

¹⁴ Reflejo del Decreto de Bravo Murillo es, para las provincias de Ultramar, el Real Decreto de 9 de julio de 1860, conocido como Decreto O’Donell, y el Reglamento Orgánico de 28 de agosto de 1863. Ambos tenían el objetivo de asimilar el régimen de los empleados públicos de la metrópoli a los de las provincias de Ultramar, pero no igualar. Vid. ORTEGO GIL, Pedro, “El marco normativo de la carrera civil de Ultramar (1852-1899)”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 11, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, pp. 51-54.

Ultramar,¹⁵ en el que se establecía un régimen de correcciones disciplinarias para los empleados públicos. Sin embargo, los avatares políticos y los cambios de ministros para dirigir las provincias de Ultramar trajeron inestabilidad en las normas relativas a los empleados públicos. No obstante, autores de la época reconocen la sujeción de los empleados públicos a la autoridad disciplinaria administrativa¹⁶ y la existencia de normas jurídicas¹⁷ que establecen correcciones disciplinarias para sus funcionarios.

No fue hasta 1890 que se hizo vigente en Cuba la Ley de Empleados Públicos de Ultramar, mediante el Real Decreto de 13 de octubre y su Reglamento Orgánico de Ultramar.¹⁸ En este periodo se establecía un catálogo de sanciones a imponer a los agentes públicos, las vías de reclamación y los límites en cuanto a la forma de aplicarlas. Sin embargo, no existía una regulación de las infracciones disciplinarias.¹⁹ Esto encuentra sustento en dos elementos: el primero en la influencia que aún en este tiempo tenía la potestad discrecional de la Administración Pública, no obstante, se hacía alusión a la apreciación de la gravedad de la medida, circunstancia que quedaba en manos del funcionario que imponía la sanción. El segundo elemento radicaba en la falta de una consolidación de la función pública sobre aspectos modernos que lleven a la delimitación de un marco

¹⁵ Artículo 15, Real Decreto de 3 de junio de 1866, “Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración pública de Ultramar”, en *GM* de 8 de junio de 1866. Este Reglamento fue derogado por el Decreto de 5 de diciembre de 1868, en *GM* de 22 de febrero de 1869.

¹⁶ Vid. MORILLA, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español. Sobre la Administración de la Isla de Cuba*, t. I, 2ª ed., aumentada con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., Habana, 1865, p. 163. El mismo autor, en su obra menciona normas jurídicas para estos fines como la Ordenanza e Instrucción Espacial de 30 de abril de 1865 sobre las Intendencias y sus atribuciones.

¹⁷ Real Decreto Provisional Provincial y el Real Decreto Provisional Municipal, ambas de 21 de junio de 1878. Se reconocían las correcciones disciplinarias de apercibimiento, multa, suspensión y amonestación (esta última regulada expresamente solo en la Ley Provisional Municipal), artículo 89 y 178, respectivamente. Vid. *Reales Decretos sobre Régimen Político y Administrativo de la Isla de Cuba*, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Madrid, 1878. Igualmente, GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teóricos-prácticos...*, ob. cit., pp. 39-52.

¹⁸ En la misma se establecían por primera vez las funciones de los funcionarios públicos de Ultramar. Fue derogada por el artículo 14 de la Ley de Presupuestos de la Isla de Cuba de 31 de diciembre de 1891, en *GM* de 2 de enero de 1892. Esta fue puesta en vigor nuevamente por el Real Decreto de 5 de enero de 1893, en *GM* de 6 de enero de 1893.

¹⁹ Sin embargo, sí existía una representación de los aspectos por los cuales se incurría en responsabilidad administrativa. Vid. artículo 87 de los *Reales Decretos sobre Régimen Político y Administrativo de la Isla de Cuba*, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Madrid, 1878. También habían normas para cuando los funcionarios incurrieran en responsabilidad penal. Vid. Real Decreto y Reglamento de 12 de septiembre de 1868, sobre la manera de procesar a los empleados públicos y a los miembros de las corporaciones municipales y provinciales. Vid. SÁNCHEZ Y GUERRERO, Juan J., *Leyes provisionales municipales y provinciales de la Isla de Cuba. Anotadas y concordadas con las de 2 de octubre de 1877*, Librería e Imprenta La nueva principal, La Habana, 1881.

estatutario²⁰ para la función administrativa de dichos funcionarios públicos, contenido propio del orden disciplinario. Sin embargo, los análisis relativos a la corrupción de los funcionarios²¹ llamaban la atención sobre la importancia de la organización administrativa y la disciplina como un pilar para su funcionamiento.

Más allá de estas normas, el periodo colonial no estuvo marcado por otros elementos importantes en materia disciplinaria, a pesar de que se establecieron otras disposiciones jurídicas extensivas desde la Metrópoli²² y de la República de Cuba en Armas.²³

De este periodo se puede resumir que, si bien se hacía alusión a la organización administrativa y la imbricación de sus medios personales, la materia disciplinaria no es centro de atención científica. El reconocimiento del orden disciplinario como pilar de la organización social está presente; empero, no como un elemento fundamental para el mantenimiento del actuar administrativo. El estatus jurídico de “la Isla” impedía un desarrollo normativo igual al de la metrópoli, generando para los territorios de Ultramar, una dispersión e intermitencia normativa que imposibilitó una concepción de la potestad disciplinaria uniforme y endémica.

²⁰ Vid. NÚÑEZ NÚÑEZ, Eduardo R., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 13ª ed., Imprenta Casa Girón, Habana, 1920, p. 14 y ss. El mismo autor alega que el sistema que imperaba en la función pública cubana era el sistema de despojo, el cual permitía mover funcionarios en dependencia de quien ejerciera el gobierno de la república. Sobre estos presupuestos, difícil resultaba construir un régimen disciplinario que garantizara los derechos de los funcionarios públicos, entre ellos la inamovilidad. Vid. *Tratado...*, p. 75.

²¹ En el Proyecto de Ley de bases para el Gobierno y la Administración civil de las Islas de Cuba y Puerto Rico se llamaba la atención sobre la creación de un régimen estricto de responsabilidad de los funcionarios. Vid. Ley de Bases de 15 de marzo de 1895, en *GM* de 23 de marzo de 1895.

²² Cfr. Código Penal Español de 1870, vigente para Cuba por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879; este establecía en los artículos 361 al 416 del Título VII del Libro II, los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos. *Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal*, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Madrid, 1879.

²³ En las Constituciones de Guáimaro, Jimaguayú y la Yaya no se hace referencias a las cuestiones relativas a los funcionarios públicos, ni a una organización administrativa extensiva, lo cual se correspondía con los propios antecedentes históricos del momento, que a decir de INFIESTA mostraban una administración convencional. También eran Constituciones que respondían a un periodo militar de conflictos bélicos. Igualmente existieron otras normativas asociadas a los funcionarios públicos, como la Ley de los Cargos Públicos de 12 de agosto de 1869. Vid. INFIESTA Y BAGUÉS, Ramón, “La Constitución de Guáimaro”, en Andry Matilla Correa y Carlos M. Villabella Armengol (comps.), *Guáimaro, Alborada en la historia constitucional cubana*, Ed. Universidad de Camagüey, Cuba, 2009, p. 59; LAZCANO Y MAZÓN, Andrés M., “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pp. 32-36 y 503 y ss.; RODRÍGUEZ SOLVEIRA, Mariano, “Cien años de derecho en Cuba (1868-1968)”, *Revista Cubana de Derecho*, Año 1, No. 1, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972, pp. 69-107; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Manual de Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 128-132.

II.2. Ocupación norteamericana y etapa prerrevolucionaria (1899-1958)

La ocupación norteamericana a partir de 1899 significó un nuevo estadio jurídico para la nación. Los cambios legislativos transitorios en suelo patrio alcanzaron varias de las esferas de la vida económica, política, social y jurídica. Algunos cambios en sede administrativa, según ARAMBURO,²⁴ estuvieron dedicados mayormente a impuestos, aranceles y organización de oficinas.²⁵ El punto culminante de este periodo de transición a la república fue la promulgación de la Constitución de 1901,²⁶ donde se comienzan a sentar los presupuestos jurídicos endémicos para una relación entre el funcionario público y la Administración Pública.

Las corrientes constitucionales liberales decimonónicas llegaron a nuestra Constitución²⁷ con la separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, lo cual soporta los argumentos sobre una organización administrativa y los medios personales para su funcionamiento. Del texto constitucional se desprende la potestad en manos de los órganos administrativos, a saber, Consejos Provinciales (artículo 93.5); los Gobernadores de Provincia (artículo 99.7) y Ayuntamientos (artículo 105.4) y Alcaldes (artículo 110.3), para nombrar y remover a los empleados públicos en sus distintos ámbitos de competencias.

En estos preceptos se remitía a los procedimientos establecidos en ley, cuestión que durante el primer mandato presidencial no se logró. Fue durante la segunda intervención norteamericana, en 1909, cuando entra en vigor la Ley del Servicio Civil²⁸ (LSC) y su Reglamento, de 1910.²⁹ Obviando las inconsistencias posteriores con su aplicación y los vicios de corruptela que rodeaban a las estructuras que de ella se crearon,³⁰ la norma mencionada constituye la

²⁴ Vid. ARAMBURO, Mariano, "El Derecho Cubano", *Revista Cuba Contemporánea*, Año II, t. V, Habana, 1914, p. 289.

²⁵ Sobre los cambios en la época vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado...*, ob. cit., pp. 139-171; MATILLA CORREA, Andry, "La justicia administrativa en Cuba: inicios y evolución hasta la primera intervención norteamericana", en Andry Matilla Correa y Ana M. Álvarez Tabío (coords.), *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Ed. UH, La Habana, 2011, pp. 405-416.

²⁶ Cfr. Orden Militar No. 181 del Cuartel General del Departamento de Cuba, en *Gaceta de La Habana*, de 20 de mayo de 1902.

²⁷ Sobre la Constitución de 1901 vid. HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, t. I, La Habana, 1960, pp. 350-356.

²⁸ Cfr. Decreto No. 45 de 11 de enero de 1909 del Gobernador Provincial, "Ley de Servicio Civil", de 18 de enero de 1909, en *Gaceta Oficial*, de 18 de enero de 1909.

²⁹ Cfr. Decreto No. 1031 de 26 de noviembre de 1910, "Reglamento para la ejecución de la Ley de Servicio Civil", en *Gaceta Oficial* de 26 de noviembre de 1910.

³⁰ Estos análisis pueden verse en ARAMBURO, Mariano, "El Derecho Cubano", ob. cit., p. 294.; CARDENAS, Raúl, "La evolución del Derecho en Cuba", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. IX, No. 33, México, 1947, p. 98.

primera disposición jurídica, de carácter autóctono, para regular el estatuto de la función pública en Cuba,³¹ donde las cuestiones disciplinarias tenían peculiaridades propias.

La norma en cuestión, en materia disciplinaria, reguló taxativamente, por primera vez, y distinta a las normas antecesoras, un catálogo de infracciones disciplinarias³² (artículo 61) y sanciones disciplinarias que podían aplicarse por las autoridades facultadas, según el caso, a tono con el principio de tipicidad como expresión del sometimiento del aparato público al principio de legalidad, corrientes que ya venían fortaleciéndose en la doctrina. Asimismo consignó la posibilidad de exigir responsabilidad penal ante la trascendencia penal de alguna de las infracciones disciplinarias, incluyendo,³³ además, algunos delitos que podían desencadenar penas privativas de libertad. También quedó establecido un procedimiento administrativo disciplinario de instrucción,³⁴ con naturaleza contradictoria, por medio del cual el funcionario público tenía el derecho a presentar medios de prueba y defenderse de la imputación de cargos, previo a la imposición de la sanción, todo lo cual quedaba recopilado en un expediente disciplinario. Unido a dicho procedimiento, se estableció el derecho a impugnar la resolución disciplinaria ante las instancias correspondientes.³⁵

La LSC marcó pautas importantes en el régimen disciplinario de la función pública. Si bien la potestad jurídica para remover a los funcionarios públicos había sido establecida desde la Constitución de 1901, la ley en cuestión representaba la limitante necesaria para poner freno al actuar desmedido de la Administración Pública. Según la propia Comisión Redactora:

³¹ Vid. MONZÓN PÁEZ, Fernando, *Función Pública y Funcionario Pública. Una mirada contemporánea desde el Derecho Administrativo*, Leyer, Bogotá, 2021, p. 176.

³² Era necesario, a partir de su regulación mediante tipos disciplinarios abiertos, complementar algunas de estas infracciones con otras normativas que pueden encontrarse en el mismo cuerpo legal o en otras que pueda crear el órgano administrativo asociadas al orden interior, disciplina o procedimientos administrativos, tal como faculta el artículo 35.8 de la Ley Orgánica de las Provincias, entrada en vigor por el Decreto No. 578 de 19 de mayo de 1908, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria de 2 de junio de 1908. Otras se correspondían con los deberes públicos que se configuraban en la norma jurídica, por ejemplo, en el artículo 51. No obstante, el régimen de infracciones adolecía de un catálogo cerrado de infracciones, pues estas eran reguladas en *numerus apertus*, cuestión entendida del propio precepto 61. Esto posibilitaba la discrecionalidad de la autoridad disciplinaria en la apreciación de otras infracciones. Estas ideas eras sustentadas en su momento por la doctrina nacional. Vid. RUIZ Y GÓMEZ, Julián, *Principios...*, ob. cit., pp. 421, 426.

³³ Cfr. artículos 68 al 74 de la LSC.

³⁴ Cfr. artículo 66 y 67 de la LSC y artículo 46 al 63 del Reglamento de la LSC.

³⁵ Existió la posibilidad de interponer recurso de apelación ante la Comisión de Servicio Civil (artículo 8.6 y artículo 51.3; artículo 55 del Reglamento de la LSC), asunto que se fue consolidando como un derecho de los funcionarios de impugnar las decisiones administrativas, rompiendo la concepción de la discrecionalidad atribuida a la Administración Pública. Vid. RICHARDS MARTÍNEZ, Orisell, *Los recursos administrativos en Cuba. Fundamentos teóricos de su régimen jurídico*, Ed. ONBC, La Habana, 2018, p. 115.

“... Los preceptos relativos al cese en el desempeño de los cargos; los referentes a la responsabilidad administrativa de funcionarios y empleados, así como las prohibiciones especiales, por actos que se declaran constitutivos de delito y que determinan responsabilidad criminal, constituyen novedades capitales en la organización tradicional de nuestra Administración Pública”.³⁶

Para el Derecho cubano esta norma marcó el inicio de un desarrollo doctrinal importante, trayendo al debate los elementos que configurarían la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.³⁷ Se ha de resaltar la aparición de las denominadas “faltas de servicio” de manera taxativa; igualmente, la regulación de un procedimiento administrativo para aplicar la sanción correspondiente y los recursos administrativos para apelar la decisión de la autoridad facultada. Estos elementos son reflejos de las garantías sustantivas y procedimentales a los derechos de los funcionarios públicos, basados en la inamovilidad³⁸ del cargo, como principio y derecho en la función pública.

Durante este periodo entraron en vigor otras normativas que establecían regímenes jurídicos para funcionarios; sin embargo, estos no eran sujetos de la mencionada LSC, según lo establecía la propia norma.³⁹ Se puede mencionar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y su Reglamento para el Gobierno de las Secretarías de Despacho de la República de Cuba,⁴⁰ la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁴¹ la Ley Orgánica de las Provincias;⁴² la Ley Orgánica de los Municipios.⁴³

³⁶ Cfr. *Ley del Servicio Civil de Cuba de enero 18 de 1909*, Imprenta Papelería y Encuadernación de Rambla y Souza, La Habana, 1909, p. XI.

³⁷ Este precepto sirvió para un desarrollo teórico sobre la responsabilidad disciplinaria, la cual se definió como aquella infracción en el ejercicio del cargo por acción u omisión, donde exista intervención del dolo o culpa y hubiese una limitación del alcance de la infracción a la violación de las atribuciones o deberes del cargo. Vid. GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teóricos-prácticos...*, ob. cit., pp. 120-122; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y Joaquín MARTÍNEZ SÁENZ, *Ensayos de Derecho Administrativo*, t. I, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza y Co., La Habana, 1922, p. 67; RUIZ Y GÓMEZ, Julián, *Principios...*, ob. cit., p. 418; DACOTA, Arístides y Carlos J. SMITH, *Apuntes de Derecho Administrativo (adaptado a las explicaciones de clases)*, Imprenta y Papelería La Universal, La Habana, 1927, pp. 121-122.

³⁸ Vid. NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo, *Tratado...*, ob. cit., p. 75.

³⁹ La LSC establecía dos clases de funcionarios: los pertenecientes al servicio clasificado y los que no. Entre los segundos se encontraban los funcionarios electos, donde se situaban los Consejeros Provinciales y los Alcaldes, los miembros del Poder Judicial, entre otros. Cfr. artículo 14.1 y artículo 14.13, respectivamente.

⁴⁰ Cfr. Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909, en *Gaceta Extraordinaria* de 26 de enero de 1909.

⁴¹ Cfr. Decreto No. 127 de 27 de enero de 1909, en LAZCANO Y MAZÓN, Andrés M., *Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Cuba*, Cultural S.A., La Habana, 1931.

⁴² Cfr. Decreto No. 578 de 19 de mayo de 1908, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria de 2 de junio de 1908.

⁴³ Cfr. Decreto No. 568 de 19 de mayo de 1908, *Gaceta Oficial* Extraordinaria de 29 de junio de 1908.

Por ende, el régimen de responsabilidad administrativa que se regulaba no es expresión de la potestad disciplinaria objeto de estudio en esta investigación, por no recaer sobre el funcionario público, al que se ha hecho referencia en líneas anteriores. Los mencionados eran regímenes jurídicos especiales que se configuraban sobre semejantes principios jurídicos, pero con una regulación propia,⁴⁴ que respondían a las particularidades de la función pública.

El siguiente hito importante en temas disciplinarios⁴⁵ durante la época republicana lo constituyó la Constitución de 1940.⁴⁶ Este texto constitucional reflejó las doctrinas progresistas⁴⁷ del momento, reguló ideas asociadas al régimen jurídico de los funcionarios públicos (Título VII, Sección Segunda, artículos 105-117). En este se establece la finalidad de la función pública destinada a los intereses generales de la República, cuestión de la cual toda decisión administrativa o regulación contribuye al interés público. El régimen jurídico de los funcionarios públicos está construido constitucionalmente para la satisfacción de las necesidades colectivas. Igualmente queda preceptuado, con carácter constitucional, la regulación de un debido procedimiento para la imposición de sanciones administrativas con la audiencia del interesado y el derecho a interponer recursos administrativos (artículo 109), elementos que se habían regulado desde 1909. Asimismo se imponía que dicho procedimiento sería sumario, como garantía y límite para la lesión a los derechos de los funcionarios; no solo desprendidos de la relación administrativa, sino otros de naturaleza laboral.

También se reguló la creación de los Tribunales de Oficios Públicos (artículo 116) como ente judicial en sustitución de la anterior Comisión del Servicio Civil prejudicial, pero solo para aquellos temas relativos a la carrera administrativa,

⁴⁴ Sus regímenes jurídicos no son objeto de la investigación, no obstante, en materia de principios jurídicos fundamentales se encuentran elementos asociados a la proporcionalidad de las sanciones disciplinarias, aspectos ausentes en la LSC. Cfr. artículo 132 de la Ley Orgánica de las Provincias y artículo 280 en Ley Orgánica de los Municipios.

⁴⁵ Durante el periodo de 1909-1940 se puede mencionar como legislación con algún contenido relativo a los funcionarios públicos, el Código de Defensa Social (Título VII, artículos 398 al 430) al regular la responsabilidad penal de los funcionarios, Decreto-Ley No. 802 de 4 de abril de 1936, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 108 de 11 de abril de 1936. Con respeto a otras normas constitucionales, ninguna trajo trascendencia alguna para la materia objeto de estudio en esta investigación, a pesar de algunas modificaciones estipuladas en las posteriores leyes constitucionales de 1934 y 1935. Sobre estos aspectos *vid.* ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Teoría e Historia de la Constitución Cubana*, Unidad Ligera Humanidades, Universidad de La Habana, 1964; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, t. II, La Habana, 1960, pp. 117-202.

⁴⁶ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1940, en *Gaceta Oficial* de 8 de julio de 1940.

⁴⁷ *Vid.* FERRARA, Orestes, *Las ideas jurídico-sociales en las constituciones cubanas*, Conferencia pronunciada en el ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 29 de enero de 1945, Talleres Gráficos Marsisga, Madrid, 1945; BERNAL, Beatriz, *Cuba y sus Leyes. Estudios Históricos jurídicos*, Serie de Estudios Jurídicos No. 27, UNAM, México, 2002, p. 81 y ss.

pues el resto de las cuestiones, como las emanadas de la potestad disciplinaria, tendría la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.⁴⁸

Durante los años siguientes, la Constitución del 1940 no logró desplegar toda su eficacia, pues las normas necesarias para complementarse en materia de función pública nunca se redactaron. En 1952, el golpe de Estado de BATISTA interrumpió su vigencia y estableció los Estatutos Constitucionales de ese año. Durante la década de 1940 se redactaron algunos proyectos de Ley sobre Oficios Públicos, entre ellos: el Proyecto de Ley Orgánica de los Oficios Públicos, de 1940; Proyecto de Ley de los Oficios Públicos de 1943, de la Comisión de Derecho Público y Constitucional del Senado; la Proposición Estableciendo la Carrera Administrativa y el Tribunal de Oficios Públicos de 1948, presentada por Dr. Antonio MARTÍNEZ FRAGA al Senado de la República; Proyecto de Ley Orgánica de la Carrera Administrativa de 1949, presentado por el Dr. Félix DEL PRADO desde la Comisión de Servicio Civil; el Anteproyecto de la Ley de Carrera Administrativa y del Tribunal de Oficios Públicos 1951⁴⁹ y el Proyecto de Ley de Oficios Públicos,⁵⁰ presentado por la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público de la Universidad de La Habana, de 1959. El régimen disciplinario no tuvo transformaciones esenciales que lo alejaran de la LSC,⁵¹ a pesar de ser un tema latente en la sociedad como resultado de los vicios de corrupción que rondaban la Comisión del Servicio Civil y que requerían de mecanismos más rigurosos. Las miradas se dirigían mayormente a la tecnificación de la carrera administrativa y al reconocimiento de derechos sociales.⁵²

La materia disciplinaria en la etapa prerrevolucionaria se puede resumir a partir de la promulgación de la LSC como primera legislación nacional sobre la función pública. Se delimitó el entendido de funcionario público, a los efectos de sujeto pasivo de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, coexistiendo con otras potestades disciplinarias como la establecida para los funcionarios elegidos. Se establecieron garantías sustantivas y procedimentales en cuanto a la existencia de un catálogo de faltas de servicios, los pasos para la imposición de la sanción disciplinaria y los recursos para su reclamación, algunas de las cuales llegaron a obtener rango constitucional en 1940.

⁴⁸ Vid. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, vol. II, No. 74, Sesión septuagésima cuarta, Extraordinaria, 6 de junio de 1940, pp. 3-5.

⁴⁹ Vid. MARTÍ, Jorge L., "Estudio comparativo de los diversos proyectos de Ley de Carrera Administrativa", en AA.VV., *Conferencias y Debates sobre la Carrera Administrativa*, Colegio Nacional de Doctores en Ciencias Sociales y Derecho Público, Lex, La Habana, 1949, pp. 72-116.

⁵⁰ *Passim*, CARMONA ROMAY, Adriano, *La Carrera Administrativa. Proyecto de Ley de Oficios Públicos*, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, Imprenta de la Universidad de La Habana, La Habana, 1959.

⁵¹ Vid. MARTÍ, Jorge L., "Estudio comparativo...", ob. cit., pp. 85-86.

⁵² Vid. CARMONA ROMAY, Adriano, *La Carrera Administrativa...*, ob. cit., pp. 8-9; SEHWERT, Arnaldo, "Breves ideas en torno a la implantación de la carrera administrativa", *Revista Cubana de Derecho*, Año XXXI, No. 1, La Habana, 1959; Dacota, Arístides, *Apuntes...*, ob. cit., pp. 108-114.

II.3. Etapa revolucionaria (1959 - actualidad)

El triunfo revolucionario de enero de 1959 marcó un nuevo estadio en la historia de la nación. La construcción de un proyecto social, primero democrático-popular y luego socialista, desencadenó postulados ideológicos que nutrieron el ordenamiento jurídico en todas sus dimensiones. La Administración Pública fue una de ellas, debido a los propósitos del nuevo gobierno⁵³ de eliminar los vicios de corrupción que desentendían los intereses colectivos por intereses políticos y lucrativos. La Ley Fundamental de 1959⁵⁴ fue de las primeras normas jurídicas de la naciente Revolución, la cual sustituye la Constitución de 1940, pero mantuvo intacto muchos de sus postulados, entre ellos los relativos a la función pública.⁵⁵

En materia disciplinaria, el régimen funcional comenzó un periodo de cambios trascendentales que sepultaron el régimen de función pública prerrevolucionario, con una tendencia a su laboralización, resultado de la confluencia de varios elementos. Primero, los fundamentos de Derecho socialista soviético, que –apoyados en la igualdad de la clase obrera– consideraban que el personal funcional no podía gozar de privilegios, por lo que debían considerarse trabajadores ordinarios, pues la función pública era una mera obligación de servir al pueblo. Segundo, el fenómeno de asimilación de lo público con lo estatal, que –a partir de los mecanismos de dirección estatal– comenzó a asimilar las empresas y colectivos laborales con órganos locales de dirección del Estado, transformando las empresas en administraciones con estructuras y procedimientos administrativos.⁵⁶ Tercero, el Estado se transformó en el empleador por excelencia, de ahí que no resultara útil un régimen especial para separar los funcionarios públicos y trabajadores, más allá de la distinción entre dirigentes y trabajadores, que alcanzaría a algunos elementos asociados a las formas de legitimar la relación jurídica laboral y el procedimiento de conocimiento de

⁵³ *Passim*, CASTRO RUZ, Fidel, La historia me absolverá, Ed. Populares, La Habana, 1961.

⁵⁴ Cfr. Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. de 8 de febrero de 1959.

⁵⁵ Relativo a los temas objeto de análisis en esta investigación, en el artículo 109 se mantuvo el carácter constitucional de los procedimientos para la imposición de sanciones administrativas a los denominados funcionarios públicos como garantías procedimentales; asimismo, la creación de los Tribunales de Oficios Públicos.

⁵⁶ *Vid.* KUDRIÁVTSEV, V.; M. KRUTOGÓLOV, V. TUMÁNOVA, *Introducción al Derecho Soviético*, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, Progreso, Moscú, 1988, p. 129; VASILENKOV, P.T., *et al.*, *Derecho Administrativo Soviético*, tomado de la Edición original en ruso de la Ed. Literaria Jurídica de Moscú, traducción de José Perez Chapeaux, Pueblo y Educación, La Habana, 1989, pp. 44, 50-54, 71; GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES SALIÁ, *Derecho Administrativo. Parte General*, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, pp. 129-138; GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 155-157.

las infracciones disciplinarias.⁵⁷ Por último, la función pública fue adquiriendo un grado de politización⁵⁸ como resultado del rol asignado a los funcionarios públicos dentro de la organización estatal.

De resultas, la desnaturalización de un régimen disciplinario funcional, concebido para la protección del funcionamiento administrativo desde el respeto de los deberes públicos, resquebrajó la configuración de una potestad disciplinaria administrativa. Se dispersaron los contornos del sujeto pasivo, las infracciones disciplinarias no tenían fundamento en un marco estatutario de naturaleza pública y el procedimiento disciplinario quedó en manos de las Comisiones de Reclamaciones,⁵⁹ sustituidas en 1964 por los Consejos de Trabajo. La facultad de aplicar sanciones disciplinarias⁶⁰ que se reconocía a las administraciones respondía al valor de la disciplina del trabajo en la sociedad socialista. Se concebía como un sistema de responsabilidad colectiva durante el proceso de cooperación de trabajo.⁶¹ No estaba enfocado hacia la organización administrativa, sino hacia el deber de trabajar de los ciudadanos como un principio rector de las relaciones laborales en todos los sectores, al ser el motor impulsor de las fuerzas productivas.⁶²

Los reflejos normativos de estos fundamentos comenzaron a visualizarse desde 1960, cuando entró en vigor una disposición normativa⁶³ que sometió

⁵⁷ Vid. GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES SALIÁ, *Derecho Administrativo. Parte General*, ob. cit., p. 140.

⁵⁸ Para MONZÓN PÁEZ, la politización está fundamentada en: “[...] primer término, por el propio escenario de funcionamiento estatal signado por las amenazas constantes que supone la complejidad de las relaciones con los EUA y las consecuencias de toda índole derivadas del bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por este país a Cuba. Ello genera un clima de permanente tensión, que complejiza el proceso de dirección política y requiere de un nivel superior de intervención y control en la gestión administrativa que en otras realidades”. Vid. MONZÓN PÁEZ, Fernando, *Función Pública...*, ob. cit., p. 196.

⁵⁹ Cfr. Disposición Especial Sexta de la Ley No. 1022 de 27 de abril de 1962, “Administración de Justicia Laboral”, en *Gaceta Oficial* No. 86 de 4 de mayo de 1962.

⁶⁰ Tampoco se puede hablar del reconocimiento de un poder disciplinario laboral, pues la igualdad de la clase obrera en el poder no permitía la diferenciación entre empleadores y trabajadores, sino que todos se consideraban trabajadores con una responsabilidad mutua en el desarrollo del trabajo, como elemento fundamental de una sociedad socialista.

⁶¹ Vid. CONSEJO DE AYUDA MUTUA ECONÓMICA, *Diccionario terminológico de Conceptos en la esfera de trabajo y los asuntos sociales*, CETSS, La Habana, 1980.

⁶² Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia C., *Elementos de Derecho Laboral Cubano*, ENPES, La Habana, 1985, pp. 139-143; GONZÁLEZ IZQUIERDO, Cristóbal, et al., *Derecho Laboral. Parte Especial*, t. II, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1986, pp. 165-168; REYES SALIÁ, Miguel, *Derecho Laboral*, Ed. André Voisin, La Habana, 1987, p. 86.

⁶³ Ley de 29 de junio de 1960, sometiendo a la jurisdicción ordinaria todo lo relacionado con el servicio público, modificando el artículo 116 de la Ley Fundamental de 1959, desapareciendo los Tribunales de Oficios Públicos. Cfr. *Gaceta Oficial Ordinaria* de 30 de junio de 1960.

a la jurisdicción ordinaria todos los conflictos de trabajadores ordinarios y funcionarios públicos; siendo el primer atisbo que dispararía los contornos teóricos y jurídicos entre el régimen de función pública y el régimen laboral ordinario. Dichas transformaciones se asentaron en 1964 con la Ley de Justicia Laboral,⁶⁴ a partir de la cual, si bien las infracciones y sanciones serían conocidas por la superioridad administrativa y esta aprobaría el procedimiento correspondiente,⁶⁵ el régimen disciplinario estaba regulado en la mencionada norma de alcance general. Aunque estos elementos respondían a la prontitud que generaba el periodo de provisionalidad en que se encontraba el país y los cambios que se necesitaban para entregar el poder al pueblo, la potestad de reglamentar estos procedimientos en manos de la Administración afectaba la vocación del principio de reserva de ley que debía informar la materia disciplinaria.

El periodo de provisionalidad concluyó con la promulgación, en 1976, de la Constitución de la República.⁶⁶ Tal como venía desarrollándose, los principios especiales de un régimen de función pública no tuvieron expresión en la carta magna.⁶⁷ Se concibió una nomenclatura que diferenciaba a los trabajadores de los funcionarios públicos,⁶⁸ la cual, en materia disciplinaria,⁶⁹

⁶⁴ La Disposición Especial Segunda establecía “que las infracciones o violaciones de la disciplina laboral cometidas por el personal dirigente, serán conocidas y resueltas por la superioridad correspondiente del organismo de que dependa administrativamente en infractor, conforme a las normas y procedimientos que se establezcan”. Cfr. Ley No. 1166 de 23 de septiembre de 1964, “Ley de Justicia Laboral”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 2 de 29 de septiembre de 1964.

⁶⁵ No obstante, los procedimientos establecidos en la Ley No. 1166 adquirían naturaleza administrativa, a partir de homogenización del Derecho laboral y el Derecho administrativo, y donde los empleadores o patronos habían pasado a ser entidades administrativas reguladas por un régimen administrativo. El procedimiento administrativo para solucionar los conflictos laborales de toda naturaleza había quedado entendido desde la Ley No. 759 de 11 de marzo de 1960, en *Gaceta Oficial* de 15 de marzo de 1960. Los análisis de esta normativa y su relación con la regulación del procedimiento administrativo se pueden ver en ONETTI ÁLVAREZ, Enrique, *Manual de Derecho Laboral Cubano*, Camagüey, 1960, pp. 213-237.

⁶⁶ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria de 24 de febrero de 1976.

⁶⁷ Solo puede hacerse alusión al principio de mérito y capacidad establecido en el artículo 43 de la Constitución de la República de 1976.

⁶⁸ Los funcionarios públicos encontraron en el texto constitucional diversas acepciones: dirigentes, funcionarios y empleados (artículo 9) y agentes del Estado (artículo 26). Estos términos trascendieron a la regulación de su régimen disciplinario, incorporándose posteriormente el término de cuadros. Cfr. Constitución de la República de 1976.

⁶⁹ La disciplina en el trabajo alcanzó rango constitucional. Artículo 44: “[...] deber de cumplir cabalmente las tareas que se corresponden a su empleo”, y artículo 63: “Es deber de cada uno [...] la disciplina en el trabajo [...]”. Cfr. Constitución de la República de 1976.

arrastraba los presupuestos antes expuestos.⁷⁰ No obstante, se requerían en algunas de las normativas vigentes.⁷¹

La reclamación por imposición de sanciones disciplinarias de los trabajadores no podía continuar en manos de órganos administrativos, sobre todo luego del mandato constitucional a los Tribunales Populares y su creación.⁷² Posteriormente, en 1980,⁷³ entraron en vigor una serie de normativas segmentando los regímenes disciplinarios de varios grupos de trabajadores,⁷⁴ entre ellos el Decreto-Ley No. 36/1980, “Sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”.⁷⁵

⁷⁰ Fue derogada la Ley No. 1166 de 1964 por la Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, LPCAL, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 34 de 20 de agosto de 1977; La Ley No. 8 de 22 de agosto de 1977, “Ley de organización y funcionamiento de los consejos de trabajo”, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 35 de 24 de agosto de 1977 y el Decreto-Ley No. 11 de 14 de diciembre de 1977, “Sobre la Disciplina Laboral”, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 44 de 24 de diciembre de 1977. Este último fue el que estableció el nuevo catálogo de infracciones disciplinarias, sanciones y procedimiento disciplinario, catalogado como un procedimiento administrativo. Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia de la C., *Elementos...*, ob. cit., pp. 148-149.

⁷¹ Vid. GUILLÉN LANDRIÁN, Francisco, “La disciplina laboral. Su origen, desarrollo y perspectivas”, *Revista Cubana de Derecho*, 3ª Época, No. 5, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992, pp. 97-113; FERNÁNDEZ-NESPRAL LÓPEZ, Ulises, “La administración de la justicia laboral en Cuba”, *Revista Cubana de Derecho*, 3ª Época, No. 8, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1992, pp. 95-98.

⁷² Cfr. Ley No. 4 de 10 de agosto de 1977, “De la Organización del Sistema Judicial”, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 36 de 25 de agosto de 1977 (copia corregida).

⁷³ Sobre las normativas disciplinarias de la etapa revolucionaria puede verse: AA.VV., *Los derechos laborales y la disciplina ante el trabajo*, Ciencias Sociales, La Habana, 1984, pp. 41-46; 457-552.

⁷⁴ Cfr. Decreto-Ley No. 32, “Sobre las medidas disciplinarias”, de 16 de febrero de 1980, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 4 de 18 de febrero de 1980; Decreto-Ley No. 34, “Sobre medidas en centros de educación”, de 12 de marzo de 1980, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 5 de 14 de marzo de 1980; Decreto-Ley No. 57, “Sobre el personal de centros de investigación científica”, de 15 de mayo de 1980, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 26 de 26 de mayo de 1982. Con anterioridad a estas normas había entrado en vigor el Decreto-Ley No. 11 de 14 de diciembre de 1977, relativo a las violaciones de la disciplina laboral, que derogaba la Ley No. 1166/1964 y establecía idéntica disposición especial relativa al tratamiento de las infracciones disciplinarias de los funcionarios y dirigentes, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 1 de 2 de enero de 1978.

⁷⁵ Cfr. Decreto-Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980, en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 18 de 2 de abril de 1980; modificado por la Ley No. 48 de 28 de diciembre de 1984, “Código de Trabajo”, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 24 de abril de 1985, y el Decreto-Ley No. 78 de 1984, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 6, de 29 de marzo de 1984. Igualmente entró en vigor el Decreto No. 93 de 18 de junio de 1981, “Reglamento del Decreto-Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980, Sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”,

El Decreto-Ley No. 36/1980 estableció un catálogo extenso de infracciones disciplinarias en que podían incurrir los dirigentes y funcionarios.⁷⁶ Las infracciones tipificadas –aunque no todas– se caracterizaban, por expresar el elemento subjetivo como aspecto constitutivo de la infracción, lo cual propiciaba un mejor juicio de culpabilidad. La configuración de las infracciones disciplinarias emanaba de las funciones de dirección y autoridad que se le encomendaba al personal que desempeñaba la función pública, entendiéndose esta en un sentido amplio. Igualmente se estableció un procedimiento administrativo para la tramitación del expediente disciplinario y sus vías de reclamación,⁷⁷ vetando la vía judicial en todo caso (artículo 32).

El presente cuerpo normativo tuvo a bien ser el primer cuerpo legal, posterior a 1959, en establecer una regulación específica para el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.⁷⁸ Marcó el resurgimiento, al menos material y accidentado, de una potestad disciplinaria de naturaleza administrativa, que debía tantearse dentro del cuerpo normativo, pues compartía espacios con otras potestades disciplinarias. La causa de ello recaía, y continúa en la actualidad, en las confusiones teóricas que giran en torno a la figura del funcionario público, como sujeto receptor de la potestad. La ubicación bajo la sombrilla “dirigentes y funcionarios” de individuos que no realizan una función administrativa afecta la individualización de los sujetos que se consideran verdaderos funcionarios públicos y, por tanto, receptores de una potestad disciplinaria administrativa. Se asentaba, con un régimen administrativo, una estructura empresarial, que asimilaba los cargos de dirección y decisión con una función administrativa.

en *Gaceta Oficial* Ordinaria No. 76 de 31 de julio de 1981 (derogado por el Decreto-Ley No. 197 de 1999).

⁷⁶ El catálogo de infracciones disciplinarias se divide en: las relacionadas con el ejercicio de sus cargos, las relacionadas con sus subordinados, las relacionadas con los ciudadanos, las relacionadas con el cuidado de los bienes, las relacionadas con otros dirigentes, las relacionadas con la legalidad socialista y las relacionadas con su conducta personal. *Vid.* artículos del 4 al 10 del Decreto-Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980, en *Gaceta Oficial* Ordinaria No. 18 de 2 de abril de 1980.

⁷⁷ En el año 1981 entra en vigor el Decreto No. 84 de 19 de marzo de 1981, “Procedimiento para exonerar a funcionarios y dirigentes de medidas disciplinarias indebidamente impuestas”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 7 de 8 de abril de 1981. Derogado por el Decreto Ley No. 268 de 26 de junio de 2009 y este, por la Ley No. 116/13, “Código de Trabajo”.

⁷⁸ Sin embargo mantuvo la coherencia con las normas anteriores en cuanto a los elementos para realizar un juicio de proporcionalidad, los presupuestos jurídicos del procedimiento disciplinario y la posibilidad de doble juzgamiento penal y administrativo, expresión del principio de *non bis in idem*.

Tras la existencia de esta normativa confluían en el panorama nacional, tres supuestos de responsabilidad para los funcionarios públicos: disciplinaria, material⁷⁹ y penal.⁸⁰

A la par del mencionado desarrollo normativo, influenciado por los principios expuestos, también matizaba la función pública preceptos de ética pública, base de las llamadas infracciones deontológicas. Una ética pública, unida a la mencionada politización de la función pública, se afianzó como principios ideológicos del “Estado Socialista”. Preceptos heredados de la doctrina soviética elevaron al PCC como vanguardia ideológica de la sociedad; que, regulados en el artículo 5 constitucional en 1976 y en 2019, permitieron que el PCC guiara la formación y evaluación ética y política de sus dirigentes y funcionarios como método de control de la dirección estatal.⁸¹ Asimismo, desde 1975, la ética formaba parte de los deberes de los cuadros y fue elemento intrínseco del comportamiento disciplinario de estos, indispensable en su evaluación de desempeño.⁸² En 1984 entró en vigor el Decreto-Ley No. 82,⁸³ para el “Sistema de trabajo con los cuadros del Estado”, que informado por preceptos ideológicos y éticos, regula un régimen jurídico para aquellos funcionarios que se consideraran “cuadros”.

En 1999 entra en vigor el Decreto-Ley No. 196, del “Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y del Gobierno”, que hace referencia al rol de los principios y las líneas del PCC en la formación de la ética funcional en su primer

⁷⁹ Cfr. artículo 7. La responsabilidad material fue regulada nuevamente por el Código de Trabajo de 1984 en sus artículos 187 y 188, haciendo sujetos responsables a los dirigentes y funcionarios. Posteriormente entró en vigor el Decreto-Ley No. 92 de 22 de mayo de 1986, “Sobre la responsabilidad material de los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 6 de 22 de mayo de 1986, derogado, a su vez por el Decreto-Ley No. 249 de 23 de julio de 2007, “De la responsabilidad material”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 36, de 24 de julio de 2007. Sobre los orígenes y fundamentos de la responsabilidad material, *Passim*, VEGA VEGA, Juan, *El sistema jurídico de la disciplina social*, Colección de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 1984.

⁸⁰ Cfr. Ley No. 29 de 15 de febrero de 1979, “Código Penal”, en *Gaceta Oficial* Ordinaria de 1 de marzo de 1979 (Título II: “Delitos contra la Administración y Jurisdicción”). Derogado por Ley No. 62 de 9 de diciembre 1987 “Código Penal”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 3 de 30 de diciembre de 1987 (Título II: “Delitos contra la Administración y Jurisdicción”).

⁸¹ *Vid.* VASILENKOV, P.T., *et al.*, *Derecho Administrativo Soviético*, ob. cit., pp. 151-152. Sobre el papel de la ideología en la configuración del régimen jurídico de la función pública *vid.* MONZÓN PÁEZ, Fernando, *Función Pública...*, ob. cit., pp. 192-196.

⁸² *Vid. Tesis y Resoluciones sobre la política de formación, selección, ubicación, promoción y superación de los cuadros*, I Congreso del PCC, La Habana, 1975, disponible en www.pcc.cu/sites/default/files/congreso/pdf/20180424/sobre-la-politica-de-formacion-selección-ubicación-promoción-y-superación-de-los-cuadros.pdf [consultado el 13 de julio de 2020].

⁸³ Publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 4 de 18 de octubre de 2019. Esta norma había tenido sus antecedentes en el Decreto-Ley No. 82 de 12 de septiembre de 1984, del “Sistema de Trabajo con los cuadros del Estado”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 13 de 14 de septiembre de 1984.

Por Cuanto y, más adelante, en su Capítulo III. Esto ha tenido como colofón el Código de Ética de los Cuadros del Estado de 2005,⁸⁴ el cual es norma de referencia para la tipificación de infracciones disciplinarias en la actualidad, vinculadas a la violación de conductas éticas. Junto al mencionado Decreto-Ley No. 196 de 1999 entró en vigor el Decreto-Ley No. 197,⁸⁵ “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y de funcionarios”, los cuales han sido, hasta la actualidad, modificados en dos ocasiones.⁸⁶ Este último derogó el Decreto-Ley No. 36/1980 y su Reglamento.⁸⁷

Más recientemente, en el año 2021, se publicó una norma jurídica sustitutiva del Decreto-Ley No. 196:⁸⁸ el Decreto-Ley No. 13 y el Decreto Presidencial No. 208,⁸⁹ como norma reglamentaria complementaria.

De esta forma, la evolución histórica de la potestad disciplinaria de la Administración Pública ha tenido un accidentado desarrollo en los últimos años, marcado por la asunción de semejantes regímenes jurídicos entre trabajadores y funcionarios, una laboralización de la función pública y una administrativización del Derecho del trabajo. Así, al tener vigentes en la actualidad las recientes normas jurídicas se valorarán los principales elementos teóricos que permiten una configuración normativa de la potestad disciplinaria, influenciándose dichos elementos por las cuestiones antes señaladas.

⁸⁴ Vid. *Código de Ética de los Cuadros del Estado y el Gobierno*, Imprenta del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, La Habana, 2005.

⁸⁵ Publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 4 de 18 de octubre de 2019.

⁸⁶ Las modificaciones han estado sustentadas en que, según el primer Por Cuanto del Decreto-Ley No. 251, el periodo transcurrido entre 199 y 2007 ha permitido “ganar en experiencia y determinar los aspectos de su articulado que están requeridos de mayor precisión, así como identificar la necesidad de introducir en sus contenidos nuevas regulaciones, dirigidas a fortalecer la autoridad de los jefes de organismos, entidades y otros dirigentes facultados, a la hora de adoptar decisiones”. Las transformaciones a los Decretos-Leyes No. 196 y No. 197 de 1999 recaen fundamentalmente en los artículos relativos al régimen disciplinario, de ahí la trascendencia de las mencionadas normas modificativas para esta investigación. Decreto-Ley No. 236 de 7 de octubre de 2004, “Modificativo de las normas y procedimientos disciplinarios aplicables a los cuadros, dirigentes y funcionarios”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 10 de 15 de octubre de 2004, a su vez derogado por el Decreto-Ley No. 251 de 1 de agosto de 2007, “Modificaciones al sistema de trabajo con los cuadros, dirigentes y funcionarios del Estado y el Gobierno”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 38 de 2 de agosto de 2007. Ante las modificaciones el último Decreto-Ley, fue publicada una actualización de los mencionados Decretos-Leyes No. 196 y No. 197, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 54, de 20 de noviembre de 2007.

⁸⁷ Cfr. Disposición Final Primera del Decreto-Ley No. 197/1999.

⁸⁸ Decreto-Ley No. 13 de 18 de junio de 2020, “Sistema de Trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno y sus reservas”, en *Gaceta Oficial* Ordinaria No. 30 de 19 de marzo de 2021.

⁸⁹ Decreto Presidencial No. 208 de 4 de marzo de 2021, “Reglamento del Sistema de Trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno y sus reservas”, en *Gaceta Oficial* Ordinaria No. 30 de 19 de marzo de 2021.

III. Configuración jurídica de la potestad disciplina de la Administración Pública en Cuba

La actual configuración de la potestad disciplinaria de la Administración Pública está compuesta por la reciente Constitución de la República de 2019, los Decretos-Leyes No. 13/2020 y No. 197/1999 (con sus modificaciones), la Ley No. 116/2013 “Código de Trabajo de la República de Cuba” y el Código de Ética de los cuadros del Estado y el Gobierno. Este marco regulatorio ofrece una difícil individualidad normativa de la potestad disciplinaria consecuente con los elementos históricos analizados, que asemejan varios aspectos de los regímenes jurídicos de los funcionarios públicos y los trabajadores ordinarios. Está caracterizado por deficiencias normativas y teóricas que repercuten en la conformación de un régimen disciplinario funcional consecuente con un marco estatutario de naturaleza pública y genera la dispersión de los elementos fundamentales de la potestad disciplinaria. El presente epígrafe se dedica al análisis de los elementos teóricos –subjetivo, objetivo-formal y teleológico– que fundamentan la potestad disciplinaria, con la finalidad de determinar un régimen jurídico propio.⁹⁰

III.1. Elemento subjetivo

En el marco de la potestad disciplinaria, el sujeto activo lo configura la Administración Pública. La trascendencia de la potestad disciplinaria radica en la protección de la organización administrativa, de ahí que funcione para proteger a lo interno el funcionamiento administrativo. Por ende, la titularidad de la potestad recae en la Administración Pública. Empero, la materialización del aparato administrativo se realiza a través de los órganos y el personal que le dan virtualidad, por ello, las potestades jurídicas que establece el ordenamiento jurídico se expresan en atribuciones competenciales a los distintos órganos administrativos.

En el contexto nacional se materializa en los jefes inmediatos superiores de los funcionarios disciplinados (para las sanciones disciplinarias de amonestación pública y multa de hasta el 25 % del importe del salario); o en la autoridad u

⁹⁰ La potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba es un tema de escaso tratamiento en la doctrina y de difícil individualidad normativa, a partir del tratamiento otorgado en el ámbito iusadministrativo. Investigaciones científicas que tienen por objeto diversos aspectos del régimen jurídico funcional son: MONZÓN PÁEZ, Fernando, *Función Pública...*, ob. cit.; BATISTA TORRES, Jennifer, “La designación de los funcionarios públicos en Cuba”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales de Derecho Administrativo. Homenaje al Dr. Héctor Garcini Guerra*, Unijuris, La Habana, 2017, pp. 341-353; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Yohan, “La definición de funcionario público en Cuba”, *Tesis en opción al grado de Master en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de La Habana, La Habana, 2011; MARTÍNEZ GARCÍA Yileisys, “Potestad disciplinaria...”, ob. cit., pp. 78-105.

órgano con la competencia para emitir su nombramiento (para las sanciones de democión temporal o definitiva variando condiciones de trabajo, el salario o los estímulos; la separación de la entidad, la separación del órgano estatal nacional organismo o entidad nacional y la separación del sector o actividad).⁹¹

Los niveles de jerarquía en los distintos órganos de la Administración Pública para definir los jefes inmediatos competentes para sancionar disciplinariamente serán regulados por los reglamentos que se libren al afecto dentro de cada órgano administrativo y constituye un principio de organización de la función administrativa.⁹² En el caso de las autoridades facultadas para emitir los nombramientos, el artículo 6 del Decreto-Ley No. 197/1999 establece que quedará determinada por la Ley, los reglamentos y los acuerdos del CE y el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. En este caso, la reciente Constitución de la República determina esta atribución en sus órganos para la designación o revocación de sus directivos y funcionarios, a saber, el Consejo de Ministros (artículo 137 u); el Primer Ministro (artículo 144 j); los miembros del Consejo de Ministros (artículo 145 g); el Gobernador (artículo 179 f) y las Asambleas Municipales del Poder Popular (artículo 191 f),⁹³ a propuesta de sus Intendentes.

Precisar el sujeto pasivo tal como se ha planteado en el discurso defendido resulta un tema controversial. Teóricamente, se ha arribado a la conclusión de que el sujeto pasivo es el funcionario público, en su entendido de aquel que desempeña la función administrativa (desde un sentido estricto de función pública) bajo un régimen estatutario compuesto por deberes públicos que conforman un régimen de Derecho administrativo.⁹⁴ Sobre esta premisa, el régimen jurídico disciplinario establecido en el Decreto-Ley No. 13/2020 y el Decreto-Ley No. 197/1999 es destinado a los cuadros. Cuadro es una denominación utilizada en Cuba; sin embargo, no es una categoría distinta a lo que mencionamos como funcionarios públicos, advirtiendo que la relación de funcionarios a cuadros, a los efectos de esta presentación, es de género a especie. Ello se debe a que en el contexto nacional también se entienden como cuadros sujetos que poseen una relación laboral dentro de estructuras empresariales, pero que a partir de la responsabilidad en la administración de bienes de propiedad socialista de todo el pueblo, se les entiende como tales en una relación por

⁹¹ Cfr. artículos 31, 33 y artículo 21, segundo párrafo, de los Decretos-Leyes No. 13 y No. 197, respectivamente.

⁹² Cfr. artículo 101 e) de la Constitución de la República de 2019.

⁹³ Cfr. todos estos artículos de la Constitución de la República de 2019.

⁹⁴ Asimismo se sostiene la definición esbozada por MONZÓN PÁEZ, para quien el funcionario público es la persona física designada para ejercer función administrativa, unida al ente de su competencia mediante una relación de servicio de naturaleza estatutaria, cuyas relaciones y situaciones jurídicas, derivadas de ese vínculo, se encuentran sometidas a un régimen jurídico de Derecho administrativo. *Vid.* MONZÓN PÁEZ, Fernando, *Función Pública...*, ob. cit., p. 248.

designación.⁹⁵ Asimismo, definimos que la nomenclatura de cuadro constituye una categoría de ocupación dentro del repertorio de la organización del trabajo.

Volviendo a la temática de los sujetos, el régimen administrativo de los cuadros los entiende en tres categorías: dirigentes superiores, dirigentes intermedios y dirigentes ejecutivos (artículo 6 del Decreto-Ley No. 13/2020). En el caso de los destinatarios del Decreto-Ley No. 197/1999, estos se dividen en dirigentes y funcionarios (artículo 2 del Decreto-Ley No. 197).

Dichos sujetos conforman el ámbito funcionarial del Estado, el cual, no solo incluye a los funcionarios públicos *stricto sensu*, sino otros agentes públicos, resultado de las estructuras centralizadas⁹⁶ de la dirección estatal en el país y la politización de dichas estructuras; los cuales no se consideran sujetos pasivos de la potestad disciplinaria. Ejemplo de ello son los sujetos que acceden a la relación jurídica a través de la elección política. Así se descartan a los dirigentes superiores del Estado y el Gobierno (primer grupo del Decreto-Ley No. 13/2020), pues son electos por la Asamblea Nacional del Poder Popular y no desarrollan una función administrativa, determinada en un estatuto funcionarial, a partir de una relación de servicios.

También se encuentran otros que realizan una función empresarial, que forma parte de la función estatal que desarrolla el Estado, a partir del entendimiento de las empresas como estructuras administrativas integradas a la organización de la dirección estatal. Igualmente, un grupo de estos, si bien son trabajadores designados, desde una visión iuslaboralista, se denominan trabajadores de confianza.⁹⁷

Además, la norma jurídica patria⁹⁸ realiza otras exclusiones tácitas de determinados sujetos a los que atribuye un régimen disciplinario distinto. Tal es el

⁹⁵ El contexto nacional utiliza la denominación de cuadros. Sin embargo, los cuadros no son una categoría distinta, sino una denominación utilizada en la práctica nacional para hacer referencia a aquellos funcionarios con facultades directivas. Los cuadros constituyen una categoría de ocupación dentro de la nomenclatura de la organización del trabajo. Cfr. artículo 118 del Decreto No. 326 de 14 de junio de 2014 “Reglamento del Código de Trabajo”, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014.

⁹⁶ Vid. VASILENKOV, P.T., et al., *Derecho Administrativo Soviético*, ob. cit., pp. 169-179. Asimismo, para REYES y GARCINI: “[...] todas las grandes tareas en la construcción del socialismo requieren la creación de un aparato administrativo resultado del centralismo democrático”. Vid. GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES SALIÁ, *Derecho Administrativo. Parte General*, ob. cit., pp. 129-131.

⁹⁷ Los trabajadores de confianza inician su relación jurídica laboral por designación. Cfr. artículo 20 del Código de Trabajo; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia de la C., *Derecho Laboral Cubano...*, ob. cit., pp. 85-90 (para tomar en cuenta los elementos teóricos expuestos, pues la legislación se encuentra desactualizada).

⁹⁸ Cfr. artículo 5 de la Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013, “Código de Trabajo”, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29, de 17 de junio de 2014. De igual forma, la norma laboral establece una serie de cargos que ocuparán la categoría de designados en su artículo 96. Sobre ellos la

caso de los fiscales, jueces, contralores y auditores y funcionarios de la Aduana General de la República.⁹⁹

Encontrar dentro del andamiaje administrativo nacional a los funcionarios públicos que reúnan los requisitos que se defienden en esta investigación resulta sumamente engorroso, pues su individualidad corresponde al legislador que redacte la norma. De ahí que se considera, más allá de la decantación realizada, que los sujetos pasivos de la potestad disciplinaria serán aquellos que reúnan los presupuestos teóricos y normativos mencionados en líneas precedentes, tomando como punto de base de realización de una función administrativa. Una correcta definición del funcionario público posibilita segregar las confusiones teóricas que se han mencionado y permite una cimentación correcta de la potestad disciplinaria.

III.2. Elemento objetivo

Las sanciones disciplinarias son un instrumento de la Administración Pública orientado a reprimir conductas tipificadas como infracciones disciplinarias que afectan el ordenamiento disciplinario garante del buen funcionamiento administrativo. Son tipificadas por la ley y se establecen en *numerus clausus*,¹⁰⁰ reflejo del principio de legalidad. Constituyen el elemento objetivo de la potestad disciplinaria. En el régimen disciplinario patrio se imponen cuando se ha tipificado alguna infracción disciplinaria.¹⁰¹ La norma nacional no utiliza la nomenclatura de “sanción”, sino “medidas”. En opinión del autor, se considera inadecuado este último término, toda vez que la sanción es un vocablo utilizado para hacer referencia a un mal dimanado de una culpa que representa un castigo o pena por algún hecho; no así el vocablo “medidas”, que etimológicamente significa disposición preventiva.¹⁰² Por ello se considera más adecuado la expresión sanción, pues además constituiría un elemento para diferenciar aquellas sanciones que causan efecto, de otras que la propia norma utiliza con efectos temporales, como puede ser las medidas cautelares o las medidas complementarias.

propia norma establece que los destinados en los incisos b) y c) no serán sujetos del régimen disciplinario administrativo. Cfr. Decreto No. 326 de 14 de junio de 2014, “Reglamento del Código de Trabajo”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014.

⁹⁹ Cfr. artículos 42-48, Ley No. 83 de 11 de julio de 1997, “Ley de la Fiscalía General de la República”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 8 de 8 de julio de 1997; artículos 101-120, Ley No. 142, “Ley de los Tribunales de Justicia”, de 28 de octubre de 2021, en *Gaceta Oficial* Ordinaria No. 137 de 7 de diciembre de 2021; artículos 48-56 de la Ley No. 107 de 1 de agosto de 2009, “Ley de la Contraloría General de la República de Cuba”, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 29 de 14 de agosto de 2009.

¹⁰⁰ Vid. GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 464.

¹⁰¹ Las infracciones disciplinarias son tipificadas en el artículo 29 del Decreto-Ley No. 13/2020 y el artículo 19 del Decreto-Ley No. 197/1999.

¹⁰² Vid. DE TORO Y GISBERT, Miguel, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Refundido y aumentado, Ed. Revolucionaria, La Habana, 1989.

En el catálogo de sanciones disciplinarias,¹⁰³ estas se pueden agrupar en temporales o definitivas, a partir de los efectos para el *status* del funcionario. Representan una afectación a los derechos adquiridos por estos, asociados a la estabilidad en el empleo y el derecho a la remuneración.

De forma paralela a la configuración de las sanciones disciplinarias se dispone la aplicación de medidas disciplinarias cautelares y complementarias. Las primeras tienen efecto temporal, pues no causan un estado definitivo en la relación jurídica de servicio y se relacionan con los elementos de tutela cautelar propios de los procedimientos administrativos.¹⁰⁴ En este caso pueden imponerse medidas consistentes en la suspensión provisional del cargo o del salario o el traslado provisional a otro cargo, con un periodo máximo de 30 días hábiles para la suspensión y 60 días hábiles para el traslado.¹⁰⁵ Estas medidas podrán aplicarse dentro de los 30 o 60 días hábiles siguientes al conocimiento por la autoridad competente para imponer la sanción correspondiente mediante escrito fundamentado.

Las complementarias, a las cuales se les atribuye naturaleza accesoria, serán aquellas que tendrán carácter discrecional y no se recogerán en el expediente del disciplinado. En el caso del mencionado Decreto-Ley No. 13/2020, el legislador adoptó la nomenclatura de “decisión de carácter administrativo”,¹⁰⁶ con lo cual no existen precisiones en torno a su contenido. En consecuencia, se advierte que las llamadas “decisiones” no deben limitar o restringir derechos del funcionario, toda vez que para ello es consecuente la imposición de una sanción ante la exigibilidad de responsabilidad administrativa disciplinaria; ello, separando la responsabilidad penal o material en que pueden incurrir. Estos planteamientos son consecuencias del imperio del principio *non bis in idem*, que en materia sancionatoria rige los procesos punitivos.¹⁰⁷ No obstante, puede la autoridad facultada definir otras medidas que posean naturaleza profiláctica, siempre y cuando queden establecidas en las normas reglamentarias internas de la actividad.

¹⁰³ Cfr. artículos 30, 31 y 20 de los Decretos-Leyes No. 13 y No. 197, respectivamente.

¹⁰⁴ Vid. PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, *Las medidas cautelares. Una valiosa herramienta procesal*, Ed. ONBC, La Habana, 2012; PEREIRA, Jolene, “La llamada de ‘urgencia’ para tutela cautelar de la justicia administrativa en Cuba”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 14, 2015, pp. 127-172; MARCHECO ACUÑA, Benjamín, *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 241-262.

¹⁰⁵ Cfr. artículos 32 y 25 del Decreto-Ley No. 13 y el Decreto-Ley No. 197, respectivamente.

¹⁰⁶ Artículo 33.4 del Decreto-Ley No. 13/ 2020. Su antecesora, el Decreto-Ley No. 197/1999, determinaba como medidas complementarias la información a las organizaciones de masas del lugar de residencia del funcionario, de la infracción cometida y la sanción disciplinaria impuesta, las cuales podían encontrar su *ratio* en el control popular de la Administración Pública, que aparece como un principio de organización de la Administración Pública en Cuba. Por ello, sobre la base de la práctica, entendemos que pueden estas ser una de las decisiones administrativas que menciona la norma vigente.

¹⁰⁷ Vid. LAM PEÑA, Reynaldo J., “Los principios jurídicos...”, ob. cit., pp. 19-20.

III.3. Elemento formal

Cuando se hace referencia al elemento formal, se entiende al procedimiento disciplinario administrativo.¹⁰⁸ El ordenamiento disciplinario administrativo nacional no regula taxativamente un procedimiento disciplinario para los funcionarios públicos; empero, se hace un reconocimiento tácito a este (artículo 92 del Decreto Presidencial No. 208/2021) y al expediente disciplinario (artículo 26 del Decreto-Ley No. 197). Ante ello debe recurrirse a los elementos teóricos¹⁰⁹ para interpretar los principios que informan el procedimiento disciplinario, teniendo en cuenta los tres momentos fundamentales del procedimiento “inicio, tramitación e impugnación”.

El inicio del procedimiento disciplinario comienza a contar desde que la autoridad disciplinaria tiene conocimiento del hecho disciplinable de manera directa o por haber recibido la propuesta o información correspondiente.¹¹⁰ Este precepto ha sufrido transformaciones con respecto a su norma antecesora, toda vez que incluyó a las precisiones sobre el inicio del plazo para sancionar que el conocimiento puede llegar mediante terceras personas. Ello responde, tal como alega MARINA JALVO, a que

“... con independencia de los términos en que la legislación de desarrollo regule el procedimiento disciplinario, hay que tener en cuenta que, en todo caso, por un lado, la incoación de un expediente disciplinario podrá ir precedida de una información reservada o actuación previa, con el fin de valorar las circunstancias del caso y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento disciplinario”.¹¹¹

¹⁰⁸ CANO explica que: “[...] con la exigencia de procedimiento se trata de permitir que la Administración pueda demostrar la concurrencia de los presupuestos necesarios para imponer una sanción (que se ha cometido una acción antijurídica y reprochable a su autor) y de que el presunto responsable pueda defenderse de esa acusación”. Vid. CANO CAMPOS, Tomas, “La actividad sancionadora”, en Tomás Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. La actividad de las administraciones públicas*, t. III, vol. II, Iustel, Madrid, 2009, p. 103.

¹⁰⁹ Vid. RUIZ Y GÓMEZ, Julián, *Principios...*, ob. cit., pp. 420-422. Sobre el procedimiento administrativo también puede verse: NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo, *Tratado...*, ob. cit., pp. 259-263; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Los procedimientos administrativos internos*, 2ª ed., Lex, La Habana, 1960; RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Derecho Administrativo*, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, pp. 228-245; LEZCANO CALCINES, José R., “El procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2004.

¹¹⁰ El artículo 33, Decreto-Ley No. 13/2020, y artículo 21, sexto párrafo, Decreto-Ley No. 197/1999.

¹¹¹ Vid. MARINA JALVO, Belén, “Aspectos fundamentales de la configuración actual de la potestad disciplinaria de la Administración Pública española sobre el personal a su servicio”, *Revista Derecho & Sociedad*, No. 54 (II), Asociación Civil “Derecho & Sociedad”, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2020, pp. 14-15.

Para ello cuenta con 30 o 60 días hábiles, según la infracción cometida, para tramitar el expediente disciplinario¹¹², no así para prescribir la acción disciplinaria, la cual prescribe pasado 3 años sin que se haya iniciado procedimiento disciplinario.

En la tramitación no se determinan referencias formales. Adolece la norma nacional de un procedimiento contradictorio donde el funcionario inculpado pueda defenderse de la infracción imputada tras la imputación de cargos. Solo se estipulan los requerimientos del acto administrativo por el cual se impone la sanción disciplinaria, el que se realiza mediante resolución o escrito fundamentado, al cual se le atribuyen aspectos de obligatoria mención. Entre ellos se hace referencia a las pruebas practicadas para comprobar la responsabilidad del disciplinado, de lo cual se interpreta que existe un momento procedimental para que la autoridad disciplinaria llegue a la convicción sobre la ilicitud del hecho disciplinable. No obstante, no se establece el proceder de la mencionada comprobación. No se reconocen los efectos de prescripción que puede generar la violación del plazo dispuesto para la elaboración del expediente disciplinario; sobre el cual no existen referencias a sus elementos formales.

Antes de imponer la sanción debe ser colegiada con la Comisión de Cuadros y el órgano colectivo de dirección¹¹³ al que pertenece el funcionario, colegiación que para los receptores del Decreto-Ley No. 197¹¹⁴ es discrecional. En el caso de los destinatarios del Decreto-Ley No. 13, el precepto 81 del Decreto Presidencial No. 208 establece que las medidas disciplinarias se imponen ante determinados órganos en dependencia del órgano con el cual el funcionario público mantenga la relación de jerarquía y subordinación.

Ello tiene un fundamento, pues los receptores de la primera norma tendrán más poder de decisión y de actuación dentro de la función administrativa, de ahí que sea involucrada en la decisión la Comisión de Cuadros.¹¹⁵ No ocurre igual con los receptores de la segunda norma, toda vez que su ámbito de competencia y autoridad está limitado a otras actividades, de ahí que instar a la colegiación dependerá del ámbito de competencia del disciplinado. Por

¹¹² Dicho plazo posee causas de suspensión según el artículo 85 del Decreto Presidencial No. 208/2021, en coherencia con los elementos que para el procedimiento disciplinario laboral ordinario se configuran en la legislación de trabajo sustantiva.

¹¹³ Cfr. artículos 82 y 83 del Decreto-Ley No. 13/2021.

¹¹⁴ Cfr. artículo 21 del Decreto-Ley No. 197/1999: “[...] la autoridad facultada puede, antes de imponer la medida disciplinaria, oír el criterio que al respecto tengan los integrantes del colectivo de dirección”.

¹¹⁵ La Comisión Central de Cuadros fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1976. Asimismo, se dispuso en cada OACE la creación de una Comisión de Cuadros.

último, si bien se dispone la atención a la opinión de otros sujetos, la parquedad normativa no especifica el papel que esta desempeña en la decisión a adoptar, ya que el ámbito competencial para imponer la sanción recae en la autoridad correspondiente, por lo que la decisión no debe ser colegiada ni tendrá fuerza vinculante, opinión del autor que se deduce de la letra de la norma.

En cuanto a la impugnación, la norma instituye los recursos de apelación¹¹⁶ y reforma.¹¹⁷ Asimismo se establece, con carácter discrecional y para las sanciones de separación definitiva de la entidad y del sector o actividad, el procedimiento de revisión,¹¹⁸ el cual, de forma errónea, la norma (Decreto-Ley No. 197/1999) considera un recurso, desnaturalizando la institución de los recursos administrativos. También quedó configurado un régimen de reparación de los daños y perjuicios causados¹¹⁹ a los funcionarios públicos que se les imponga indebidamente una sanción disciplinaria. Se añade que no existen vías de reclamación a instancia judicial.

La regulación normativa de un procedimiento dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos denota contables imprecisiones y deficiencias normativas; muestra una amplia discrecionalidad de las autoridades competentes; y afecta presupuestos esenciales y garantías indispensables del mencionado régimen jurídico.

III.4. Elemento teleológico

La potestad disciplinaria, desde la regulación de las faltas y sanciones, así como desde el respectivo procedimiento, exige responsabilidad a sus funcionarios públicos en pos de contribuir al correcto desempeño administrativo para lograr el interés colectivo. Su finalidad no será la aplicación de una sanción aflictiva al disciplinado, sino concebir un instrumento de gobierno que garantice el actuar administrativo uniforme desde los deberes públicos que previamente son impuestos al funcionario público. Al decir de IVANEGA:¹²⁰

¹¹⁶ Cfr. artículo, 36.1 del Decreto-Ley No. 13; artículo 101 del Decreto Presidencial No. 208 y artículo 27 del Decreto-Ley No. 197.

¹¹⁷ Cfr. artículo, 36.3 del Decreto-Ley No. 13; artículo 101 del Decreto Presidencial No. 208 y artículo 27, segundo párrafo, del Decreto-Ley No. 197.

¹¹⁸ Cfr. artículo, 37.7 del Decreto-Ley No. 13; artículo 102.1 del Decreto Presidencial No. 208; artículo 28 del Decreto-Ley No. 197.

¹¹⁹ Cfr. artículo 106 del Decreto Presidencial No. 208 y artículo 29 del Decreto-Ley No. 197.

¹²⁰ Vid. IVANEGA, Mirian, *Cuestiones de potestad...*, ob. cit., p. 43. BIELSA afirmaba que el *poder disciplinario* era corolario lógico de toda organización administrativa jerárquica. GARCÍA PULLÉS expresa que potestad disciplinaria es alcanzada por estos criterios, pues la organización de la Administración también es de interés público, como el valor de su "orden" y "buen funcionamiento", y no cabe duda de que ellas son dos condiciones instrumentales

“la potestad disciplinaria de la Administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con las Administración pública. La Administración se protege a sí misma, a su orden interno y a las personas que trabajan a su servicio, lo que hace que justifique que sean objeto de un tratamiento distinto”.

Son estas las causas por las cuales se establece un orden disciplinario.

La disciplina en Cuba es un valor cardinal de las relaciones laborales. Si bien las relaciones funcionariales no son laborales, la disciplina laboral también es un pilar del comportamiento ético de los funcionarios públicos; por ello deben mantener una actitud acorde con los postulados éticos que informan la ideología socialista. El establecimiento de un régimen disciplinario para los funcionarios públicos en la ordenación jurídica nacional se debe al mencionado valor de la disciplina laboral,¹²¹ la cual constituye uno de los elementos esenciales del trabajo, como deber social¹²² y fundamento económico del Estado cubano.

Consecuentemente lo establece el tercer Por Cuanto del Decreto-Ley No. 251, al justificar la necesidad de modificaciones a las mencionadas normas jurídicas:

“... En el comportamiento ético de los cuadros, dirigentes y funcionarios debe estar presente en todo momento, y en primer lugar su obligación de cumplir con las disposiciones legales establecidas, y constituir, con su ejemplo personal de consagración, honestidad y comportamiento con el pueblo, un patrón de conducta a seguir por el resto de los trabajadores, en relación a la labor asignada para el cumplimiento de sus deberes y funciones”.

para el logro de su cometido más específico, esto es: la consecución del bien común. Para SENDÍN no estamos ante una simple cuestión de organización interna, sino ante una cuestión de orden público, de la que depende la correcta satisfacción del interés público y la correcta tutela de los derechos de los ciudadanos. *Vid.* BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 291; GARCÍA PULLÉS, Fernando, ob. cit., pp. 408-415; SENDÍN GARCÍA, Miguel A., “Derecho Disciplinario”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez (dir.) y María C. Rodríguez Martín-Retortillo (coord.), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Comares, Granada, 2015, p. 533.

¹²¹ Su valor ha sido esbozado en varios documentos programáticos. El cumplimiento de la disciplina se constituye como un elemento a evaluar en los cuadros y a tener en cuenta para su elección (Tesis PCC I Congreso); como valor intrínseco en el cumplimiento de las tareas (Tesis PCC II Congreso) o como principio del socialismo en Cuba (Conceptualización de los Lineamientos del PCC); PCC, *Conceptualización del Modelo Económico y Social cubano de desarrollo socialista*, La Habana, 2017, p. 17.

¹²² Cfr. artículo 31 de la Constitución de la República de 2019.

El régimen disciplinario contribuye al comportamiento de sus funcionarios, no solo ético, sino en el contenido de las funciones que componen la función administrativa. Ello trasciende a la eficiencia y eficacia con la que debe actuar la Administración Pública, que también queda reflejado en el Por Cuanto primero del Decreto-Ley No. 197 al disponer que la regulación de la relación jurídica funcional contribuye a la búsqueda del máximo de eficiencia y uniformidad.

Marcar la eficacia, como un valor de la actuación administrativa a perseguir desde la regulación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, aporta presupuestos axiológicos del principio de buena administración,¹²³ como colofón de una Administración Pública transparente en búsqueda del interés colectivo. Dicho interés se expresa en todas las instituciones de la Administración Pública en Cuba, desde la consagración de la República como un Estado de Derecho socialista para el disfrute de la equidad, bienestar y prosperidad individual y colectiva.¹²⁴

Desde estos análisis puede identificarse un régimen disciplinario difuso para los funcionarios públicos. Por ello, ante su ineficiente regulación jurídica, urge atemperar sus preceptos en pos del perfeccionamiento del régimen jurídico disciplinario; para lo cual será necesario tener en cuenta los preceptos axiológicos fundamentales analizados con anterioridad, en pos de una construcción teórica y normativa coherente con el texto constitucional vigente y con las garantías sustantivas y procesales que deben respaldar un régimen jurídico disciplinario.

IV. Conclusiones

A partir de las ideas narradas en líneas anteriores, puede determinarse las siguientes notas conclusivas, que abren el diapasón a diversas problemáticas que deben ser estudiadas desde la ciencia jurídica:

1. La potestad disciplinaria de la Administración Pública en Cuba tuvo su origen en los inicios del siglo xx. Durante la etapa colonial no puede visibilizarse esta institución de forma autónoma. No obstante, existían cimientos de una ordenación disciplinaria que regulaba correcciones disciplinarias, no así ilícitos disciplinarios, a partir de la noción sobre la autotutela interna de la Administración Pública y la inexistencia de un marco de función pública.
2. La Ley del Servicio Civil de 1909 vigente en Cuba constituyó el punto inicial de un régimen jurídico para la potestad disciplinaria endémico. Los

¹²³ Vid. MATILLA CORREA, Andry, *La buena administración...*, ob. cit., pp. 241-248.

¹²⁴ Cfr. artículo 1 de la Constitución de la República de 2019.

elementos de su configuración normativa le otorgaron autonomía frente a otras ordenaciones disciplinarias, las cuales permanecieron invariables durante la época republicana, a pesar de otros intentos legislativos para modificar el régimen de función pública establecido.

3. Luego del triunfo de la Revolución de 1959, la influencia socialista en la Administración Pública y sus nociones teóricas difuminó los límites entre el régimen jurídico del funcionario público y el trabajador ordinario, desapareciendo la ordenación jurídica y teórica de la potestad disciplinaria, que se consolidó en la Constitución cubana de 1976 y su posterior ordenación normativa.
4. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos vigente en Cuba padece, patológicamente, de una confusión en su sujeto pasivo, pero contiene los aspectos materiales para la construcción teórica y jurídica de un régimen jurídico de la potestad disciplinaria de la Administración Pública desde una definición de sus elementos subjetivo, objetivo, formal y teleológico.

La noción jurídica de autorización administrativa en Cuba: apuntes sobre sus orígenes y concepción actual

Daniel ARAGÓN PÉREZ*

“... toda articulación de un régimen jurídico requiere como presupuesto una percepción del fenómeno que ordena, a fin de sustentar las bases para la funcionalidad jurídica de la institución”.¹

I. Introducción

En Cuba, como sucede a nivel universal, la autorización administrativa también ha sido y es, una técnica de marcado protagonismo en el ejercicio de la función administrativa, como instrumento persistente a la hora de limitar y controlar el ejercicio de las actividades sujetas al tráfico jurídico privado. Sin embargo, los problemas que gravitan sobre la referida técnica en el país, están dados, en lo fundamental, por el estado embrionario en el que se encuentra su comprensión jurídica tanto en el plano doctrinal como en el ámbito normativo, lo cual ha obstaculizado la construcción coherente de la figura.

En el contexto cubano, las propuestas teóricas sobre la autorización administrativa resultan insuficientes a los efectos de la delimitación de su noción jurídica en la actualidad. No existen en el país estudios doctrinales que traten el tema de los antecedentes teóricos y normativos de la noción jurídica de la figura. Asimismo, los estudios recientes en los que la autorización tiene un papel protagónico parten de enfoques sectoriales de la técnica, sin profundizar en los aspectos teóricos que informan su configuración teórica como categoría iusadministrativa. Estas limitaciones impactan de manera ostensible en el plano normativo y disminuyen a todas luces la eficacia normativa de la categoría. No obstante, si bien los análisis académicos no resultan suficientes, allanan el camino al aportar elementos de incuestionable valor para la comprensión jurídica de la técnica en el contexto nacional. Por consiguiente, se requieren

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Asesor Jurídico de la Oficina de la Zona Especial de Desarrollo Mariel (ZEDM).

¹ Ver MONZÓN PAEZ, Fernando, “La noción de funcionario público como categoría iusadministrativa: una propuesta para Cuba”, *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencia Jurídica*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 2020, p. 3.

bases teóricas que alcancen el grado de racionalización necesario y aporten desde una perspectiva global del fenómeno, los cimientos sobre los cuales debe edificarse el régimen jurídico de la autorización administrativa en Cuba.

En el Derecho positivo cubano, tampoco se cuenta con una ordenación general de la figura que, al menos, proyecte los aspectos teóricos esenciales sobre los cuales se sustenta hoy la concepción teórica de esta, que pueda además servir de punto de referencia para la implementación de normas jurídicas posteriores o para trabajos científicos y, en consecuencia, le otorgue coherencia a la regulación de la categoría en cuestión y esclarezca la funcionalidad de la misma en el tráfico jurídico cubano.

En la legislación sectorial son comunes regímenes autorizatorios que no siempre están diseñados del modo más adecuado y que no explotan las potencialidades que se derivan del alcance y la finalidad que la autorización administrativa ofrece; construcciones normativas de la figura que, sin fundamentos precisos, han ido delimitando los contornos de la técnica iusadministrativa, sin tener en cuenta criterios distintivos y definitorios, solo tomando como referencia los antecedentes normativos de la figura.

A lo planteado anteriormente deben agregarse las carencias que hoy presenta el Derecho administrativo en Cuba, en lo que respecta a su ordenación normativa. En la actualidad, el ordenamiento jurídico-administrativo cubano no cuenta con una regulación general que contribuya a la conformación de la figura, como podría ser la regulación del acto administrativo, el procedimiento por el cual este discurre o la figura del contrato administrativo, que de existir, permitirían su utilización como referente para suplir las falencias normativas y doctrinales que hoy padece la noción jurídica de autorización administrativa en el país.

En definitiva, hoy se asiste, en el contexto patrio, aunque no insalvable, a una indeterminación en relación con la noción jurídica de autorización administrativa a partir de las lagunas existentes, tanto en el plano normativo, como en el doctrinal. Este escenario se complejiza, si se tiene en cuenta que en los últimos años, las potencialidades que encierra la técnica iusadministrativa en cuestión ha tomado mayores dimensiones ante las transformaciones que se han producido en el plano estructural y funcional del aparato administrativo nacional y particularmente ante el ensanchamiento y flexibilización de los ámbitos de actuación económico-privados en el país, lo cual amerita una mayor comprensión de la técnica.

Las consideraciones hasta ahora expuestas justifican la importancia de profundizar en los fundamentos teóricos y normativos que informan la comprensión actual de la autorización administrativa en Cuba, a los efectos de proporcionar a los operadores jurídicos una herramienta útil para la comprensión y utilización

de la técnica jurídico-administrativa, contribuir al perfeccionamiento de su régimen jurídico y, en consecuencia, al de su funcionalidad como técnica jurídico-administrativa en Cuba; toda vez que los esfuerzos van dirigidos a identificar un conjunto de reglas comunes que permitan fundamentar un criterio sobre la concepción contemporánea de la autorización en el contexto nacional.

II. La noción jurídica de autorización administrativa en la historia jurídico-administrativa cubana

II.1. La autorización desde la segunda mitad del siglo XIX, hasta las primeras cuatro décadas del siglo XX

Durante esta época, lo común es que la doctrina administrativa se concentrara en el análisis de los fines generales de la policía administrativa a la hora de analizar la intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares, sin profundizar en la configuración teórica de los medios o técnicas a través de los cuales se llevaba a cabo tal intervención. Por consiguiente, del tratamiento descriptivo realizado en los estudios doctrinales y de los usos que se advierten de la autorización administrativa en el ordenamiento jurídico, no se evidencian elementos que permitan dilucidar una comprensión teórica o normativa de la técnica, más allá de su vinculación a la satisfacción de los fines de la clásica actividad administrativa policial.

Es dable destacar que tal insuficiencia, en el ámbito doctrinal cubano de la época, responde esencialmente al estado embrionario en que se encontraba el desarrollo científico del Derecho administrativo en el contexto patrio. En tal sentido, resultan esclarecedores los razonamientos de CARRERA JÚSTIZ que aunque se viertan sobre el aspecto orgánico de la Administración Pública, no dejan de ser ilustradores para el resto de la materia administrativa. Al decir del ilustre municipalista:

“Si España nos suplía los gobernantes, desde el más elevado funcionario, hasta el último oficial de cualquier departamento; si era Madrid el asiento de los poderes públicos que regían a Cuba, así en lo legislativo, con las Cortes, como en lo ejecutivo, con el Rey y el Ministerio de Ultramar; no necesitábamos preocuparnos, entonces, fundamentalmente, en los estudios del Derecho Público orgánico de aquellos poderes”.²

² Ver CARRERA JÚSTIZ, Francisco, *El Derecho Público y la Autonomía Municipal. El fraude de un régimen*, conferencia pronunciada en el Ateneo de La Habana, Asociación de Doctores en Derecho Público, Imprenta y Librería La Moderna Poesía, La Habana, 1913, p. 21. Esta situación persistiría en el tiempo durante las primeras décadas del siglo XX, aunque ya no motivado por el mismo fenómeno de denominación colonial, sino más bien por el proceso de formación en que se encontraba la ciencia iusadministrativa cubana luego de la reciente instauración de un Estado independiente.

En el ámbito teórico, tal escenario de insuficiencia respecto a la técnica se destaca en el trabajo realizado por MORILLA. El autor analiza la obligación que recae sobre el particular de cumplir con el requisito legal previo de solicitud y obtención de la correspondiente autorización para poder llevar a cabo, de forma lícita, determinadas actividades,³ solamente, desde el punto de vista operativo. No obstante, del análisis se advierte la asociación que establece MORILLA entre la autorización y la salvaguarda, de lo que él mismo llama:

“... el primer elemento de la existencia social del hombre: el orden público y la seguridad de las personas y bienes [...] Sin ese orden y seguridad, refiere el autor, no hay sociedad posible, y mucho menos puede conseguirse su adelanto y prosperidad. Es por lo tanto un deber preferente de la Administración, adoptar todas las medidas que conduzcan a conservarlos [...]”.⁴

Estos razonamientos también pueden advertirse de la obra de GOVÍN Y TORRES. Dicho autor, para finales del siglo XIX, en sus estudios de los *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba* realiza una explicación similar a la hecha por MORILLA sobre las finalidades de la actuación administrativa policial y lo complementa con un análisis normativo de los procedimientos autorizatorios que habilitan el ejercicio privado de la libertad de prensa, la apertura de determinados tipos de establecimientos dedicados a la industria, la celebración de rifas y bazares y la obtención y porte de determinadas armas.⁵

Desde el punto de vista normativo, tal percepción del fenómeno se advierte, por ejemplo, en las Ordenanzas de construcción para la ciudad de La Habana y pueblos de su término municipal de 30 de diciembre de 1861⁶ y en el

³ Ver MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipografía de Don Vicente de Torres, La Habana, 1847, pp. 131; 139-140; 164 y 175.

⁴ *Ibidem*, p. 130. Argumento que sigue sosteniendo años más tarde el propio autor en MORILLA, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español. Sobre la Administración de la Isla de Cuba*, t. I, 2ª ed. aumentada con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., La Habana, 1865, p. 59.

⁵ Ver GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, t. I, Editor Miguel Alorda, Librería La Enciclopedia, La Habana, 1882, pp. 298 y 302. Igualmente puede consultarse GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, t. II, Editor Miguel Alorda, Librería La Enciclopedia, La Habana, 1883, pp. 87; 91-92; 94.

⁶ Ver RODRÍGUEZ SAN PEDRO, Joaquín, *Legislación Ultramarina. Anotada y concordada*, t. III, Establecimiento tipográfico de José Fernández Cancela, Madrid, 1865, pp. 526; 535-536; 544. De igual forma, tales consideraciones pueden inferirse de lo regulado en el artículo 3 de la Ley de Reuniones Públicas para la Isla de Cuba, publicada en *Gaceta de La Habana*, el día 1ro de diciembre de 1881; en el Capítulo 5, “Orden Público”, de las *Ordenanzas municipales de la ciudad de La Habana*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1855, p. 23 y en el Capítulo 4to, “Orden y Seguridad”, de las *Ordenanzas rurales de la Isla de Cuba*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1857, pp. 12 y 26.

Reglamento de establecimientos insalubres, peligrosos e incómodos, aprobado por Real Orden de 7 de mayo de 1859.⁷

Durante las primeras décadas del siglo xx,⁸ la percepción que sobre la técnica autorizatoria tiene la doctrina administrativa nacional aún no alcanza el grado de sistematización requerido que permita visualizar una clara comprensión del fenómeno autorizatorio. En tal sentido, se observa una diversidad de criterios que lejos de precisar el sentido y el alcance de la técnica, tienden a crear mayores indeterminaciones. Ejemplo de ello es la idea de autorización como obstáculo para la realización de los derechos de los particulares que defiende la doctrina administrativa de la época, cuando en realidad la autorización, a partir de su formulación clásica, no sería el impedimento, sino el acto administrativo a través del cual la Administración remueve los obstáculos impuestos por el ordenamiento jurídico al ejercicio de determinados derechos subjetivos preexistentes, con la finalidad de controlar su compatibilidad con el orden público;⁹ posición esta última que pareciera ser la que estuviese germinando dentro de la doctrina iusadministrativa de la época, la cual comienza a contemplar a la autorización desde la óptica de los derechos individuales, lo que aún de forma incipiente.

En efecto, resultan esclarecedores los argumentos esgrimidos por RUIZ Y GÓMEZ al analizar el régimen administrativo de la libertad de prensa. El mencionado profesor reserva el procedimiento autorizatorio para casos excepcionales, como puede ser publicar una reseña militar en tiempos de guerra, ya que para el autor “[...] al adoptarse la previa autorización se está atacando la libertad absoluta de la prensa en cuanto que ya no se puede exponer libremente las opiniones [...] la necesidad de la previa autorización traería los graves males que siempre acompañan a la censura, muchos más graves que sus ventajas [...]”.¹⁰ En sentido similar se expresa NÚÑEZ Y NÚÑEZ al afirmar que el permiso

⁷ Ver RODRÍGUEZ SAN PEDRO, Joaquín, *Legislación...*, ob. cit., p. 571.

⁸ En aras de comprender el contexto que se analiza, puede consultarse INFIESTA, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, Selecta, La Habana, 1942, p. 84; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, trabajo leído el 24 de abril de 1953, como primera conferencia del Ciclo sobre la Evolución del Derecho Constitucional cubano, organizado por el Colegio Nacional de Abogados, Lex, La Habana, 1953, pp. 6-8; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, Compañía Editora de Libros y Folletos, La Habana, 1960, pp. 119-141.

⁹ A los efectos de profundizar en el estudio de la noción clásica de autorización administrativa, puede consultarse ARAGÓN PÉREZ, Daniel, “Perspectiva histórica y conceptual de la autorización administrativa”, en Andry Matilla Correa y Diego Paúl Viteri Nuñez (coords.), *Reflexiones sobre Derecho Público II*, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017, pp. 241-251.

¹⁰ RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, “La libertad de la prensa y el régimen administrativo”, *Tesis para el Doctorado en Derecho Público*, leída y sostenida en la Universidad el 20 de diciembre de 1915, *Revista de la Facultad de Letras y Ciencias*, vol. XXIII, No. 1, julio, 1916, Universidad de La Habana, Imprenta El Siglo xx, La Habana, pp. 91 y 92.

previo, más allá de regular el ejercicio de los derechos individuales, “[...] en realidad, se dirige a la obstrucción y supeditación de los mismos [...]”.¹¹ En esta misma línea de pensamiento, JIMÉNEZ afirma: Así concedido un derecho [...] se establece el permiso previo por medio del cual no puedan las personas ejercitar ese derecho si no hay la autorización del gobernante [...] y lo hacen ilusorio”.¹²

Asimismo, se evidencia falta de claridad en torno a las similitudes y diferencias que existen entre la autorización y otras técnicas iusadministrativas de naturaleza distinta, como es la concesión, técnica esta última que para esta fecha ya era mirada con mayor atención por parte de la doctrina administrativa nacional, aunque sin la sustancialidad que adquiriría en años posteriores.¹³ En este punto en particular, resalta la respuesta que diera MENDOZA ante la consulta que le formulara el vicepresidente y administrador general de la Compañía Cubana de Teléfonos: ¿Es la autorización dada por el Presidente de la República en Decreto de septiembre 9 de 1909 una concesión, franquicia o licencia y cuál es el significado técnico de cada uno de esos términos? A tal interrogante, el propio jurista respondería: “El Decreto da una autorización o una concesión que prácticamente son la misma cosa, ambas palabras se intercambian al emplearse en distintas leyes”.¹⁴

En respuesta a la misma pregunta GARCÍA y FERRARA contemplan que ambas técnicas jurídico-administrativas tienen ámbitos funcionales que las diferencian, pero no aportan otros elementos que vayan más allá de la vinculación de la técnica autorizatoria a la actividad administrativa policial para explicar la diferenciación que destacan.¹⁵ En la opinión de ambos juristas:

“Es la autorización dada por el Presidente, una concesión [...] porque le otorgó [...] la facultad de construir, explotar y aprovechar el servicio telefónico. La ejecución y explotación de las obras públicas corresponden al

¹¹ NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya, t. II, 13^a ed., Imprenta J. Hernández Lapido, La Habana, 1926, p. 77.

¹² Ver Jiméñez y Fernández, Rafael Santos, *Derecho Administrativo (Segundo curso)*, Departamento de Publicaciones, Facultades de Derecho, Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, La Habana, s/a, p. 53.

¹³ Ver MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, p. 128.

¹⁴ Ver MENDOZA, Claudio G., “Carta enviada al sr. Henry S. Fleming el 5 de marzo de 1910”, en *Autorización de servicio telefónico a la Cuban Telephone Company. Opiniones legales y fallo del Tribunal Supremo sobre dicha autorización*, Impreso por Avisador Comercial, La Habana, 1913, p. 53.

¹⁵ Idea que también sostienen NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado...*, ob. cit., pp. 75-76, y PICHARDO, Gabriel, “La función de policía”, *Revista de Derecho*, Año I, t. I, enero 31 de 1902, No. 9, Periódico mensual fundado por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Tipográfica El Fígaro, Habana, 1902, p. 202.

Estado por regla general; por lo cual para que las realicen los particulares es menester que el Estado se las conceda [...] No es una licencia en ningún caso, porque la licencia es un permiso que da la autoridad en virtud de sus facultades políticas de orden público: así hay licencias para abrir establecimientos, para edificar, para instalar motores, abrir teatros, usar armas, etc. [...]”.¹⁶

En definitiva, en Cuba para finales del siglo XIX y principios del XX, las normativas y materiales doctrinales consultados no evidencian una comprensión teórica de la autorización administrativa que permita dilucidar, con claridad, un posicionamiento respecto a su noción jurídico-administrativa, como ya venía produciéndose en ese mismo momento en el contexto foráneo. Sin embargo, para principios del siglo XX ya comenzaba a ser vista desde el prisma de la intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares. Por otro lado, su uso en las disposiciones jurídicas de la época puede asumirse como un hecho recurrente.

II.1.1. Un impulso doctrinal: la asunción de un criterio en épocas de cambios

En función de los materiales bibliográficos consultados, no es hasta mediados del siglo XX que se puede advertir el inicio de las primeras teorizaciones en relación con la autorización administrativa, concretamente en el texto: *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, publicado su segunda edición en 1945, del profesor Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ.

Respecto al tema, el citado profesor refiere: “Existe autorización cuando la administración consiente al particular el ejercicio de un derecho, levantando la prohibición o límite que lo impedía [...]”, en función de salvaguardar el orden público;¹⁷ perspectiva que lo llevó a buscar en la diferenciación entre la técnica autorizatoria y la concesión administrativa, el fundamento de su propuesta. Es dable señalar que el análisis en torno a la autorización que realizara el autor viene condicionado por la evidente afinidad de razonamiento que comparte con la doctrina administrativa italiana, la cual desde RANELLETTI ha influido notoriamente en la configuración teórica de la autorización administrativa.¹⁸ Esta afirmación puede comprobarse con solo

¹⁶ Ver GARCÍA Y SANTIAGO, Pelayo y Orestes FERRARA, “Carta enviada al Vice-Presidente y Administrador General de la *Cuban Telephone Company* el 23 de septiembre de 1909”, en *Autorización de servicio...*, ob. cit., pp. 43-44.

¹⁷ Ver LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 2ª ed., Cultural, S.A., La Habana, 1945, pp. 69; 237 y 450-451.

¹⁸ El punto de partida en la determinación del sentido y alcance de la autorización administrativa es reconocido de forma unánime por la doctrina administrativa, a partir de las construcciones teóricas del alemán Otto MAYER en su obra general de Derecho Administrativo alemán y del

observar las obras referenciadas por el autor al tratar el tema. En efecto, en opinión de LANCÍS Y SÁNCHEZ:

“Las autorizaciones se diferencian de las concesiones, en cuanto el particular ejercita el derecho del que ya es titular en régimen de libertad y si alguna condición se le impone, lo será en atención a las reglas de seguridad, higiene o de otra índole a que estén sujetos los actos que necesite efectuar para su disfrute; pero sin que resulte obligado a ejecutar lo que se le autoriza. Al contrario de lo sucedido en la concesión que crea derechos para el concesionario, se le fijan, al mismo tiempo, obligaciones específicas y determinadas, entre otras, la de ejecutar lo concedido, de donde adquiere la condición sinalagmática, que le es característica, y que se manifiesta por encima de la calidad de acto administrativo unilateral”.¹⁹

Razonamientos que indican que para el autor solo era posible la existencia de tipos autorizatorios simples y reglados.²⁰

Esta posición también puede colegirse desde los argumentos sostenidos por RUIZ Y GÓMEZ, el cual, en evidente evolución de su pensamiento, refiere:

“La vigilancia, —como modo de intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares— toma la forma de autorización previa cuando la actividad privada no puede ejercitarse sin un acto anterior de la Administración Pública que le permita actuar [...] la concesión de la autorización puede estar reglada, es decir, que cumplidas ciertas condiciones, la autoridad no puede negarla [...] los términos autorización, permiso y concesión, se

italiano Oreste RANELLETTI en su monografía dedicada a la teoría general de la autorización y la concesión administrativas, a finales del siglo XIX. Entre los autores contemporáneos que así lo reconocen destacan: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *Revista de Administración Pública*, No. 52, enero-abril 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 423; CASSESE, Elisabetta, “Le trasformazioni dell’autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza”, disponible en <http://archivioceradi.luis.it> [consultado el 1 de diciembre de 2020 a las 11:00 a.m.], pp. 2-7; COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 23 y ss.

¹⁹ Ver LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 450-451.

²⁰ La autorización simple es aquella en la que la Administración se limita a realizar un control preventivo de legalidad del ejercicio de un derecho. Tiene como presupuesto el control de actividades concretas y aisladas, de ejecución instantánea, donde la potestad administrativa se dirige únicamente a producir el resultado jurídico de autorizar, configurándose un control negativo. Se consideran regladas en aquellos supuestos en los que la Administración interviene para realizar un control preventivo y ciñe su actuación a verificar que la solicitud del sujeto interesado cumple con los requisitos contemplados por la norma aplicable para validar la actuación que pretende realizar. Es decir, la actividad de la Administración estará encaminada a la realización de un juicio de legalidad, y una vez constatados, el propio ente público tiene el deber de proceder a su otorgamiento. Estos tipos de autorización son los que más reflejan la noción tradicional o clásica de la técnica iusadministrativa en cuestión.

utilizan cual si fueran sinónimos, cuando debe tenerse en cuenta que la concesión crea derechos subjetivos a favor del concesionario cuya privación entraña una indemnización, mientras que el permiso y la autorización son esencialmente revocables sin derecho a indemnización”.²¹

Conviene subrayar que en el caso de Cuba, el punto de partida en la configuración teórica de la noción jurídica de autorización administrativa que se identifica en el presente artículo se ubica en una época de profundas transformaciones en el ámbito político-jurídico cubano; introducidos, fundamentalmente por el cambio de perspectiva que a nivel global se experimentó en relación con la actuación del Estado en materia de intervención en la esfera jurídica de los particulares, principalmente en materia económica. Nuevas tendencias que para el caso de Cuba no serían ajenas y que tendrían en el texto constitucional de 1940 sus bases políticas y jurídicas.²²

En función de las nuevas premisas que el intervencionismo impuso para el actuar de la Administración Pública cubana de la época, los autores consultados, al igual que lo hiciera la doctrina administrativa foránea en su momento, destacan la transformación ocurrida en el ámbito funcional de la autorización administrativa,²³ aunque defienden la primacía del derecho subjetivo preexistente en la comprensión de la técnica autorizatoria en reacción al fenómeno interventor, pero sin asumir una perspectiva unitaria del fenómeno.²⁴ La doctrina administrativa de referencia reduce el ámbito funcional de la figura a los supuestos donde se justifica, constitucionalmente, la intervención previa de la Administración, como es el caso de las libertades de carácter económico, y excluyen la pertinencia de la técnica en los casos donde se intente controlar el ejercicio de los derechos individuales de primera generación, como puede ser la libertad de prensa o la libertad de reunión. En ambos casos refieren que lo más oportuno es configurar un régimen de controles posteriores en exclusividad.²⁵

²¹ Ver RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios de Derecho Administrativo. Primero y segundo semestres*, Material de clases, 4ª ed., Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de La Habana, La Habana, 1955, pp. 30-32; 39 y 109.

²² Así lo hace notar el propio LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 99.

²³ En tal sentido puede verse el Decreto No. 1782, de 10 de mayo de 1943, el cual regula la actividad de farmacias; el Decreto No. 1722 de 9 de junio de 1939 (Bodegas) y el Decreto No. 1830 de 17 de julio de 1939 (Carnicerías). Ver *ibidem*, pp. 481-482.

²⁴ Una aproximación al fenómeno de revisión de la noción jurídica de autorización administrativa en el escenario foráneo puede verse en ARAGÓN PÉREZ, Daniel, “Perspectiva histórica...”, ob. cit., pp. 257-270.

²⁵ Ver LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 103-115; 160-16. Similares ideas pueden verse en RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 155-156.

II.2. La autorización en la segunda mitad del siglo xx

En enero de 1959, Fidel CASTRO avizoraba que para Cuba, luego de terminada la lucha armada, comenzaría la verdadera revolución. Se iniciaría una etapa de profundas transformaciones.²⁶ Sin duda alguna, tal afirmación no es una más dentro de la efervescencia revolucionaria de la época. La historia de Cuba se ha encargado de demostrar que lo que en esa oportunidad fue un pronóstico, en los años venideros se convierte en una realidad irrefutable. La promulgación de la Constitución de la República de Cuba de 1976 fue el resultado de esas conversiones acaecidas en la sociedad cubana durante la primera década del proceso revolucionario. La carta magna organiza la institucionalidad del país sobre la base de una estructura estatal de corte socialista, con todo lo que ello implica desde el punto de vista político-jurídico, económico y social, lo cual es un ejemplo fehaciente del sentido y alcance de aquellas transformaciones que se avizoraban para Cuba y que siguen determinando el destino del país.

En el plano jurídico, y especialmente en el ámbito del Derecho administrativo, los cambios introducidos tanto en la organización como en el funcionamiento del aparato administrativo del Estado cubano, luego del triunfo revolucionario del 1ro de enero de 1959, fueron realmente considerables. A juicio de MATILLA CORREA:

“... este enrumbamiento hacia el socialismo [...] para la Administración Pública cubana significó un nuevo enfoque jurídico integral de su actividad, de las nuevas necesidades que la administración pública socialista debía satisfacer y de los medios jurídicos a utilizar para responder a esas finalidades [...]”.²⁷

En lo que respecta a la configuración teórica de la técnica autorizatoria, lo profundo de las transformaciones no le deparan, al menos en el ámbito doctrinal, un escenario alentador en comparación con lo que hasta el momento venía sucediendo.

En particular resultan significativos los argumentos sostenidos por el profesor GARCINI GUERRA, quien en la década de los años ochenta reflexionaba:

²⁶ Discurso pronunciado por el comandante Fidel CASTRO RUZ, a su llegada a La Habana, en Ciudad Libertad, el 8 de enero de 1959, disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1959/esp/f080159e.html> [consultado el 8 de mayo de 2021 a las 8:00 p.m.].

²⁷ Ver MATILLA CORREA, Andry, “Del Derecho Administrativo en Cuba: breves trazos evolutivos y pequeña introducción a su definición”, pp. 10-11, disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762019000100001 [consultado el 8 de mayo de 2021 a las 10:00 p.m.]. En relación con el estado de la ciencia administrativa durante esta época puede consultarse la obra del propio autor. Ver *ibidem*, p. 12.

“En el Derecho Administrativo socialista la expresión actividad de policía para denominar la facultad de regular las actividades de los administrados no tiene cabida [...] El proceso de organización y funciones de los órganos administrativos, que como rama jurídica regula, tiene como finalidad la construcción y el desarrollo de un sistema económico social que procura el bienestar de los ciudadanos y no de una clase opresora, y no se limita a enunciar las libertades individuales, sino que adopta las medidas necesarias para garantizar el ejercicio positivo de esas libertades. El desarrollo de la conciencia, la educación creciente de las masas y su intervención cada vez mayor en las actividades administrativas debe hacer gradualmente cada vez menos necesario el empleo de lo que pudiera equivaler al poder de policía, esto es, a la regulación de las actividades de los administrados [...]”.²⁸

Como es de suponer, tales consideraciones impactan notablemente en la comprensión que del acto administrativo de autorización tuvo la doctrina administrativa del momento, si para la Administración Pública de la época era ajena la actividad policial como forma de intervención en la esfera jurídica de los particulares, dado que las finalidades que con ella se persiguen tradicionalmente ya no formarían parte del quehacer administrativo; o más bien se ve redimensionada su finalidad, lo cual modificaba su concepción, pero no significaba su erradicación del conjunto de formas de intervención con que contaba la Administración para la realización de los fines que le asisten; pues, las técnicas que satisfacen dicha actividad eran innecesarias, o sufren cierta reconfiguración de su ámbito funcional, según la posición que se adopte.

Al respecto, el propio profesor fue categórico al decir:

“... en un país que ha elegido el socialismo como vía para el desarrollo, la Administración Pública no necesita de los medios o técnicas jurídico-administrativas propias de la Administración burguesa para satisfacer las nuevas finalidades que le están impuestas. En tal sentido, técnicas como la concesión o la autorización administrativas son esencialmente ajenas a la nueva organización administrativa de la que es enemiga irreconciliable la empresa privada”.

Para GARCINI GUERRA, “las nacionalizaciones y la expropiación forzosa serían los instrumentos más eficaces para la consecución de los nuevos fines que asumiría el Estado socialista cubano”.²⁹

²⁸ Ver GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 258. A los efectos de comprender con mayor exactitud los cambios introducidos en la concepción y el papel a desempeñar por la actividad policial de la Administración Pública, a partir de la instauración del régimen socialista en contextos foráneos, puede verse GARCÍA OVIEDO, Carlos, “La noción de policía en el nacional-socialismo Alemán”, *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVIII, Segunda época, t. VI (174 de la colección), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pp. 29-36.

²⁹ Ver GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho...*, ob. cit., pp. 193-205.

A pesar de la radicalidad de los razonamientos, no escapa del análisis del profesor, qué entender por autorización administrativa. Al respecto, afirma: “[...] la autorización es un acto de gracia de la Administración [...] que se otorga sin condiciones, ni restricción de tiempo [...]”.³⁰ Idea que también comparte RODRÍGUEZ PÉREZ.³¹

Como puede apreciarse, para arribar a tales conclusiones, GARCINI GUERRA tomó como referencias, ideas políticas y no jurídicas para formarse una percepción del fenómeno. Además, otro elemento que parece haber animado que excluyera la técnica iusadministrativa de la panoplia de instrumentos jurídico-administrativos destinados a limitar la actuación de los particulares, fue el hecho de que con los auspicios del sistema socialista consagrado en el texto constitucional de 1976, la economía quedase estatificada a raíz de la socialización de la propiedad.

A diferencia de lo ocurrido en el plano doctrinal, desde el punto de vista normativo la previsión de la técnica autorizatoria, en el periodo que se analiza, da muestras de una autorización que tiene total virtualidad y que comienza a asumir, al menos a partir de la labor del legislador, características propias de su comprensión contemporánea.³² Tal permanencia de la técnica autorizatoria se debe a que el espacio natural de vida de la autorización no quedó erradicado por completo, al encontrar el ejercicio de las situaciones jurídicas activas de los particulares determinados espacios de realización.³³ Sin embargo, no se advierte en el ordenamiento jurídico cubano de la época una definición clara de la técnica en cuestión.

Al respecto, destaca la inclusión de la autorización, desde el propio texto constitucional de 1976, como técnica de limitación y control previo de determinadas

³⁰ *Ibidem*, p. 191. La definición expuesta por el mencionado profesor trae causa de la habilitación otorgada a perpetuidad a la Compañía Cubana de Teléfonos para explotar el servicio de telefonía de larga distancia en el año 1909 y que duraría hasta el año 1959 a raíz de la nacionalización de la propia compañía por parte del gobierno revolucionario.

³¹ Ver RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Derecho Administrativo*, texto único, edición provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, p. 209.

³² En relación con las distintas posiciones doctrinales que explican la concepción contemporánea de la autorización puede consultarse ARAGÓN PÉREZ, Daniel, “Perspectiva histórica...”, *ob. cit.*, pp. 262-271.

³³ En efecto, puede ponerse como ejemplo la ordenación de una iniciativa económica privada, que si bien quedó sin amparo constitucional, mantuvo su presencia en el tráfico económico cubano posterior a 1959, aunque reducida a su mínima expresión en la forma de trabajo por cuenta propia y abocada a cumplimentar una función social que determina su reconocimiento y realización. Una constatación en cifras de la veracidad de la afirmación que se realiza puede consultarse en ODRIOZOLA GUITART, Johana, “El Derecho de la competencia en sentido estricto. Visión y Misión”, en AA.VV., *Temas de Derecho Económico*, Félix Varela, La Habana, 2005, p. 102, nota 137; DÍAZ FERNÁNDEZ, Ileana, “Emprendimiento en Cuba: ¿enfocado al desarrollo económico?”, revista *Economía y Desarrollo*, vol. 164, No. 2, julio-diciembre 2020, Centro de Estudios de la Economía Cubana (CEEC), Univerisidad de La Habana, La Habana, pp. 2-6.

actividades que pueden realizar los agricultores pequeños, en virtud del derecho de propiedad sobre la tierra que la propia carta magna les reconoce.³⁴ A pesar de tal reconocimiento expreso del derecho de propiedad sobre la tierra, lo cual da cuentas de un derecho subjetivo latente en la esfera jurídica de los agricultores, la propia norma constitucional aporta elementos que nublan la centralidad de tal derecho en la configuración normativa, *a posteriori*, de la autorización. Tal es el caso de la imposibilidad de realizar determinados actos traslativos de dominio que gravita sobre la tierra propiedad de los agricultores pequeños; actos jurídicos que solo pueden llevarse a cabo mediando la correspondiente autorización, en los casos, las formas y las condiciones que establezca la ley, por lo que la autorización se configura como algo más que un requisito de control previo de legalidad. Esta afirmación se refuerza si se tiene en cuenta la regulación de desarrollo posterior.³⁵ Por tanto, podría deducirse que la autorización se configura a partir de elementos que sujetan la disposición de la tierra, propiedad de los agricultores pequeños, a juicios de valoración administrativa que nublan la existencia y centralidad del derecho subjetivo y la convierten en una técnica abocada a la ordenación y programación de las actividades privadas, en función de salvaguardar el interés público.

Por su parte, el Decreto-Ley No. 14, “Sobre el ejercicio de actividades laborales por cuenta propia”, de 1978, es otro ejemplo del marcado rol programador o planificador que caracterizó a la técnica autorizatoria en el contexto que se analiza. En este caso, a través de la autorización se estaría ordenando el ámbito de actuación de los particulares, a los efectos de satisfacer un interés público específico: la producción y prestación de un grupo mínimo de bienes y servicios, respectivamente. En relación con el acto administrativo de autorización, su previsión en dicha normativa estuvo matizada por el mismo fenómeno de utilización instrumental que determina su cambio de concepción en el contexto foráneo y la configura como un límite impuesto al ejercicio de las situaciones jurídicas activas de los particulares, que condiciona su habilitación y realización a la satisfacción del interés general. Prueba de ello sería el sometimiento del ejercicio del trabajo por cuenta propia a una serie de obligaciones y comportamientos que el sujeto interesado estaba en la obligación de acatar para obtener y conservar dicho título y que provocan una relación especial entre la Administración autorizante y el particular autorizado, que irá más allá del tradicional control administrativo previo. En

³⁴ Ver artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de 31 de enero de 2003 (derogada).

³⁵ Ver artículo 6 y Disposición Especial Primera del Decreto-Ley No. 125, “Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 30 de enero de 1991. También puede consultarse la Resolución No. 290 de 15 de mayo de 1990, “Reglamento sobre la compra de tierras agropecuarias”, del Ministro de la Agricultura.

este caso, la Administración Pública también tenía la facultad de verificar, *a posteriori*, el cumplimiento de las condiciones de actuación impuestas por la norma, a los efectos de comprobar que las circunstancias que determinaron el otorgamiento de la autorización se mantenían a lo largo del tiempo que el trabajador tenía permitido desarrollar la actividad; y al mismo tiempo incidir su desarrollo, con el fin de obtener niveles óptimos de realización desde el punto de vista de su vinculación con los principios fundamentales e intereses del sistema socialista. Asimismo, otro elemento que evidencia que el acto administrativo de autorización, al menos en el ámbito normativo, comenzaba a asumir características propias de su comprensión contemporánea, es el hecho de que la efectividad del acto administrativo de autorización quedase condicionado al cumplimiento de los requerimientos expuestos, antes y luego del otorgamiento del título habilitante.³⁶

La regulación del ejercicio del derecho de asociación reconocido desde el artículo 54 de la Constitución de 1976 y su posterior desarrollo en la Ley No. 54, Ley de asociaciones, es otro ejemplo de cómo la autorización administrativa fue adoptando rasgos típicos de su concepción contemporánea a partir de su formulación en el ordenamiento jurídico cubano. Si bien en este caso también se estaría en presencia de un típico derecho subjetivo, los límites impuestos a su ejercicio desde la propia norma constitucional para asegurar su realización de conformidad con los fines de la sociedad socialista, propician que su regulación de desarrollo posterior elevara los niveles de intervención administrativa que normalmente recaen sobre este tipo de derechos individuales, conocidos como de primera generación.³⁷ Tal panorámica sería la causa directa que justificaría que la operatividad de la técnica autorizatoria en relación con la regulación del derecho de asociación quedara diseñada bajo el rótulo de la discrecionalidad administrativa,³⁸ al igual que lo sucedido en la regulación posterior del derecho de propiedad sobre la tierra de los agricultores pequeños; aspecto al que se debe, en gran medida, el hecho de que la noción clásica de autorización administrativa entrara en crisis.

³⁶ Ver artículos 1; 1ch); 6; 7; 9; 13; 17 y 24 del Decreto-Ley No. 14, “Sobre el ejercicio de actividades laborales por cuenta propia”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 21, de 7 de julio de 1978 (derogado).

³⁷ Ver PRIETO VALDÉS, Martha, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976”, en Andry Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, UNIJURIS, La Habana, 2016, pp. 180-184.

³⁸ Ver artículos 7 y 8c) de la Ley No. 54, Ley de asociación, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 19, de 27 de diciembre de 1985. En igual sentido lo destaca FERNÁNDEZ MARTÍNEZ al decir: “La autorización es un acto administrativo discrecional, otorgado por la Administración (Ministerio de Justicia) a solicitud de parte, en este caso, de los fundadores o grupo de personas interesadas en cumplimentar un fin social”. Ver FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, “La persona jurídica. Razón de ser y naturaleza jurídica”, en Caridad del Carmen Valdés Díaz (coord.), *Derecho Civil. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 69.

De los ejemplos y consideraciones apuntadas se infiere que la autorización administrativa en este periodo histórico fue algo más que un simple acto de gracia de la Administración Pública, según la definición dada por el profesor GARCINI GUERRA. El reconocimiento normativo que de la propia técnica se hiciera así lo demuestra.

Respecto a tales consideraciones, se debe hacer una salvedad, que viene determinada por las características propias del sistema político-jurídico imperante en Cuba durante esos primeros años de vigencia de la Constitución de la República de 1976. Cuando, desde realidades distintas a la cubana, se analiza la transformación que experimentó la autorización administrativa en cuanto a su finalidad y que tal modificación impactó profundamente en su estructura teórica, se advierte que esa nueva finalidad que se visualiza en los nuevos tipos autorizatorios,³⁹ dada fundamentalmente en el ámbito de la economía,

³⁹ Dentro de las tipologías más generalizadas de la autorización administrativa destacan: la autorización discrecional y la operativa. Por su parte, la autorización operativa es reflejo de los procesos de innovación sufridos en la estructura teórica del acto autorizatorio. Esta tipología tiene como objetivo fundamental encauzar la actividad privada por los derroteros de un programa o de una directriz previamente establecida por la Administración Pública, puesto que la autorización operativa está dada para ordenar ciertas actividades privadas que por naturaleza tienen un carácter prolongado en el tiempo, es decir, que no se agotan en una operación. Un auténtico ejemplo de tal tipología de la técnica autorizatoria es la licencia ambiental. La determinación de su sentido y alcance ha sido reflejo, sin duda alguna, de las transformaciones que ha sufrido la autorización administrativa como categoría general a lo largo de su *iter* evolutivo. De esta forma lo hacen notar autores como ALONSO GARCÍA, María Consuelo, "La intervención de las entidades municipales en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada", en José Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, pp. 37-38; MÖLLER DAVID ARAUJO, Flavia, "O licenciamento ambiental no regime de autorização de pesquisa e concessão de lavra", en AA.VV., *Direito Ambiental no Século XXI: Efetividade e Desafios*, Editora Clássica, São Paulo, 2012, pp. 178-188. En el contexto nacional, similar criterio sostiene PEREIRA BASANTA al afirmar: "En tanto tipología de género autorización administrativa, la licencia ambiental es una autorización [...] denominada en la doctrina como autorizaciones operativas o de funcionamiento". Ver PEREIRA BASANTA, Jolene, "La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba", *Tesis presentada en opción al título académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2011, p. 84. Las autorizaciones operativas se caracterizan por no limitarse a acotar negativamente la actividad que se pretende autorizar dentro de los límites precisos establecidos por la ley, sino que, además, orientan positivamente la actividad de su titular en la dirección marcada por las normas aplicables y el propio título habilitante, lo cual trae como resultado mayores niveles de intervención administrativa. Como resultado, las autorizaciones operativas configuran una relación jurídica duradera en el tiempo o de tracto sucesivo, entre la Administración autorizante y el particular interesado. Tales argumentos encuentran su expresión directa en la función de control que realiza la Administración Pública a través de la autorización. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 266-267; MANZANEDO MATEOS, José Antonio y otros, *Curso de Derecho administrativo económico. Ensayo de una sistematización*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, p. 703; ENTRENA CUESTA, Rafael, "El servicio de taxis", *Revista de Administración Pública*, No. 27, septiembre-diciembre, 1958, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 49-51; FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la*

se expresaba por la vía de la compatibilización de unos intereses públicos y privados, en principio contrapuestos, y que de tal conjugación se derivaría la garantía del interés general que se persigue con la autorización administrativa.

Ahora, bajo los cánones del sistema socialista, esa idea de compatibilizar intereses desde la concepción del modelo retrocede ante la noción de unos intereses colectivos que priman por encima de los intereses individuales. En consecuencia, el interés público no estaría dirigido tanto a conciliar, como a hacer prevalecer unos valores enfocados hacia la exaltación de lo colectivo, de lo comunal. Esto no quiere decir que no se reconociera una esfera de actuación individual que debía ser ordenada, de ello ya se dio cuentas anteriormente, sino que esa ordenación debía ser realizada en beneficio de unos fines que no pasaban necesariamente por el hecho de concertar intereses, sino más para hacer actuar a esa individualidad en garantía de la colectividad.⁴⁰

De ahí que en los ejemplos destacados, en comparación con los comentados por la doctrina foránea a la hora de analizar las manifestaciones contemporáneas de la figura, se observen mayores niveles de ordenación de la actividad individual mediante el acto administrativo de autorización. Y si bien en esos contextos foráneos la ordenación administrativa de las situaciones jurídicas activas de los particulares también experimentó un cambio sustancial respecto a la que se vertía sobre las mismas en el Estado liberal, la libertad individual sigue siendo la piedra angular sobre la que se construye el sistema. Por tanto, no es posible apelar a tal idea para construir un sistema de intervención administrativa nacional, en tanto podría ir contra los fundamentos constitucionales.

sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 298-301. Desde una perspectiva contemporánea, dicho criterio también es sostenido por CALVO MURILLO, Virgilio F., "Derecho urbanístico, Derecho ambiental y la técnica autorizatoria", *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 90, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 1999, p. 65. Las autorizaciones discrecionales se traducen en el reconocimiento a la Administración Pública de poderes de decisión más amplios que los otorgados al ente público en las autorizaciones regladas. En los supuestos en donde la autoridad administrativa tenga asignada potestades discrecionales de decisión, no solo tiene la posibilidad de valorar con cierto margen de amplitud las circunstancias concretas puestas a su consideración para el inicio de la actividad privada, sino, además, le es posible denegar la autorización solicitada, aun cuando se cumplan los requisitos exigidos legalmente, limitar en número su otorgamiento o sujetarlo a determinadas condiciones, incorporar cargas modales o, incluso, limitar su vigencia a un plazo determinado; todo ello dentro de los límites jurídicos preestablecidos por la norma aplicable y sin perjuicio de un control posterior del ejercicio del poder discrecional que dicha norma le otorga, a los efectos de apreciar la oportunidad o conveniencia del otorgamiento o no de esta, en virtud del interés general.

⁴⁰ Tales argumentos son resumidos por GARCÍA OVIEDO al afirmar: "La libertad individual es una facultad que posee el individuo al servicio de la comunidad en general". Ver GARCÍA OVIEDO, Carlos, "La noción de policía...", ob. cit., p. 37. Además, puede verse VICENTE TEJERA, Diego, *Los derechos individuales no son incompatibles con un régimen socialista*, conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de La Habana, Instituto Nacional de Previsión y Reformas Sociales, Editorial Atalaya, La Habana, 1940.

III. La noción jurídica de autorización administrativa en la actualidad. Análisis crítico de su concepción doctrinal y normativa

III.1. Breves apuntes sobre el contexto actual

En la actualidad, en lo que respecta a la utilización de la autorización administrativa como herramienta de intervención administrativa previa, es apreciable que ha tomado mayor auge, ante el ensanchamiento y flexibilización de los ámbitos de actuación económico-privados que se vienen produciendo en Cuba desde la década de los años noventa del siglo pasado.⁴¹ Estos cambios han encontrado un reconocimiento más inmediato con la entrada en vigor de la Constitución de la República de 2019,⁴² de conformidad con la cual el sector privado pasa de tener un reconocimiento tácito a asumir un rol complementario⁴³ de cara a la actividad económica estatal, la cual sigue siendo el eslabón fundamental en el logro de la satisfacción de las necesidades de la sociedad cubana.

⁴¹ Los años noventa fueron un lapso de crucial significación en la historia última de Cuba posterior a 1959. La trascendencia del conjunto de transformaciones planteadas a partir de la última reforma realizada a la Constitución de la República de 1976 en el año 1992 abriría la puerta a nuevas formas de entender el papel del Estado socialista en su relación con los intereses de los particulares. La legitimación constitucional, expresa o tácita, de nuevos actores distintos al Estado en el ámbito de la economía obligaría al aparato estatal a disminuir su rol conformador de las relaciones sociales y centrar los esfuerzos en responsabilidades de otro tipo como el control y la regulación de los nuevos intereses privados con los que le era necesario coexistir. De forma indudable, lo hasta aquí comentado, en lo adelante derivaría en un escenario de necesarias transformaciones en plano estructural y funcional de la Administración Pública cubana. El alcance de las principales transformaciones acaecidas puede consultarse en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, "La Constitución Económica", en AA.VV., *El Derecho Público en perspectiva. I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*, UNIJURIS, La Habana, 2016, pp. 164-178; PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, "Glosas del sistema económico en Cuba a cuarenta años de la Constitución de 1976", en Andry Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976...*, ob. cit., pp. 133-155.

⁴² La promulgación de la Constitución de 2019 fue el resultado del proceso de reformas que se vienen emprendiendo en Cuba desde principios de los años 90. A lo largo de estos 30 años, el escenario económico cubano ha sido el centro de atención del conjunto de reformas planteadas y el ámbito de mayor incidencia de dichas transformaciones. Algunos de los postulados esenciales que marcan un cambio fundamental en la estructura y funcionalidad del modelo económico cubano se regulan en los artículos 1; 13; 18; 19; 22, inciso d), 22, segundo párrafo; 26; 27 y en el Título V "Derechos, deberes y garantías", especialmente el reconocimiento del derecho de propiedad. Ver Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

⁴³ El sistema y modelo económico cubano no se construye sobre la base de libertades económicas individuales, sino sobre el papel protagónico de la actuación económica estatal que se hace acompañar, por mandato constitucional, de una actividad económica privada que actúa de manera complementaria. De ahí que tal iniciativa privada se configure en atención a aquellas exigencias con tal de guardar las debidas proporciones. Es decir, existen mayores posibilidades de actuación privada, pero definidas normativamente en su sentido y alcance.

Este escenario, también avalado desde el discurso político,⁴⁴ ha traído consigo un replanteamiento jurídico de la posición jurídica de los particulares frente a la Administración Pública, en el que esta última no debe actuar ya en función de la conformación de la realidad individual en aras de hacer prevalecer intereses públicos, en muchas ocasiones contrapuestos a los privados. Ante las nuevas exigencias constitucionales, la Administración Pública debe asumir un comportamiento más proactivo en función de conciliar y equilibrar intereses.⁴⁵

En el contexto descrito, se dan infinidad de nuevos supuestos para el despliegue de las potencialidades del acto administrativo de autorización, lo que a partir del reconocimiento constitucional y legal expreso de multiplicidad de actores económicos, conlleva, de forma inevitable, de conjunto con el reconocimiento de sus intereses, a que la autorización administrativa encuentre un entorno propicio para el desarrollo de su carácter instrumental al servicio de políticas intervencionistas. Esto puede significar que, sobre la base de una comprensión adecuada de la técnica autorizatoria, se oriente o programe la acción económica individual hacia la satisfacción de intereses públicos concretos sin que implique sustituirla y se faciliten mayores niveles de eficacia en la gestión administrativa. Además, en el caso cubano, tal nivel de intervención, siempre y cuando se realice conforme a los postulados constitucionales y legales, significaría una postura en total armonía con el sistema y el modelo económico.

No obstante, en el contexto cubano actual es imprescindible conocer y entender el sentido y el alcance de la técnica autorizatoria, porque como bien afirma PEREIRA BASANTA:

⁴⁴ En este particular son de referencia los documentos programáticos del Partido Comunista de Cuba: *Conceptualización del Modelo Económico y Social cubano de Desarrollo Socialista y Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2021-2026*, Comité Central del Partido Comunista de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, junio 2021. En ambos se exponen las principales líneas y estrategias políticas a seguir, para garantizar la concreción de los postulados constitucionales. Específicamente puede consultarse lo relativo a las principales formas de propiedad sobre los medios de producción, de forma concreta el Capítulo II, epígrafe 2.1 d), “Propiedad privada”. También existen pronunciamientos públicos de las autoridades del Ministerio de Economía y Planificación que argumentan el cúmulo de transformaciones que en el orden jurídico-económico enfrenta la sociedad cubana. Ver intervención del ministro y de la viceministra de Economía y Planificación en el programa Televisivo “Mesa Redonda”, disponible en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2021/06/18/mipymes-poner-a-los-actores-de-la-economia-en-el-lugar-que-les-corresponde-video/> [consultado el 19 de junio de 2021 a las 9:45 p.m.].

⁴⁵ En este particular, son de obligada referencia los artículos constitucionales 1, 13 y 19, en tanto mandatan a la Administración Pública cubana, como organización pública que mejor refleja la gestión de los fines del Estado, a asumir un rol distinto en cuanto a su fin último: salvaguardar y proveer directamente a la gestión y satisfacción del interés general. Ver Constitución del República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

“... aunque para nosotros es menos conflictivo concebir a la autorización administrativa pasando por alto el tópico del lugar que ocupa el administrado, visto desde la óptica de la figura del derecho subjetivo; ello tampoco significa que el camino esté allanado y nuestro debate esté exento de polémica, pues si bien no contamos con un derecho subjetivo a la libertad de empresa, la Constitución sí reconoce derechos individuales de corte civil y político cuya legislación de desarrollo —a futuro— incorpora autorizaciones administrativas para su válido ejercicio”.⁴⁶

III.2. Tratamiento doctrinal de la noción jurídica de autorización administrativa

En la actualidad, se asiste en Cuba a un mayor interés en relación con las cuestiones que involucran a la autorización administrativa, por parte de los estudiosos del Derecho administrativo patrio, lo que ha estado motivado fundamentalmente, por las nuevas circunstancias que hoy justifican el uso de la autorización como técnica de limitación y control previo de las actividades sujetas al tráfico jurídico privado y por la necesidad de trabajos científicos que colmen los vacíos teóricos que presenta la categoría en cuestión. De ahí que la configuración teórica de la autorización administrativa haya recobrado su presencia en los estudios doctrinales cubanos, aunque principalmente desde una visión sectorial del fenómeno.

En tal sentido, una primera referencia a la noción jurídica de autorización como técnica jurídico- administrativa de perfiles autónomos se encuentra en la obra de MATILLA CORREA al analizar el régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba. De la autorización administrativa, el mencionado profesor refiere:

⁴⁶ Ver PEREIRA BASANTA, Jolene, “Algunas consideraciones en torno a la autorización administrativa en el sistema jurídico cubano”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 35, enero, 2014, Iustel, Madrid, p. 22. En este particular debe llamarse la atención respecto a la única mención que realiza el texto constitucional vigente referente a la autorización administrativa de limitación. El artículo 29 de la vigente Constitución de la República, siguiendo la sistemática de su antecesora, establece: “La propiedad privada sobre la tierra se regula por un régimen especial [...] La compraventa u otra transmisión onerosa de este bien solo podrá realizarse previo cumplimiento de los requisitos que establece la ley [...] Los actos traslativos de dominio no onerosos o de derechos de uso y disfrute sobre este bien se realizan previa autorización de la autoridad competente y de conformidad con lo establecido en la ley”. En consecuencia, y teniendo en cuenta los cambios introducidos en el ámbito económico, político y social cubano, a los cuales ya se hizo referencia con anterioridad, la regulación especial posterior de tal derecho subjetivo debe ser consecuente y sin ignorar los cometidos esenciales del Estado socialista de Derecho y de Justicia Social, establecer los requisitos y condiciones para su ejercicio, que no hagan nulas las facultades inherentes al derecho de propiedad. En ese entendido, conocer y comprender la noción jurídica de autorización administrativa puede tributar al diseño adecuado de los controles administrativos que la propia norma constitucional dispone.

“... es el acto administrativo en virtud del cual se permite a determinada persona el ejercicio de una actividad de carácter privado (actividad que no es entonces de titularidad pública) y cuyo ejercicio se encuentra limitado en función del interés público [...] la autorización solamente hace posible el ejercicio de un derecho que se encuentra latente en la esfera jurídica del particular, cuyo ejercicio ha de estar sometido a limitación en interés público [...] es un acto de remoción de límites y consiguiente transformación de un derecho potencial en actual”.⁴⁷

Tal noción expuesta por el autor, si bien favorece la distinción entre autorización y concesión administrativa, no resulta lo suficientemente amplia como para satisfacer los nuevos derroteros que informan la noción jurídico-administrativa de autorización administrativa, dado que entender el acto administrativo de autorización desde la centralidad del derecho subjetivo preexistente propicia que se dejen fuera de su noción jurídica la variedad de tipologías que hoy se estructuran sobre la base de aspectos teóricos diferentes.

Asimismo, el profesor PÉREZ MARTÍNEZ al analizar el fenómeno autorizatorio en sede de alojamiento turístico privado en Cuba reconoce una serie de líneas generales que caracterizan al acto autorizante en dicho sector, como una técnica jurídico-administrativa con un alto grado de influencia en el ejercicio privado de la actividad en cuestión. Sin embargo, conteste con la posición asumida por el italiano RANELLETTI, afirma que “La autorización es el acto administrativo a tenor del cual se permite a determinados sujetos el ejercicio de una actividad de carácter privado, por ende, excluida de la esfera pública, cuyo ejercicio se encuentra limitado, argumentado acto seguido, que es “un acto de remoción de límites y consiguiente transformación de un derecho potencial en actual”.⁴⁸

La definición dada por el autor padece de la misma limitación que su antecesora. Sin embargo, llama la atención que el propio profesor, en el análisis que realiza respecto a la magnitud de la intervención administrativa en la esfera jurídica del particular en sede de alojamiento turístico privado en Cuba, reconoce una serie de aspectos que caracterizan al acto administrativo de autorización como algo más que un simple mecanismo de remoción de límites.⁴⁹

⁴⁷ Ver MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico...*, ob. cit., p. 146. Definición que es reproducida por NÚÑEZ TORRES, Kenia, “El perfeccionamiento del procedimiento autorizatorio para la inversión extranjera en Cuba”, *Tesis presentada en opción al título académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2017, p. 43.

⁴⁸ Ver PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, “Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba”, *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 2014, p. 117.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 118-122. En los estudios cubanos actuales sobre la materia administrativa, también puede evidenciarse un criterio similar en MARCHECO ACUÑA, Benjamín, *Fundamentos jurídicos de la justicia administrativa*, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 94.

Por otra parte, DUEÑAS BEJERANO al estudiar la responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística cubana en materia de títulos habilitantes insta a la comprensión de la técnica autorizatoria en el sector del *ius aedificandi* urbano en Cuba, como el título habilitante que se concreta en una decisión de la Administración Pública que levanta una prohibición relativa de actuación que la norma impuso al particular, a los efectos del control administrativo previo de legalidad, lo cual conduce a que el acto administrativo de autorización tenga como finalidad la remoción del límite y la correspondiente habilitación para actuar;⁵⁰ idea que se comparte y contribuye a fundamentar afirmaciones realizadas con posterioridad.

De conjunto con las nociones antes expuestas, existe en los estudios de Derecho administrativo otra comprensión de la técnica que se muestra más favorable a la posición que se define en el presente trabajo. Tal es el caso de la propuesta por PEREIRA BASANTA, la cual hasta la fecha puede considerarse como la autora que más ha aportado a la configuración teórica de la autorización administrativa en Cuba. A su juicio, al analizar el régimen autorizatorio en materia ambiental:

“... la autorización administrativa se articula como una categoría genérica que abarca diversas modalidades en las que puede derivar, manteniendo como características que unifican y justifican su conceptualización como *genus* el constituir una técnica de control preventivo sobre el ejercicio de actividades inmersas en la esfera jurídica privada que habilita su realización por el autorizado una vez ponderado la legalidad y oportunidad del ejercicio a razón de los intereses públicos”.⁵¹

Sin embargo, se difiere de las consideraciones dadas por la autora en cuanto a que en presencia de las autorizaciones ambientales y específicamente ante la licencia que pone fin al procedimiento de impacto ambiental se estaría

⁵⁰ Ver DUEÑAS BEJERANO, Jorge Luis, *La Administración urbanística cubana. Su responsabilidad patrimonial por títulos habilitantes de obra y actividad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2019, p. 63. En materia de transmisión de viviendas, la jurisprudencia civil cubana ha compartido este razonamiento: “[...] la autorización administrativa permite a un sujeto –en este caso al donante– el ejercicio de un derecho del que es titular –rigurosamente en lo que nos ocupa, la facultad de disponer *inter vivos* del inmueble del que es propietario, como preceptúa el artículo ciento veintinueve apartado primero– previa valoración de la legalidad de dicho ejercicio; por lo que la autorización debe entenderse, en su prístina naturaleza jurídica, como la remoción de límites previamente establecidos por la norma jurídica al ejercicio de un derecho o facultad, teniendo en cuenta el orden público.” Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 78 de 13 de noviembre de 2009 (Proceso Ordinario), primer Considerando, ponente Rafael Roselló Manzano.

⁵¹ Ver PEREIRA BASANTA, Jolene, *La autorización ambiental...*, ob. cit., p. 70.

frente a verdaderos títulos constitutivos de derechos.⁵² A juicio del autor, sobre la base de la operatividad de los nuevos tipos autorizatorios, de los cuales la autorización ambiental es un ejemplo claro, debe tenerse en cuenta que estos no constituyen ni declaran derechos. En estos casos, la autorización no sería un acto meramente declarativo, pues con anterioridad a la autorización discrecional no parece existir un derecho subjetivo en toda su dimensión, sino, a lo sumo, intereses legítimos; tampoco la autorización debe entenderse como constitutiva de derechos, ya que por sí sola es incapaz de producir derecho alguno.

Es decir, bajo el rótulo de los nuevos tipos autorizatorios, la actuación administrativa no está dirigida a la mera declaración de preexistencia del derecho subjetivo, ni a crear un nuevo derecho en la esfera jurídica de los administrados. La autorización administrativa viene a condicionar determinada actuación privada, que la ley sigue considerando como propia de los particulares, al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por la disposición jurídica aplicable y en el mismo título habilitante, con el objetivo de acomodarla en su desarrollo, al interés general; bajo la lógica de que dicha actividad no está configurada en los términos del derecho subjetivo previo, sino, más bien, como un interés cualificado o declaración genérica de capacidad tutelada por el ordenamiento jurídico, pero condicionado por el interés general.

En definitiva, sobre la base de las nociones jurídicas que adoptan los diferentes autores consultados, se colige que la autorización administrativa en el ámbito teórico tiene como características comunes: ser una técnica de limitación administrativa que actúa sobre el ejercicio de actividades sujetas al tráfico jurídico privado en aras de garantizar el interés público; es un acto administrativo; y el control previo que se realiza mediante ella, a partir de la mayoría de los criterios esbozados, es de legalidad. En cambio, existen criterios que, sin desconocer lo anteriormente dicho, defienden la existencia de controles administrativos asociados a la técnica autorizatoria que manifiestan mayores niveles de intervención en la esfera jurídica de los particulares: los denominados controles de oportunidad. Uno u otro se materializan en dependencia del tipo autorizatorio que se analice.⁵³

⁵² *Ibidem*, p. 78. PEREIRA BASANTA, Jolene, "Las autorizaciones administrativas en el sector forestal en Cuba", en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho Administrativo, Homenaje al profesor Héctor Garcini Guerra*, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 424.

⁵³ PEREIRA BASANTA, Jolene, "Las autorizaciones administrativas...", *ob. cit.*, pp. 416-426.

III.3. Tratamiento normativo de la noción jurídica de autorización administrativa

Al día de hoy, los regímenes autorizatorios que se prevén en el ordenamiento jurídico se configuran sobre la base de una serie de deficiencias que evidencian poco conocimiento respecto a la técnica autorizatoria.

En tal sentido, las principales deficiencias que se advierten son: a) la variedad terminológica y la escasa o nula disciplina con que las disposiciones jurídicas manejan los distintos términos, como: autorizaciones, licencias y permisos,⁵⁴

⁵⁴ Incluso, en la práctica cotidiana de la categoría, se le denomina: patente. Por otra parte, el fenómeno de diversidad terminológica que gravita sobre el acto administrativo de autorización no es una realidad exclusiva del ordenamiento jurídico cubano. Tanto la doctrina administrativa foránea como la norma jurídica han establecido diferencias entre autorizaciones, licencias y permisos, que han contribuido a que en torno a la técnica autorizatoria grave la dificultad de concebirla como una técnica jurídico-administrativa de perfil amplio. Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias", *Revista de Administración Pública*, No. 24, septiembre-diciembre 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 149. Así lo reconocen GRECCO y MUÑOZ al decir: "El análisis de las normas vigentes revela un notable divorcio entre la doctrina y el derecho positivo. Mientras la primera procura perfilar los rasgos diferenciadores que permitan aislar ciertas técnicas, los ordenamientos sectoriales acuden al uso promiscuo e indiferenciado de figuras como: autorizaciones, licencias y permisos. La variedad terminológica es la regla". Ver GRECCO, Carlos M. y Guillermo A. MUÑOZ, *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones. Aplicación en los actos y contratos administrativos en el orden nacional, provincial y municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 83. Al respecto, desde el plano doctrinal, ya desde el propio MAYER se tienen referencias expresas a la multiplicidad de términos que se usaban en la legislación de la época con el mismo sentido, pero con alcances distintos. Ver MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. II – *Parte General*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 59. En tal sentido, desde el pasado siglo, la tendencia en la doctrina europea ha sido a reconocer alcances distintos para términos que, en principio, forman parte de la categoría general de autorización. Tal es el caso de autores como DONATI, quien distingue entre autorizaciones propiamente dichas (discrecionales) y licencias o permisos (regladas). Ver DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivo Giuridico Filipo Serafin, 1903, p. 29 y ss.; GIANNINI hace referencia a las autorizaciones permisivas (regladas) y licencias. Ver GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volume secondo, terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 631-638. Por su parte, SANDULLI refiere que cuando se hace alusión a la autorización propiamente dicha, se está haciendo referencia al acto que posee los rasgos clásicos de la figura, en cambio, cuando se usa el término "licenze", ello supone ciertos efectos innovadores en la esfera jurídica de los administrados, que van de la mano de la potestad discrecional de la Administración Pública. Ver SANDULLI, Aldo María, "Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze", en *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, volume terzo, *Diritto industriale – del lavoro agrario – amministrativo processuale civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, pp. 352-362. Por otro lado, VILLAR PALASÍ reconoce la existencia de actos autorizatorios de naturaleza discrecional y efectos constitutivos respecto de la posición del beneficiario, a los que reconoce como permisos. Ver VILLAR PALASÍ, José Luís, *La intervención administrativa en la industria*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 303 y ss., citado por ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 384, nota 85. BALBIN reconoce la existencia de autorizaciones (regladas) y permisos (discrecionales). Ver BALBIN, Carlos F., *Manual de Derecho*

dado que son utilizados en las normas sin que exista un criterio racional de índole estructural y funcional que lo justifique; b) su confusión con otras técnicas jurídico-administrativas de distinta naturaleza; y c) la inexistencia en el ordenamiento jurídico cubano de una definición general o nuclear de autorización administrativa. Tales dificultades, provocan: a) que se le den tratamientos distintos a figuras que pertenecen a un mismo fenómeno jurídico, sin un criterio de orden específico que permita individualizar géneros diferentes al del acto administrativo de autorización; b) que al ser confundida con técnicas jurídico-administrativas como la aprobación, la dispensa y la concesión se dificulte el esclarecimiento de su naturaleza y su ámbito material de actuación; y c) que no exista un referente conceptual que permita armonizar los diferentes alcances que posee la autorización administrativa en su regulación sectorial, sobre la base de una serie de aspectos teóricos esenciales que sean distintivos y definitorios de la técnica autorizatoria.

Administrativo, 3ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 398. CASSAGNE refiere que “para captar la problemática que en la actualidad plantean las figuras de la autorización y el permiso, resulta necesario discernir una diferenciación jurídica entre ambos conceptos, los cuales traducen contenidos análogos, presentando como tales cierta semejanza que no impide formular distinciones [...] A diferencia de la autorización, con las licencias no puede suponerse la configuración de derechos preexistentes ya que el derecho del licenciatario constituye un derecho *ex novo* que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesión, constitutiva de derechos y no declarativa, como es, en cambio la autorización”. Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 73 y 83. MARTÍNEZ MORALES sostiene que la autorización viene a conferir vigencia a un derecho, controlado por razones de interés público, a diferencia de los permisos y licencias. En el caso de los primeros, refiere el mencionado autor, facilitarían el uso de bienes del Estado en situaciones que no sean materia de concesión y en el caso de las licencias estarían encaminadas a aceptar la realización de actividades, previa verificación de conocimientos o pericia del caso. Ver MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Derecho Administrativo 1er y 2do curso*, 3ª ed., Oxford University Press-Harla, México, 1998, p. 271. MANZANEDO MATEOS desecha los términos antes mencionados, alegando que “[...] la licencia y el permiso solo tienen un valor puramente terminológico sin el menor contenido sustancial diferenciado de la autorización”. No obstante, afirma que dichos términos “[...] responden a una pluralidad terminológica distinta que se debe en definitiva a lo que para él serían los tres conceptos medulares: las constataciones regladas, en las cuales se excluye la discrecionalidad, las autorizaciones, necesariamente discrecionales y las concesiones administrativas”. Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, pp. 401-402. Por otra parte, otro grupo de autores ha defendido la similitud que existe entre todas las categorías antes mencionadas. Tal criterio puede constatarse en las obras de ALBI CHOLVI, el cual concibe tal pluralidad de términos como sinónimos del acto autorizatorio. Ver ALBI CHOLVI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 672; y de CASSESE. Este último, al hacer referencia a los distintos tipos de procedimientos de autorización que se reconocen en la legislación italiana, plantea que “[...] esta bipartición no individualiza géneros, ya que los procedimientos no están regulados por el legislador por tipos [...]”. Ver CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 299. MUÑOZ MACHADO también sostiene tal afirmación, al decir: “Dentro de la fórmula genérica de la autorización se reúnen, con diferentes denominaciones técnicas que tienen un significado parejo, como

Respecto a la primera dificultad enunciada se puede poner como ejemplo lo regulado en el Decreto-Ley No. 262, “Sobre armas y municiones”, el cual dispone la obligación de solicitar y obtener la correspondiente licencia para tener, portar, usar y transportar las armas de fuego y por otra parte establece un régimen de permisos previos para realizar, en relación con las armas objeto de licencias, sus accesorios y municiones, actividades específicas que autoriza el propio Decreto-Ley.⁵⁵ En iguales términos se regula en la Ley No. 129, Ley de Pesca, y en el Decreto No. 1, “Reglamento de la Ley 129, Ley de Pesca”. Ambas normas parten de establecer que las autorizaciones de pesca se emiten mediante licencias, concesiones y permisos, por medio de los cuales se permite a su titular realizar determinada actividad pesquera bajo las condiciones y requisitos que se establezcan en el propio título. En el caso de las licencias se conceden para

los permisos y licencias. Todas estas denominaciones las utiliza la legislación vigente, aunque su régimen no difiere en lo esencial”. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La actividad regulatoria de la Administración*, t. XIV, 4ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 210. En igual sentido se expresa FERREIRA MORONG: “La mayoría de la doctrina acepta la heterogeneidad de técnicas que se encuadran bajo el concepto genérico de autorización, considerándola como la técnica más importante del control preventivo. Por lo tanto, dicha técnica engloba las figuras concretas normativamente reguladas tales como: los permisos y las licencias [...] la autorización tiene carácter pluriforme compuesta por una multiplicidad de instituciones que conviven bajo el ropaje etimológico de autorizaciones”. Ver FERREIRA MORONG, Fábio, *El régimen jurídico de las licencias y autorizaciones ambientales en España y Brasil: Análisis jurídico-ambiental derivado de los aspectos novedosos de la normativa general de la Unión Europea sobre prevención y control integrados de la contaminación*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 285. Este razonamiento parece encontrarse en la doctrina alemana al intentar homogenizar criterios sobre tal aspecto. Ver FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino Gendín, Editorial Labor, S.A., 1933, Barcelona, pp. 324-331; MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Priado, Madrid, 1935, pp. 349-340. Todo ello es muestra de la confusión existente en esta materia, que ha permitido afirmar a FRANCHINI que “[...] no existe posiblemente ninguna categoría jurídica respecto a la cual haya existido y exista una indeterminación mayor acerca de los actos que deban ser incluidos dentro de la misma”. Ver FRANCHINI, *Le autorizzazione amministrativa costitutiva di rapporti fra l’Amministrazione e i privati*, s/e, Milano, 1957 p. 5, citado por BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, “Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de importación de mercancías liberadas”, *Revista de Administración Pública*, No. 42, septiembre-diciembre 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 239. En opinión del investigador, aunque la propuesta diferenciadora entre autorizaciones, licencias y permisos pretende salvar las contradicciones existentes entre la noción clásica de la figura y los nuevos derroteros que la contemporaneidad le impuso, al mismo tiempo ha provocado más incertidumbre en relación con la noción jurídico-administrativa de la propia técnica, si se tiene en cuenta que esas denominaciones pueden encubrir tanto figuras regladas como discrecionales, sin un criterio específico. En tal sentido se favorece el criterio de que las categorías licencias y permisos se refieren a la misma técnica de intervención; forman parte de un mismo fenómeno jurídico y no separado de este, para la que, de manera genérica, se prefiere reservar la calificación de autorización. De modo que los términos antes mencionados representan el mismo acto y son objeto, en consecuencia, de idéntica regulación; posición también asumida por PEREIRA BASANTA, Jolene, “Las autorizaciones administrativas...”, ob. cit., pp. 416-426.

⁵⁵ Ver Capítulo XII del Decreto-Ley No. 262, “Sobre armas y municiones”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 41, de 2 de diciembre de 2008.

realizar la pesca comercial en todas sus categorías, así como la pesca deportiva y la recreativa, y los permisos de pesca se otorgan con carácter temporal y con propósitos específicos;⁵⁶ procedimientos autorizatorios que se desarrollan en la Resolución No. 36 de 2021 del Ministro de la Industria Alimentaria.⁵⁷

Por otra parte, las regulaciones complementarias para el ejercicio de la caza, temporada 2019-2020, disponen un régimen de permisos previos que difiere de los comentados con anterioridad en relación con su ámbito funcional. En el primero de los casos, el permiso va dirigido a consentir la realización de conductas específicas y temporales, que tienen como requisito la obtención de la correspondiente habilitación para desarrollar una actividad determinada. En el caso del régimen de permisos establecidos para el ejercicio de la caza, se acerca más al régimen de las licencias que se conceden para realizar la pesca comercial en todas sus categorías, así como la pesca deportiva y la recreativa.⁵⁸

Asimismo, las disposiciones jurídicas (recientemente derogadas) Decreto-Ley No. 356, “Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia” y la Resolución No. 103 de 2019, “Reglamento del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia”, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, establecen un régimen general de autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades económicas en el ámbito de la iniciativa privada. Entre esas actividades permitidas están las vinculadas al transporte de carga y de pasajeros,⁵⁹ en las que luego de ser habilitado el particular interesado para realizar la actividad económica mencionada, debe someterse a otro procedimiento de control previo más intenso, que culmina con la emisión o no de la licencia de operación de transporte. Este último procedimiento tiene como objetivo fundamental orientar positivamente la actividad del titular de la autorización en la dirección marcada por las normas aplicables y el propio título

⁵⁶ Ver Capítulo II de la Ley No. 129, Ley de Pesca, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 11, de 7 de febrero de 2020; Capítulo II del Decreto No. 1, “Reglamento de la Ley 129, Ley de Pesca”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 11, de 7 de febrero de 2020.

⁵⁷ Ver Resolución No. 36 de 2021 del Ministro de la Industria Alimentaria, “Procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de pesca en la República de Cuba”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 47, de 30 de abril de 2021.

⁵⁸ Ver Apartado SEXTO del Anexo II de la Resolución No. 458 del Ministro de la Agricultura, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 92, de 25 de noviembre de 2019.

⁵⁹ Ver Decreto-Ley No. 356, “Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 35, de 10 de julio de 2018, y modificado por el Decreto-Ley No. 383, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de noviembre de 2019; Resolución No. 103 de 2019, “Reglamento del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia”, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de noviembre de 2019. Además, tales normativas se deben relacionar con lo dispuesto en la Resolución No. 104 de 2019, “Aprueba las actividades que se pueden ejercer como trabajo por cuenta propia, su denominación y alcance”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de noviembre de 2019. Esta última, también derogada.

habilitante,⁶⁰ lo cual evitaba una duplicidad de procedimientos autorizatorios innecesarios, salvables si se comprende el sentido y el alcance que hoy posee la autorización administrativa como técnica de intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares, en el escenario cubano.

Igualmente, la Ley No. 81, Del medio ambiente, y sus normas complementarias, también establecen un régimen de autorizaciones, licencias y permisos, en algunos casos regulados indistintamente y en otros como categorías similares. En tal sentido destaca la definición de licencia ambiental dada en la propia Ley: “documento oficial, que sin perjuicio de otras licencias, permisos y autorizaciones que de conformidad con la legislación vigente corresponda conceder [...]”.⁶¹ En iguales términos se dispone en la Resolución No. 180 de 2007, “Reglamento para el otorgamiento de la autorización de seguridad biológica”, de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, la cual establece regímenes de licencias y permisos en función de los niveles de riesgo.⁶² Sin embargo, el Decreto-Ley No. 190, “De la seguridad biológica”, les da un tratamiento similar a dichas categorías al disponer que la autorización de seguridad biológica es una modalidad de la licencia ambiental, a través de la cual el CITMA, previa evaluación del riesgo, autoriza a una persona natural o jurídica a realizar las actividades previstas en ella y bajo las condiciones y requisitos que establece.⁶³ En el caso del Decreto-Ley No. 153, “De las regulaciones de sanidad ambiental”, y de la Resolución No. 111 de 1996, “Regulaciones sobre la diversidad biológica”, de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, también dan muestra de utilización indistinta de los términos: autorización, licencia y permiso en el ordenamiento jurídico cubano, sin un criterio de orden específico que permita individualizar géneros diferentes al del acto administrativo de autorización. En el primer caso, la previsión normativa de los términos varía en relación con las actividades de exportación, importación y de circulación interna de productos de origen vegetal, y en el segundo, a la hora de regular determinadas operaciones de comercialización de los recursos biológicos.⁶⁴

⁶⁰ Ver Resolución No. 410 de 2019, “Reglamento del Decreto-Ley No. 168 Sobre la licencia de operación de transporte”, del Ministro de Transporte, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de noviembre de 2019.

⁶¹ Ver Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

⁶² Ver Resolución No. 180 de 2007 de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, “Reglamento para el otorgamiento de la autorización de seguridad biológica”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 84, de 19 de diciembre de 2007.

⁶³ Ver Decreto-Ley No. 190, “De la seguridad biológica”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 7, de 15 de febrero de 1999.

⁶⁴ Ver Decreto-Ley No. 153, “De las regulaciones sobre la sanidad vegetal”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 11, de 12 de septiembre de 1994; Resolución No. 111 de 1996, de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, “Regulaciones sobre la diversidad biológica”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 40, de 28 de noviembre de 1996.

Por otro lado, el Decreto-Ley No. 35, “De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso del espectro Radioeléctrico”, da un tratamiento similar a las categorías ya mencionadas, al reconocer a las licencias y permisos como parte de un mismo género. En el caso de las licencias dispone su previsión para limitar el ejercicio de situaciones jurídicas activas propias de los particulares, respecto a los permisos se disponen para acceder a utilizar un determinado bien o recursos de dominio público.⁶⁵

Al mismo tiempo, la nueva regulación del ejercicio de la actividad económica privada en Cuba,⁶⁶ caracterizada por una mayor flexibilización y ensanchamiento de dicho sector, no escapa de tal deficiencia. En efecto, se sigue regulando la autorización para el ejercicio de las actividades económicas sujetas al tráfico jurídico privado, distinta de la serie de permisos y licencias que deben obtener los interesados para su desarrollo, sin un criterio de orden específico. Ejemplo de ello resulta el Anexo 1 del Decreto-Ley No. 44, “Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”, relativo a los permisos que se requieren para ejercer el trabajo por cuenta propia, el cual evidencia el poco conocimiento que se tiene sobre la noción jurídico-administrativa de la técnica, así como de su naturaleza. Conviene subrayar que en dicho anexo se emplea indistintamente licencia, permiso o autorización, se confunde la autorización con otras categorías de distinta naturaleza, como puede ser certificado, contrato, consulta, carné o dictamen técnico y se desconoce el ámbito material de actuación de la técnica al disponer la obligación de solicitar y obtener la correspondiente autorización para la extracción, explotación y procesamiento de los recursos minerales, actividades reservadas al sector público cubano. Este último elemento excluye la utilización de la técnica en cuestión y traslada el análisis hacia los predios de la concesión administrativa.

En el caso de la confusión de la técnica autorizatoria respecto a otros títulos habilitantes de diferente naturaleza⁶⁷ puede ponerse como ejemplo la propia

⁶⁵ Ver Decreto-Ley No. 35, “De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso del espectro Radioeléctrico”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 92, de 17 de agosto de 2021.

⁶⁶ Decreto-Ley No. 44, “Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”; Decreto-Ley No. 46, “Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas”; Decreto-Ley No. 47, “De las cooperativas No Agropecuarias”; y Resolución No. 63 de 2021 del Ministro de Economía y Planificación, “Procedimiento para la creación, fusión, escisión y extinción de las micro, pequeñas y medianas empresas y las cooperativas no agropecuarias”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 94, de 19 de agosto de 2021.

⁶⁷ En el caso particular de la autorización administrativa el ejercicio teórico de delimitar los puntos de contacto y de diferencia que existen entre determinadas decisiones habilitantes de la Administración Pública, representa un tema cardinal para la conformación de su ámbito conceptual, ya que tal distinción puede contribuir a filtrar la noción de autorización administrativa. Entiéndase que, siempre que los particulares pretendan ejercitar determinado derecho o interés que les asiste, la intervención administrativa por vía de la habilitación de dicho ejercicio, previa valoración de este a la luz del interés general que la norma aplicable en

cada caso pretende tutelar, se configura como un requisito indispensable para poder llevar a cabo tal realización. Así pues, a los efectos técnico-jurídicos, dicho consentimiento puede tomar forma en una variedad de decisiones habilitantes, que en una primera aproximación a sus rasgos pudiesen justificar la vinculación que el legislador ha introducido respecto a estas y el acto administrativo de autorización. De modo que confrontar los caracteres esenciales de la autorización administrativa respecto a otras figuras jurídico-administrativas que le son próximas, como es el caso de: *la dispensa, la aprobación y la concesión*, resulta un paso ineludible en la conformación de cualquier noción de autorización administrativa que se pretenda defender. Respecto al ejercicio de distinción que se plantea, se debe tener en cuenta que no se pretende agotar toda la variedad de técnicas jurídico-administrativas habilitantes con las que la autorización administrativa puede tener algún punto de contacto, sino que se abordarán las que de forma más recurrente suscitan confusiones en el ámbito normativo y doctrinal cubano. En el caso particular de las *dispensas*, son actos administrativos que eximen a determinada persona del cumplimiento de una obligación, establecida con carácter general en la ley o de reunir determinados requisitos de capacidad para realizar un acto. Es decir, a través de las dispensas, se permite, de forma excepcional, lo que inicialmente se encontraba prohibido por ley. Esta nota de excepcionalidad de las dispensas, frente a la normalidad de las autorizaciones, sería un primer dato que marca la diferencia entre ambas técnicas jurídico-administrativas. Tales características se basan en la ilicitud de la actividad no dispensada frente a la legitimidad de los derechos o intereses cuyo ejercicio se autoriza. Por tanto, se puede aseverar que la dispensa es el instrumento a través del cual se excepciona la prohibición general de desarrollar una actividad que el ordenamiento considera, en principio, como socialmente indeseable. A diferencia de la autorización, donde la actividad sometida a ella no es en abstracto ilícita ni lesiva de cara al interés general. Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de diferenciar ambas técnicas y que se deriva de lo anterior, sería el fin que se persigue con la prohibición, lo cual marca la operatividad de ambas figuras. En el caso de las dispensas, si se reconoce que se desarrollan en relación con un grupo de actividades que inicialmente se entienden contraria a la ley, eso provoca que el proceso de obtención del acto administrativo de dispensa a solicitud del sujeto autorizado, necesariamente solo pueda realizarse a partir de la potestad discrecional de la Administración Pública. Ver BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2012, p. 54; ENTRENA CUESTA, Rafael, "El servicio...", ob. cit., p. 45; CASSETA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, settima edizione riveduta ed aggiornata, Giuffrè editore, S.p.a., Milano, 2005, p. 317. Con respecto a la *aprobación*, MARTÍN MATEO afirma: "Suele definirse la aprobación como actos producidos por un sujeto distinto –al que autoriza– que confieren eficacia a otros anteriores válidos [...] Normalmente operan en las relaciones de fiscalización de unos entes por otros y condicionan la eficacia *ex post* de los actos aprobados, diferenciándose teóricamente de las autorizaciones en cuanto estas representan controles preventivos que proceden a la producción no solo de actos, sino también de operaciones materiales. Igualmente se afirma que las aprobaciones condicionan la eficacia, mientras las autorizaciones la validez de los actos". Ver MARTÍN MATEO, Ramón, "Silencio positivo y autoridad autorizante", *Revista de Administración Pública*, No. 48, septiembre-diciembre 1965, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 210. Igual parecer puede consultarse en ENTRENA CUESTA, Rafael, "Las licencias en la legislación local", *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 107, año XVIII, septiembre-octubre 1959, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 650. En esencia, la aprobación sería una apreciación de la conveniencia de un acto jurídico ya formado, dirigido a decidir si debe ser ejecutado o no. En cambio, la autorización es un acto de control previo que reconoce la posibilidad de ejercicio de determinada actividad material, bajo unas pautas específicas de realización si no se quiere lacerar el interés público y generar las consecuencias jurídicas que ello acarrea. Mientras que la aprobación es un acto de control posterior respecto al acto aprobado, que afecta a sujetos previamente habilitados para actuar, dígame por mediación de la ley o a través de un acto administrativo. Las autorizaciones siempre tendrán carácter preventivo. En relación con la distinción entre la autorización y la *concesión* administrativa, desde los inicios

regulación de la autorización en la ya referenciada Ley No. 129, Ley de Pesca, la cual introduce dentro de los distintos regímenes autorizatorios que reconoce a la concesión administrativa. De esta forma, a los efectos legales, autorización y concesión son una suerte de género-especie que se determina por el periodo de tiempo por el que se otorgará el título.⁶⁸ En relación con tal distinción, MATILLA CORREA al analizar la norma jurídica que antecedió a la precitada Ley No. 129 y de la cual esta arrastra el error, afirmó:

“De la construcción que realiza el Decreto-Ley N° 164 se puede observar que asumió un criterio muy superficial y desajustado a la realidad, para tipificar o marcar diferencias entre las figuras de la autorización y concesión [...] pues el elemento temporal no es más que una consecuencia del ejercicio de los derechos que de esos actos se derivan, de la cualidad de los mismos y de la intensidad que reviste ese ejercicio. Pretender unir a la autorización y la concesión bajo la idea de que son una misma figura, y hacer de la concesión un tipo de autorización, evidencia una identificación de instituciones jurídicas distintas que resulta técnicamente imprecisa y demuestra un desconocimiento de lo que ambas instituciones encierran. Además de que se pasa por alto la dinámica funcional propia que las caracteriza y determina”.⁶⁹

Consideraciones que mantienen su vigencia total.

En el caso del Decreto-Ley No. 30, al prever la participación de los particulares en la prestación de los servicios postales no básicos y suplementarios dispuso la obligatoriedad de solicitar y obtener la correspondiente licencia operativa, cuando en realidad debió establecer como título habilitante la concesión administrativa; cuestión esta que queda reafirmada cuando el propio Decreto-Ley,

de la configuración teórica de la técnica autorizatoria ha resultado un recurso eficaz para delimitar los aspectos teóricos esenciales que conforman la noción jurídica de la misma. Al respecto, razona MATILLA CORREA: “Mientras que en la concesión administrativa se le otorga al concesionario el derecho de ejercer temporalmente una actividad cuya titularidad no le corresponde, sino que la tiene la Administración Pública concedente [...] La autorización es el acto administrativo en virtud del cual se permite a determinada persona el ejercicio de una actividad de carácter privado y cuyo ejercicio se encuentra limitado en función del interés público”. Ver MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico...*, ob. cit., p. 146. En la doctrina foránea, también puede consultarse: ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, traducción de la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 313; CASSETA, Elio, *Manuale di...*, ob. cit., pp. 313-316 y 319-327; DESDENTADO DAROCA, Eva, *El Precario Administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, 2ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2006, p.69 y ss.; DIEZ MARÍA, Manuel, *El acto administrativo*, 2ª ed., Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1961, p. 133.

⁶⁸ Ver artículo 11.1 de la Ley No. 129, Ley de Pesca, y los artículos 2-9 del Decreto No. 1, “Reglamento de la Ley de Pesca”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 11, de 7 de febrero de 2020.

⁶⁹ Ver MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico...*, ob. cit., p. 145.

en su artículo 6, establece que la titularidad de la totalidad de los servicios postales es del Estado, el cual puede prestarlo de forma directa o mediante personas naturales o jurídicas previamente habilitadas. Este aspecto resulta suficiente para excluir toda regulación del servicio a través de la autorización operativa, tipología de la técnica autorizatoria que parece ser la que pretendió introducir el legislador con esa regulación.⁷⁰

Por otro lado, el ya derogado Decreto-Ley No. 52, “de expedición de las licencias de armas”, en su artículo 6, párrafo segundo, dispuso que se establecen seis clases de licencia [...] De segunda Clase: para tener, portar y transportar en todo el territorio nacional, un revólver o pistola, con carácter especial, por aquellas personas que a juicio del Ministro del Interior lo requiera. A juicio del investigador, tal habilitación mediante la técnica autorizatoria no resulta la más idónea. En este caso, el título habilitante que debió preverse fue la dispensa. Tal afirmación está motivada por la excepcionalidad que el legislador le imprime a esta clase cuando refiere que se podrá habilitar con carácter especial la tenencia, el porte y el transporte del arma. Es decir, mediante la declaración administrativa a la cual se sujeta la realización de las acciones anteriormente referidas, se exige a la persona que la solicita del cumplimiento de una obligación establecida con carácter general en la ley. Se le permite al particular interesado de forma excepcional, lo que inicialmente

⁷⁰ Ver artículos 6; 9.1; 62.1-68 del Decreto-Ley No. 30, “De los Servicios Postales”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 39, de 13 de abril de 2021. En lo que respecta al tema de la diferencia entre concesión y autorización, se debe hacer un llamado de alerta para futuras regulaciones de las técnicas jurídico-administrativas mencionadas. La Constitución de la República, en sus artículos 23 y 24, establece cuáles son los bienes o medios de producción fundamentales que conforman la propiedad socialista de todo el pueblo y los principios que deben guiar la regulación de desarrollo posterior. Por otra parte, la actualizada Conceptualización del Modelo Económico y Social cubano refiere: La autorización para que determinados medios de producción –incluso los fundamentales que se decidan– pertenezcan o sean gestionados por personas naturales o jurídicas no estatales, nacionales o extranjeras, está dirigida a impulsar el desarrollo económico y social, sin comprometer los principios de nuestro socialismo. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la propiedad y gestión de los medios fundamentales de producción no están afectados al tráfico jurídico privado por mandato constitucional y por tanto, su gestión por parte de entes distintos de la Administración Pública solo puede darse por la vía de la concesión administrativa. Si se habilita a determinado sujeto inserto en el tráfico jurídico privado a gestionar estos bienes bajo la técnica autorizatoria, se estaría contradiciendo lo regulado en el texto constitucional, dado que la autorización administrativa habilita al sujeto interesado para realizar determinada actividad que ya se encuentra en su esfera jurídica de actuación. Igualmente, debe tenerse en cuenta que cuando la Constitución introduce el término aprobación, técnicamente está haciendo referencia a un acto de control producido por un sujeto distinto que confiere eficacia a otros actos anteriores de otros sujetos, perfectamente válidos. Por tanto, en función de la regulación constitucional se estaría mandando al Consejo de Estado y al Consejo de Ministros a fiscalizar la actuación de entes inferiores, que tendrían la facultad de realizar los actos jurídicos que dispone la Constitución, respecto a los bienes afectados a la propiedad socialista de todo el pueblo por naturaleza o de infraestructura, en función de determinar la eficacia *ex post* de estos. Nociones estas, que deben ser observadas en la disposición jurídica de desarrollo a futuro, en aras de regular de forma más coherente.

se encuentra prohibido por ley: desarrollar una actividad que el ordenamiento considera, en principio, como socialmente indeseable.⁷¹ Lo anterior sucede a diferencia de lo ocurrido en el resto de las clases de la licencia, donde la tenencia, el porte, el uso y el transporte no son en abstracto actividades ilícitas, ni lesivas para los intereses generales, al quedar vinculadas de forma indisoluble a la realización de una situación jurídica activa reconocida previamente por el ordenamiento jurídico, como puede ser la práctica de algún deporte;⁷² observación que se puede hacer extensiva al vigente Decreto-Ley No. 262, “Sobre armas y municiones”.⁷³

Asimismo, NÚÑEZ TORRES advierte que en el caso de la “[...] construcción legal de la Ley Nº 118 ‘Ley de inversión extranjera’, la aprobación actúa *a priori* cuando en teoría debería hacerlo luego de que el acto administrativo de autorización estuviera formado para decidir sobre su ejecución [...]”, es decir, “primero se autoriza y luego se aprueba [...]”⁷⁴ –refiere la propia autora–. Explicación análoga puede darse al analizar la definición dada por el Decreto No. 17, “Reglamento del Decreto-Ley de las autoridades reguladoras”, el cual dispone que la autorización constituye una licencia, un permiso y una aprobación, según corresponda; incluso va más allá al establecer equivalencia entre la técnica autorizatoria y las inscripciones registrales y los certificados.⁷⁵

Por último, en cuanto a las referencias conceptuales de la autorización administrativa en el ordenamiento jurídico cubano, un primer intento de definición del que se tiene referencias se encuentra en el ya derogado Decreto-Ley No. 52, “de expedición de las licencias de armas”, de 1982, el cual en el artículo primero estableció que la licencia es el documento oficial que acredita que la persona natural o jurídica a cuyo favor ha sido expedida está autorizada para

⁷¹ En este punto es dable remitirse al Título IV, “Delitos contra el orden público”, Capítulo X, “Portación y Tenencia ilegal de armas y explosivos”, de la Ley No. 62, Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de 30 de diciembre de 1989.

⁷² A tales efectos pueden verse los artículos 11 y 21 del Decreto-Ley No. 52, “de expedición de las licencias de armas”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, del 26 de marzo de 1982, y los artículos 9; 10 y 16 de la Resolución No. 19 de 23 de junio de 1982, del Ministro del Interior, Reglamento del Decreto-Ley No. 52, “de expedición de las licencias de armas”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, del 3 de julio de 1982.

⁷³ Ver artículos 2, 5 y 7 del Decreto-Ley No. 262, “Sobre armas y municiones”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 41, de 2 de diciembre de 2008.

⁷⁴ Ver NÚÑEZ TORRES, Kenia, “El perfeccionamiento del procedimiento autorizatorio para la inversión extranjera en Cuba”, *Tesis presentada en opción al título académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2017, p. 65.

⁷⁵ Ver Decreto No. 17, “Reglamento del Decreto-Ley de las autoridades reguladoras”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 65, de 18 de septiembre de 2020.

tener, portar, usar y transportar en el territorio nacional el arma de fuego del tipo, calibre y número que en esta se señala.⁷⁶ En igual sentido se regula en la Resolución No. 237 de 2021 del Ministro de Transporte. La referida disposición jurídica establece que la licencia de Operación de Transporte es el documento de autorización, intransferible, que debe poseer toda persona natural o jurídica, para poder prestar servicios de transporte terrestre, marítimo, fluvial y lacustre en el territorio nacional o en sus aguas jurisdiccionales.⁷⁷ En todos los casos, la definición de autorización administrativa que se proyecta muestra la falta de comprensión en relación con las categorías básicas del Derecho administrativo. Si bien es cierto que la autorización administrativa, por regla general, es el contenido de un documento oficial al estar emitido por la autoridad administrativa competente, desde el punto de vista de su conceptualización jurídica, resulta erróneo recurrir a dicho criterio, ya que no es distintivo, ni definitorio. El referido documento es solamente el soporte formal que sustenta una declaración administrativa. La autorización es más que un documento oficial, es una técnica jurídico-administrativa que responde a una forma de intervención administrativa en la esfera jurídica de los particulares, a los fines de garantizar un interés público determinado. Técnicamente, es una especie del género acto administrativo; reconocimiento que se hace expresamente en la regulación del ya mencionado Decreto-Ley No. 35, “De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso del espectro Radioeléctrico”, el cual resulta un aspecto positivo al introducir un elemento técnico-jurídico, distintivo y definitorio, en el análisis de la noción jurídico-administrativa de la autorización en el contexto nacional. Sin embargo, la propia regulación establece que la autorización es el acto administrativo en el que se le otorga facultades a una persona natural o jurídica en el ámbito de las telecomunicaciones [...], cuestión que como se avizoraba con anterioridad no se comparte, dado que la autorización no genera para el

⁷⁶ Sistemática que también siguió la ya derogada Resolución No. 19 de 23 de junio de 1982 del Ministro del Interior, que pone en vigor el Reglamento del Decreto-Ley No. 52, la también derogada Ley No. 77, Ley de la Inversión extranjera, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de 6 de septiembre de 1995; la Ley No. 81, del Medio Ambiente, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997; la Ley No. 109, Código de Seguridad Vial, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 40, de 17 de septiembre de 2010; la Resolución No. 54 de 26 de agosto de 2014, “Procedimiento para cumplir las funciones que se traspasan a las direcciones municipales y provinciales de planificación física”, del Presidente del Instituto de Planificación Física, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 40, de 5 de septiembre de 2014, y la Resolución No. 144 de 21 de mayo de 2021, del Ministro de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 66, de 16 de junio de 2021.

⁷⁷ Ver Anexo I de la Resolución No. 237 de 2021, “Reglamento del Decreto-Ley No. 168 Sobre la licencia de operación de transporte”, del Ministro de Transporte, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 94, de 19 de agosto de 2021.

solicitante facultades que no poseía con anterioridad en virtud de una situación jurídica activa que le asiste, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo.

De forma particular, como otro aspecto positivo, es dable resaltar el intento de definición de autorización administrativa dado en la Ley No. 118, Ley de la inversión extranjera: autorización es el título habilitante expedido por el Consejo de Ministros o por el jefe del organismo de la Administración Central del Estado en el que se delegue, para la realización de alguna de las modalidades de inversión extranjera previstas en esta Ley.⁷⁸ Si bien dicha definición no resulta suficiente, la caracterización como título habilitante aporta un elemento novedoso en la construcción normativa de la figura, que tributa a su adecuada comprensión jurídica. Como resultado, tal reconocimiento permite asumir de forma expresa que esta se configura como una técnica jurídico-administrativa estructurada sobre la base de la existencia de supuestos en los que el inicio de la actividad privada se encuentra inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, de modo que para lograr su compatibilidad con el interés general que la norma aplicable protege y la correspondiente habilitación de actuación, sea necesario el despliegue de un procedimiento de control administrativo de carácter previo.⁷⁹ En definitiva, al configurarse como un título habilitante que se concreta en un acto administrativo, la autorización, en materia de inversión extranjera, se revela como un mecanismo mediante el cual se invierte en cada caso concreto una prohibición relativa de actuación que gravita sobre la esfera jurídica de los inversionistas. Se configura, pues, como la llave para la realización de actividades que, por sus características, contexto o consecuencias, requieren que la Administración Pública verifique previamente su compatibilidad con el interés general que se desea proteger, de modo que, en caso de no obtenerse, el inicio y desarrollo de la actividad es antijurídico.

⁷⁸ Ver artículo 2, inciso b), de la Ley No. 118, Ley de la inversión extranjera, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria No. 5, de 16 de abril de 2014.

⁷⁹ Un acercamiento a la teoría de los títulos habilitantes puede encontrarse en las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 11^ª ed., Civitas, S.L., Madrid, 2008, pp. 114-120; y PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.), Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, vol. I, 4^ª ed. corregida, aumentada y puesta al día, Ariel, S.A., Barcelona, 1996, p. 390. Un análisis más pormenorizado y apegado a la realidad teórica y práctica del contexto en donde surge la figura de referencia puede consultarse en la obra de ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa...*, ob. cit., pp. 319-320. La comprensión de la autorización administrativa como un título habilitante en el contexto cubano, es destacada por RIVERA GORT, Julio José, *El título habilitante para la gestión indirecta del transporte urbano de pasajeros en Cuba*, Ediciones Loynaz, Pinar del Río, 2018, pp. 166-177. Igualmente, puede verse DUEÑAS BEJERANO, Jorge Luis, *La Administración urbanística cubana. Su responsabilidad patrimonial por títulos habilitantes de obra y actividad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2019, pp. 53 y 60.

IV. Reflexiones finales

En correspondencia con lo hasta aquí analizado, a modo de cierre pueden concluirse que:

En la segunda mitad del siglo XIX en Cuba, en lo que respecta a la construcción jurídico-doctrinal de la autorización, se realizan análisis descriptivos del fenómeno sin profundizar en su estructura teórica. En el plano normativo, a pesar de que es frecuente su regulación, tampoco se advierten elementos suficientes que ofrezcan claridad y permitan sustentar el reconocimiento de una noción jurídica de autorización administrativa. No es hasta las primeras décadas del siglo XX que se observan pronunciamientos doctrinales que evidencian un mayor interés en la comprensión jurídica de la autorización administrativa. Sin embargo, aún no se alcanza el nivel de racionalización suficiente que dé lugar a una noción acabada de la figura. La primera referencia teórica en relación con una noción de autorización administrativa sustentada en criterios mejor definidos se produce bajo la égida de la comprensión clásica de la figura, en la obra de Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, publicada su segunda edición, en 1945. En cambio, a mediados del siglo XX, la autorización comienza a cambiar su fisonomía en el ámbito normativo, para adoptar rasgos de corte contemporáneo, que trasladan el ámbito funcional de la técnica hacia la compatibilización de la actividad privada con el interés público genérico que las leyes disponen. La autorización deja de dirigirse de forma exclusiva a la satisfacción de unos intereses mínimos para utilizarse de forma instrumental al servicio de políticas intervencionistas encaminadas a regular la actividad económica de los particulares, aspecto este que determinó su cambio de concepción en el contexto foráneo.

En Cuba, a partir de la segunda mitad del siglo XX, aunque doctrinalmente se niega la valía de la figura como técnica de limitación administrativa, lo cual significó un punto de retroceso en la determinación de la noción jurídica de autorización, fue una técnica jurídico-administrativa de marcado protagonismo en el ejercicio de la función administrativa. En el ámbito normativo, durante la misma época, se configuraría desde una visión contemporánea, pero con la peculiaridad de tener como funcionalidad, hacer prevalecer el interés público afectado por encima del interés privado.

En la actualidad, a pesar de las insuficiencias que hoy gravitan en torno a la noción jurídica de autorización administrativa en el ámbito normativo y de su escaso tratamiento doctrinal, a criterio del autor, su concepción teórica puede ser comprendida desde una perspectiva conceptual amplia en el contexto cubano. En tal sentido, se hace indispensable remitirse a la configuración normativa de la técnica, con el objetivo de valorar la recepción de los aspectos teóricos esenciales que fundamentan tal postura.

Así pues, sobre la base de las disposiciones jurídicas consultadas, se hace frecuente la previsión de la técnica desde los predios de la actividad administrativa de limitación. De forma general, la actividad administrativa de limitación se caracteriza por imponer a los particulares la conducta que deben observar. Supone, en todo caso, un influjo de esta sobre las actividades llevadas a cabo por estos, sin que llegue a implicar la modificación de la situación jurídica activa que legitima el actuar del particular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de su ejercicio. Tal influjo se manifiesta en menor o mayor medida en función del alcance que se le asignen a los medios o técnicas de limitación con que cuenta la Administración para satisfacer la finalidad de su actuación.⁸⁰ En el caso de la autorización administrativa, su regulación en el ordenamiento jurídico cubano evidencia que se trata de una limitación impuesta al ejercicio de determinada actividad propia de los particulares, que cede, en cuanto la Administración comprueba que dicha actividad se pretende realizar en cumplimiento de las previsiones establecidas en garantía de los intereses públicos que pudiesen resultar afectados por la propia ejecución de la actividad.⁸¹ Supone una intervención en la esfera jurídica de los particulares, que actúa sobre las condiciones de ejercicio de las situaciones jurídicas activas de estos.

Así lo reconoce PÉREZ MARTÍNEZ al destacar:

“La sujeción de la actividad de alojamiento turístico a la previa obtención de una autorización administrativa es [...] expresión de la actividad de la Administración Pública limitativa de iniciativas privadas, quien debe sopesar con su actuación autorizante la preeminencia del interés público y la vinculación al principio de legalidad [...] Esta técnica de control administrativo previo se inscribe en el abanico de instrumentos que limitan el ejercicio efectivo de derechos o la ejecución de actividades que gravitan en la esfera jurídica de los administrados, en función de la observancia del interés público”.⁸²

En igual sentido reacciona PEREIRA BASANTA, al analizar la licencia ambiental en el sector forestal:

“No en balde, a los ojos de los solicitantes las licencias administrativas se perciben como obstáculos para el libre ejercicio de los derechos, un

⁸⁰ Ver VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 24-25 y 38; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...II*, ob. cit., pp. 107-108.

⁸¹ Ver SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel y Juan Vicente GARCÍA MANJÓN, “De la concesión de servicio público a la autorización de los mercados regulados de servicio público”, *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. Infraestructura, contratos, servicios públicos e inversión*, No. 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Editorial Grijey, pp. 238-242.

⁸² Ver PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, *Fundamentos jurídicos...*, ob. cit., p. 117.

trámite que es necesario hacer para poder realizar determinada actividad [...] La autorización administrativa es una de las técnicas que integra la actividad administrativa de limitación del espacio jurídico-privado [...] Esa denominación se le atribuye por tratarse de una intervención estatal dirigida a restringir, a condicionar y en muchos casos encauzar la libertad o derechos de los particulares en función de intereses públicos, sin llegar a sustituir con esa actuación la actividad de estos”.⁸³

Estas consideraciones, como se apuntaba con anterioridad, justifican la denominación de título habilitante que dispone la Ley No. 118, De la Inversión Extranjera, puesto que la validez de la realización de la actividad privada, inicialmente prohibida, depende indisolublemente de la obtención de la correspondiente habilitación, la cual se concreta en el acto administrativo de autorización; ideas que se verifican con facilidad del examen de las diferentes disposiciones legales que regulan el acceso y permanencia a determinados espacios de actuación propios de los particulares, en virtud de la situación jurídica activa que les asiste. Tal es el caso de las propias disposiciones que refieren los autores mencionados previamente y las que ordenan el ejercicio del derecho a construir o modificar un inmueble, realizar alguna actividad económica que no esté expresamente prohibida o circular un vehículo de motor por la vía pública.

Por otra parte, del análisis de los distintos procedimientos autorizatorios revisados y de la oportuna calificación que establece el Decreto-Ley No. 35, “De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso del espectro Radioeléctrico”, la autorización se concibe como un acto administrativo; de forma específica, un acto administrativo unilateral requerido de cadyuvante.⁸⁴ Tal clasificación se afirma, en tanto no media entre la Administración autorizante y el sujeto que solicita la autorización ningún acuerdo de voluntades. El acto administrativo de autorización figura como una declaración de voluntad de la Administración Pública, que pone fin a un procedimiento de control administrativo previo, sea confirmatorio o denegatorio. No obstante, no debe pasarse por alto que tal declaración unilateral de voluntad que emana de la Administración Pública no se produce de oficio, como comúnmente se gestan los actos administrativos unilaterales. En el caso de la autorización, necesita para su producción que el particular interesado solicite su emisión, lo cual introduce un elemento volitivo que puede inducir a errores en la calificación del acto administrativo de autorización, el cual sigue siendo un acto unilateral. Así lo reconoce PEREIRA BASANTA al afirmar: “La función que desempeña la voluntad del sujeto que solicita la autorización [...] opera como

⁸³ Ver PEREIRA BASANTA, Jolene, “Las autorizaciones administrativas...”, ob. cit., p. 417.

⁸⁴ Idea que también afirma PEREIRA BASANTA, Jolene, “Algunas consideraciones...”, ob. cit., p. 17.

el elemento impulsor que activa la maquinaria administrativa”.⁸⁵ Es decir, la voluntad del sujeto no es determinante en el contenido del acto administrativo de autorización, lo cual quedará conformado en virtud del alcance que se le reconoce a la técnica en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la naturaleza del acto administrativo de autorización, tema que centra los debates en torno a la técnica autorizatoria, existe un contexto propicio en Cuba para que se asuma la naturaleza dual del acto,⁸⁶ puesto que, en el

⁸⁵ Ver PEREIRA BASANTA, Jolene, *La autorización ambiental...*, ob. cit., p. 68.

⁸⁶ En cuanto a la naturaleza del acto administrativo de autorización, los criterios doctrinales no presentan un punto de vista uniforme. En el caso particular de la autorización, la propia evolución de su noción ha traído consigo la dificultad de poder precisar su naturaleza. Sobre todo si se tiene en cuenta que la autorización administrativa ha dejado de ser una técnica atada, solamente, a sus rasgos primigenios, que la configuraban como un acto de clara naturaleza declarativa, para adoptar un nuevo rol de programación u ordenación de la actividad privada, con todo lo que ello implica, tanto para la posición jurídica de la Administración autorizante como para el administrado que solicita la habilitación para actuar. De ahí que pueda advertirse una variación en el contenido del acto administrativo que autoriza, que conduce a un replanteamiento de su naturaleza. Asociado al tema, destacan dos posiciones teóricas, que son las más generalizadas dentro de la doctrina administrativa. Una mayor sistematización de las diferentes posturas doctrinales que han tratado el tema de la naturaleza jurídica del acto administrativo de autorización puede confrontarse en POMPEU, Cid Tomanik, *Autorização Administrativa*, Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, pp. 73-85; POMPEU, Cid Tomanik, “Natureza jurídica da autorização”, *Revista de Direito Administrativo*, No. 142, outubro-dezembro 1980, Rio de Janeiro, pp. 11-21. Una de estas posiciones concibe a la autorización administrativa como un acto unitario de naturaleza meramente declarativa. Esta posición se resume, básicamente, a la comprensión de los rasgos clásicos de la figura. Por otra parte, se han referenciado criterios que se trasladan hacia el otro extremo, declarando ciertos efectos constitutivos en las nuevas manifestaciones de la figura y reservando la naturaleza declarativa del acto a las tipologías que operan bajo el sello de sus rasgos tradicionales. A pesar de que en la actualidad los criterios mayoritarios se inclinan por reconocer la naturaleza declarativa del acto en todas sus manifestaciones, lo cierto es que sostenerlo sería como introducir la figura en una especie de camisa de fuerza, lo cual impide que desate todo su potencial. No obstante, técnicamente, más allá de cualquier recurso doctrinal para seguir sosteniendo la naturaleza declarativa del acto administrativo de autorización, frente a las tipologías discrecionales de la figura, sería un equívoco declarar la existencia de un derecho subjetivo preexistente, sino, a lo sumo, como ya se ha advertido, intereses legítimos que solo se tutelan por el ordenamiento jurídico en cuanto se adecuan al interés general y que encuentran en la autorización administrativa el título habilitante que los concreta. Y si fuese preciso decantarse por la escisión de la técnica iusadministrativa para acomodar la naturaleza del acto a los nuevos derroteros que le asisten. Proponer que los tipos autorizatorios sujetos a amplias potestades discrecionales de la Administración tengan naturaleza constitutiva, también sería una idea desmedida, puesto que la autorización administrativa –permiso o licencia– en tales supuestos, no crea derechos o intereses legítimos en la esfera jurídica de los particulares, es el ordenamiento jurídico quien determina la posibilidad de actuar. De modo que es preciso asumir un tercer criterio que permite describir de mejor manera la esencia del acto administrativo de autorización sin recurrir a divisiones de este que laceren su comprensión amplia. De ahí que se asuma que la técnica autorizatoria pertenece a un mismo acto administrativo, lo que con la particularidad de que dicho acto tiene una naturaleza declarativa, o se configura como una especie del género: acto-condición, en función de la tipología que se analice. En el primer caso se hace referencia a los tipos autorizatorios donde se advierten los rasgos clásicos de la

ordenamiento jurídico cubano, aunque en menor medida, perviven tipos autorizatorios de naturaleza declarativa⁸⁷, de conjunto con un número importante de tipologías que se construyen sobre la base de los rasgos contemporáneos de la figura⁸⁸ y que se perfilan como verdaderos actos-condición, aunque con

figura. Por otra parte, en el supuesto concreto donde el acto administrativo de autorización haga depender el ejercicio de determinada situación jurídica activa del particular, a un juicio de oportunidad por parte de la autoridad administrativa competente a los efectos de su compatibilización con el interés público afectado, el acto en cuestión asume los rasgos del acto-condición. La teoría del acto-condición encuentra su fundamento en la doctrina francesa. Ver DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I – *La règle de Droit-Le problème de l'État*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs, Paris, 1927, pp. 430-431; JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo I. La técnica jurídica del Derecho Público francés*, traducción directa de la tercera edición francesa, Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 48-50; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1943, pp. 31-33. En la doctrina española, la identificación de las nuevas tipologías del acto administrativo de autorización con la teoría del acto condición puede apreciarse en ENTRENA CUESTA, Rafael, “El servicio...”, ob. cit., pp. 52-54; MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El Comercio exterior...*, ob. cit., pp. 406-407; MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pp. 91-92. En la doctrina latinoamericana puede verse BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Las instituciones del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, vol. IV, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 119; POMPEU, Cid Tomanik, “Naturaleza...”, ob. cit., p. 20; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1995, pp. 107-108; JORDANO FRAGA, Jesús, “El Derecho Ambiental del siglo XXI”, en *Medio Ambiente & Derecho, Revista electrónica de Derecho Ambiental*, No. 9, julio 2003, Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación de Medio Ambiente y Derecho, Sevilla, p. 96; VÁZQUEZ PEDROUZO, María Cristina, “Posición jurídica del particular frente a la Administración”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 30, enero-julio 2011, Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, p. 313.

⁸⁷ En este caso destaca la autorización simple y reglada otorgada por la autoridad administrativa competente a nivel municipal, para permitir la migración desde otros territorios del país hacia La Habana, regulada en el Decreto No. 217, “Regulaciones migratorias internas para la Ciudad de La Habana y sus contravenciones”. Ver artículo 2 del Decreto No. 217, modificado por el Decreto No. 293, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 39, de 16 de noviembre de 2011. Asimismo, puede consultarse la regulación de la licencia de construcción y de la autorización de obra en la Resolución No. 54 de 2014, “Procedimiento para cumplir las funciones que se traspasan a las direcciones municipales y provinciales de planificación física”, del Presidente del Instituto de Planificación Física, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 40, de 5 de septiembre de 2014. Publicada recientemente, puede consultarse la Resolución No. 63 de 2021 del Ministro de Economía y Planificación, “Procedimiento para la creación, fusión, escisión, y extinción de las micro, pequeñas y medianas empresas y las cooperativas no agropecuarias”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 94, de 19 de agosto de 2021. El procedimiento regulado para la creación de las MIPYMES y CNA denota la previsión normativa de un acto administrativo de autorización de naturaleza declarativa, al dirigirse a controlar previamente que el ejercicio del derecho subjetivo que preexiste en la esfera jurídica de los administrados no dañe el interés general. En este caso, la autorización limita el ejercicio del derecho subjetivo a realizar actividades económicas que no estén prohibidas, a los efectos de comprobar que no dañe el interés público.

⁸⁸ El régimen autorizatorio regulado en el Decreto-Ley No. 313, “De la Zona Especial de Desarrollo Mariel”, para el establecimiento de usuarios de la propia Zona, indica que se está en presencia de un verdadera autorización operativa. Ver artículos 23-27 del Decreto-Ley

la particularidad de que en muchos de los casos son diseñados sobre la base de la mezcla de aspectos de corte tradicional con elementos contemporáneos de la técnica. Elemento este último que, sin desnaturalizar el acto, amplía la gama de autorizaciones que se pueden observar en el ordenamiento jurídico cubano.⁸⁹ Los ejemplos normativos referidos con anterioridad demuestran que la autorización administrativa en Cuba presupone el desarrollo previo de un procedimiento de control administrativo de carácter negativo o positivo, según el tipo autorizatorio en cuestión. En el primero de los casos, al existir con anterioridad un derecho subjetivo previo la Administración Pública se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la norma aplicable que figuran como límites al ejercicio efectivo del derecho. Este caso sería el aplicable a la autorización simple y reglada que habilita al

No. 313, “De la Zona Especial de Desarrollo Mariel”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 26, de 23 de septiembre de 2013; Artículos 19-23 y 27-28 del Decreto No. 316, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 26, de 23 de septiembre de 2013. Además puede verse el Acuerdo No. 7704 del Consejo de Ministros, de fecha 20 de febrero de 2015, autorizando a la filial Richmeat de Cuba S.A. para establecerse como usuario de la Zona Especial de Desarrollo Mariel y la Resolución No. 1 de 2 de febrero de 2021, de la Directora General de la Oficina de la Zona Especial de Desarrollo Mariel, autorizando de establecimiento como usuario en la Zona Especial de Desarrollo Mariel, del usufructuario Fernando Rafael Funes-Monzote. Desde el plano doctrinal, tal afirmación es defendida por NÚÑEZ TORRES, Kenia, “El perfeccionamiento...”, ob. cit., p. 64. En el marco de la inversión extranjera en Cuba, la autorización se configura como un título habilitante, cuyo efecto no es el mero control sobre un acto o una actividad, sino el de constituir un título que habilita a determinado sujeto para el ejercicio o realización de alguna de las modalidades de inversión extranjera previstas al respecto y, por lo tanto, tiene un efecto regulador sobre dicha modalidad y sobre la realización jurídica concreta que en virtud de esa se establece. Así, la autorización en la inversión extranjera en Cuba constituye la principal disposición jurídica que regula la actividad de inversión extranjera que a través de ella se autoriza.

⁸⁹ La autorización para el ejercicio del trabajo por cuenta propia es un ejemplo de la tendencia ecléctica comentada. Ello se evidencia al configurarse una potestad de carácter reglado al momento de otorgamiento del título, sin embargo, la propia Administración autorizante tiene la facultad de limitar el otorgamiento de las autorizaciones en correspondencia con las condiciones y características de los territorios. Además, la relación existente entre la Administración autorizante y el sujeto autorizado mantiene toda su virtualidad a raíz de la serie de obligaciones y controles posteriores que recaen sobre el particular luego de otorgado el título que habilita su actuación. Ver Capítulo I, “Disposiciones Generales”, y Disposiciones Especiales Segunda y Tercera del Decreto-Ley No. 356, “Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 35, de 10 de julio de 2018, modificado por el Decreto-Ley No. 383, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de abril de 2019; Capítulo I, “Disposiciones Generales”, Sección Primera, “de los trámites”, Sección segunda, “de las obligaciones” y Sección tercera, “del ejercicio de la actividad”, de la Resolución No. 103 de 22 de octubre de 2019 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 85, de 6 de abril de 2019. Estas disposiciones jurídicas fueron derogadas recientemente por el Decreto-Ley No. 44, “Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 94, de 19 de agosto de 2021, la cual siguió la misma dinámica. En el ámbito doctrinal, dicha afirmación puede confrontarse en CREPALDI, Gabriella, *Il Sistema di Diritto Amministrativo cubano*, Università degli Studi di Bergamo, G. Giappichelli Editores, Torino, 2015, p. 186.

particular interesado para cambiar su domicilio o residencia desde otras provincias del país hacia la capital o para constituir una micro, pequeña o mediana empresa. Por otra parte, cuando las potestades de intervención asignadas al ente público exceden el campo del control de legalidad para adentrarse en el terreno de los controles de oportunidad del ejercicio de la actividad privada y a su vez encauzan la realización de la situación jurídica activa del particular, en virtud de las amplias potestades discrecionales asignadas a la Administración Pública, se está en presencia de un control previo de carácter positivo. Este es el caso de la autorización operativa y personal requerida para el ejercicio del trabajo por cuenta propia o la otorgada a empresas de capital totalmente privado para realizar operaciones de inversión extranjera. En ambos casos, no se estaría en presencia de auténticos derechos subjetivos, sino más bien ante un derecho potencial al ejercicio de la actividad, que solo se realiza en su vinculación con el interés público afectado o interés legítimo.⁹⁰

En resumen, al considerar las particularidades y características de los tipos autorizatorios presentes en el ordenamiento jurídico cubano, la autorización administrativa en Cuba puede ser entendida desde una perspectiva amplia o genérica, como el título habilitante mediante el cual, y en virtud de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración Pública, se habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa que se encuentra dentro de su esfera jurídica de actuación (aunque inicialmente prohibido con fines de control administrativo de su ejercicio), luego de compatibilizar dicha actuación con el interés público afectado. Sin embargo, sobre la base de su previsión normativa, las principales dificultades que obtaculizan dicha comprensión en el contexto cubano actual se centran en: la existencia de múltiples denominaciones (autorizaciones, licencias y permisos), no siempre concebidos con visión coherente, al no reconocerse que hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico; la confusión del acto administrativo de autorización con otras técnicas jurídico-administrativas de distinta naturaleza (la aprobación, la dispensa y la concesión); y la falta de una definición general capaz de abarcar todas las manifestaciones de la figura presentes en el ámbito normativo.

⁹⁰ Ver MARCHECO ACUÑA, Benjamín, *Fundamentos jurídicos de la justicia administrativa*, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 97.

Constitucionalización del derecho a la alimentación en América Latina y aproximaciones al sentido y alcance en el ordenamiento jurídico cubano

Jorge Freddy MILIÁN GÓMEZ*

I. Presentación

La alimentación es inequívocamente el catalizador natural de la vida y un derrotero para comprender su desarrollo en el planeta. *Prima facie* constituye el consumo de alimentos por organismos vivos para incorporar las energías necesarias que permiten llevar a cabo la vida. En los seres humanos se compone por el aporte de nutrientes indispensables para completar la nutrición y lograr un normal desarrollo, así como la vida. Desde el comportamiento humano para alimentarse se pueden desentrañar los fenómenos sociales, políticos, económicos y culturales por los que la humanidad ha transitado.

La regulación de la alimentación como derecho humano fundamental y sostén de la vida y la dignidad de las personas es un imperativo. El primer paso de su reconocimiento en aras de una realización efectiva en los Estados, lo constituye el reconocimiento en las normas supremas de cada ordenamiento jurídico nacional. La regulación constitucional de este derecho es necesaria para determinar los sujetos, el objeto, el contenido, los principios, las garantías y las limitaciones en cada país. Este paso es significativamente necesario para desarrollar un sistema alimentario inclusivo y coherente bajo protección constitucional.

Cabe destacar que Latinoamérica se encuentra en la vanguardia en el proceso de reconocimiento y protección del derecho objeto de estudio.¹ La inclusión del derecho a la alimentación en normas jurídicas y las distintas iniciativas gubernamentales en la formulación de políticas públicas para su realización van en aumento en la región latinoamericana. La reciente incorporación en la Constitución cubana del derecho a la alimentación constituye también

* Profesor de Derecho Agrario del Departamento de Derecho de la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas (Villa Clara). Investigador asociado del Centro de Derecho Económico y Gobernanza de la Universidad Libre de Bruselas (VUB), Bélgica. E-mail: miliangomezjorge@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-4314-8799>

¹ Vid. FAO, *El derecho a la alimentación*, base datos sobre la realización del derecho a la alimentación en el mundo de la FAO, disponible en <https://www.fao.org/right-to-food/es/> [consultado el 20 julio de 2021].

un motivo fundado para estudiar el nivel de positivización de este derecho en América Latina y el Caribe. Como resultado de lo anterior se persigue en esta investigación sistematizar las tendencias en la regulación del derecho a la alimentación en América Latina, con especial análisis al sentido y alcance otorgado a este derecho en Cuba. La investigación dista de los reportes presentados por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, pues se enfoca en parámetros específicos de comparación basados en los principios de interdependencia e interconexión de los derechos humanos. La investigación se estructura en tres partes fundamentales: una sobre la evolución y concepto del derecho a la alimentación, la segunda trata las tendencias latinoamericanas en la constitucionalización del derecho a la alimentación y la tercera se enfoca en el sentido y alcance del derecho a la alimentación en Cuba a partir de su evolución y contexto.

II. Derecho a la alimentación: algunos aspectos teóricos sobre su evolución

En 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, reconocía: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido [...]”.² El derecho a la alimentación se circunscribía dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, aunque la palabra especial en la redacción del artículo denotaba cierta importancia que el legislador le concedía dentro de otros. No obstante, no quedaba claro ni delimitado de forma independiente como derecho propiamente dicho, sino era un presupuesto en la realización de otro. Esta norma constituía una forma simbólica de reconocer el derecho humano a la alimentación, pues no contenía carácter de fuerza vinculante.

Consecuencia directa de la Declaración Universal de Derechos Humanos son la elaboración en 1966 de dos instrumentos jurídicos internacionales con fuerza vinculante para los Estados signatarios: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con su posterior entrada en vigor en 1976. En el primero de estos se compelió con carácter inmediato a los Estados firmantes al cumplimiento, protección y regulación de los derechos civiles y políticos plasmados; mientras que en el segundo, se utilizaba una fraseología menos inmediata y solo instaba a los Estados a un cumplimiento gradual para garantizar los derechos en él regulados. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución No. 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf [consultado 2 de marzo de 2020].

Culturales, siguiendo el mismo esquema que la Declaración Universal, en su artículo 11³ regulaba el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, dentro de ella, la alimentación. Resulta válido resaltar la inclusión del apartado número dos: “derecho fundamental a estar protegido contra el hambre” y la mención a las formas de producción, conservación y distribución de los alimentos. En este instrumento jurídico se reconocía por primera vez la necesidad de asegurar los mínimos de alimentos necesarios a las personas para combatir el hambre y la desnutrición.

Un elemento que marcó el antes y después en la comprensión del derecho a la alimentación fue el documento final de la Cumbre Mundial de la Alimentación en Roma, en 1996, donde se dejaba claro la necesidad de una definición del concepto jurídico del derecho a la alimentación “adecuada” como derecho autónomo para combatir las alarmantes cifras del hambre en el mundo.⁴ El derecho a la alimentación es considerado por la comunidad internacional y científica como un derecho de corte económico y social, demostrado en la supervisión que ofrece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General No. 12 de 1999 explicaba el sentido y alcance de una alimentación adecuada como derecho;⁵ lo que permite entenderlo como un derecho de corte progresivo como los demás derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁶

El derecho a la alimentación como derecho independiente, pero interconectado a los demás derechos humanos, mostró su autonomía definitiva con la aprobación de la Resolución No. 2000/10 de 17 de abril de 2000, de la Comisión de Derechos Humanos, que orientaba la creación de una relatoría especial,

³ Artículo 11.1: “[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación [...]; 11.2. Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre [...]”. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf [consultado el 21 de marzo de 2021].

⁴ *Vid.* Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (1996). Cumbre Mundial sobre la alimentación, 13 al 17 de noviembre de 1996, Roma, pp. 1, 4 y 12, disponible en http://www.fao.org/wfs/index_es.htm [consultado el 25 de septiembre de 2020].

⁵ *Vid.* Documento E/C.12/1999/5, de 12 de mayo de 1999, artículo 11 (una alimentación adecuada comprende): “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada”. Observación general No. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, disponible en www.unbisnet.com [consultado el 18 de octubre de 2020].

⁶ Artículo 2, § 1, del PIDESC.

como institución, para promover y proteger el derecho a la alimentación.⁷ Ya en 2001 se presenta un salto cualitativo con la primera definición jurídica de este derecho, que desde la Cumbre Mundial en 1996 se había venido solicitando como un derecho humano independiente e instrumento necesario para combatir el hambre. El relator especial ZIEGLER, definía:

“El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”.⁸

El concepto sobre el derecho a la alimentación ofrecido incorpora nuevas dimensiones cuando hace referencia a una alimentación adecuada.⁹

No obstante, lo expuesto con anterioridad demuestra que la progresión como derecho de corte económico-social genera otra problemática relacionada con la inactividad por parte de países subdesarrollados que no cuentan con los recursos económicos necesarios para garantizar los mínimos de alimentos indispensables para la vida de sus ciudadanos o los estándares de una alimentación adecuada. La falta de conexión entre las normas jurídicas y las políticas alimentarias de varios países engendra vacíos y lagunas en la protección del derecho a la alimentación; lo que lleva a comprender que el derecho a la alimentación sigue siendo un derecho en construcción tanto para países desarrollados como en vías de desarrollo.

III. Tendencias latinoamericanas en la constitucionalización del derecho a la alimentación

En 2004 comenzó la proyección de la positivización del derecho a una alimentación adecuada en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuando todos los Estados miembros de la FAO adoptaron las “Directrices voluntarias en

⁷ Vid. Resolución No. 2000/10 de 17 de abril de 2000, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, nombrando un relator especial para la promoción y protección del derecho a la alimentación, disponible en <http://www.fao.org/3/X2051s/X2051s00.htm> [consultado el 25 de octubre de 2020].

⁸ ZIEGLER, J., *Justiciabilidad del derecho a la alimentación*, Informe E/CN.4/2001/53 de 7 de febrero de 2001, presentado de conformidad con Resolución No. 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, disponible en <http://www.fao.org/3/X2051s/X2051s00.htm> [consultado el 8 de diciembre de 2020].

⁹ Se sobredimensiona el término debido a que no es lo mismo el derecho fundamental a estar protegido contra el hambre, donde se garantizan los mínimos necesarios de alimentos para evitar la muerte, que cuando se habla de un derecho a una alimentación adecuada, que incorpora la nutrición, la salud y las preferencias culturales, religiosas dentro de la alimentación, ya no son solo los mínimos de alimentos.

apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional”.¹⁰ Este derecho nació del compromiso internacional de los Estados y es resultado de lo regulado en los instrumentos jurídicos a escala global. Siguiendo las recomendaciones de las normas jurídicas internacionales, los Estados comenzaron a proteger en sus cuerpos constitucionales el derecho a la alimentación “adecuada”.

Para este estudio comparado se divide América Latina en dos partes: América del Sur y América Central y el Caribe. En este sentido se toman como indicadores la positivización de los conceptos derecho a la alimentación, derecho a una alimentación sana y adecuada, derecho fundamental a estar protegido contra el hambre, seguridad alimentaria, soberanía alimentaria u otras referencias que sugieran la protección expresa o tácita del derecho a la alimentación. El análisis de derecho comparado se lleva según el principio de interdependencia e interconexión de los derechos humanos. En este apartado, la investigación se enfoca en la exégesis de las Constituciones latinoamericanas. Es evidente que con posterioridad a la regulación constitucional de este derecho viene, como orden lógico, la promulgación de normas jurídicas complementarias, pero estas últimas no entran dentro del objetivo de la presente investigación.

III.1. La constitucionalización en América del Sur

En América del Sur son analizadas trece constituciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. La Constitución de Argentina, reformada por última vez en 1994, no hace mención expresa al derecho a la alimentación. No obstante, este cuerpo normativo establece en su artículo 75 sobre las funciones del congreso, en su apartado 22, lo relativo a aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales. Continúa este apartado haciendo referencia a que los tratados aprobados tendrán jerarquía superior a las leyes, jerarquía constitucional; recalcando que los pactos y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no derogan los artículos de la Constitución y tienen carácter

¹⁰ Vid., en todo, Consejo FAO, *Directrices voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, aprobadas en su 127 período de sesiones, Editorial FAO, Roma, Italia, 2004, disponible en <http://www.fao.org/docrep/009/y7937e/y7937e00.htm> [consultado el 8 de diciembre de 2020].

complementario de los derechos y garantías por ella reconocidos.¹¹ En este caso, sin ser reconocido de una forma expresa el derecho a la alimentación, encuentra protección de rango constitucional en Argentina, mediante la fórmula de aplicación directa del Derecho internacional al Derecho nacional.

La Constitución de Bolivia, en el artículo 16 hace referencia al derecho de toda persona a la alimentación. En el mismo artículo, para brindar mayor seguridad jurídica se reconoce la obligación del Estado a garantizar la seguridad alimentaria a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población.¹² La carta magna boliviana, en la sección que dedica a los derechos de los consumidores, en su artículo 75, regula el derecho de los consumidores a gozar de un suministro de alimentos inocuos, de calidad y cantidad adecuada y suficiente. De esta forma, varias dimensiones de la seguridad alimentaria son reguladas de forma expresa como sustento para la realización del derecho a la alimentación.

El análisis exegético de la carta magna boliviana refleja una Constitución con un notado carácter social, protectora y garantista de derechos. El capítulo sobre relaciones internacionales dispone que la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por varios principios, dentro de ellos el de seguridad y soberanía alimentaria para toda la población.¹³ Mientras, el artículo 309 dentro de los objetivos de la organización económica estatal establece como aspiración lograr la soberanía alimentaria de la población.¹⁴ De igual forma, regula expresamente en su artículo 407, dentro de los objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, garantizar la soberanía y seguridad alimentaria y establecer políticas y programas encaminados a asegurar la inocuidad alimentaria. Esta Constitución constituye un referente en la regulación del derecho a la alimentación, pues ofrece una integración conceptual en donde la seguridad alimentaria es el corolario del derecho a la alimentación, solo posible de realizar en el ámbito de la soberanía alimentaria.

En el caso de la Constitución brasileña, se reconoce de forma expresa, al igual que en Bolivia, el derecho social a la alimentación;¹⁵ a la vez que se encuentra la conexidad con otros derechos fundamentales, cuando en su artículo 7, dentro de los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, reconoce el

¹¹ Constitución Nacional de Argentina (1994), artículo 75, § 22, disponible en <https://www.casarsada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>

¹² Constitución Política del Estado de Bolivia (2009), artículo 16, disponible en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/listadonordes/0>

¹³ *Ibidem*, artículo 255, § 2.

¹⁴ *Idem*, artículo 309, § 4.

¹⁵ Constitución de la República Federativa de Brasil (2015), artículo 6 (redactado por la Enmienda Constitucional No. 90 de 2015), disponible en <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988/arquivos/Constituicao>

derecho al salario mínimo para garantizar necesidades vitales básicas y las de su familia, dentro de ellas la alimentación.¹⁶ Prosigue en el artículo 23 sobre la competencia común de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios, en su apartado VIII, acerca del objetivo de fomentar la producción agropecuaria y organizar el abastecimiento alimenticio. En su articulado se puede encontrar referencia, de igual forma, a la alimentación de los educandos y de los niños y los mecanismos para lograrlo.¹⁷

La Constitución de Chile, por su parte, en su Capítulo III, de los derechos y deberes constitucionales, no hace mención expresa al derecho a la alimentación. Por la interconexión con otros derechos humanos se puede apreciar cierta protección desde el mismo artículo 1, cuando reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Otra referencia indirecta es el artículo 19, que en su apartado primero asegura a todas las personas el derecho a la vida. Una relación indisoluble entre dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la alimentación. La citada norma jurídica, sin ser tan explícita quizás como la de la República Argentina, deja claro la validez de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el territorio nacional, una vez presentados por el presidente para ser aprobados por el Congreso.¹⁸ En este particular, los derechos de corte económico, social y cultural, como el derecho a la alimentación, encuentran protección en normas complementarias chilenas como el Decreto No. 326 de 27 de mayo de 1989. Se puede constatar que en Chile, si bien el derecho a la alimentación no recibe una protección constitucional directa, se encuentran algunas referencias aisladas de interconexión y la aprobación de los tratados internacionales suscritos en normas de menor jerarquía. La principal diferencia con la regulación de la Constitución argentina radica en que esta ofrece rango constitucional a esos tratados, mientras en Chile se le ofrece protección mediante normas jurídicas complementarias.

En la carta magna colombiana no hay referencia expresa al derecho a la alimentación. La primera referencia indirecta y deducible se encuentra en el Capítulo II, de los derechos sociales, económicos y culturales, cuando habla del subsidio alimentario a la mujer embarazada en caso de desamparo o desempleo, a las personas de la tercera edad que se encuentran en la indigencia y el derecho fundamental de los niños a una alimentación equilibrada.¹⁹ De especial interés para el tema resulta el artículo 65, que regula la especial protección que

¹⁶ *Ibidem*, artículo 7, § IV.

¹⁷ *Idem*, artículos 208 y 227.

¹⁸ Constitución Política de la República de Chile (2010), artículos 5, § 2; 32 y 54, disponible en https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf

¹⁹ Constitución Política de Colombia (2016), artículos 43, 44, 46, § 2, disponible en <http://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

concede el Estado a la producción de alimentos desde cuatro frentes fundamentales: la actividad agropecuaria, forestal, pesquera y agroindustrial.²⁰ De una forma más indirecta se deduce del artículo 1, dentro de los fundamentos del Estado colombiano, el respeto de la dignidad humana, por ende, el respeto a todos los derechos que la garantizan, dentro de ellos el derecho a la alimentación. Otro fundamento del tema puede ser encontrado en el Capítulo IV, de la protección y aplicación de los derechos. El artículo 93 establece la prevalencia de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, a la vez que los derechos y deberes reconocidos se interpretarán de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.²¹ Mientras, el artículo 94 constituye un referente para la protección del derecho a la alimentación, disponiendo que los derechos regulados en la Constitución y en los convenios internacionales de los que Colombia es parte no niegan otros derechos inherentes a la personas que no figuren expresamente en ellos.²² Se constata que en Colombia no hay reconocimiento expreso al derecho a la alimentación, aunque se evidencia un reconocimiento indirecto a través de otros derechos interconectados, un reconocimiento parcial para ciertos grupos etarios en circunstancias especiales y mediante el reconocimiento de validez de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Del presente estudio deriva que la Constitución de Ecuador, desde el artículo 3 reconoce dentro de los deberes primordiales del Estado el garantizar sin discriminación el goce de los derechos, con especial énfasis en algunos derechos, entre ellos el derecho a la alimentación.²³ Otra referencia directa se puede encontrar en el artículo 13, dentro del Capítulo segundo, sobre los derechos del buen vivir, que reconoce a las personas y colectividades el derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos. El artículo en cuestión otorga preferencia al consumo de los alimentos producidos a nivel local, basado en la diversidad cultural y de tradiciones para la promoción por parte del Estado de la soberanía alimentaria.²⁴ Este cuerpo legal reconoce la interconexión e interdependencia de los derechos reconocidos, donde clarifica que para la realización del derecho a la salud y el derecho a una vida digna se requiere el ejercicio y realización de otros derechos como el derecho a la alimentación.²⁵ Un paso significativo en el proceso de reconocimiento del derecho a la alimentación lo constituye el tratamiento constitucional

²⁰ *Ibidem*, artículo 65.

²¹ *Idem*, artículo 93.

²² *Idem*, artículo 94.

²³ Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 3, § 1, disponible en <http://archivobiblioteca.asambleanacional.gob.ec/2008issuu-espanol>

²⁴ *Ibidem*, artículo 13.

²⁵ *Idem*, artículo 32 y artículo 66, § 2.

que recibe en Ecuador la soberanía alimentaria. La Constitución ecuatoriana dedica un capítulo completo a señalar la soberanía alimentaria como objetivo estratégico y obligación del Estado para alcanzar la realización del derecho a la alimentación. Se puede afirmar que al igual que la Constitución de Bolivia, la Constitución de Ecuador ofrece una protección expresa y directa al derecho a la alimentación sobre la base de los principios fundamentales de la soberanía alimentaria.

En lo que atañe a la regulación del derecho a la alimentación en la Constitución de la República Cooperativa de Guyana, se puede encontrar una referencia expresa en el artículo 40, que reconoce el derecho básico de toda persona a una vida feliz, creativa, productiva y libre de hambre.²⁶ Conviene subrayar que en el preámbulo de la carta magna analizada se deja saber los fundamentos del Estado sobre la base de la dignidad humana y de la defensa de todos los demás derechos humanos fundamentales. Se aprecia en este cuerpo normativo una protección a la forma más básica contenida dentro del derecho a la alimentación, el derecho a estar protegido contra el hambre. No se deduce ningún precepto que introduzca los tratados internacionales en materia de derechos humanos al Derecho nacional, como sí sucede en Argentina, Chile y Colombia, lo que limita la realización del derecho a la alimentación.

En la Constitución de Paraguay no se encuentra referencia expresa sobre el tema objeto de investigación. No obstante, se puede apreciar en su articulado un interés en la regulación del derecho y la obligación de los padres en asistir y a alimentar a los hijos menores y la protección integral de las personas de la tercera edad, incluida su alimentación.²⁷ Otro elemento interesante es la referencia al control de la calidad de los alimentos, que en cierta medida refleja un eje fundamental de la seguridad alimentaria.²⁸ El artículo 137 establece el orden jerárquico de las normas teniendo, en consecuencia, a la Constitución como ley suprema y los tratados, acuerdos y convenios internacionales aprobados y ratificados, junto a las leyes, en el segundo orden. Este artículo permite entender el reconocimiento con fuerza de ley del derecho a la alimentación consagrado en el PIDESC, fundamentado en el artículo 141, que preceptúa que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía determinada en el artículo 137.²⁹ En este caso no existe un reconocimiento expreso del derecho a la alimentación, aunque al igual que en Colombia se

²⁶ Constitución de la República Cooperativa de Guyana (2012), artículo 40, § 1, disponible en <https://parliament.gov.gy/ConstitutionoftheCooperatiiveRepublicofGuyana.pdf>

²⁷ Constitución de Paraguay (2011), artículo 53, § 1, y artículo 57, disponible en https://www.bacn.gov.py/ENMIENDA_CONSTITUCIONAL_N_1.pdf

²⁸ *Ibidem*, artículo 72.

²⁹ *Idem*, artículos 137 y 141.

manifiesta interés por la alimentación de ciertos grupos etarios. Se sigue la misma tendencia que en Argentina, Chile y Colombia en la aplicación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno con fuerza de ley, reconociendo el derecho a la alimentación.³⁰

La Constitución Política del Perú no refrenda en su articulado de forma directa un reconocimiento al derecho a la alimentación. No obstante, se aprecia cierta protección con un enfoque limitado al preceptuar el deber y derecho de los padres de alimentar a sus hijos.³¹ Al mismo tiempo se reconoce que los tratados celebrados por el Estado y en vigor son parte del Derecho nacional y siempre que versen sobre derechos humanos deberán ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente.³² En este caso no queda claro, como sí sucede en Argentina, Colombia, Chile y Paraguay, la jerarquía normativa de estos tratados dentro del ordenamiento jurídico nacional. Mientras, la Disposición Final Transitoria cuarta expresa claramente que la forma de interpretar los derechos plasmados en la Constitución es a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados, acuerdos y pactos sobre la materia que Perú haya ratificado.³³ En este particular se constata que la Constitución de Perú no regula de forma expresa el derecho a la alimentación, aunque reconoce la validez del Derecho internacional en el Derecho nacional, por lo que se resume la existencia de una protección indirecta.³⁴

Por otro lado, la carta magna de Surinam establece que el Estado velará por la creación de condiciones que permitan la óptima satisfacción de las necesidades básicas de trabajo, alimentación, salud, educación, energía, vestido y comunicación.³⁵ En este sentido se reconoce el derecho a la alimentación como una necesidad básica, esquema similar al empleado por Brasil, aunque este último lo incorpora como una necesidad que se alcanza a través del salario. Mientras, el artículo 4 del cuerpo legal surinamés conviene la preocupación del Estado en asegurar los medios de subsistencia para toda la nación, una

³⁰ Ley No. 04 de 1992. Aprueba la adhesión de la República al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado durante el XXI Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la Ciudad de Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, disponible en <https://www.pj.gov.py/images/contenido/secretariadegenero/marcolegal/LEY-4-1992.pdf>

³¹ Constitución Política de Perú (1993), artículo 6, § 2, disponible en <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>

³² *Ibidem*, artículo 55, y artículo 56, § 1.

³³ *Idem*, "Provisiones Finales y Transitorias", § 4.

³⁴ Perú, además de ser signatario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDESC, aprueba mediante Resolución Legislativa No. 13282, los derechos contenidos en estos instrumentos jurídicos internacionales.

³⁵ Constitución de Suriname (1987), artículo 24, disponible en <https://www.dna.sr/wetgeving/surinaamse-wetten/geldende-teksten-tm-2005/grondwet-suriname/>

muestra de reconocimiento implícito. Si bien se puede encontrar referencia a la firma por el presidente y la aprobación por parte del Congreso de los Tratados Internacionales para su entrada en vigor, no se hace alusión a la jerarquía que estos adquieren en el orden nacional.³⁶ Se aprecia una protección general al derecho a la alimentación como necesidad básica, pero no existe una regulación expresa y carece de un apartado que clarifique sobre el orden jerárquico de los tratados internacionales, en especial en temas de derechos humanos, dentro de la pirámide normativa.

Mientras tanto, en la Constitución de Trinidad y Tobago no hay una alusión directa al derecho a la alimentación. En su preámbulo se regula que la nación se basa en el respeto a los derechos humanos fundamentales y la dignidad humana. De la misma forma, la parte preambulatoria establece que el funcionamiento del sistema económico debe dar lugar a que los recursos materiales de la comunidad se distribuyan de forma que sirvan para el bien común y que haya medios de subsistencia para todos.³⁷ Es conveniente resaltar que más allá de las interpretaciones que resultan de esta Constitución, no hay suficientes elementos que fundamenten la regulación directa o indirecta del derecho a la alimentación.

En Uruguay, no se menciona directamente en la Constitución el tema objeto de estudio. No obstante, se reconoce en el artículo 7 el derecho a la vida de todos los habitantes, y en relación con el artículo 72 alude que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.³⁸ Esta última previsión legal ofrece una garantía jurídica al reconocimiento del derecho a la alimentación en Uruguay. Conviene destacar que la carta magna en cuestión, más allá de expresar el claro derecho a la vida de los ciudadanos, fortalece la protección a otros derechos humanos no codificados pero esenciales para el desarrollo de la vida y la dignidad humana.

El derecho a la alimentación en la Ley de leyes de Venezuela no encuentra una alusión expresa, aunque varios preceptos sirven de fundamento para su realización. El artículo 19 reconoce la obligación del Estado de garantizar el goce de todos los derechos humanos basado en los principios de progresividad y no discriminación. Continúa el citado artículo reconociendo el carácter irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos y el

³⁶ *Ibidem*, artículo 103.

³⁷ Constitución de la República de Trinidad y Tobago (1976), Preámbulo, § a, § b, disponible en https://rgd.legalaffairs.gov.tt/laws2/Alphabetical_List/lawspdfs/1.01.pdf

³⁸ Constitución de la República del Uruguay (2004), artículos 7 y 72, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

respeto y garantía por parte del Estado, siguiendo la Constitución, los tratados internacionales suscritos y ratificados y las leyes de desarrollo.³⁹ De interés resulta la fórmula legal empleada en el artículo 22, que al igual que en Colombia enuncia que la regulación de un grupo de derechos en la Constitución y los ratificados en los tratados internacionales no niegan el ejercicio de otros inherentes a las personas. De forma clara concluye que la no existencia de norma complementaria sobre los derechos no regulados expresamente no menoscaba su ejercicio. Se debe agregar que se reconoce jerarquía constitucional, al igual que en Argentina, a todos los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados.⁴⁰ Al mismo tiempo, se reconoce en la Constitución venezolana la promoción de la agricultura sustentable, brindando un concepto de seguridad alimentaria y la producción de alimentos como interés nacional.⁴¹

Se puede concluir que en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Guyana, Brasil y Surinam se evidencia una protección directa al derecho a la alimentación. Mientras, en Argentina, Chile, Perú, Paraguay, Colombia y Venezuela, mediante la aplicación del Derecho internacional en el Derecho nacional, con distinto rango jerárquico en el ordenamiento interno, permite proteger el derecho objeto de estudio. Especial atención merece el caso de Colombia, Uruguay y Venezuela, que lo protegen a través de la provisión especial, reconociendo plena validez de los derechos humanos no regulados, más allá de la norma constitucional. En la Constitución de Trinidad y Tobago no se encuentran fundamentos suficientes que garanticen protección al derecho a la alimentación. Cabe destacar la relevancia que tiene para la realización del derecho a la alimentación, la regulación de los términos seguridad y soberanía alimentarias en las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela.

III.2. Las tendencias en América Central y el Caribe

En América Central y el Caribe se analizan nueve Constituciones correspondientes a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Haití. Se tienen en cuenta los mismos indicadores empleados en el proceso comparativo anterior. Sobre el derecho a la alimentación en la Constitución costarricense no hay referencia directa, salvo la regulación del artículo 82, que reconoce la obligación del Estado de proporcionar alimentos a los escolares indigentes. Sobre el tema, otra alusión indirecta se encuentra en el artículo 50, cuando refiere la obligación

³⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009), artículo 19, disponible en http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php

⁴⁰ *Ibidem*, artículos 22 y 23.

⁴¹ *Idem*, artículo 305.

del Estado de procurar el mayor bienestar posible a todos sus habitantes.⁴² De especial interés sobre el tema es el rango jerárquico constitucional que se le brinda a los tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa. Si bien el artículo 7 no menciona expresamente el rango jerárquico normativo, sí deja claro de forma expresa que serán de rango superior a las leyes, lo que deduce el rango constitucional de estos. Sobre el tema debe entenderse que se ofrece una protección al derecho a la alimentación a través de la aplicación y reconocimiento con rango constitucional de los instrumentos jurídicos internacionales que lo regulan y que Costa Rica ha aprobado.⁴³

En el caso de la Constitución de El Salvador, no existe mención del derecho analizado, pero hace una referencia a la calidad de los productos alimenticios para la protección de la salud humana. No obstante, al igual que en Costa Rica, hay referencia directa a la validez de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, en este caso se le reconoce rango de ley.⁴⁴ Se evidencia un reconocimiento indirecto al derecho a la alimentación, pero que garantiza una protección jurídica para su realización a través de las leyes del Estado. Caso contrario sucede en la norma suprema de Guatemala, que reconoce en su articulado la obligación del Estado de velar por la alimentación y la nutrición de la población siguiendo estándares mínimos de salud. De igual forma se reconoce la importancia de la alimentación para los ancianos y niños y la obligación que asume el Estado en su protección. Más allá de la declaración expresa del derecho a la alimentación, se ofrece mayor seguridad jurídica cuando el artículo 46 dispone la preeminencia del Derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el Derecho interno.⁴⁵ En este caso, Guatemala, al igual que Costa Rica y El Salvador, admite la validez de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, aunque varía el orden jerárquico reconocido en cada Estado. Lo anterior es muestra del reconocimiento y protección expresa del derecho a la alimentación.

De este estudio exegético se obtiene que la Constitución de Honduras no hace mención expresa, pero sí tácita, al derecho a la alimentación. Se presta especial interés a la obligación de los padres de asistir y alimentar a sus hijos, al igual que dispone en el artículo 347 como objetivo principal de la producción

⁴² Constitución Política de la República de Costa Rica (2009), artículo 82 y artículo 50, § 1, disponible en <http://www.asamblea.go.cr/sd/PublicacionesaTextoCompletoRevistas/ConstitucionPoliticadelaRepublicadeCostaRica,ReglamentodelaAsambleaLegislaiva.pdf>

⁴³ *Ibidem*, artículo 7.

⁴⁴ Constitución de la República de El Salvador, (1983), artículo 69, § 2, y artículo 144, disponible en https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

⁴⁵ Constitución Política de la República de Guatemala (1986), artículos 99, 96, 51 y 46, disponible en https://www.congreso.gob.gt/marco_legal

agropecuaria, la satisfacción de las necesidades alimentarias de la población hondureña. Se puede encontrar en el mismo artículo alusión indirecta a la dimensión de la seguridad alimentaria sobre el acceso físico y económico de los alimentos. A la vez se admite la validez de los tratados internacionales en el Derecho interno sin dejar claro su orden jerárquico, aunque aclara que en caso de contradicciones entre el tratado y la norma jurídica nacional prevalecerán los principios del tratado.⁴⁶ Si bien no hay una referencia expresa, sí se puede afirmar que existe una proyección a la protección del derecho a la alimentación en Honduras. Por otro lado, en la Constitución de Nicaragua se puede encontrar una referencia directa cuando reconoce el derecho de sus ciudadanos a estar protegidos contra el hambre y la obligación del Estado de asegurar disponibilidad y distribución equitativa de alimentos. En este último caso existe una protección expresa que garantiza el reconocimiento constitucional del derecho a la alimentación, aunque su alcance se ve limitado a garantizar mínimos de alimentos para evitar el hambre, dejando fuera la alimentación sana y adecuada.⁴⁷

Es de destacar que la Constitución de Panamá regula la obligación del Estado en garantizar el derecho a la alimentación de los niños y a su vez reconoce que le corresponde desarrollar políticas en materia de alimentación y nutrición que aseguren un óptimo estado nutricional para toda la población. En el mismo cuerpo legal se protegen algunos pilares de la seguridad alimentaria como la disponibilidad y el consumo sobre la base de las necesidades biológicas para una alimentación adecuada. El tema se refuerza cuando reconoce el deber fundamental del Estado de garantizar el ambiente sano donde los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana.⁴⁸ En este caso se evidencia un reconocimiento manifiesto del derecho a la alimentación. De igual forma, la Constitución de la República Dominicana admite claramente la obligación del Estado de garantizar la seguridad alimentaria de la población, con especial interés en ciertos grupos etarios. Se puede encontrar como forma de interpretación de los derechos fundamentales en la carta magna dominicana, la aplicación con rango constitucional de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.⁴⁹ De lo anterior

⁴⁶ Constitución de la República de Honduras (1982), artículos 121, 347, 16 y 18, disponible en https://portalunico.iaip.gob.hn/portal/ver_documento.php?uid=MjE0MDIzODkzNDc2MzQ4NzEyNDYxOTg3MjMOMg==

⁴⁷ Constitución Política de la República de Nicaragua (2014), artículo 63, disponible en <https://www.asamblea.gob.ni/assets/constitucion.pdf>

⁴⁸ Constitución Política de la República de Panamá (2016), artículo 56, § 2; artículo 110, § 1; artículo 118, disponible en <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>

⁴⁹ Constitución de la República Dominicana (2010), artículo 54; artículo 57, § 2; artículo 55, § 10, disponible en <https://dominicana.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13>

se constata una doble protección al derecho a la alimentación en la República Dominicana y en especial a ciertos grupos etarios, como sucede en Panamá.

La Constitución de Haití reconoce en su artículo 22 el derecho de todos los ciudadanos a la alimentación. Siguiendo el mismo estilo de la mayoría de las Constituciones analizadas hasta el momento, se reconoce que los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno y abrogan las leyes que sean contrarias a sus regulaciones.⁵⁰ Al igual que sucede con la Constitución de República Dominicana, en Haití se le ofrece una doble protección a la regulación de los derechos humanos, en específico al derecho a la alimentación. De igual forma, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce en el artículo 4, reformado, el derecho de toda persona a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad,⁵¹ lo que evidencia una protección expresa al derecho objeto de análisis en estos dos países.

De las Constituciones analizadas se evidencia una tendencia a la protección expresa del derecho a la alimentación, como sucede en Guatemala, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Haití y México. Una tendencia que de igual forma marca un punto de regulación indirecta del derecho objeto de estudio es la basada en la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional, en este caso se manifiesta en Costa Rica, El Salvador y Honduras. Esta sistematización demuestra la importancia que se le concede al derecho a la alimentación en la región y sus tendencias de constitucionalización.

IV. Sentido y alcance del derecho a la alimentación en Cuba: evolución y contexto

Sobre el proceso de constitucionalización del derecho a alimentación en Cuba debe hacerse referencia al reconocimiento ofrecido en la Constitución de 1976 a un grupo etario determinado. En su artículo 9, inciso b), cuarta pleca, se reguló la obligación del Estado cubano de garantizar la alimentación de los niños; elemento que si bien no contenía en su mayor expresión al derecho a la alimentación, sí constituía un paso jurídico importante en su positivización después del triunfo revolucionario de 1959.⁵²

⁵⁰ Constitution de la République de Haïti (1987), artículo 22, artículo 276, § 2, disponible en https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/la_constitution_de_1987_amendee.pdf

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021), artículo 4, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

⁵² Cfr. artículos 1 y 9, incisos a) y b) de la Constitución de la República de Cuba de 1976, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, del primero de agosto de 1992.

El inicio de la década de 1990, con la caída del campo socialista” trajo para Cuba nuevos retos para el desarrollo y realización plena del derecho a la alimentación. Durante esta etapa, denominada oficialmente “Período Especial”, ocurrió una desestructuración total de la economía, que afectó la industria y la producción agropecuaria, incidiendo negativamente en la distribución y el acceso a los alimentos por parte de la población.⁵³ A su vez, el Estado cubano, mediante normas jurídicas, impulsó cambios en la estructura de la tierra, dirigidos hacia el cooperativismo y la agricultura familiar como medidas paliativas ante el momento difícil que se vivía, resultando insuficientes para incentivar la producción de alimentos a los efectos de satisfacer la demanda de la población.⁵⁴

Otro elemento que influyó, e influye, negativamente en la realización del derecho a la alimentación en Cuba es la presión política de los Estados Unidos, reflejada en la existencia de un bloqueo económico y financiero, desde 1961, que impide la adquisición de suministros y materias primas necesarias para el desarrollo de la industria alimentaria, cortando las cadenas de suministros y sancionando a las empresas que comercian con el país caribeño.⁵⁵ A pesar de las circunstancias anteriores, el Estado cubano ha implementado acciones en pos de garantizar el derecho a la alimentación de los grupos en condiciones de vulnerabilidad, un claro ejemplo lo constituye el Sistema de Atención a la Familia, surgido en 1996⁵⁶ y concebido para complementar la alimentación a adultos mayores, personas con discapacidad, embarazadas con alto riesgo y casos sociales críticos, con insuficiencia de ingresos y carentes de familiares obligados en condiciones de prestar ayuda.⁵⁷ La atención diferenciada que

⁵³ Vid. ANAYA, B. y A. GARCÍA, “Dinamismo del sector agropecuario: condición necesaria para el desarrollo cubano”, revista *Economía y Desarrollo*, vol. 153, No. 1, 2015, pp. 159-177.

⁵⁴ El 10 de septiembre de 1993, la dirección del país dio a conocer, mediante acuerdo del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, una propuesta de estrategia consistente en un profundo e irreversible cambio estructural del sector agrario. Entre las medidas se encontraba el Decreto-Ley No. 142 de 1993, para la conversión de las antiguas granjas estatales en nuevas cooperativas de producción agrícola, denominadas Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC), así como la entrega de parcelas en usufructo para el cultivo de determinados productos.

⁵⁵ Vid. *Informe de la República de Cuba contra el Bloqueo*, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en <https://www.cubaminrex.cu> [consultado el 5 de febrero de 2020].

⁵⁶ Vid. Resolución Económica del V Congreso del Partido Comunista de Cuba, implementada dos años después a través de la Resolución No. 398 de 28 de diciembre de 1998, del Ministerio de Comercio Interior, la cual describía la Cadena de Atención a la Familia. Posteriormente fue modificada por la Resolución No. 40 de 2007. Disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/gacetatas-oficiales-1990-2008> [consultado el 18 de febrero de 2020].

⁵⁷ Vid. Resolución No. 96 de 2017, 10 de mayo de 2017, del Ministerio de Comercio Interior (MINCIN), relacionada con la Resolución No. 137 de 2016, del Ministerio de Finanzas y Precios, que fija los precios minoristas de los productos agrícolas que se destinan para las dietas médicas y el Sistema de Atención a la Familia. Publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 30, de 18 de julio de 2016, GOC-2016-623-030. Información disponible sobre el SAF en <https://www.mincin.gob.cu/familia>

brinda el Estado cubano a la alimentación y nutrición de la mujer embarazada y del niño posibilitó la declaración de Cuba como país libre de desnutrición infantil, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef).⁵⁸

En el año 2011, el derecho a la alimentación deviene expresión de la voluntad política dentro de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, en un primer momento, entre 2011-2016, y su posterior modificación para el periodo comprendido entre 2016-2021, donde se proyecta la producción de alimentos para garantizar el acceso de ellos a la población.⁵⁹ En 2016 fueron aprobados dos documentos políticos que refuerzan la importancia y necesidad de la alimentación en el país, el *Plan de Desarrollo de la Nación hasta 2030* y la *Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*.⁶⁰ De ello deriva que la producción de alimentos para garantizar la alimentación de la población se reconoce como una línea de trabajo permanente y prioritario en Cuba.

La nueva Constitución cubana, aprobada en referendo popular en 2019, regula de forma expresa en su artículo 77 el derecho de todas las personas a una alimentación sana y adecuada, resaltando la obligación del Estado de fortalecer la seguridad alimentaria de la población.⁶¹ Esta regulación constituye un salto cualitativo al establecer los estándares de alimentación sana y adecuada. El legislador cubano no reguló el derecho fundamental a estar protegidos contra el hambre, que garantiza el mínimo de alimentos para la subsistencia, sino incrementó el sentido y alcance del derecho a la alimentación. La regulación de este derecho entraña varios retos en el panorama jurídico y fáctico, pues obliga al Estado a tomar medidas que vayan dirigidas a su pleno cumplimiento.

⁵⁸ Vid. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2015, La desnutrición infantil, disponible en https://www.unicef.org/Informe_La_desnutricion_infantil.pdf [consultado el 4 de diciembre de 2019].

⁵⁹ El lineamiento No. 157 establece: “Desarrollar una política integral que estimule la incorporación, permanencia y estabilidad de la fuerza laboral en el campo, en especial de jóvenes y mujeres, para que simultáneamente con la introducción de las nuevas tecnologías en la agricultura, garanticen el incremento de la producción agropecuaria”. El Lineamiento No. 173, en su contenido, sin mencionarlo expresamente, hace mención a la soberanía alimentaria: “Continuar desarrollando el autoabastecimiento alimentario municipal, apoyándose en el Programa Nacional de agricultura urbana, suburbana y familiar, aprovechando los recursos locales y la tracción animal”. Cfr. *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución*, pp. 28 y 31, disponible en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Lineamientos%202016-2021%20Versi%C3%B3n%20Final.pdf>

⁶⁰ Objetivo Específico No. 9 del eje estratégico Recursos naturales y Medio Ambiente: “Mejorar los suelos con la aplicación de una agricultura sostenible, incluyendo un enfoque de Manejo Sostenible de Tierras, como vía para contribuir a alcanzar la seguridad y soberanía alimentaria del país”. Cfr. *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta el 2030: Visión de la Nación, Ejes y Sectores Estratégicos*, p. 18, disponible en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/%C3%BAltimo%20PDF%2032.pdf>

⁶¹ Cfr. artículo 77 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

No es menos cierto que este derecho de corte económico y social tiene un carácter progresivo marcado en un orden ascendente para su plena realización, aunque de este tema deriva el principio de no retroceso. El no retroceso distingue a los derechos económicos y sociales y va dirigido a mantener y superar lo que cada Estado lleve a cabo en materia alimentaria, nunca se puede, en principio, tomar medidas o políticas que impliquen detrimento a lo alcanzado hasta el momento.

De la regulación constitucional emanan dos elementos fundamentales para ser analizados, la palabra ‘sana’ y la palabra ‘adecuada’. Esta definición permite delimitar el sentido y alcance que le ofrece la norma suprema del Estado cubano al derecho a la alimentación:

- Del análisis etimológico de la palabra ‘sana’ se entiende que se hace referencia a aquello que es bueno para la salud, es seguro y sin riesgos.⁶² Este concepto, ya relacionado con la alimentación, ubica el acceso –físico y económico– por parte de la población, a alimentos en consonancia con los requerimientos dietéticos y nutricionales de cada persona, considerando su grupo etario y patologías asociadas. En este punto resulta válido relacionar el artículo 78 de la propia Constitución, que regula que todas las personas tienen derecho a consumir bienes calidad que no atenten contra su salud y su trazabilidad.⁶³ La inocuidad alimentaria y el conocimiento de su trazabilidad, desde la granja al tenedor,⁶⁴ son parte integrante del derecho a la alimentación en Cuba e imponen retos elevados para su cumplimiento.
- Continuando el mismo esquema de estudio anterior, la palabra ‘adecuada’ etimológicamente se refiere a aquella cosa o acción apropiada para las personas.⁶⁵ Cuando se contextualiza la palabra en el marco de la alimentación, se puede entender que es aquella relacionada con la nutrición dirigida a mantener la salud de los seres humanos. Una alimentación adecuada necesita la ingesta de alimentos en cantidades ordenadas, según el gasto

⁶² DRAE, 2021, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, disponible en www.dle.rae.es/sana

⁶³ Cfr. artículo 78: “Todas las personas tienen derecho a consumir bienes y servicios de calidad y que no atenten contra su salud, y a acceder a información precisa y veraz sobre estos, así como a recibir un trato equitativo y digno de conformidad con la ley”. Constitución de la República de Cuba, 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

⁶⁴ Desde la granja al tenedor o desde la granja a la mesa, *From Farm to folk*, es la traducción literal de una frase empleada para entender el proceso de los alimentos, desde la producción en la granja hasta la mesa de los consumidores finales. Promueve y estimula la producción de alimentos libres de químicos y aditivos acortando los intermediarios en las cadenas productivas. La Unión Europea es ejemplo de la aplicación de estos principios a través del “Farm to fork strategy for sustainable food”, aprobado como política por la Comisión Europea. Disponible en <http://www.fao.org/family-farming/datail/en/c/1263699/>

⁶⁵ DRAE, *Diccionario...*, ob. cit.

de energía de las personas, de acuerdo con su trabajo y profesión dentro de la sociedad. Este término incluye comer variado y de forma personalizada. Desde 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explicaba el sentido y alcance de una alimentación adecuada incluyendo: disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.⁶⁶

Se constata que la Constitución cubana de 2019 amplía el sentido y alcance del derecho a la alimentación y obliga al Estado a crear garantías jurídicas y materiales suficientes para permitir una efectiva realización de este. Como retos para la fundamentación y realización en Cuba de este derecho se debe tener en cuenta el empleo de las plataformas educativas existentes y crear nuevas en la promoción, desde edades tempranas, de una cultura de la alimentación. No es suficiente un aumento en la producción agroalimentaria si no existe una política organizativa que supere los cultivos estacionales y promueva la variedad productiva. El derecho a una alimentación sana y adecuada no puede observarse y erigirse sobre la abundancia de alimentos de forma física en calidad y cantidad, sino que, además, esos alimentos deben ser variados, teniendo en cuenta las necesidades nutricionales por edad, cantidad de energía consumida por cada tipo de trabajo, preferencias religiosas y culturales, considerándose a su vez la inocuidad alimentaria.

En la actualidad, el derecho a la alimentación, la soberanía y la seguridad alimentarias se consideran marcos teóricos de un mismo sistema alimentario global, donde son esenciales la nutrición adecuada y la equidad en la salud. Se presentan varios desafíos para el Estado cubano ante la nueva regulación constitucional del derecho a una alimentación sana y adecuada, en medio de un contexto alimentario global complejo, que tiene una alta influencia en el ordenamiento jurídico interno.

V. Conclusiones

El derecho a la alimentación constituye un pilar fundamental para el desarrollo de la vida y la dignidad humana. La regulación constitucional de este derecho humano es la primera garantía jurídica para asegurar su realización. Desde 2004, para los Estados miembros de la FAO se convirtió en una meta a lograr la introducción del derecho objeto de estudio en los ordenamientos jurídicos nacionales. Se constata que Latinoamérica se encuentra en la delantera en la protección y regulación del derecho a la alimentación. Muestra de lo anterior son las 22 Constituciones analizadas que regulan, a través de un

⁶⁶ Documento E/C.12/1999/5, de 12 de mayo de 1999..., ob. cit.

reconocimiento claro, a través de un reconocimiento implícito entre otros derechos humanos, a través de los principios generales del Estado o de la aplicación directa del Derecho internacional al Derecho nacional, este derecho. Es de resaltar dos puntos cruciales que resultan del estudio, y son las cláusulas de protección constitucional para los derechos humanos no regulados expresamente en Colombia, Uruguay y Venezuela y el reconocimiento a los términos seguridad y soberanía alimentaria, que, en sí, son de contenido más social y económico que jurídico.

Cuba es uno de los países latinoamericanos y caribeños que recientemente ha incorporado de forma expresa el derecho a la alimentación en su Constitución. Se puede evidenciar que antes de la regulación constitucional existían políticas y provisiones legales que amparaban de una forma indirecta este derecho humano. La regulación del derecho analizado en Cuba no es casualidad, sino resultado de un conjunto de compromisos contraídos a nivel internacional y en el ámbito nacional a través de las políticas públicas implementadas para su realización. Es de destacar la forma ampliada que se le reconoce a este derecho al adicionar la necesidad de una alimentación sana y adecuada y la obligación del Estado cubano de garantizar la seguridad alimentaria. El país caribeño se suma a la lista de países latinoamericanos que se dirigen a la creación de sistemas alimentarios basados en la soberanía alimentaria y los principios de la seguridad alimentaria, para así alcanzar la realización del derecho a la alimentación.

Regulación jurídica de la energía en Cuba: valoración crítica para su perfeccionamiento

José Grabiél LUIS CÓRDOVA*

I. Introducción

El estudio de la energía es esencial para la comprensión de fenómenos que constituyen verdaderos hitos en diversos campos de la ciencia y la tecnología, en la industria, el comercio, la agricultura, la biología y la química, así como, especialmente, en la propia historia de la humanidad. Se puede incluso afirmar que la demanda de energía ha acompañado a la humanidad desde sus orígenes; aunque en épocas anteriores de la historia, no se comprendía la magnitud de esta cuestión, reduciéndola a formas y manifestaciones elementales que, poco a poco, se fueron haciendo más complejas a medida que se intensificaban las necesidades de la sociedad.

Los recursos energéticos se utilizan para lograr el confort y mejorar la calidad de vida, principalmente en los países industrializados, donde los índices de consumo son mayores. Especialmente desde la Revolución Industrial, esto implica un uso excesivo de los combustibles fósiles, hasta el punto de que “la mayor parte de la estructura de suministro de energía primaria se basa en el petróleo y el gas, en casi un 90 % en todo el mundo”.¹ Este porcentaje muestra inmediatamente que el modelo de desarrollo actual se basa en fuentes de energía no renovables, lo que también ayuda a explicar que el mundo contemporáneo se enfrente a un periodo de crisis energética, ya que estas fuentes son por definición limitadas.

La mayoría de los países tienen políticas energéticas cuyo objetivo principal es lograr la máxima eficiencia en la distribución y el consumo de los recursos energéticos, reduciendo así los riesgos socioeconómicos y medioambientales. Sin embargo, este enfoque no es suficiente: la reducción de la disponibilidad de los recursos energéticos y el continuo crecimiento de la demanda mundial de energía exigen una nueva respuesta pública reguladora y orgánica, ajustada a la nueva percepción de las dimensiones y características reales de la situación energética actual y prospectiva.

* Profesor de Derecho de la Energía del Departamento de Derecho de la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas (Villa Clara). Investigador Asociado del Centro de Derecho Económico y Gobernanza, Universidad Libre de Bruselas (VUB), Bélgica. Email: jgluiscordova@gmail.com <https://orcid.org/0000-0001-9779-3382>

¹ VÁZQUEZ, Emiliano Javier, “Crisis Energética: Qué es, causas, consecuencias y soluciones”, en *Ecosiglos. La ecología de forma segura*, 2017, disponible en <https://ecosiglos.com/crisis-energetica-causas-consecuencias-y-soluciones/>

La importancia de la energía para la humanidad es irrefutable. Algunas cuestiones asociadas a este elemento vital tienen especial relevancia jurídica, como la producción, la distribución, el consumo de energía y la solución de posibles conflictos. Estos elementos deben ser regulados de forma óptima para proporcionar seguridad jurídica y, al mismo tiempo, evitar ambigüedades, vacíos legislativos, insuficiencias y obsolescencia normativa, leyes contradictorias y uso incorrecto de las categorías.

El sistema jurídico-energético no debe ser el resultado de la suma de una serie de medidas relacionadas con las políticas sectoriales o el resultado de la prevalencia de intereses específicos. Por el contrario, la respuesta normativa al escenario energético debe pasar por la adopción de instrumentos jurídicos que establezcan una conducta pública y privada de forma coherente, articulada y uniforme. Por ello es imprescindible delimitar adecuadamente las relaciones jurídico-energéticas mediante el establecimiento de principios, instituciones, procedimientos y mecanismos de defensa de los derechos, así como un adecuado asesoramiento en la materia.

En el ámbito internacional, numerosos autores se han ocupado de este tema.² Por el contrario, en Cuba existen pocos antecedentes bibliográficos sobre la energía desde la perspectiva de la Ciencia del Derecho.³ Debido a la relevancia del tema que se analiza y a que Cuba no escapa de la crisis que atraviesa el mundo contemporáneo, es necesario contar con una legislación vigente, lo más acabada posible, para propiciar principalmente el ahorro. Por estas razones, la presente investigación tiene como objetivo evaluar el marco jurídico cubano de la energía y sus principales deficiencias, a partir del análisis de la legislación en este sentido.

² PACHAURI, Shonali *et al.*, "Pathways to Achieve Universal Household Access to Modern Energy by 2030", *Environmental Research Letters* 8, No. 2, June 1, 2013, 024015, disponible en <https://doi.org/10.1088/1748-9326/8/2/024015>; LORMENTEAU, Blanche, "Chaleur et Droit", Université de Nantes, 2014, disponible en <http://archive.bu.univ-nantes.fr/pollux/show.action?id=d27cf670-4f91-409f-af52-61130f81c1a2>; SOVACOO, Benjamin K. and Michael H. DWORKIN, *Global Energy Justice. Problems, Principles, and Practices*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2014; BRADBROOK, Adrian, "Energy and Law-Searching for New Directions Imagining Law: Essays in Conversation With", 2016, pp. 13-33, disponible en <https://doi.org/10.20851/essays-gardam-02>

³ DOMÍNGUEZ SANTIAGO, Niubis, "Estudio comparado de la cogeneración y propuesta de fundamentos jurídicos para su regulación en Cuba", Universidad Central Marta Abreu de Las Villas, 2010; MUÑOZ ALFONSO, Yisel *et al.*, *Aspectos Jurídicos de Tres Temas Medioambientales Cubanos*, vol. III, Editorial Samuel Feijóo, Santa Clara, 2014; DELGADO TRIANA, Yanelys y Ernesto Yoel FARIÑAS WONG, "Derecho de Acceso a La Energía. Protección Constitucional en Cuba", *Caribeña de Ciencias Sociales*, 2016, disponible en <https://www.eumed.net/rev/caribe/2016/04/energia.html>; PEÑA PUPO, Leonardo *et al.*, "Quality of Energy, Energy Access and Law within the Cuban Hydropower Context", *Global Jurist* 20, No. 3, October 22, 2020, disponible en <https://doi.org/10.1515/gj-2020-0012>

II. La energía como objeto de regulación jurídica

Encontrar una definición jurídica de energía, analizada desde la perspectiva de la Ciencia del Derecho, no es una tarea fácil, a pesar de que se define desde múltiples perspectivas.⁴ La energía podría considerarse como un motor de la producción de bienes y servicios en todos los sectores económicos y del desarrollo social, lo que explica que su regulación esté centrada en estos aspectos, generalmente ligados a los costes, la accesibilidad y la tecnología y a lograr una interrelación entre ciencia, técnica y sociedad.

En las diferentes formas de organización social, quienes pretendían ejercer influencia sobre el aparato institucional tenían el objetivo estratégico de dominar el sector energético. Varios ejemplos (históricos) pueden ilustrar esta afirmación, como el agua y los molinos de viento, vinculados a prerrogativas de los señores feudales, además del uso de la leña, hoy también llamada “el aceite de los pobres”, que solía ser regulada comunitariamente en los fueros y/o era objeto de una regulación consuetudinaria de carácter público.⁵

La disponibilidad de energía en el mayor número posible de unidades, según las formas de uso de la tecnología disponibles en cada momento puede, además, contribuir a garantizar la supremacía de unos grupos humanos sobre otros.

Para el Derecho, la energía constituye un sector industrial. Así, se entiende por “industria” toda actividad económica relacionada con la generación, transformación, distribución y aplicación de la energía mecánica, química, eléctrica, térmica o nuclear. En muchas jurisdicciones, como la cubana, este sector industrial se trata en una parte especial del Derecho administrativo. Para una eficiente organización administrativa de este sector se considera necesaria la existencia de un ministerio específico en muchas de estas jurisdicciones. En el caso de Cuba, se trata del Ministerio de Energía y Minas,⁶

⁴ VARIS, Ozge, “*International Energy Investments: Tracking the Legal Concept*”, *Groningen Journal of International Law* 2, No. 1, March 30, 2018, p. 81, disponible en <https://doi.org/10.21827/5a86a7ec7323e>

⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevo Derecho Energético*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

⁶ “MINEM Sitio web oficial - Ministerio de Energía y Minas de La República de Cuba”, disponible en <https://www.minem.gob.cu/> [consultado el 25 de julio 2021]. El MINEM cuenta con un organigrama institucional que permite el adecuado cumplimiento de sus objetivos. Cuenta con tres entidades adscritas, que son la Oficina Nacional para el Control del Uso Racional de la Energía (ONURE), el Instituto de Geología y Paleontología (IGP) y la Oficina Nacional de Recursos Minerales (ONRM). Asimismo, tiene tres entidades subordinadas denominadas: el Profitorio Nacional Obrero, la Escuela Ramal del MINEM y el Centro Nacional para la Certificación Industrial. También cuenta con un sistema empresarial integrado por el Grupo Empresarial del Níquel de Cuba, la Unión Eléctrica, la Unión Cuba-Petróleo y el Grupo Empresarial Geominero Salinero (GEOMINSAL).

que tiene encomendadas las funciones de ordenación, planificación, control y gestión de la energía en sus diversas formas.

Tanto en el ámbito jurídico como en el económico, al referirse a la energía y a las normas creadas para su regulación se hace referencia a la energía como recurso natural capaz de producir trabajo o cambios en otros organismos y a todos los mecanismos de explotación, transformación y aplicaciones derivados de ellos. Desde la perspectiva de la política económica, es importante destacar el papel de sus instrumentos jurídicos, que actúan en un espacio territorial determinado y, dado que existen necesidades humanas ilimitadas frente a recursos escasos, este ámbito geoeconómico influye en la riqueza o pobreza de un país. En este contexto, el Derecho trata de proteger y regular el acceso a los recursos energéticos, ya sean renovables o no renovables: agua, biomasa, petróleo, carbón, etc. Todos ellos se encuentran en el medio ambiente y son protegidos por el Estado, no solo en Cuba, sino en muchas partes del mundo.

Esta facultad de los Estados ha sido conquistada y reconocida por el Derecho internacional público, que alcanzó legitimidad en la comunidad internacional en 1952, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución No. 626 VII.⁷ Desde esa fecha hasta la actualidad, los diferentes órganos constitucionales han ido incorporando los recursos naturales en los artículos relativos al sector público. Dicha protección se basa en tres principios:

“... el derecho a la protección de los recursos naturales: reservas hidroeléctricas, parques nacionales, monumentos naturales, reservas terrestres y forestales; el derecho al uso racional de los recursos naturales a través de instituciones como licencias, permisos, concesiones, limitaciones administrativas, etc.; el ejercicio del poder de policía administrativo que promueve y controla las actividades económicas relativas a los recursos naturales. Estos tres principios y su regulación constituyen áreas sustanciales”.⁸

Las regulaciones energéticas deben estructurarse orgánicamente y crear así una estrategia que permita regular el uso de las diferentes fuentes de energía. De esta manera, se puede moderar el consumo de recursos energéticos no renovables y estimular la producción de energía a partir de recursos renovables, controlar la contaminación ambiental y optimizar el uso de los recursos escasos. Tal enfoque puede contribuir a la restricción del gasto en divisas, lo que representa un alivio para la economía de los países. El suministro de energía debe considerarse como un sistema nacional que busca integrarse. El Derecho de la energía, aunque basado en categorías jurídicas e instituciones ya cohesionadas, tiene en este enfoque un sentido funcional que le permite una

⁷ “Resoluciones de La Asamblea General - 7º Período de Sesiones”, disponible en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/7/ares7.htm> [consultado el 25 de julio 2021].

⁸ WITKER, Jorge, *Introducción Al Derecho Económico*, 4ª ed., McGraw-Hill, México, D.F., 1999.

mayor integración frente a la anterior dispersión sectorial. La administración tiende así a reagrupar sus unidades de intervención y gestión, de planificación, de políticas de precios y de medidas de estímulo, con vistas a la conformación de un sistema energético estrechamente interrelacionado.

Dentro del sector energético, el sector eléctrico tiene una especial relevancia económica, dado su carácter de condición básica para el desarrollo. La electricidad no puede almacenarse ilimitadamente; se produce y luego se consume o se pierde. Por ello, una vez generada, se transporta y distribuye en función de las necesidades de consumo inmediato, llegando a los lugares de uso final a través de redes que la transmiten a una velocidad cercana a la de la luz. Los sistemas eléctricos permiten realizar estas actividades simultáneamente, asegurando el necesario ajuste instantáneo entre producción, transporte y consumo. Para que este complejo proceso se desarrolle de forma eficiente desde el principio hasta el final sin desperdiciar energía, es imprescindible contar con un soporte normativo muy específico para cada una de las fases implicadas.

Estas peculiaridades tienen un determinado paralelismo y una dependencia recíproca entre el desarrollo, por un lado, y la regulación administrativa del sector energético, por otro. En la medida en que la vida humana se ha vuelto inconcebible sin el uso de la energía, puede serlo aún menos sin la electricidad, lo que obviamente la convierte en un elemento clave dentro del sistema socioeconómico.

La actuación administrativa en el sector energético debe estar ciertamente amparada por el principio de legalidad, que es uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas democráticos liberales y que se ha convertido en la manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho.⁹ La actividad energética se concibe como sometida a normas específicas, que constituyen la base previa y necesaria para una acción, y en ausencia de dicha autorización normativa, la acción debe considerarse prohibida, ya que solo puede llevarse a cabo válida y legalmente en la medida en que la legislación lo permita.

Cada acción u omisión de la Administración debe responder a una potestad administrativa, un poder jurídico conferido por la ley. Esta potestad administrativa puede ser: “reglada”, cuando la ley especifica cada una de las condiciones para el ejercicio de la potestad; o “discrecional”, cuando la ley define condiciones para la realización de una actividad, pero permite un criterio subjetivo de la Administración. Este criterio subjetivo puede basarse en una integración

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, disponible https://books.google.com/books/about/Fundamentos_de_derecho_administrativo.html?id=UoJ0OgAACAAJ

de la situación de hecho concreta o del contenido específico dentro de los límites legales de la decisión aplicable.¹⁰

Por otro lado, en muchas partes del mundo, especialmente en la Unión Europea (UE), se ha producido una creciente liberalización del sector energético, pasando de un enfoque económico basado en el control estatal a una economía de mercado, lo que va unido a una reducción de la capacidad de intervención directa o indirecta del Estado para garantizar el mejor funcionamiento del mercado. En el seno de la UE, esto se ha traducido en directivas emitidas por los Estados miembros como normas comunes, que coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso y al ejercicio de las actividades no asalariadas y de los servicios, garantizando al mismo tiempo la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.¹¹ Por otro lado, la ampliación del interés general que legitima la intervención pública en el sector, más allá de la realización del mercado común interior abierto y competitivo, sigue siendo una cuestión latente, con puntos de interés relevantes relacionados con la promoción de la sostenibilidad del crecimiento basado en la alta calidad de vida, la protección del medio ambiente y la cohesión económica y social.

“La acción pública se dirige a asegurar la eficacia del diseño normativo de su organización y funcionamiento, articulado a través de las potestades administrativas [...] y su objetivo es sin perjuicio de la posibilidad de prestaciones basadas en la autonomía de la voluntad, la oferta entendida como sector público en sentido funcional”.¹²

Teniendo en cuenta la pluralidad de tendencias en la regulación jurídica de la energía, es imprescindible desarrollar un análisis valorativo de su naturaleza jurídica.

II.1. Naturaleza jurídica de la energía

La energía es un bien esencial en la sociedad actual, dado que es necesaria en todo tipo de actividades humanas: domésticas, productivas, de servicios o de ocio; razones que hacen del sector energético un sector valioso para la economía, el desarrollo y la calidad de vida de la población. Las formas de energía convencionales, principalmente la electricidad y el gas, son una condición de los servicios esenciales, lo que ha llevado a declarar la provisión (el acceso) de

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.*, *Derecho de la regulación económica*, vol. III, Iustel, 2009.

¹² MUÑOZ MACHADO *et al.*, Santiago, *Derecho de la regulación...*, ob. cit., pp. 203.

energía como un servicio público y como un servicio público típico que debe ser regulado por el Estado.

La administración pública entiende a la producción y distribución de electricidad como una actividad industrial que forma una importante fuente de ingresos y que exige cierta protección en favor de sus consumidores. En consecuencia, con lo anterior se ha desarrollado una intervención administrativa casuística, sectorial y desordenada. El paso del tiempo, la complejidad de los medios técnicos, la relevancia económica de esta actividad y el aumento constante del número de usuarios afectados, industriales y particulares, además, hicieron que la Administración principal tomara conciencia de la necesidad de regular los servicios relacionados con la energía de forma global y unitaria, más allá de las concreciones singulares que representan las correspondientes concesiones y autorizaciones.¹³

Aunque los estudios doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la energía no son amplios, se considera a la distribución de energía (todavía) como un servicio público. En este sentido, su finalidad general es la de satisfacer las necesidades que dan lugar a las prestaciones a los particulares, individualmente o en su conjunto, que son de interés público y sirven al bien común.

La determinación de reconocer y asignar a una actividad concreta el carácter de servicio público requiere unas condiciones objetivas: debe existir un compromiso con el bienestar general, por lo que se hace una exigencia de interés público; la administración pública debe asumir la satisfacción de las necesidades de que se trate, ya sea bajo control activo o dejándolo en manos del sector privado, llevando a cabo un control indirecto; debe existir un régimen jurídico de Derecho público que permita a quienes desarrollan dicho servicio atender mejor la satisfacción de las necesidades colectivas, a la vez que se dota a los usuarios de mecanismos de protección jurídica frente al comportamiento de la administración.¹⁴

La actuación del Estado es fundamental, ya que debe asegurar que el servicio se preste en las condiciones establecidas, lo que no implica que esta función sea exclusiva suya. De esta forma, el Estado puede recurrir a la figura de la concesión, que lleva implícita la idea de que alguien preste el servicio en nombre del Estado, en los términos acordados entre el prestador y el Estado, alcanzados mediante la negociación y la posterior ejecución de un contrato. La

¹³ OLIVARES GALLARDO, Alberto, "Servicio público y sector eléctrico: evolución en Europa desde la experiencia española", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, No. 39, December 2012, pp. 437-471, disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-68512012000200016>

¹⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "Concesión administrativa e iniciativa privada", *THEMIS Revista de Derecho*, No. 39, June 1, 1999, pp. 99-119, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

concesión administrativa tiene por objeto organizar las actividades (consideradas de interés general) y apoyar su desarrollo.¹⁵ La concesión administrativa de un servicio público es aquella en la que la Administración pública otorga a una entidad privada la facultad de realizar actividades que solo debería desarrollar el Estado. Un ejemplo es el servicio eléctrico, que es energía y, como tal, es un insumo fundamental en muchas actividades productivas a la par de cualquier otra materia prima.

El servicio público de energía suele ser oneroso: el usuario debe abonar una cantidad en concepto de pago por el servicio prestado, pero no debe ser lucrativo; lo que hay que hacer es cubrir una parte del coste del servicio prestado. Sin embargo, también hay servicios prestados por la Administración que generan beneficios cuando la cantidad pagada por el usuario cubre el coste del servicio, además de un porcentaje de beneficio a favor del proveedor del servicio. Cuando se fijan las tarifas que los usuarios pagan como retribución por los servicios que utilizan, cabe esperar que se respete el principio de proporcionalidad, lo que implica que las tarifas cobradas sean justas y razonables. También debe haber consonancia con el principio de legalidad, entendido como una forma de legitimidad, ya que dichas tarifas deben ser fijadas por la autoridad estatal competente.

El servicio público de energía está sujeto a diferentes criterios de clasificación, que varían en función de las particularidades de cada país. Cuando el servicio es prestado por el Estado, ya sea directamente o indirectamente a través de entidades autárquicas o particulares, se clasifica como servicio público. En el caso de los servicios prestados directamente por el Estado, aparece como un ejercicio de la prerrogativa administrativa. En cambio, en el caso de los servicios que el Estado presta indirectamente a través de una entidad autárquica, la prestación de energía pública se convierte en una expresión de la función, o complejo de funciones, atribuida a dicha entidad. En el caso de que el servicio se realice a través de particulares, se convierte en un servicio público impropio, como es el caso de la cesión a un particular de la facultad de prestar el servicio a través de la figura de la concesión, o sin cesión de facultades, en caso de un mero arrendamiento.¹⁶

En cuanto a la titularidad del servicio, se trata de saber si el servicio es prestado por el Estado o por entidades locales, lo que implica que puede ser clasificado como servicio público nacional, provincial o municipal. En lo que se refiere a

¹⁵ MATAS AXPE, Andrés, "Electricidad: servicio público y empresa privada", September 22, 2006, disponible en <https://www.analitica.com/economia/electricidad-servicio-publico-y-empresa-privada/>

¹⁶ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Disertación Sobre El Servicio Público", *Foro. Revista de Derecho*, No. 13, 2010, pp. 5-21, disponible en <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/379>

la necesidad de su prestación, puede clasificarse además como obligatorio y necesario. En relación con la naturaleza del suministro (público) de energía, puede considerarse un servicio esencial en la medida en que contribuye al mantenimiento y mejora de los Estados y de su población en general. Teniendo en cuenta la naturaleza de la necesidad, los servicios relacionados con la energía son, además, permanentes, ya que no pueden interrumpirse.¹⁷

Todos los servicios públicos, incluido el energético, presentan una serie de notas características o elementos constitutivos en su noción conceptual; en los que existe, aunque con algunas variaciones, acuerdo doctrinal en cuanto a su determinación. La presente investigación se adscribe al criterio del sector que analiza la continuidad, la regularidad, la uniformidad o igualdad, la generalidad y la obligatoriedad como características.¹⁸

La prestación de los servicios públicos debe ser continua, lo que implica puntualidad y regularidad, además de eficiencia. La exigencia de continuidad puede ser absoluta cuando se trata de necesidades permanentes que deben ser cubiertas siempre, como ocurre en el suministro de agua, gas o electricidad; mientras que la exigencia de continuidad puede ser relativa cuando se atienden necesidades intermitentes.

La continuidad de los servicios públicos se asegura a través de diferentes arbitrajes legales, entre los que destacan: la exclusión de la posibilidad de huelgas y cierres patronales que suspendan o dificulten la prestación del servicio; la ejecución directa por parte de la Administración pública en los casos en que el servicio haya sido concedido a un concesionario que no lo preste adecuadamente; la imposibilidad de admitir la ejecución forzosa de bienes que estén afectados a la prestación del servicio y cuya privación pueda suponer un perjuicio para este, entre otros.¹⁹

La característica de obligatoriedad viene dada por el deber que pesa sobre quien tiene a su cargo la prestación de un servicio, ya sea la Administración pública o un concesionario, de prestarlo necesariamente cada vez que sea requerido por cualquier usuario. La negativa a prestar el servicio puede constituir, en tal caso, una infracción grave que debe ser sancionada y, en el caso de los servicios concedidos, puede dar lugar incluso a la caducidad o rescisión de la concesión.

Todos los potenciales usuarios del servicio público deben tener derecho a exigir y recibir los correspondientes servicios en igualdad de condiciones. La

¹⁷ MATAS AXPE, "Electricidad: Servicio Público...", ob. cit.

¹⁸ POSADAS CABRERA, Saúl, "Caracteres de Los Servicios Públicos", 2015, disponible en https://www.academia.edu/16526790/Caracteres_de_los_servicios_públicos

¹⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "Concesión administrativa...", ob. cit.

uniformidad o igualdad en los servicios públicos no es más que el principio de igualdad ante la ley, que se aplica en el caso de determinados servicios públicos que admiten, a partir de unas condiciones generales básicas, la posibilidad de contratación individual; mientras que el carácter de generalidad del servicio público consiste en el reconocimiento de que todos los usuarios tienen derecho a utilizarlos, dentro de las modalidades establecidas, negando así la posibilidad de exclusiones arbitrarias o indebidas.

III. Marco jurídico de la energía en Cuba

En Cuba existe una amplia perspectiva gubernamental hacia el uso racional de la energía, su disponibilidad en todos los lugares del país y la implementación de las energías renovables. Para lograr estos propósitos se han creado varios cuerpos normativos, los cuales se estudiarán a continuación con un criterio jerárquico y, dentro de él, en orden cronológico, para lograr un análisis lógico de las normas y facilitar su comprensión.

La Constitución de la República de Cuba de 2019 no menciona expresamente la obtención de energía, su uso racional o el derecho a esta; tampoco se consigna dentro de los fines esenciales del Estado. A pesar de ello, aborda temas estrechamente relacionados con ella, como son:

El inciso f) del artículo 13, dentro de los fines esenciales del Estado cubano, garantiza la plena dignidad de las personas y su desarrollo integral; al mismo tiempo, en el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, se considera un valor supremo que sustenta el ejercicio de otros derechos y deberes. Los artículos 13 e) y 16 m) declaran que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la sociedad para asegurar la prosperidad y la óptima calidad de vida. El artículo 75 establece que el Estado protege el medio ambiente, los recursos naturales del país y el derecho de las personas a un medio ambiente sano y equilibrado, duradero para las generaciones futuras, que sirven de base para el desarrollo próspero y sostenible del país. El artículo 76 se refiere al derecho al agua potable y el artículo 90 j) se refiere al deber de todo ciudadano de cuidar los recursos naturales y el medio ambiente en general.²⁰

La Ley No. 1287 de 2 de enero de 1975, Ley Eléctrica, establece la energía eléctrica como una de las premisas fundamentales para la economía del país, marcando las pautas para su uso y explotación. Aborda aspectos tan importantes como el concepto de reguladores y grupos técnicos, así como la supervisión de los transportistas de energía. Plantea expresamente la prohibición

²⁰ “Constitución de la República de Cuba” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5.pdf>

del despilfarro energético, dictando medidas técnicas y lo sitúa como un pilar fundamental de la economía para el desarrollo.²¹

La Ley No. 81, Ley de Medio Ambiente, especifica conceptos importantes, como el desarrollo sostenible y el deber de los ciudadanos cubanos de cuidar el medio ambiente, además de tener una previsión sobre los recursos no renovables y su disponibilidad para las generaciones futuras. Esta ley alude a la utilización de los recursos energéticos por parte de cualquier persona física o jurídica, así como al uso de fuentes de energía renovables y de equipos, tecnologías, medidas técnicas y organizativas que favorezcan la conservación y el uso eficiente de la energía. Establece los órganos y entes competentes para dictar las estrategias que garanticen el uso de la biomasa como fuente de energía y otras alternativas tecnológicas tendientes al uso eficiente de las fuentes de energía y la reducción de la contaminación ambiental.²²

El Decreto-Ley No. 345, “Del Desarrollo de las Fuentes Renovables y el Uso Eficiente de la Energía”, reconoce el estrecho vínculo entre la energía y el desarrollo económico y social sostenible y establece el propósito de incrementar la participación de las fuentes renovables en la matriz de generación de energía eléctrica, con el objetivo de alcanzar una proporción no menor al 24 % en el año 2030. También ofrece una definición detallada de las fuentes de energía renovable y enumera cada una de ellas en orden de prioridad.²³

El Decreto-Ley No. 345 tiene como objetivo favorecer la participación de las fuentes de energía renovables en lo que se refiere a “la generación de electricidad, la sustitución progresiva de los combustibles fósiles y la diversificación de la estructura de los combustibles fósiles utilizados en la generación de electricidad”. Este Decreto-Ley permite estimular la inversión y la investigación, así como la producción y el uso de energía procedente de fuentes renovables, mediante el establecimiento de incentivos y otros instrumentos que estimulen su desarrollo. Dentro de su ámbito de actuación se encuentra la producción de equipos, medios y repuestos por parte de la industria nacional. Todo ello con el fin de promover la eficiencia y el ahorro energético.

El Decreto-Ley No. 345 también establece la disposición de la Unión Nacional Eléctrica (UNE), principal ente generador del país, de trabajar en la eficiencia de sus plantas y en la preparación del Sistema Eléctrico Nacional, para

²¹ “Ley 1287/75: Ley Eléctrica” (1975), disponible en <https://www.unionelectrica.cu/wp-content/uploads/2018/11/ley-electrica.pdf>

²² “Ley 81 ‘Ley Del Medio Ambiente’” (1997), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-81-de-1997-de-asamblea-nacional-del-poder-popular>

²³ “Decreto Ley 345 ‘Del Desarrollo de Las Fuentes Renovables y El Uso Eficiente de La Energía’” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-ley-345-de-2019-de-consejo-de-estado>

asimilar tecnologías de fuentes de energía renovables. En este contexto concibe la producción de energía por parte de productores independientes. Establece que todas las personas jurídicas están obligadas a contar con un programa de desarrollo de fuentes de energía renovable y a utilizar racionalmente la energía.

El mencionado instrumento jurídico se acompaña de resoluciones complementarias para establecer las prioridades y normas que regirán este sector. Por ejemplo, la Resolución No. 123 de 2019, del MINEM, establece los requisitos que deben cumplir en el desarrollo de las fuentes renovables las organizaciones de alta dirección empresarial, los sistemas empresariales de las administraciones provinciales y municipales, y las entidades presupuestadas.²⁴ La Resolución No. 124 de 2019, del MINEM, constituye normas para elevar la gestión, eficiencia y conservación de la energía, así como el control de los sistemas de gestión energética en las grandes entidades consumidoras de energía. La Resolución No. 141 de 2019 del Ministerio de Comercio Interior (MINCIN) establece el procedimiento para la comercialización de equipos que utilicen fuentes renovables y para el uso eficiente de la energía. La Instrucción No. 6 de 2019 del Banco Central de Cuba (BCC) establece que los bancos comerciales deben otorgar créditos a los particulares para la adquisición de equipos que utilicen fuentes de energía renovables.²⁵

En cuanto al régimen jurídico de la inversión extranjera, en 2014 se promulgó la Ley No. 118, “Ley de Inversión Extranjera”,²⁶ y su reglamento complementario, el Decreto No. 327.²⁷ Estos dos cuerpos normativos, además de la Resolución No. 283 de 2014 del MINEM,²⁸ plantean los requisitos de eficiencia, conservación de la energía y uso de fuentes de energía renovable para la obtención de la licencia energética en el proceso de inversión.

²⁴ Ministerio de Energía y Minas, “Resolución 123” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-123-de-2019-de-ministerio-de-energia-y-minas>; Ministerio de Energía y Minas, “Resolución 124” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-124-de-2019-de-ministerio-de-energia-y-minas>; Ministerio del Comercio Interior, “Resolución 141” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-141-de-2019-de-ministerio-del-comercio-interior>

²⁵ Banco Central de Cuba, “Instrucción 6” (2019), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/instruccion-6-de-2019-de-banco-central-de-cuba>

²⁶ “Ley 118 ‘Ley de la Inversión Extranjera’” (2014), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-118-de-2014-de-asamblea-nacional-del-poder-popular>

²⁷ “Decreto 327 ‘Reglamento del proceso inversionista’” (2014), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-327-de-2014-de-consejo-de-ministros>

²⁸ Ministerio de Energía y Minas, “Resolución No. 283: ‘Procedimiento para los permisos requeridos en el proceso inversionista que se otorgan por el Ministerio de Energía y Minas’” (2014), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-283-de-2014-de-ministerio-de-energia-y-minas>

Otro instrumento esencial es la Estrategia Ambiental Nacional.²⁹ Esta última está dirigida principalmente a la búsqueda de fuentes de energía renovables y a su implementación, con el fin de garantizar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y una mejor calidad de vida para la población cubana. Entre otras resoluciones y órdenes ministeriales se encuentran la Resolución No. 136, “Reglamento Técnico de Eficiencia Energética para los equipos de uso final de la energía eléctrica”,³⁰ y la Resolución No. 152 de 2018, que consiste en una guía de inspección eléctrica de la ONURE.³¹

En cuanto al régimen legal para la importación de tecnologías para el uso de fuentes de energía renovables, Cuba promulgó una serie de cuerpos normativos que facilitan este proceso y que, a su vez, establecen un conjunto de exenciones e incentivos tarifarios. Entre las nuevas normas legales se encuentran las Resoluciones 319, 321 y 322 de 2021, emitidas por el Ministerio de Finanzas y Precios, que establecen exenciones arancelarias en este tipo de importaciones tanto para personas naturales como jurídicas del sector público y privado.³²

En cuanto a la compra de energía, en 2017 entró en vigor la Resolución No. 435 y en 2018 la No. 215, ambas emitidas por el Ministerio de Finanzas y Precios. La primera tuvo como objetivo establecer el precio de compra por la UNE de la electricidad generada por el sector no residencial. La segunda regula el precio de compra por la UNE de la electricidad generada por el sector residencial con la instalación de sistemas de paneles solares fotovoltaicos. El 23 de agosto de 2021 entró en vigor la Resolución No. 359 del Ministerio de Finanzas y Precios, que unifica en un solo órgano regulador los precios de compra de energía según el tipo de productor.³³

²⁹ Tecnología y Medio Ambiente de Cuba, Ministerio de Ciencia, “Estrategia Ambiental Nacional”, July 22, 2021, disponible en <https://www.citma.gob.cu/estrategia-ambiental-nacional/>

³⁰ Ministerio de la Industria Básica, “Resolución 136 ‘Reglamento técnico de eficiencia energética para los equipos de uso final de la energía eléctrica’” (2009), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-136-de-2009-de-ministerio-de-la-industria-basica>.

³¹ Ministerio de Energía y Minas, “Resolución 152 ‘Manual de Inspección a Los Portadores Energéticos’” (2018), disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-152-de-2018-de-ministerio-de-energia-y-minas>

³² GONZALEZ FUENTES, Yisel, “Exenciones arancelarias e incentivos para el uso de energías renovables en Cuba”, disponible en <http://www.granma.cu/doble-click/2021-08-10/exenciones-arancelarias-e-incentivos-para-el-uso-de-energias-renovables-en-cuba-10-08-2021-22-08-59> [consultado el 10 de agosto de 2021].

³³ MONTES CALZADILLA, Ramses, “Aprobadas en Res359 del MFP tarifas para la compra de la electricidad entregada a la red con la fotovoltaica, sector residencial 3 pesos/kWh y no residencial 1.8 pesos/kWh”, Twitter, August, 25, disponible en https://twitter.com/Ramses_Montes78/status/1430562093737156609

IV. Deficiencias regulatorias de la energía en Cuba

La correcta regulación de la energía es de vital importancia, y para ello se analizan las deficiencias regulatorias de la energía en Cuba, con el objetivo de crear bases firmes para la posterior elaboración de normas jurídicas que se ajusten a la realidad imperante en el país y que respondan a las necesidades del sector energético y de la población.

A lo largo de la historia, las Constituciones cubanas no han abordado el tema del acceso a la energía como un derecho de las personas; sin embargo, solo han introducido temas aleatorios, como el derecho a un medio ambiente sano y cuestiones ambientales que pueden estar relacionadas con la energía o la forma de obtenerla. Sin embargo, no definen el acceso a la energía ni lo tratan como un derecho constitucional. Ejemplos de ello son la Constitución de 1976 y la actual de 2019, que mencionan el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y los recursos naturales por parte del Estado en el artículo 27 y en el artículo 75, respectivamente, y los vinculan con el desarrollo económico del país, sin mencionar exhaustivamente la regulación jurídica de la energía.³⁴

En la Constitución de 2019, la energía (el acceso a la energía) no se contempla como garantizada por el Estado, ni se consigna como un derecho constitucional. En cambio, en la doctrina extranjera se lo considera como un derecho humano esencial para el pleno desarrollo de la dignidad, la personalidad y para que el hombre se realice como ente social.

La Ley No. 1287, “Ley Eléctrica”, de manera similar, carece de una conceptualización de la energía y es omisa en cuanto a la forma de obtenerla. Además, debido a su antigüedad, no aborda cuestiones importantes, como la generación de energía a partir de fuentes renovables.³⁵ La Ley No. 1287 tampoco se refiere a las cuestiones de inspección y, además, existen problemas en su aplicación práctica en el caso concreto de los contratos de compra-venta de energía. Este cuerpo legal suprimió muchos de los requisitos legales para la creación de clientes de electricidad, como la necesidad de registro, la existencia de una cuenta bancaria y de un banco de transformación, que están sujetos a inspección y que, aunque deberían estar, no están incluidos en el contrato.

No obstante lo anterior, Cuba carece de una ley expresamente dedicada a la obtención de energía a través de los dos tipos de fuentes existentes. Algunas leyes regulan las fuentes no renovables y su uso de forma aislada, mientras que otras ponen más énfasis en las renovables, lo que implica que existe una dispersión legal en materia energética, que sin embargo puede dificultar el

³⁴ “Constitución de la República de Cuba” (2019).

³⁵ “Ley 1287/75: Ley Eléctrica” (1975).

trabajo de quienes se dedican a dotar de electricidad a la población, así como el desarrollo de las industrias energéticas.

El Decreto-Ley No. 345 dice en el artículo 8:

“Las personas naturales y jurídicas podrán adquirir equipos que utilicen fuentes renovables y otros que permitan el uso eficiente de energía, y en caso de requerirlo, aprovechar el crédito bancario, de acuerdo con los principios de otorgamiento establecidos en la legislación vigente”.³⁶

Por su parte, la Instrucción No. 6 de 2019, del BCC, establece:

“Los equipos que utilizan fuentes de energía renovable, para cuya adquisición se conceden créditos a las personas físicas por parte de los bancos son los siguientes: a) calentadores solares de agua, b) sistemas solares fotovoltaicos”.³⁷

Ello demuestra que esta disposición es muy restrictiva, ya que solo otorga créditos para la energía fotovoltaica y la energía solar térmica, imposibilitando a los usuarios el acceso a tecnologías que promuevan el desarrollo de otras fuentes de energía alternativas.

El artículo 15.2 del Decreto-Ley No. 345 de 2019 establece:

“Unión Eléctrica adquiere toda la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovable, producida por productores independientes, siempre que cumpla con las normas técnicas establecidas. Se entiende por productores independientes, para lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos productores de energía que no pertenecen a la Unión Eléctrica”.³⁸

Al tratar el tema de manera tan general, el artículo 15.2 del Decreto-Ley No. 345 genera vacíos legislativos, ya que solo se refiere a las normas técnicas, sin especificar cuestiones importantes como, por ejemplo, en qué condiciones y términos se realizará una compra y el destino que se le dará a la energía adquirida. Además, las Resoluciones No. 435/2017 y No. 215/2018 establecieron precios bajos para la compra de energía. Para la energía eléctrica generada por el sector no residencial, la tarifa de compra es de 0,06 CUP/kWh y, en cambio, para la energía eléctrica generada por el sector residencial, se establece un 1,5 CUP/kWh. La Resolución No. 359 del Ministerio de Finanzas y Precios mejora las tarifas de compra de la electricidad entregada a la red con fotovoltaica, para el sector residencial, 3 pesos/kWh, y para el no residencial 1,8 pesos/kWh,

³⁶ Decreto-Ley 345, “Del desarrollo de las fuentes renovables y el uso eficiente de la energía”.

³⁷ “Instrucción 6”.

³⁸ Decreto-Ley No. 345, “Del desarrollo de las fuentes renovables y el uso eficiente de la energía”.

teniendo en cuenta el reordenamiento monetario en Cuba;³⁹ a pesar de que estos precios no estimulan la implantación de sistemas solares fotovoltaicos, considerando los altos precios de este tipo de tecnología en el mercado. En la actualidad, no existen regulaciones específicas para la compra de energía a partir de otras tecnologías de energías renovables.

Relacionado con lo anterior, la Resolución No. 123 de 2019 del MINEM norma lo siguiente:

“La Unión Eléctrica deberá adquirir toda la energía eléctrica entregada al Sistema Eléctrico Nacional por productores independientes que generen a partir de fuentes renovables, para cubrir la carga del sistema y que cumplan con las normas técnicas establecidas en el contrato”.⁴⁰

Esta norma no establece la modalidad contractual que regirá el negocio jurídico a realizar entre la Unión Eléctrica y los productores independientes, que podría ser por naturaleza un *Power Purchase Agreement* (PPA).

Estos PPAs son contratos a largo plazo para la compra y venta de energía limpia de una fuente específica a un precio fijo. Las partes del negocio legal pueden ser un promotor de energías renovables y un consumidor –normalmente una empresa que necesita grandes cantidades de electricidad– o un promotor y un comercializador de energía. La firma de un PPA puede entenderse como la venta de un proyecto y sus atributos medioambientales. Esto constituye un compromiso que permite al desarrollador renovable tomar una decisión de inversión bajo criterios de rentabilidad, teniendo en cuenta los riesgos que puedan existir mientras se obtiene la financiación necesaria para ejecutar el proyecto.⁴¹

Asimismo, la Resolución No. 123/2019 establece:

“Para establecer el precio de compra por parte de la Unión Eléctrica de la energía producida a partir de fuentes renovables, se tiene en cuenta, entre otros elementos, el costo evitado de generación con combustibles fósiles, el establecimiento de tarifas diferenciadas que favorezcan la entrega de esta energía durante las horas de mayor demanda del Sistema Eléctrico Nacional y que éstas sean estimulantes para sus productores”.⁴²

Solo se tienen en cuenta los intereses de la administración de forma unilateral a la hora de fijar el precio de la energía adquirida. Por lo tanto, no basta con que el pago estimule al productor independiente. Se trata de una correspondencia

³⁹ Ministerio de Economía y Planificación de Cuba, “Ordenamiento Monetario”, 2021, disponible en <https://www.mep.gob.cu/es/taxonomy/term/210>

⁴⁰ Ministerio de Energía y Minas, Resolución No. 123.

⁴¹ Iberdrola S.A., “¿Sabes qué es un PPA de Energía?” 2020, disponible en <https://www.iberdrola.com/conocenos/contrato-ppa-energia>.

⁴² Ministerio de Energía y Minas, Resolución No. 123.

con el principio de proporcionalidad, que implica que los pagos deben ser justos y razonables. Además, “estimular” es un término muy amplio y ambiguo, que parece implicar que se deben cubrir los costes de producción, así como las expectativas y beneficios que se obtendrán del desarrollo de dicha actividad comercial, lo que supone que el precio debe ser objeto de una negociación entre las partes. Tampoco sería adecuado un contrato de adhesión, en el que el precio está preestablecido por la Administración. Deberían darse tratamientos especiales a esta cuestión para incentivar el desarrollo de estas tecnologías, que son costosas, difíciles de implementar y técnicamente complejas.

V. Conclusiones

La energía es esencial para la vida humana, ya que es la fuerza motriz de la producción de bienes y servicios en todos los sectores de la sociedad, sin embargo, solo adquiere relevancia jurídica aquella energía que posibilita la interrelación entre el desarrollo tecnológico, económico y social de una nación, constituyendo así un sector industrial que es tratado por una parte especial del Derecho administrativo en la medida que alcanza la categoría de servicio público.

No obstante, el marco legal de la energía en Cuba es deficiente. Se carece de un concepto integral y generalizado de energía, así como de una designación explícita de la energía como derecho humano y constitucional. (El acceso a la energía) no está garantizado jurídicamente por el Estado, ni está incluido entre los fines esenciales que este persigue. La obligación de cada individuo de utilizarla de forma regulada y sin despilfarros es inexistente. La ausencia de un cuerpo legal que se refiera a las formas de obtención de energía tratadas en nuestro análisis genera dispersión legislativa. Este análisis demuestra además varias deficiencias normativas que existen en Cuba en el ámbito de la energía, consistentes en la obsolescencia, la dispersión y las insuficiencias legislativas, acentuadas además por el limitado alcance de las normas, las lagunas jurídicas y las contradicciones entre dichas disposiciones. Estas carencias e imperfecciones legislativas hacen imprescindible encontrar una solución pronta y precisa: no solo están en riesgo las actividades que las personas necesitan para su vida social, sino también el buen funcionamiento y desarrollo de la nación, dado el impacto que la energía tiene en la economía de un país.

La normativa energética existente, además, se aplica de forma inadecuada. Hay evidencias de obsolescencia normativa por ser excesivamente restrictiva u omnicompreensiva, lo que provoca vacíos legislativos y dificultades en su aplicación. Los procedimientos administrativos para la resolución de conflictos no son, por lo tanto, equitativos. El negocio jurídico de la compra y venta de energía no está debidamente sistematizado. La matriz energética se basa en fuentes de energía no renovables y las energías alternativas no están suficientemente desarrolladas.

El principio de precaución en el Derecho ambiental cubano

Yaraí TOLEDO BARRIOS*

I. Apuntes introductorios sobre el principio de precaución en Cuba

Ante la inexorable realidad que contempla una sociedad subordinada a los avances de la técnica, los problemas que los riesgos tecnológicos deparan para el bienestar humano y para el ambiente en general se han convertido en una cuestión de responsabilidad política para el Estado, lo cual reclama la necesaria intervención de los poderes públicos, no con una orientación reparadora, sino de prevención, reducción y en lo posible, de eliminación de riesgos. La contemporaneidad depara retos ineludibles para el Derecho, para los legisladores, para la Administración Pública (AP) y para los órganos jurisdiccionales y entre ellos se encuentra el de tener que decidir y aportar soluciones audaces, ante la posibilidad de que evaluaciones científicas del riesgo no permitan determinar cuáles pueden ser las consecuencias que para el ambiente pueda traer consigo una actividad concreta. De tal suerte se ha configurado el principio precautorio como un mecanismo de salvaguarda del interés general en ámbitos específicos como la salud y el ambiente, donde se erige como punto de contacto entre ciencia y Derecho, al aportar la solución jurídica inmediata en la toma de decisiones ante situaciones de incertidumbre científica.

En Cuba, el análisis del principio de precaución encuentra actualmente un contexto favorable, propiciado por la predominante actuación de la AP en la protección del ambiente, al amparo de la función pública que la habilita para incidir en el ámbito tanto de los particulares como en el del resto de los entes públicos. A ello se suma el reconocimiento constitucional del derecho al disfrute de un medio ambiente sano¹ y del derecho a la tutela judicial efectiva,² lo que coloca el deber de velar por el ambiente no solo en la AP, sino en los tribunales, por lo que cobra también validez el principio precautorio en sede jurisdiccional. Por otro lado, los escenarios de conflictos ante riesgos

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). Profesora de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. E-mail: yarai@lex.uh.cu. ORCID:0000-0002-6683-8434.

¹ Vid. artículo 75, Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

² Vid. artículos 92 y 94, Constitución de la República de Cuba.

desconocidos ganan cada vez mayor terreno, lo cual aconseja el estudio del principio de cautela, en pos de su eficaz aplicación. Ejemplo de ello lo constituyen el uso de químicos en la producción agroindustrial, las emisiones de radiaciones no ionizantes –plantas transformadoras de energía eléctrica, campos electromagnéticos, antenas de telefonía móvil–, el desarrollo de la biotecnología –industria alimentaria (organismos genéticamente modificados), farmacéutica y cosmética–, usos de la energía nuclear y, en general, las situaciones de riesgo grave para la diversidad biológica.

En esta línea de razonamiento hay que destacar que en el Derecho ambiental cubano, los estudios asociados a los principios que informan esta rama del Derecho no han sido prolíferos,³ lo que evidencia un vacío teórico sobre el principio precautorio en el ámbito nacional. Los trabajos publicados,⁴ generalmente no tienen como centro de estudio al principio de precaución, sino que se trata de enfoques parciales sobre el tema, en función de los objetivos del investigador y vinculados a otras temáticas ambientales. Se aprecia una noción teórica sobre el principio meramente descriptiva, que se limita a exaltar su reconocimiento en el Derecho Internacional Público (DIP) y a su positivación en el ordenamiento interno, sin adentrarse en las cuestiones medulares que desde el punto de vista teórico atañen al principio y que repercuten en su aplicación práctica. Ello explica lo insuficiente de las bases teóricas en las que se sustenta el principio de precaución ambiental, de lo que se deriva la necesidad de argumentar los fundamentos para su adecuada proyección y realización.

Desde el punto de vista positivo, puede afirmarse que la precaución ambiental en Cuba cuenta con reconocimiento en la Ley No. 81/1997⁵ al incluirse en el inciso d) del artículo 4, dentro de los principios en los que se basan las acciones de protección ambiental. De la letra de la norma se aprecia cómo no se hace mención al principio en sí, sino que se refiere al contenido que lo informa, sin utilizar denominación alguna, a lo cual se suma el hecho de que no se regula de forma independiente, sino vinculado a la prevención. Igualmente, al esbozar

³ Solo destaca un estudio de corte monográfico en nuestro país, que, de forma general, aborda lo relativo a los principios del Derecho ambiental. Vid. CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, “El Derecho Ambiental un instrumento de gestión eficaz para la conservación de la diversidad biológica”, *Tesis en Opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, La Habana, 2002.

⁴ Vid. REY SANTOS, Orlando, *Fundamentos del Derecho Ambiental*, 2ª ed., Ediciones ONBC, La Habana, 2012; CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, *El derecho ambiental. Realidades y esperanzas*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2014; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coord.), *Derecho Ambiental Cubano*, 2ª ed., Félix Varela, La Habana, Cuba, 2007; REY SANTOS, Orlando, *Régimen legal para la seguridad de la biotecnología en América Latina*, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, D.F., 2005; AA.VV., *Derecho y Medio Ambiente*, Pablo de la Torriente Brau, La Habana, 2012.

⁵ Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, Del Medio Ambiente, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

el principio, se hace referencia a situaciones de peligro y no de riesgos, con lo que se evidencia que no existe claridad en cuanto a los elementos que lo configuran, máxime cuando se refiere a la adopción de medidas preventivas y no precautorias ante la falta de certeza científica.

Una revisión minuciosa de la abundante legislación sectorial devela que no es usual la incorporación del principio específicamente en el ámbito de las distintas esferas de protección, lo que puede encontrar argumento en el carácter marco de la ley ambiental cubana, por lo cual su contenido irradia al resto del ordenamiento jurídico ambiental.

La realidad teórica y normativa del principio precautorio en el ámbito patrio incide en su operatividad en el sentido de que, al tratarse de un principio de naturaleza controvertida, dados los escenarios de incertidumbre científica en los que opera, tanto la AP ambiental como los órganos jurisdiccionales opten por no invocar un principio jurídico escasamente desarrollado en lo teórico y en lo normativo. Es así que la escasa elaboración teórica respecto al principio precautorio y su inadecuada configuración normativa inciden en la protección del ambiente, puesto que al no estar precisadas las situaciones en las que opera, a partir de la determinación de sus elementos esenciales, así como los determinantes de las medidas y sus efectos, no se logra aquiescencia en su utilización, lo cual puede inducir a su incorrecta utilización tanto por defecto como por excesos.

De ahí que el presente artículo esté encaminado a valorar la proyección teórica y normativa del principio de precaución en el Derecho ambiental cubano, en función de proponer pautas generales que permiten perfeccionar su configuración normativa, de manera que se fortalezca la actuación de la AP, así como la de los órganos jurisdiccionales en pos de la protección jurídica del ambiente y se garantice, en mayor medida, el derecho al disfrute de un ambiente sano.

II. El principio precautorio: una aproximación a su evolución histórico-normativa en Cuba

En lo que a la precaución se refiere, desde una perspectiva histórica, se hace imprescindible significar determinados momentos esenciales en su articulación como principio jurídico en Cuba, ya que estos constituyen un referente obligado para la comprensión de sus fundamentos como tal. Si bien no se pretende abordar desde el punto de vista histórico la gama de matices que han influido en su *iter* evolutivo –lo cual excede los objetivos de la investigación–, resulta de gran utilidad precisar ciertos elementos en torno a sus líneas evolutivas, a los fines de lograr una mayor comprensión

sobre su configuración actual. Como afirma JORDANO FRAGA: “En el mundo del Derecho, al igual que en otros ámbitos, es necesario conocer el pasado para alcanzar una comprensión más exacta de nuestro presente”.⁶

En tal sentido, cuando se aborda el estudio de cualquier temática propia del Derecho ambiental desde una perspectiva histórica, hay un punto de partida que no se debe perder de vista: la juventud que caracteriza a esta rama del Derecho. Recordemos que la idea de protección del ambiente que hoy día se defiende y ante la cual se ha esgrimido el Derecho como un instrumento relativamente eficaz, no siempre estuvo presente, sino que encontró sus inicios en la segunda mitad del siglo xx y no precisamente en los ordenamientos nacionales, sino en la arena internacional, a partir de la celebración en Estocolmo, el 5 de junio de 1972, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano.⁷

Además de la juventud propia del Derecho ambiental, otro elemento matiza el surgimiento y evolución del principio de precaución, no solo en Cuba, y es el hecho de que la primera manifestación normativa del principio en cuestión data de 1974, en Alemania, en la Ley Federal de Control de Emisiones.⁸ Ello indica que cualquier intento por encontrar antecedentes históricos no solo en Cuba, sino en otro ordenamiento interno antes de la década del setenta del pasado siglo, puede resultar forzado e incluso innecesario, máxime cuando, luego de ese primerísimo reconocimiento normativo a nivel de Derecho interno, su evolución recayó eminentemente en el DIP, para luego irradiar a los ordenamientos jurídicos internos a partir de 1992, dada la repercusión de la Cumbre de la Tierra. A ello se suma el hecho de que la forma en que cada Estado prevé la protección ambiental es diferente, teniendo en cuenta los

⁶ JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 127.

⁷ Conocida como Conferencia de Estocolmo, significó un parteaguas en lo que a protección ambiental concierne, marcando el surgimiento del Derecho ambiental. Si bien hay que reconocer el marcado carácter antropocéntrico de esta Conferencia, en ella no solo se ventilaron los disímiles problemas que aquejaban al medio humano, sino que se adoptó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, en la cual quedaron perfilados veintiséis principios que se erigieron punto de partida y guía en la búsqueda de soluciones para la protección del ambiente en el plano internacional y nacional. Esta Declaración puede encontrarse en: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0579218.pdf> [consultado el 5/6/2021].

⁸ La mayoría de la doctrina suele situar la consagración del principio de precaución en Alemania en la *Bundes-Immissionsschutzgesetz*. Vid. LARRERE, Catherine, “Le principe de précaution et ses critiques”, en *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, No. 18, 2003, p. 9, disponible en <http://www.cairn.info/revue-innovations-2003-2-page-9.htm> [consultado el 3/2/2021]; FEMENÍAS SALAS, Jorge A., “El principio precautorio y su aporte a la responsabilidad por daño ambiental en Chile”, en Daniel Bartlett Burguera (coord.), *Itinerario latinoamericano del Derecho Público Francés. Homenaje al profesor Franck Moderne, tirant lo blanch*, Valencia, 2019, pp. 489 y 490; PACHECO FIORILLO, Celso A., *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 70.

distintos momentos históricos por los que transcurre esa tutela del ambiente y dependiendo de la institucionalidad en cada periodo. En tal sentido consideramos que una breve caracterización de las etapas por las que ha decursado el Derecho ambiental patrio resulta fructífera a los fines de entender la ausencia del principio de precaución en ellas, sumado ello a los elementos antes explicados, los cuales, a pesar de ser factores externos, influyeron directamente en nuestro Derecho.

II.1. Comentarios necesarios en torno a la protección del ambiente en Cuba hasta la primera mitad del siglo xx

Dado el papel que desempeñó Cuba para la metrópoli española en términos de explotación económica, no resulta difícil percibir que la mayoría de las actividades que representaron grandes ganancias para los colonizadores estuvieron vinculadas a la explotación desmedida de los recursos naturales de la Isla. Ello trajo consigo que las primeras legislaciones estuvieran dirigidas a la minería, la caza, los montes, los suelos, las aguas, entre otras. Tal y como afirman GONZÁLEZ NOVO y GARCÍA DÍAZ:

“En la época de la colonia, se emitieron 43 legislaciones con efectos medioambientales, que cubrían seis materias básicas para el desarrollo socioeconómico del país en ese momento: minas, montes, aguas, caza, puertos y suelos: las cuales tuvieron distintas jerarquías jurídicas, con un predominio de las órdenes reales, reales órdenes, reales decretos y real cédula. El periodo de mayor actividad legislativa fue el comprendido entre 1868 y 1895, donde se emitió 88 % del total de la legislación de la época, lo que coincidió con la Guerra de los Diez Años de 1868 a 1878 y el inicio de la guerra de 1895 a 1898”.⁹

Las concepciones utilitarista y economicista fueron las que primaron en la legislación emitida durante la colonia, al no ser relevante la protección de los recursos naturales por su valor *per se*, sino por el beneficio que representaban para las actividades domésticas y para el desarrollo económico. Un ejemplo de ello lo constituye la entrada en vigor de la Ley de Caza española de 1879,¹⁰ hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de fecha 30 de julio de 1884, en la cual quedaron relacionados los animales útiles que debían ser protegidos y los animales dañinos para la agricultura que podían ser cazados sin restricción alguna.

⁹ GONZÁLEZ NOVO, Teresita e Ignacio GARCÍA DÍAZ, *Cuba, su medio ambiente después de medio milenio*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 1998, p. 32.

¹⁰ Segunda Ley de Caza, de 10 de enero de 1879, *Gaceta de Madrid*, No. 13, lunes 13 de enero de 1879, pp. 118-119.

En este periodo, los montes cubanos fueron de los más afectados, pues se defendía la idea de que estos constituían un recurso inagotable, que por más que fueran talados sería materialmente imposible que el desmonte pudiera afectarlos.¹¹ Mucha razón le asiste a COSCULLUELAS al afirmar que: “El gobierno no podía comprender en aquellos tiempos de ignorancia científica el papel que llegarían a desempeñar algún día los montes”.¹² Ciertamente se trata de un periodo donde no se concebía la protección de la naturaleza más allá de la utilidad que pudiera reportar, por lo que resulta imposible encontrar algún vestigio de protección basado en la ciencia o encaminado a un enfoque sistémico, lo cual quedó reflejado no solo en el daño causado a los bosques, sino a las especies y en especial a las aves que en ellos habitaban.

El desarrollo legislativo durante la intervención norteamericana (1898-1902) con incidencia en el ambiente, a pesar de la corta duración de la ocupación, no fue escaso. De forma general quedaron reguladas las materias coincidentes con las ya reguladas en la colonia, con la inclusión de la sanidad vegetal sustitutiva de lo relativo a los montes. En este sentido se legisló sobre la actividad minera, el maltrato animal, las lidias de gallos, el registro pecuario, la caza, la sanidad, la higiene, las cuarentenas, los servicios de aguas, la pesca, los suelos, la veterinaria, entre otras materias.¹³ Sin embargo, a los fines de la protección ambiental, más allá de un criterio cuantitativo, esta legislación, dado el momento histórico en que nace, no representa logros significativos para el ambiente, sino que ello resultó la base legislativa suficiente que le permitió apoderarse y explotar al máximo los recursos naturales cubanos, sin tener en cuenta su protección.

En lo que a la República prerrevolucionaria respecta (1902-1958), puede decirse que esta se caracterizó por ser una etapa prolífera en la legislación relacionada con los recursos naturales. Se puso énfasis en aspectos fundamentales como flora, fauna, sanidad vegetal, ordenanzas sanitarias, en la minería,

¹¹ Vid. COSCULLUELAS, J. A., *4 años en la Ciénaga de Zapata*, Comisión Nacional Cubana de la UNESCO, 1965, p. 205.

¹² *Ibidem*, p. 204.

¹³ Vid. BENITEZ Y CÁRDENAS, Rogelio, *Reformas en nuestra legislación. Compilación de las principales órdenes publicadas en Cuba durante el periodo de la intervención del gobierno de los Estados Unidos de América*, 2ª ed. aumentada, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza, Calle del Obispo Nos. 33 y 35, La Habana, 1905, pp. 112 y 113; *Colección Legislativa de la Isla de Cuba, Recopilación de todas las Disposiciones publicadas en la “Gaceta de la Habana”*, Año 1900, t. segundo, Establecimiento Tipográfico Teniente Rey 23, La Habana, 1905, pp. 31, 369; *Colección Legislativa de la Isla de Cuba, Recopilación de todas las Disposiciones publicadas en la “Gaceta de la Habana”*, Año 1901, t. segundo, Establecimiento Tipográfico Teniente Rey 23, La Habana, 1905, pp. 7, 240, 315, 328, 363; *Colección Legislativa de la Isla de Cuba, Recopilación de todas las Disposiciones publicadas en la “Gaceta de la Habana”*, Año 1902, t. primero, Establecimiento Tipográfico Teniente Rey 23, La Habana, 1905, pp. 78, 238, 254, 262, 276, 342, 352, 353, 359, 367, 393, 535, 624, 708.

que, hasta ese momento, era la materia que mayor atención había recibido desde el punto de vista legislativo, así como aguas, trabajo, caza, puertos, pesca, turismo, sanidad animal y salud pública.¹⁴

En este periodo, la Ley de Caza de 1884 es derogada por la Ley de Caza de 1909, la cual, siguiendo la práctica de su antecesora, relacionó en sus Apéndices tres categorías de animales atendiendo a su utilidad y aprovechamiento tanto desde el punto de vista económico como ornamental y los animales dañinos. En este sentido se reconocieron los animales de verdadera utilidad y para los que quedaba prohibida su destrucción o apresamiento en cualquier época del año, prohibición esta también extensiva a los animales no aprovechables. Una segunda categoría comprendía a los animales dañinos, los cuales era posible cazarlos y destruirlos en cualquier época del año y una tercera categoría comprendió a las aves canoras o de adorno, cuya destrucción no estaba permitida, pero que podían ser apresadas vivas.¹⁵ Llama la atención cómo en esta Ley cambió el criterio de animales útiles y dañinos, pues la cotorra, el guacamayo y el sinsonte, que habían sido considerados dañinos en la Ley de Caza de 1884, ya en la de 1909 no fueron considerados dañinos, sino útiles desde el punto de vista ornamental, y la lechuza y el cernícalo pasaron de útiles a dañinos, cuestión esta que evidencia que los criterios tenidos en cuenta para tal clasificación son totalmente utilitaristas y economicistas, alejados de principios de protección ambiental y de criterios científicos, sin medir las consecuencias para las especies y los ecosistemas.

En este contexto resulta trascendente la creación de áreas bajo régimen de administración especial, como consecuencia de una tendencia internacional de conservar reservas naturales, con distintas categorías de manejo, lo cual evidencia un avance en lo que a protección de las especies y ecosistemas concierne. Ejemplo de ello lo son el Parque Nacional Sierra Cristal,¹⁶ el Refugio Nacional de Caza y Pesca,¹⁷ en la Ciénaga de Zapata, entre otros. Sin embargo, tal y como apunta ÁLVAREZ CONDE: "Su existencia es prácticamente desconocida o ignorada por la generalidad de la población, aun en las propias localidades, así como por las autoridades responsables del cumplimiento de la legislación correspondiente".¹⁸ Ello, sin lugar a dudas, es una pequeña muestra de la escasa

¹⁴ GONZÁLEZ NOVO, Teresita e Ignacio GARCÍA DÍAZ, *Cuba, su medio ambiente...*, ob. cit., p. 43.

¹⁵ Ley de Caza de Cuba, de 22 de enero de 1909, contenida en Decreto No. 67 de 18 de enero de 1909, Imprenta, Papelería y Encuadernación de Rambla y Bouza, Calle del Obispo Nos. 33 y 35, La Habana, pp. 17, 18 y 19.

¹⁶ Decreto Presidencial No. 487, de 24 de abril de 1930, *Gaceta Oficial*, Año 28, No. 4 de 24 de abril de 1930.

¹⁷ Decreto Presidencial No. 1370, de 21 de marzo de 1936, *Gaceta Oficial*, edición Extraordinaria No. 159, de 21 de mayo de 1936.

¹⁸ ÁLVAREZ CONDE, José, *Historia de la Botánica en Cuba*, Junta Nacional de Arqueología y Etnología, La Habana, 1958, p. 119.

capacidad de hacer cumplir las normas vigentes y la debilidad institucional que en materia ambiental imperaba en aquella época, donde lo legislado constituía letra muerta para latifundistas y población en general.

El tratamiento jurídico dado a los elementos del ambiente en estas etapas es consecuente con las concepciones que en este momento primaron sobre la protección de estos y es que no fue hasta la segunda mitad del siglo xx que se comienza a perfilar un Derecho ambiental con principios y reglas propias, dando al traste con la proliferación de las primeras Constituciones y leyes que recogían estos contenidos desde otra perspectiva y diseñaban estructuras administrativas dedicadas a la gestión del ambiente. Para entender ello es necesario apoyarnos en el pensamiento de MEIER, cuando, al referirse al Derecho ambiental y a las relaciones entre sociedad y naturaleza en el mundo contemporáneo, distingue dos etapas anteriores al surgimiento de esta rama del Derecho: recursos naturales regulados por el Derecho civil y el Derecho regulador de los recursos naturales;¹⁹ etapas estas que no tuvieron como centro de protección a la diversidad biológica por su valor *per se*, sino que esta valía por la utilidad y el beneficio económico que reportara.

Con lo anteriormente expuesto se ha querido significar que resulta casi imposible la existencia de marcos legales estructurados sobre principios jurídicos ambientales en etapas tan tempranas como las analizadas. De igual forma, los estudios científicos en nuestro país sobre el ambiente y su protección no datan de esta etapa, lo que es consecuente con el momento histórico y las concepciones imperantes en esta época en relación con el tratamiento jurídico dado a los elementos del ambiente. Ciertamente, la naturaleza ha sido objeto de apropiación por el ser humano desde épocas inmemoriales, sin embargo, solo es posible hablar de una rama del Derecho destinada a la protección del ambiente a partir de la década del setenta del pasado siglo, con el surgimiento del Derecho Ambiental Internacional (DAI) y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales.

II.2. La protección ambiental en Cuba a partir del triunfo revolucionario de 1959

A pesar del panorama económico-social al que se debió enfrentar el gobierno revolucionario al triunfar la Revolución, en estos primeros años el ambiente no fue un elemento olvidado. Si bien se continuó materializando la protección de los recursos naturales sobre las concepciones utilitaristas y antropocentristas, acordes con el pensamiento de la época, pues en la esfera internacional el Derecho ambiental aún no había cristalizado, el desarrollo normativo en relación con el ambiente estuvo presente en variadas esferas.

¹⁹ MEIER, Henrique, *Introducción al Derecho Ambiental. Origen y evolución del Derecho que regula las relaciones individuo, sociedad y naturaleza*, Ediciones Homero, Caracas, 2007, pp. 15-42.

Como reconocen GONZÁLEZ NOVO y GARCÍA DÍAZ, desde el inicio del triunfo revolucionario se comenzaron a dictar un conjunto de regulaciones para la protección del ambiente, legislándose incluso sobre aspectos novedosos como aguas territoriales, energía nuclear, patrimonio cultural; lo cual resulta totalmente lógico teniendo en cuenta el desarrollo ininterrumpido de la sociedad y la ciencia, creándose nuevas contradicciones entre el ser humano y su calidad de vida, por un lado, y, por otro, el efecto agresivo de este sobre el medio ambiente. Entre las materias reguladas se encuentran flora, fauna, energía nuclear, minería, pesca, sanidad vegetal, suelos, medicina veterinaria, caza, aguas territoriales, entre otras. Por solo citar algunos ejemplos, se creó la Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados mediante la Ley No. 168 de fecha 20 de marzo de 1959; la Ley No. 239, de fecha 10 de abril de 1959, estableció la reforestación por parte del Ejército Rebelde y creó los Parques Nacionales: Cuchilla del Toa, Gran Piedra, Sierra Maestra, Escambray-Laguna del Tesoro, Los Órganos, Guanahacabibes, Ciénaga de Lanier, Sierra de Cubitas y Sierra Cristal.²⁰

La década de 1970 estuvo marcada por los primeros pasos que en la arena internacional diera el Derecho ambiental, a partir de la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Su repercusión se pudo palpar de forma nítida en el ámbito patrio en la promulgación de la Constitución de la República de 1976,²¹ donde por vez primera se reconoció la protección del ambiente en Cuba en una disposición jurídica de tal rango. Su artículo 27, aunque un tanto restrictivo si se analiza desde hoy, puesto que se refiere a “naturaleza” y no a “ambiente”, además de su enfoque sectorial, constituyó el fundamento legal para los sucesivos desarrollos legislativos en materia ambiental.

Tal es así que, cinco años después, Cuba contó con su primera ley de medio ambiente: “Ley de protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales”.²² En lo que al principio de precaución respecta, esta Ley no hizo referencia alguna, lo cual encuentra justificación en que los primeros atisbos normativos de este principio se comenzaban a avizorar en Europa, en países con un determinado grado de avance en cuestiones de protección ambiental. Además, los instrumentos jurídicos que lo habían reconocido corresponden al Derecho comunitario europeo, por lo que la influencia hacia nuestra región desde el Derecho internacional aún no acontecía a la altura de

²⁰ Vid. GONZÁLEZ NOVO, Teresita e Ignacio GARCÍA DÍAZ, *Cuba, su medio ambiente...*, ob. cit., pp. 48-51.

²¹ Artículo 27 de la Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero 1976, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial, de 24 de febrero de 1976.

²² Ley No. 33, De protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales, de 10 de enero de 1981, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 17, de 12 de febrero de 1981.

1981. Igualmente, si detallamos de forma breve en los principios que reconoció la Ley No. 33/1981, a pesar de reconocer en su artículo 1²³ dentro de sus objetivos: “establecer los principios básicos para la conservación, protección, mejoramiento y transformación del medio ambiente”, una revisión minuciosa por el resto de su articulado devela que la Ley hizo referencia a principios vinculados al aprovechamiento económico de los elementos del ambiente, un tanto alejados de los principios ambientales que hoy se defienden. Un ejemplo de ellos lo constituye su artículo 6,²⁴ donde se reconocen como principios en los que se fundamentan las relaciones con el ambiente: “la propiedad social sobre los medios de producción y el desarrollo económico social planificado”. Cuando se refiere a medidas preventivas en el inciso c) del artículo 7,²⁵ tal y como quedó redactado, se encamina más a una actuación *ex post* que *ex ante*, pues se refiere a eliminar o disminuir daños o perjuicios y no a evitar.

En esta línea de análisis, si se buscan las referencias al desarrollo científico en la citada Ley No. 33/1981, se puede percibir que esta se refiere a los avances científicos y tecnológicos como un medio fundamental para la solución de los problemas relacionados con la protección del ambiente, sin prever los inconvenientes que tal desarrollo puede traer consigo ante la falta de certeza científica. Con todo ello se quiere significar que dado el contexto en que se adopta la Constitución de 1976, así como la Ley No. 33/1981, resulta entendible que reflejaran concepciones antropocéntricas en lo que a protección del ambiente concierne; lo cual, además, indica que sería imposible encontrar referencias sobre el principio de precaución en la legislación ambiental de este periodo, máxime cuando en el Derecho internacional aún no se avizoraban los primeros vestigios, pues no fue hasta 1982, con la Carta Mundial de la Naturaleza,²⁶ que se perfiló el principio de precaución.

El último decenio del siglo xx significó un periodo de grandes logros legislativos en lo cuantitativo y cualitativo. La influencia de la Cumbre de la Tierra se hizo sentir en Cuba, comenzando con la modificación que tuvo el artículo 27 constitucional²⁷ al producirse la reforma de la carta magna en 1992, donde se incorpora en este artículo el concepto de desarrollo sostenible. En 1993

²³ Vid. artículo 1, Ley No. 33/1981.

²⁴ Vid. artículo 6, Ley No. 33/1981.

²⁵ Vid. artículo 7, Ley No. 33/1981.

²⁶ Instrumento jurídico adoptado por Resolución No. 37/7 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 28 de octubre de 1982 en Nairobi, República de Kenia, en reunión conmemorativa por los diez años de haber sido adoptada la Declaración de Estocolmo. Disponible en www.academia.edu/13819099/CARTA_MUNDIAL_DE_LA_NATURALEZA [consultado el 12/2/2019].

²⁷ Vid. Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de 31 de enero de 2003, artículo 27.

se adoptó el Decreto-Ley No. 137, “De la medicina veterinaria”,²⁸ el cual, a pesar de comprender “[...] el conjunto de actividades y medidas preventivas, asistenciales y sanitario-veterinarias dirigidas a garantizar en el territorio nacional la salud de los animales [...]”,²⁹ no hizo referencia alguna a la protección ante riesgos inciertos. Llama la atención que, a la altura de 1993, cuando ya la precaución había sido reconocida a nivel internacional, que una disposición jurídica contentiva de la sanidad animal no previera tal principio.

En 1996 entra en vigor el Decreto-Ley No. 153, “De las regulaciones de la Sanidad Vegetal”,³⁰ en el cual no se hace mención a la precaución, sin embargo, desde nuestra consideración, el inciso c)³¹ del artículo 7 es una muestra, aunque incipiente, del enfoque precautorio. Si bien se refiere a peligros que puedan traer consigo organismos, microorganismos y no a riesgos, el hecho de referirse a una medida cautelar de retención para poder investigarlos posteriormente indica que existe cierto desconocimiento científico sobre los posibles efectos a las plantas, así como a productos forestales y agrícolas, y en tal sentido se adopta la medida de retención hasta dilucidar esa incertidumbre. Se trata de una medida de anticipación ante la mera posibilidad de existencia de un riesgo sin tener la certeza de sus efectos.

En 1997, producto de los cambios estructurales que se habían llevado a cabo, pues en 1994 se había creado el CITMA,³² así como el nuevo escenario en que

²⁸ Decreto-Ley No. 137, “De la medicina veterinaria”, de 16 de abril de 1993, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 6, de 19 de abril de 1993.

²⁹ Artículo 1 del Decreto-Ley No. 137/1993.

³⁰ Decreto-Ley No. 153, “De las regulaciones de la Sanidad Vegetal”, de 31 de agosto de 1994, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 11, de 12 de octubre de 1996.

³¹ Artículo 7: “Los inspectores del Ministerio de la Agricultura señalados en el artículo anterior que practiquen inspecciones de cargamentos importados en barcos, aeronaves, vehículos de transporte terrestre, depósitos de alimentos, bultos postales, y equipajes, cuando estimen que en ellos puedan existir organismos, microorganismos y otros portadores o vectores causantes de plagas a las plantas y otros productos agrícolas y forestales, y *por tanto ofrezcan peligro de que se puedan introducir, propagar o diseminar en el territorio nacional podrán: c) disponer la medida cautelar de retención de las plantas o sus productos para su investigación, la que se podrá hacer extensiva a los medios de transporte y a los instrumentos*”. El destaque en cursivas es de la autora.

³² Decreto-Ley No. 147, “De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado”, de 21 de abril de 1994, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 2, de 21 de abril de 1994. El Decreto-Ley No. 147/1994 resultó un hito trascendental en materia de marco institucional ambiental al crear el CITMA. En este se dispuso la sustitución de la ACC por el CITMA, el cual quedó reconocido como un OACE y se extinguió la COMARNA, cuyas funciones y atribuciones pasan igualmente a corresponderle al CITMA. En este sentido se incluyen dentro de la esfera de competencias del CITMA las funciones de dirección, control y ejecución de la política ambiental cubana. Con el Decreto-Ley No. 147 inicia una nueva etapa en la institucionalización ambiental, marcada por la existencia de un organismo rector especializado en la materia, aunque no individualizado del todo, puesto que continúa unido a las esferas de ciencia y tecnología. *Vid.* artículos 11 y 18.

se desarrollaba la protección ambiental, a partir de los avances en el DAI y las exigencias que ello genera, se adopta la Ley No. 81/1997, Del Medio Ambiente. La Ley No. 81/1997 llega dada la necesidad de atemperar la gestión ambiental a los compromisos asumidos por Cuba en la arena internacional, cumplir con el mandato constitucional a partir de la reforma de 1992 y actualizar los contenidos de su antecesora, la Ley No. 33/1981. Esta Ley fue la primera en Cuba en reconocer a la precaución como uno de los principios³³ que inspiran las acciones ambientales, siendo la Ley vigente hoy día, por lo que el análisis en cuanto a la forma en que configuró el reconocimiento del principio precautorio será objeto de un epígrafe posterior.

De forma inevitable, una vez entrada en vigor la Ley No. 81/1997, devinieron posteriores desarrollos legislativos tanto para implementar los nuevos contenidos previstos en la Ley como para ajustar lo ya regulado a sus exigencias, teniendo en cuenta la gama de esferas específicas de protección que reconoció. Específicamente sobre la protección y el uso sostenible de la diversidad biológica, lo relacionado con la seguridad biológica, lo cual es uno de los ámbitos donde más se recurre al principio de precaución, derivó en varias disposiciones jurídicas. Tal es así que se adoptaron el Decreto-Ley No. 190/1999,³⁴ la Resolución No. 8/2000,³⁵ la Resolución No. 76/2000,³⁶ la Resolución No. 103/2002³⁷ y la Resolución No. 112/2003.³⁸ Este compendio de resoluciones que complementaron al Decreto-Ley No. 190/1999, aun cuando todas regulan cuestiones puntuales de la seguridad biológica, donde el riesgo es un denominador común y la incertidumbre abunda, no reconocieron a la precaución como principio, incluso correspondiendo a momentos en que ya

³³ Vid. artículo 4, Ley No. 81/1997.

³⁴ Decreto-Ley No. 190, "De la Seguridad Biológica", de 28 de enero de 1999, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 7, de 15 de febrero de 1999.

³⁵ Resolución No. 8 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, "Reglamento general de Seguridad Biológica para las instalaciones en las que se manipulan agentes biológicos y sus productos, organismos y fragmentos de estos con información genética", de 17 de enero de 2000, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 8, de 21 de enero de 2000.

³⁶ Resolución No. 76 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, "Reglamento para el otorgamiento de las autorizaciones de Seguridad Biológica", de 30 de junio de 2000, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 57, de 4 de julio de 2000.

³⁷ Resolución No. 103 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, "Reglamento para el establecimiento de los requisitos y procedimientos de Seguridad Biológica en las instalaciones en las que se hace uso de agentes biológicos y sus productos, organismos y fragmentos de estos con información genética", de 3 de octubre de 2002, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 61, de 7 de noviembre de 2002.

³⁸ Resolución No. 112 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, "Reglamento para el establecimiento de los requisitos y procedimientos de Seguridad Biológica en las instalaciones en las que se hace uso de animales y plantas con riesgo", de 29 de septiembre de 2003, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 54, de 16 de diciembre de 2003.

este principio era aplicado en muchos países de Europa principalmente, dada su acogida en el Derecho internacional y el Derecho interno de varios países.

No obstante, en el año 2007, la Resolución No. 76/2000 fue derogada por el actual “Reglamento para el otorgamiento de la autorización de Seguridad Biológica”: la Resolución No. 180/2007, la cual sí contempla el principio de precaución en varios momentos. Sin embargo, su análisis lo realizaremos con posterioridad, en el epígrafe referente a la configuración del principio en la legislación cubana vigente. Dado que actualmente se demandan nuevas líneas estratégicas para el uso de Organismos Genéticamente Modificados (OGM) y la seguridad biológica en general, incluso a partir de nuevos estándares internacionales al respecto, se hizo necesaria una actualización del marco legal. Es así que las Resoluciones No. 8/2000, No. 103/2002 y No. 112/2003 fueron derogadas por la Resolución No. 199/2020, “Reglamento de seguridad biológica para el uso de agentes biológicos y sus productos, organismos y fragmentos de estos con información genética”,³⁹ la que si bien no se refiere al principio de precaución, puede aportar lineamientos interesantes en lo que a evaluación de riesgos se refiere, acorde con las tendencias internacionales en materia de seguridad biológica, lo cual también será valorado posteriormente.

Es así que el análisis histórico del principio de precaución en Cuba evidencia su escaso desarrollo jurídico. Se pudo apreciar en el estudio de estas etapas, la ausencia de la precaución tanto en disposiciones jurídicas generales como sectoriales en las que el riesgo y la incertidumbre caracterizan a la materia objeto de su regulación. Si bien esta falta de previsión normativa del principio en varios periodos históricos encuentra justificación en su incipiente desarrollo en el plano internacional, su ausencia en la década de 1980 y gran parte de la década de 1990 no es comprensible. Incluso, reconocido el principio en la Ley No. 81/1997, se aprecia un desarrollo asistémico de este, pues, muchas de las disposiciones jurídicas que sucedieron y complementan a esta ley no lo reconocen ni lo desarrollan, lo cual no encuentra justificación, máxime cuando se trata de disposiciones jurídicas en las que el riesgo y la incertidumbre científica adquieren un papel relevante. Salvo la interpretación realizada del artículo 7 del Decreto-Ley No. 153/1996, no se aprecian vestigios de antecedentes históricos de la precaución en Cuba hasta 1997, lo cual impide obtener referentes significativos en nuestra historia jurídica ambiental en cuanto al principio de precaución.

En lo que respecta al desarrollo teórico del principio de precaución en Cuba, el escenario no dista mucho del ámbito normativo. La literatura ambiental

³⁹ Resolución No. 199 de la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, “Reglamento de seguridad biológica para el uso de agentes biológicos y sus productos, organismos y fragmentos de estos con información genética”, de 29 de junio de 2020, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 52, de 23 de julio de 2020.

patria asoma de forma incipiente en la década de 1990,⁴⁰ cobra mayor fuerza en la primera década del siglo XXI⁴¹ y puede afirmarse que alcanza cierto grado de consolidación en el periodo comprendido entre 2010 y 2020.⁴² Dicha literatura es reflejo inevitablemente del momento en el que se produjo, acorde con las concepciones ambientalistas de estas épocas y la mayoría de ellas no particulariza en el principio de precaución. De tal suerte, son muy escasas las menciones a la precaución, solo en tres de estas obras⁴³ se alude a dicho principio, pero ninguna contiene un análisis de este, ni consideraciones profundas sobre su significado, contenido y alcance.

⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel, *Derecho Ambiental Internacional*, t. I, Ediciones AFR, La Habana, 1996; NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Hacia una cultura de la Naturaleza*, vol. 26, Colección Cuba: La Naturaleza y el Hombre, Fundación de la Naturaleza y el Hombre, SIMAR S.A., La Habana, 1998; GONZÁLEZ NOVO, Teresita e Ignacio GARCÍA DÍAZ, *Cuba, su medio ambiente...*, ob. cit.; DELGADO DÍAZ, Carlos Jesús, *Cuba Verde. En busca de un modelo para la sustentabilidad en el siglo XXI*, Editorial José Martí, La Habana, 1999.

⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ DUEÑAS, José et al., *Temas de Seguridad Biológica*, Félix Varela, La Habana, 2001; AYES AMETLLER, Gilberto Norberto, *Medio Ambiente: impacto y desarrollo*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2003; LARA HERNÁNDEZ, Eduardo, "La política y el derecho del medio ambiente en Cuba", *Gazzetta Ambiente, Rivista sull'Ambiente e il territorio*, No .6, 2005, Casa Editrice Alpes Italia, Roma; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coord.), *Derecho Ambiental...*, ob. cit.; REY SANTOS, Orlando, *Régimen legal...*, ob. cit.; GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge Mario y Orlando REY SANTOS, *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2005; CRUZ SARDIÑAS, Teresa, et al., *Manual de legislación ambiental para la gestión de la zona costera de Cuba*, CITMA y Environmental Defense Fund, La Habana, 2008.

⁴² Vid. FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel, *Glosario de expresiones ambientales y jurídicas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia, 2011; REY SANTOS, Orlando, *Fundamentos del Derecho...*, ob. cit.; AA.VV., *Derecho y...*, ob. cit.; FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel, *Ley No. 81, la legislación ambiental cubana en más de 350 preguntas y respuestas*, MINJUS, La Habana, 2012; SOLER DEL SOL, Alfredo, *Ley No. 81 "Ley del Medio Ambiente"*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013; CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, *El derecho ambiental...*, ob. cit.; COLECTIVO DE AUTORES, *Mapa Verde, cambio climático, riesgos y resiliencia. Una mirada desde la práctica cubana*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2015; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (Ed.), *Ordenamiento Ambiental para el desarrollo sostenible. Una contribución desde Cuba*, Geotech, La Habana, 2015; REY SANTOS, Orlando E., *Derecho y Cambio Climático. Legislando en un mundo cambiante*, Academia, La Habana, 2016; CRUZ SARDIÑAS, Teresa y Orlando REY SANTOS (coords.), *La Ley de Medio Ambiente, 20 años después*, UNIJURIS, La Habana, 2017; DÍAZ BACALLAO, A.; Y. MONZÓN BRUGUERA & S. BOLUFÉ MALBOA, "Principales principios jurídicos ambientales para la conformación del marco jurídico de los residuos sólidos urbanos en Cuba", *Universidad y Sociedad, Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, vol. 11, No .1, 2019, disponible en <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus> [consultado el 29/8/2021]; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (comp.), *Panorama del Derecho Ambiental cubano. Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental*, Sello Editorial AMA, La Habana, 2019.

⁴³ Vid. AYES AMETLLER, Gilberto Norberto, *Medio Ambiente: impacto...*, ob. cit., p. 13; CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, "El pensamiento ambiental cubano", en Eulalia Viamontes Guilbeaux (coord.), *Derecho Ambiental...*, ob. cit, p. 61; DÍAZ BACALLAO, A.; Y. MONZÓN BRUGUERA & S. BOLUFÉ MALBOA, "Principales principios jurídicos ambientales..." , ob. cit., p. 396.

II.3. El dilema para Cuba frente a la incertidumbre científica y la necesidad de su regulación

El epígrafe anterior permitió, de manera preliminar, develar ciertos elementos en cuanto al principio de precaución en Cuba, a partir de sus líneas evolutivas. De ello se pudo apreciar cómo el principio precautorio no encontró acogida en el Derecho ambiental cubano hasta la altura de 1997, con la promulgación de la Ley de Medio Ambiente. Si bien su reconocimiento tardío se debió a la novedad que caracteriza al propio principio, el cual asomó por vez primera en la década de 1970, que Cuba no lo reconociera sino veinte años después solo encuentra justificación en que anteriormente no hubiese sido necesario, teniendo en cuenta el avance diferenciado en nuestro país de la ciencia y la tecnología con respecto a los países en que el principio ha encontrado mayor acogida desde décadas anteriores. Sin embargo, una pregunta inspira este epígrafe: ¿es necesario en el contexto cubano actual el reconocimiento del principio precautorio? El intento por responder a tal interrogante dotará de contenido a este epígrafe.

En los tiempos que corren, el riesgo y la incertidumbre son dos constantes presentes en las variadas esferas de la actuación humana a partir del desarrollo vertiginoso de la actividad científica y tecnológica; y aunque es cierto que no es recomendable ir en contra del desarrollo, entonces la sociedad debe al menos contar con métodos de regulación para esa realidad riesgosamente incierta. Como afirma NIETO: “Una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor del riesgo y, eventualmente, de un Derecho reductor del mismo”.⁴⁴ Cuba no está exenta de esta realidad, hoy son variados los escenarios en los que priman el riesgo y la incertidumbre científica cuando de protección del ambiente se trata, lo cual demanda actuación estatal amparada en el principio de precaución como la principal herramienta para el gobierno de lo incierto.

Uno de los campos en los que se debate la aplicación del principio de precaución a nivel global es el relativo a los OGM y su uso en la alimentación y la agricultura, teniendo en cuenta los riesgos para la salud y el ambiente. Cuba, a finales de los años ochenta del pasado siglo, a través del CIGB ya proyectaba investigaciones en cultivos transgénicos de caña, papa, papaya, maíz, boniato, arroz, tomate, plátano, café, piña y cítricos tolerantes a plaguicidas y resistentes a plagas. En el año 2002 ya se exhibían avances en los experimentos transgénicos, y en 2006 el CIGB anunció la obtención de la primera planta capaz de producir anticuerpos monoclonales con fines farmacéuticos. Estos organismos no serían utilizados en la producción de alimentos, sino que sus modificaciones genéticas ayudarían a obtener biorreactores y moléculas con

⁴⁴ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed. totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2012, p. 149.

usos farmacéuticos para combatir el cáncer. No se contemplaba su liberación al ambiente, sino que se cultivarían dentro de las instalaciones del CIGB, bajo el cumplimiento de los requisitos necesarios para garantizar su seguridad biológica e impedir su liberación al ambiente.⁴⁵ No obstante las intenciones iniciales de no liberar al ambiente los OGM en Cuba, a mediados de mayo de 2009 se daban los pasos finales para iniciar la siembra en cuatro provincias del país, pues se realizaría la primera prueba a campo abierto del maíz modificado genéticamente FR-Bt1, ya se contaba con los tres niveles de aprobación requeridos: la licencia ambiental de seguridad biológica para sembrarlo, la licencia para consumo animal y humano, y la certificación de variedades y semillas del Registro de Variedades.⁴⁶

En 2020 Cuba aprobó el Decreto-Ley No. 4/2020,⁴⁷ a través del cual se implementa la política cubana para la introducción de los OGM en la agricultura, cuestión esta que indica la intención manifiesta de incrementar la producción y EL uso de los transgénicos en Cuba. Sin embargo, respecto al tema que nos ocupa, debe llamarse la atención sobre lo peligroso que puede resultar la confianza absoluta en los adelantos científicos y la necesidad del principio de precaución en este ámbito. Como acertadamente dio a conocer el sitio *Cubadebate* al reflejar la opinión de la ONG Greenpeace, “no existe ningún estudio independiente e imparcial que avale la inocuidad de los OGM para la salud humana”; que los informes para defender su seguridad “se basan en los datos facilitados por la propia industria, y no en investigaciones científicas independientes”, y que “la industria biotecnológica no ha podido demostrar ni un solo beneficio de los transgénicos, ni en aspectos económicos, ni ambientales, ni para la salud”. Además, que “se ha demostrado que no tienen un mayor rendimiento” y que sus impactos ambientales “son graves”.⁴⁸

Criterios en relación con ello son también defendidos por académicos cubanos como FUNES-MONZOTE y FREYRE ROACH, quienes alertan sobre la introducción de transgénicos en Cuba y afirman que:

⁴⁵ FUNES-MONZOTE, Fernando R. y Eduardo F. FREYRE ROACH, “Prefacio”, en Fernando R. Funes-Monzote y Eduardo F. Freyre Roach (comps.), *Transgénicos ¿Qué se gana? ¿Qué se pierde? Textos para un debate en Cuba*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2009, p. 9.

⁴⁶ Vid. DELGADO DÍAZ, Carlos J., “Una aproximación ‘no’ ¿científica? al tema de los alimentos transgénicos y el maíz FR-Bt1”, en Fernando R. Funes-Monzote y Eduardo F. Freyre Roach (comps.), *Transgénicos...*, ob. cit., p. 65.

⁴⁷ Decreto-Ley No. 4, de 20 de febrero de 2020, “De la Comisión Nacional para el uso de los Organismos Genéticamente Modificados en la agricultura cubana”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 52, de 23 de julio de 2020.

⁴⁸ Vid. PADRÓN PADILLA, Abel y Deny EXTREMERA SAN MARTÍN, “Transgénicos en Cuba: El encuentro entre necesidad, ciencia y tecnología”, publicado en *Cubadebate*, La Habana, 10 de noviembre de 2020, disponible en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2020/11/10/transgenicos-en-cuba-el-encuentro-entre-necesidad-ciencia-y-tecnologia/> [consultado el 17 de junio de 2021].

“Un número creciente de estudios científicos y evidencias muestran que al liberar transgénicos al ambiente se pone en peligro la salud humana, la preservación de los ecosistemas, los medios de vida de la población rural y la soberanía alimentaria. Encarar estos asuntos desde posiciones íntegras, apartadas del cientificismo o signadas por prejuicios ideológicos, que pongan en una balanza qué se gana y qué se pierde con la introducción de esta tecnología en nuestro país, no es una opción: es una necesidad impostergable”.⁴⁹

El escenario de incertidumbre científica acerca de los riesgos en el que se desenvuelve la producción y el uso de transgénicos es innegable. Tal y como lo ha reconocido la OMS en su informe de 2005 “Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: estudio basado en evidencias”, llevado a cabo por el Departamento de Inocuidad Alimentaria de esta organización:

“Los riesgos potenciales asociados con los OGM y los alimentos GM deberán ser evaluados caso por caso, teniendo en cuenta las características del OGM o del alimento GM y las posibles diferencias entre los ambientes receptores. En el campo de los riesgos potenciales derivados del cruzamiento lejano o la contaminación por cultivos GM, es necesario investigar las consecuencias relevantes para cultivos específicos, y deben explorarse las estrategias para el manejo de riesgos”.⁵⁰

Ello denota la necesidad de evaluar los riesgos que para el ambiente traen consigo los OGM, teniendo en cuenta que todos sus posibles efectos no son conocidos, incluso en la mayoría de las ocasiones prima la imposibilidad de establecer el nexo causal entre su utilización y efectos adversos, por la insuficiencia del conocimiento científico en este ámbito. Con lo antes expuesto no se está haciendo referencia a que la solución para Cuba en este campo sea la prohibición absoluta de estos organismos, sino que el Derecho tiene que aportar la herramienta para la gestión de esta realidad incierta, pues no debe manejarse bajo las mismas reglas que utiliza el Derecho para hacer frente a situaciones donde prima la seguridad. Se hace inminente para la toma de decisiones en este radio de acción formularse la pregunta: ¿qué pasaría si nos equivocamos al actuar basados en la certeza sobre su inocuidad? La respuesta a esta interrogante irremediadamente debe conducir a la toma de decisiones responsables y prudentes, siendo la aplicación del principio de precaución quien garantizará que así sea, máxime cuando tales decisiones irradian a la protección de bienes colectivos como el ambiente y la salud.

⁴⁹ FUNES-MONZOTE, Fernando R. y Eduardo F. FREYRE ROACH, “Prefacio”, ob. cit., p. 10.

⁵⁰ OMS, Departamento de Inocuidad Alimentaria, “Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: estudio basado en evidencias”, Ediciones de la OMS, Ginebra, 2005, p. 28, disponible en https://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/biotech_sp.pdf [consultado el 19/6/2021].

Otro de los escenarios donde los riesgos se tornan inciertos y en el cual Cuba también es blanco directo es el relativo al cambio climático. Hoy día, el cambio climático es un problema ambiental global que afecta a todos, y si bien sus impactos son diferentes en intensidad, dadas las condiciones geográficas, económicas y sociales de cada territorio, se trata de un fenómeno real donde existe un grado de incertidumbre considerable en cuanto a sus efectos. En el *Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* del IPCC, en el año 2014, quedó reflejado el nivel de incertidumbre sobre los posibles impactos del cambio climático en los sistemas naturales y humanos. De tal forma, en dicho Informe se reconoce la incertidumbre que prima sobre las posibles consecuencias que puede traer consigo el cambio climático y el desenlace incierto sobre los ecosistemas y la biodiversidad, sobre los bienes, funciones y servicios de los ecosistemas; consecuencias en la seguridad alimentaria e hídrica y pérdida de medios de subsistencia e ingresos en las zonas rurales, en particular para las poblaciones pobres; efectos en la salud humana y animal; daños sistémicos debido a episodios meteorológicos extremos, entre otros.⁵¹ No se trata solo de los riesgos que hoy se aprecian, sino que estos se agravarán y surgirán nuevos que pueden ser graves, irreversibles, generalizados y extendidos en el tiempo, sobre los que prima cierto grado de incertidumbre, no solo sobre sus efectos, sino en cuanto a las medidas a adoptar para combatirlos.

Cuba, en el año 2017, ante la inminente necesidad de adaptarse y mitigar los efectos del cambio climático, adoptó el “Plan de Estado para el Enfrentamiento al cambio climático”,⁵² conocido como “Tarea Vida”, donde se previeron cinco acciones estratégicas y once tareas para materializar la protección frente a este problema ambiental. Si bien puede estimarse que en toda la generalidad del Plan de Estado debiera asumirse un enfoque precautorio, dada la magnitud de los riesgos y la incertidumbre que sobre estos pesa, tal y como lo asume el IPCC, es en la Tarea No. 2⁵³ donde el principio de precaución cobra vida. La Tarea No. 2 se refiere a la implementación de las disposiciones jurídicas necesarias para hacer frente al cambio climático en el país, dadas nuestras

⁵¹ Vid. IPCC, “Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al quinto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”, R. K. Pachauri y L. A. Meyer (eds.), Ginebra, pp. 59-79, disponible en https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf [consultado el 19/6/21].

⁵² CITMA, *Enfrentamiento al cambio climático en la República de Cuba*, La Habana, 2017, p. 12-17, disponible en https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11215.pdf [consultado el 18/6/2021].

⁵³ Tarea 2: “Implementar las normas jurídicas necesarias para respaldar la ejecución del Plan de Estado; así como asegurar su estricto cumplimiento, con particular atención en las medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad del patrimonio construido, priorizando los asentamientos costeros amenazados”.

particularidades,⁵⁴ por lo que es en el diseño y contenido de estas disposiciones jurídicas encaminadas a la adaptación y mitigación del cambio climático donde se hace imprescindible contar con el principio de precaución como criterio para enfrentar los riesgos y también para adoptar soluciones a estos.

También la diversidad biológica es una esfera en la que a Cuba le urge adoptar medidas precautorias, no solo por los efectos del cambio climático, sino por las amenazas que a esta le impone la acción antropogénica. Nuestro país, a tono con los compromisos suscritos a partir de la ratificación del CDB y más adelante, durante la COP 10, que se llevó a cabo en la provincia de Aichi, Japón, en 2010, con la adopción del Plan estratégico para la diversidad biológica 2011-2020 y las Metas Aichi que forman parte de este Plan y que se encuentran alineadas con la Agenda 2030 y los Objetivos de desarrollo sostenible, adoptó las *Metas Nacionales para la Diversidad Biológica 2016-2020*.⁵⁵ Aunque dichas metas estaban previstas hasta 2020, estas constituyen el punto de partida para la consecución de los objetivos de protección de la biodiversidad en nuestro país en los venideros años, con el propósito de detener su pérdida.

En el contexto actual, para el cumplimiento de las Metas 7 y 9 se hace imprescindible la aplicación del principio de precaución si se quiere lograr el cumplimiento de tales objetivos. La Meta 7 hace referencia a las “medidas pertinentes que garantizan el uso seguro y pacífico de los agentes biológicos y OGM”,⁵⁶ ámbito este en el que no se debe prescindir de la aplicación del principio de precaución, pues se trata de un escenario que se caracteriza por la falta de información, por la diversidad de criterios o porque el conocimiento se presenta de manera inacabada, incierta e imprecisa, por lo que queda este ámbito dominado irremediablemente por la incertidumbre científica y esta última no debe impedir que se tomen las medidas para proteger la diversidad biológica.

Igualmente, la Meta 9 demanda un diseño y una actuación precautoria, pues se refiere a “implementar directrices, metodologías, procedimientos y planes de gestión orientados a la predicción, vigilancia, detección, erradicación, manejo y control de las especies exóticas invasoras, en ecosistemas naturales y productivos y en su ambiente circundante, para la conservación de la diversidad biológica cubana”. Se trata de tomar decisiones sobre especies ajenas

⁵⁴ Para profundizar sobre los efectos del cambio climático en Cuba y el marco legal al respecto, *vid.* Rey Santos, Orlando E., *Derecho y Cambio Climático...*, ob. cit., pp. 179-215.

⁵⁵ *Metas Nacionales para la Diversidad Biológica 2016-2020*, Proyecto GEF/PNUD “Plan Nacional de Diversidad Biológica para apoyar la implementación del Plan Estratégico del CDB 2011-2020 en la República de Cuba”, La Habana, 2016.

⁵⁶ Meta 7: “Se han establecido las medidas pertinentes que garantizan el uso seguro y pacífico de los agentes biológicos y organismos genéticamente modificados”. *Metas Nacionales para la Diversidad Biológica 2016-2020*, p. 18.

a los entornos donde serán introducidas y con características que las hacen ser invasoras, como su facilidad para establecerse, propagarse y utilizar los medios y recursos del ambiente natural en ventajosa competencia con las especies nativas. Su fácil reproducción y la capacidad para adaptarse al nuevo hábitat, la convierten en una de las principales amenazas a la biodiversidad y su introducción trae consigo riesgos conocidos y también desconocidos para las especies nativas. Al desconocerse los efectos de dichas especies exóticas invasoras sobre el ecosistema al interactuar con el resto de las especies, se hace imprescindible en el abordaje de sus posibles riesgos, así como de las medidas que correspondería adoptar para su control y manejo, un enfoque basado en la precaución, con todos los elementos que este conlleva.

De esta manera, sin pretender abordar todos los escenarios de riesgo e incertidumbre científica en Cuba, pues, por razones de espacio, no es posible hacerlo, se ha evidenciado la necesidad fáctica de contar con un principio jurídico que informe el marco legal patrio y permita tomar medidas eficaces en espacios donde el conocimiento y la ciencia no han resultado suficientes y aun así se necesita una gestión responsable por parte de la AP e incluso de los jueces en este sentido. La realidad cubana de los tiempos que corren en materia de ciencia y tecnología, de avances y nuevos descubrimientos, no es diferente a la del resto de los Estados que han optado por la precaución como directriz y guía en la toma de decisiones públicas.

Desde el punto de vista teórico, Cuba también se encuentra ante la necesidad de dar respuesta a las situaciones de riesgo incierto, pues si bien este tipo de situaciones están presentes en las esferas de protección ambiental, los estudios académicos son escasos o prácticamente inexistentes, tal y como se ha apuntado. Por último, la necesidad de configurar el principio de precaución en Cuba también se intensifica en gran medida a partir de la entrada en vigor de la Constitución de la República de 2019, donde queda reconocido expresamente el derecho al disfrute de un medio ambiente sano y el derecho a la tutela judicial efectiva, con lo cual la responsabilidad de tutela del ambiente recae en la AP y en los tribunales.

II.4. Configuración del principio precautorio en el Derecho ambiental cubano. Análisis crítico en pos de su perfeccionamiento

Desde el inicio de esta investigación se ha podido apreciar el escaso desarrollo del principio precautorio en Cuba, tanto desde el punto de vista teórico como normativo y no solo en la actualidad, sino en épocas precedentes. La necesidad de su regulación con un fuerte basamento teórico es inminente, teniendo en cuenta los criterios vertidos en líneas anteriores y la complejidad que el propio principio encierra desde su diseño original.

Hoy día los fundamentos normativos de la precaución en Cuba, podemos afirmar, descansan, en primer lugar, en el artículo 75 constitucional al reconocerse el derecho de toda persona al disfrute de un ambiente sano, y en el artículo 90 inciso j), en el cual se establece la protección del ambiente como un deber ciudadano. Ello implica ineludiblemente que la protección ambiental se enfoque en la evitación prudente del daño, siendo en este sentido, el principio precautorio una de las herramientas para alcanzar tales objetivos. Igualmente, el artículo 77 constitucional es una muestra de la necesidad de optar por la precaución como principio ambiental y de protección de la salud, al reconocer el derecho a la alimentación sana y adecuada, así como la garantía de la seguridad alimentaria, esfera esta en la que la aplicación del principio de precaución es imprescindible.

En cuanto a las disposiciones jurídicas ambientales vigentes, la Ley No. 81/1997 es la más antigua que prevé el principio de precaución en sus contenidos y le sucede en el tiempo la Resolución No. 180/2007.⁵⁷ Recientemente, dos disposiciones jurídicas han acogido al principio de precaución: el Decreto-Ley No. 4/2020 y el Decreto-Ley No. 387/2020.⁵⁸ Estas disposiciones jurídicas son diversas en cuanto a la manera de referirse al principio de precaución: el Decreto-Ley No. 4/2020 se limita a mencionarlo sin brindar conceptualización alguna ni referirse a su contenido, el resto de estas disposiciones jurídicas, aunque no brindan un concepto, sí se refieren a su contenido.

En consecuencia, en este epígrafe se hará alusión a la configuración de la precaución en las disposiciones jurídicas ambientales vigentes y se ahondará en los elementos necesarios para su perfeccionamiento de cara a su aplicación eficaz. En este sentido, teniendo en cuenta un criterio de jerarquía normativa y también de precedencia en el tiempo, haremos referencia a las cuatro disposiciones jurídicas que prevén a la precaución como principio de aplicación en la esfera ambiental.

II.4.1 Sobre la conceptualización del principio precautorio y la previsión de sus elementos esenciales

El único intento teórico de conceptualización del principio de precaución en Cuba corresponde al profesor CARABALLO MAQUEIRA, quien considera que el principio precautorio “Establece que ante un peligro grave al medio ambiente,

⁵⁷ Artículo 26, inciso c), y artículo 29, inciso b) de la Resolución No. 180 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, de 7 de noviembre de 2007, “Reglamento para el otorgamiento de la autorización de Seguridad Biológica”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 084, de 19 de diciembre de 2007.

⁵⁸ Artículo 4, inciso d), del Decreto-Ley No. 387, de 23 de septiembre de 2019, “De la conservación, mejoramiento genético y uso sostenible de los recursos zoonéticos”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 50, de 16 de julio de 2020.

la falta de certeza científica sobre el mismo no es motivo suficiente para eludir la toma de medidas que lo eviten”.⁵⁹ De ello se puede asumir que los elementos esenciales del principio son: peligro grave y falta de certeza científica. Como se puede apreciar, no se utiliza el término riesgo, sino peligro; el calificativo del peligro no es inaceptable ni irreversible, sino grave, y más allá de este intento de conceptualización no se hace mayor énfasis en el estudio de este principio por el autor. Sin dudas, en Cuba ha sido la legislación ambiental la que ha venido perfilando el principio de precaución, pues más allá de la norma jurídica, no ha habido un desarrollo teórico del principio precautorio, ni intentos sólidos de conceptualización y determinación de sus elementos consustanciales, como son el riesgo y la incertidumbre científica.

La Ley No. 81/1997, en su artículo 4, inciso d),⁶⁰ hace referencia a la precaución, lo que no de forma nominal, sino que alude al contenido que lo informa y ello es lo que permite afirmar que está reconocido. De esta manera, en un mismo inciso se menciona a la prevención y a la precaución, incluso la Ley se refiere a la prevención como prioridad con respecto a la precaución, cuestión esta totalmente errónea si se tiene en cuenta que se trata de dos principios diferentes, que se aplican a situaciones distintas, por lo que no tiene cabida referirse a prioridades sino a que se adopten medidas sobre una base científica, siempre que el estado de la ciencia lo permita y cuando ello no sea posible, le corresponde desempeñar su papel al principio de precaución, no al de prevención. La Resolución No. 180/2007 y el Decreto-Ley No. 387/2020 sí lo denominan principio precautorio y se evidencia un intento por conceptualizarlo y establecer sus elementos esenciales, aunque cada uno con sus peculiaridades.

Específicamente en cuanto a la configuración del principio en la Ley No. 81/1997, hay que señalar que a pesar de tratarse de una ley marco, además de no referirse nominalmente, esta no brinda un concepto del principio en estudio, sino que hace alusión a algunos de sus elementos, siendo esto lo que indica que está reconocido el principio precautorio. En cuanto a los elementos esenciales para la aplicación del principio, del reconocimiento que realiza la

⁵⁹ CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, “El pensamiento ambiental cubano”, en Eulalia Viamontes Guilbeaux (coord.), *Derecho Ambiental...*, ob. cit., p. 61. Los otros dos estudios en que se hace referencia a la precaución se limitan a hacer alusión al concepto de CARABALLO MAQUEIRA y a exaltar su importancia en la arena internacional: *vid.* DÍAZ BACALLAO, A.; Y. MONZÓN BRUGUERA & S. BOLUFÉ MALBOA, “Principales principios jurídicos ambientales...”, ob. cit., p. 396; AYES AMETLLER, Gilberto Norberto, *Medio Ambiente: impacto...*, ob. cit., p. 13.

⁶⁰ Artículo 4: “Las acciones ambientales para un desarrollo sostenible se basan en los requerimientos del desarrollo económico y social del país y están fundadas en los principios siguientes: [...] d) La prioridad de la prevención mediante la adopción de medidas sobre una base científica y con los estudios técnicos y socioeconómicos que correspondan. En caso de peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de una certeza científica absoluta no podrá alegarse como razón para dejar de adoptar medidas preventivas”.

Ley pueden considerarse como tal: el peligro de daño grave o irreversible al ambiente y la falta de una certeza científica absoluta. Por su parte, la Resolución No. 180/2007 define que se aplicará el principio de precaución “[...] en los casos en que la información existente no sea suficiente para la realización del proceso de evaluación de riesgos, o habiéndose realizado este, persista la incertidumbre sobre la magnitud de los posibles efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente [...]”.⁶¹ Ello evidencia que la Resolución No. 180/2007 no deja claro cuáles son los elementos esenciales para aplicar el principio de precaución, por lo que se hace necesario una interpretación por parte de la AP encargada de valorar el otorgamiento de la licencia ambiental de seguridad biológica. A nuestro juicio, el legislador intentó establecer tales elementos, pero sin lograrlo. Una interpretación del precepto, desde nuestra consideración, nos lleva a que la incertidumbre científica es un elemento esencial del principio precautorio que aquí se reconoce, incertidumbre que consiste en la insuficiencia de la información y que impide que se lleve a cabo la evaluación de riesgos y que también puede recaer sobre los posibles efectos adversos. Un segundo elemento desde nuestro criterio es el riesgo que en el precepto en cuestión queda incluido en la expresión: “magnitud de los posibles efectos adversos”, ello teniendo en cuenta el concepto de riesgo defendido por la UNESCO,⁶² el cual “Supone la posibilidad, con un cierto grado de probabilidad, de daño para la salud, el ambiente y los bienes, en combinación con la naturaleza y magnitud del daño” y que nos parece acorde con la expresión utilizada en el artículo 26 de la Resolución No. 180/2007.

Una duda que surge al analizar los elementos esenciales según la Resolución No. 180/2007 es si debe entenderse la evaluación del riesgo como un elemento necesario para la aplicación del principio. De la redacción del artículo en cuestión, debe considerarse que no se refiere a la evaluación de riesgos como un elemento indispensable para la aplicación del principio, sino como un paso a cumplimentar en el proceso de valoración para el otorgamiento de la licencia, siendo la imposibilidad de realizar la evaluación de riesgo por falta de información una causal para aplicar el principio de precaución. Igualmente, en caso de que el proceso de evaluación de riesgos arroje dudas científicas sobre los riesgos y sus efectos, también se aplicará el principio de precaución, siendo ello otro motivo que legitima su aplicación en este ámbito de la seguridad biológica.

Si continuamos con los elementos esenciales, al analizar el Decreto-Ley No. 387/2020 se aprecian como elementos esenciales para su aplicación:

⁶¹ Artículo 26, inciso c), de la Resolución No. 180/2007.

⁶² Vid. UNESCO, *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la COMEST*, París, 2005 p. 28, disponible en http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/Principio_precautorio_UNESCO_.pdf [consultado el 8/3/2021].

peligro de daños graves o irreversibles a los recursos zoogenéticos y la no existencia de certeza científica inmediata. Es así que el Decreto-Ley No. 387/2020 no se refiere a riesgo, sino a peligro, tal como lo hace la Ley No. 81/1997, y al referirse a la falta de certeza científica le adiciona el calificativo “inmediata”, calificativo este distinto al previsto por la Ley No. 81/1997, que utiliza “absoluta”.

Del análisis de las disposiciones jurídicas que prevén el principio precautorio se colige que existe cierta diversidad en cuanto a la manera de reconocerlo y configurarlo. Si bien se centran en mencionar de diferente forma los elementos esenciales para su aplicación, ninguna de ellas logra conceptualizarlo y resulta inexplicable que, dado el carácter de ley marco de la Ley No. 81/1997, no se pueda apreciar cierta homogeneidad en este sentido, cuando lo más lógico desde el punto de vista de la jerarquía normativa es que las disposiciones jurídicas que le sucedieron mantuvieran una línea lo más homogénea posible en cuanto a los contenidos regulados en esta ley marco. En relación con la incertidumbre científica, llama la atención cómo se refieren a ella con tres expresiones diferentes: “falta de una certeza científica absoluta; información existente no sea suficiente o incertidumbre sobre la magnitud de los posibles efectos adversos; y no existencia de certeza científica inmediata”. Se trata de expresiones que inducen a confusión a la AP o a los tribunales al momento de tener en cuenta el principio de precaución, pues, ¿qué significa no tener certeza científica absoluta?, ¿es igual ello a certeza científica inmediata? La primera expresión se refiere a un criterio cuantitativo, es decir, no tener toda la certeza, se obvia que con desconocer un solo elemento o al existir opiniones contrapuestas ya se está en una situación de falta de certeza científica. La expresión “certeza científica inmediata” hace alusión al componente tiempo, es decir, se trata de incertidumbre científica que en cierto momento deberá desaparecer, pero eso no depende de quien aplique el principio, sino del estado del conocimiento, por lo cual ese calificativo “inmediato” no tiene sentido exigirlo, pues la incertidumbre puede permanecer por tiempo indefinido sin poder determinar el aplicador de la norma, al momento de aplicarla tal inmediatez. La expresión “información existente no sea suficiente o incertidumbre sobre la magnitud de los posibles efectos adversos” solo alude a dos supuestos de incertidumbre científica, no incluye el término en su máxima expresión, por lo que, según esta norma jurídica, solo se podrá aplicar el principio de precaución en esos dos casos: información insuficiente o desconocimiento sobre la magnitud de los posibles efectos, con lo cual se dejan a un lado las situaciones de ignorancia, opiniones científicas controvertidas e indeterminación.

Ello indiscutiblemente genera cierto conflicto a la hora de aplicar el principio, puesto que tal cual está reconocido en estas disposiciones jurídicas, será diferente la circunstancia en que se adopte, dependiendo de la esfera de protección de que se trate y de la disposición jurídica que corresponda

aplicar. Se debe partir de estudios teóricos⁶³ consultados en los que se coincide mayoritariamente en que es la incertidumbre científica uno de los elementos esenciales del principio en cuestión y los supuestos que abarca. Con respecto a la incertidumbre científica, también se debe precisar en qué consiste y qué situaciones alcanza. En este sentido, en el *Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* del IPCC en el año 2014⁶⁴ puede resultar de referente para nuestro país, pues adopta un concepto de incertidumbre científica bien abarcador en este sentido. Con ello se quiere significar que resulta necesario unificar criterios en cuanto a qué se asumirá como incertidumbre científica y que se utilice el mismo término en todas las disposiciones jurídicas que incluyan al principio de precaución en sus contenidos. Al calificar la incertidumbre científica se está restringiendo el espectro de aplicación del principio, cuando lo que se necesita es un concepto más abarcador, más protector que no complejice su aplicación, noción esta que debe figurar en la ley marco ambiental.

Con respecto al segundo de los elementos, el riesgo inaceptable, también las disposiciones jurídicas patrias se muestran diversas en su previsión. Una primera cuestión se relaciona con el uso de los términos riesgo y peligro, la Resolución No. 180/2007, el Decreto-Ley No. 4/2020 y la Resolución No. 199/2020 mencionan el término riesgo, la Ley No. 81/1997 y el Decreto-Ley No. 387/2020 hacen referencia al término peligro. La distinción teórica entre ambos términos es un asunto no zanjado, incluso, algunos teóricos⁶⁵ esgrimen

⁶³ ASHFORD, Nicholas A., "The Legacy of the Precautionary Principle in US Law: The Rise of Cost-Benefit Analysis and Risk Assessment as Undermining Factors in Health, Safety and Environmental Protection", in Nicolas de Sadeleer (Ed.), *Implementing the Precautionary Principle. Approaches from the Nordic Countries, EU and USA*, Earthscan, London, 2007, pp. 352 y 353; ESTEVE PARDO, José, "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental", en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, p. 207, disponible en https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1113/medio_ambiente_14_esteve.pdf [consultado el 20/2/2021]; CIERCO SEIRA, César, "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, No. 63, enero-abril 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 107-110.

⁶⁴ Incertidumbre (*uncertainty*): Estado de conocimiento incompleto que puede deberse a una falta de información o a un desacuerdo con respecto a lo que es conocido o incluso cognoscible. Puede deberse a distintas circunstancias, desde la imprecisión en los datos hasta una definición ambigua de un concepto o término, o una proyección incierta del comportamiento humano. Por ello, la incertidumbre puede representarse mediante magnitudes cuantitativas (por ejemplo, una función de densidad de probabilidad), o mediante asertos cualitativos (que reflejen, por ejemplo, una apreciación de un equipo de expertos). *Vid.* IPCC, "Cambio climático 2014: Informe de síntesis...", *ob. cit.*, p. 134.

⁶⁵ *Vid.* LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, 1ª ed. en español, Universidad de Guadalajara, Dirección de Publicaciones, Guadalajara, 1992, p. 36; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 250.

que ello no tiene trascendencia alguna. No obstante, un recorrido por las principales disposiciones jurídicas que regulan actividades capaces de generar riesgos en Cuba evidencia que estas utilizan el término riesgo⁶⁶ y no peligro. Desde el punto de vista teórico, aunque no abundan los estudios referentes a la distinción de ambos conceptos, al menos uno alude a la distinción entre ambos conceptos en Cuba, lo cual puede ser tomado como referente,⁶⁷ al igual que el *Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* del IPCC del año 2014, que distingue ambos términos y formula conceptos al respecto.⁶⁸ También pueden resultar de mucha utilidad las “Metodologías para la determinación de riesgos de desastres a nivel territorial”,⁶⁹ elaboradas para Cuba en 2014 y que utilizan de manera diferenciada los términos peligro y riesgo, incluso conceptualizan el riesgo en su glosario de términos.

Los calificativos del riesgo también es otra de las cuestiones en las que el legislador no siguió una línea uniforme. Tal como lo prevén la Ley No. 81/1997 y el Decreto-Ley No. 387/2020 se aplicará el principio precautorio ante riesgos de daños graves o irreversibles; sin embargo, la Resolución No. 180/2007 se refiere a efectos adversos sin calificarlos y el Decreto-Ley No. 4/2020 no hace alusión alguna a ello, pues solo se limita a nombrar el principio. Entones, según el panorama legislativo, el principio precautorio según la Resolución No. 180/2007 puede aplicarse en relación con cualquier tipo de riesgo incierto, por el contrario, según la Ley No. 81/1997 y el Decreto-Ley No. 387/2020, solo se aplicará en escenarios de riesgos de daños graves o irreversibles. Ello, evidentemente crea una enorme confusión ya que en diferentes esferas de protección ambiental las condiciones de aplicación del principio serían diferentes, además de crearse contradicciones entre la norma especial, en este caso la Resolución No. 180/2007 y la Ley No. 81/1997.

A criterio nuestro, el riesgo, si se califica de inaceptable, a un mismo tiempo amplía o restringe el diapasón de situaciones en que se aplicaría la precaución, puesto que será entonces la sociedad quien determine qué riesgo es inaceptable y cuál decide soportar, lo que, evidentemente, dibuja una etapa de gestión del

⁶⁶ A las ya mencionadas se debe sumar: el Decreto-Ley No. 309, “De la Seguridad Química”, de 26 de febrero de 2013, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 15, de 20 de marzo de 2013, el cual aporta un concepto de riesgo en su artículo 4; el Decreto-Ley No. 190, “De la Seguridad Biológica”, y el Decreto-Ley No. 207, “Sobre el uso de la energía nuclear”, de 14 de febrero de 2000, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 20, de 17 de febrero de 2000, también utilizan el término riesgo y no peligro.

⁶⁷ Vid. BATISTA SILVA, José Luis, “Peligro vulnerabilidad y riesgos en Cuba”, *Revista Bimestre Cubana*, vol. CVII, No. 32, enero-junio, Época III, Sociedad Económica de Amigos del País, La Habana, pp. 35-53, disponible en positorio.geotech.cu/jspui/bitstream/1234/215/1/Peligro_vulnerabilidad_y_riesgo_en_Cuba.pdf [consultado el 27 de junio de 2021].

⁶⁸ Vid. IPCC, “Cambio climático 2014: Informe de síntesis...”, ob. cit., pp. 135 y 137.

⁶⁹ Grupo de Evaluación de Riesgo de la Agencia de Medio Ambiente (AMA), del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), *Metodologías para la determinación de riesgos de desastres a nivel territorial*, Parte I, PNUD, La Habana, 2014, pp. 14, 30, 36, 49 y 109.

riesgo más democrática, con mayor participación de los que en definitiva son los destinatarios del riesgo. Con ello se quiere significar que referirse a “riesgo inaceptable” puede englobar los riesgos graves, significativos, irreversibles y los que, al no cumplir esas características, el poder público, en representación de la sociedad, decida no asumir.

Dada la incertidumbre que envuelve a la toma de decisiones públicas en lo que a la aplicación de la precaución respecta, el calificativo inaceptable es el que mejor se aviene a la configuración del principio, teniendo en cuenta que entrar a determinar si el posible daño será grave o irreversible puede resultar infructuoso. Por el contrario, establecer el calificativo de inaceptable significa una mayor participación de la sociedad involucrada en la gestión de los riesgos inciertos, ya que la AP deberá consultar en función del interés general, qué riesgos consideran aceptar y cuáles no. Incluso, utilizar el calificativo inaceptable, puede otorgar mayor protección al ambiente y la salud, al permitir la valoración caso a caso de ese riesgo inaceptable, pues restringirlo a graves o irreversibles puede resultar perjudicial incluso al propio ambiente porque pueden existir posibles daños que aunque no sean graves ni irreversibles, sea más difícil su reversión que su precaución. En este sentido, sería el legislador quien deba establecer las pautas para la toma de decisiones en función de determinar la inaceptabilidad o no de los riesgos, tal y como lo ha hecho el Decreto-Ley No. 309/2013⁷⁰ al establecer los elementos para considerar qué es un daño grave. Que el riesgo sea inaceptable amplía en gran medida el ámbito de protección a cualquier tipo de riesgo, que, dadas las circunstancias fácticas del caso, se decida evitar, teniendo en cuenta además el grado de protección que se pretende alcanzar.

De esta manera se aprecia la ausencia de conceptualización del principio precautorio en las disposiciones jurídicas que lo prevén, así como falta de homogeneidad en la manera de delinearlo. Sus elementos esenciales son esbozados de manera diversa en cada disposición jurídica sin tener en cuenta como línea directiva a la ley marco ambiental, lo cual da al traste con la presencia de elementos que restringen el ámbito de aplicación del principio al adicionar calificativos a la incertidumbre científica o al riesgo. La falta de precisión en cuanto a su conceptualización y a sus elementos esenciales denota la necesidad de su reconfiguración en el ordenamiento jurídico ambiental.

Teniendo en cuenta ello, se debe partir del reconocimiento homogéneo de los elementos que configuran el principio en cuestión, punto de partida este que debe ser la Ley No. 81/1997 y que debe tenerse en cuenta en la futura ley de medio ambiente, que será adoptada según Cronograma Legislativo⁷¹ en el

⁷⁰ Vid. artículo 4.

⁷¹ Acuerdo No. IX-76 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de 17 de diciembre de 2020, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 6, de 27 de enero del 2021.

presente año. La homogeneidad debe lograrse desde la ley marco ambiental y resultar transversal al resto de las disposiciones jurídicas que regulen lo relativo al principio de precaución, en relación no solo con reconocer a la incertidumbre científica y el riesgo inaceptable como elementos esenciales para la configuración del principio, sino que debe lograrse uniformidad en los términos a emplear y su significación, así como en los calificativos atribuidos al riesgo.

II.4.2. En torno a los determinantes de las medidas precautorias y sus efectos

El contenido del principio de precaución no se agota en el reconocimiento de sus elementos esenciales, sino que abarca los determinantes que deben revestir las medidas precautorias y también sus efectos. En cuanto a los determinantes se trata de un cúmulo de principios generales aplicables a toda gestión de riesgos y que forman parte del contenido del principio precautorio, en tanto deben estar presentes en su aplicación, ya que estos fungen como límites en su aplicación en función de la garantía de los derechos de los administrados. Es así que nos referimos a principios que deben primar en la actuación de la AP en la aplicación de la precaución, principios como: provisionalidad, eficiencia, transparencia, coherencia, proporcionalidad, no discriminación e *in dubio pro libertatis*.

Al centrarnos en el ordenamiento jurídico cubano se advierte la ausencia de una disposición jurídica que sistematice los principios antes referidos como principios que pautan la actuación de la AP. Igualmente, los estudios de Derecho administrativo cubano no han puntualizado en el desarrollo teórico de tales principios en pos de lograr su construcción en función de las particularidades del contexto cubano. No obstante, el profesor MATILLA CORREA, al referirse al principio de buena administración reconoce varios de estos principios como fundamento del régimen jurídico de la AP y en especial al de sus relaciones con los administrados y afirma que:

“... Estos principios, con identidad y entidad propia, resultan así principios de buena administración y entre ellos pueden mencionarse, entre los más recurridos y sin ánimo de agotarlos, los de: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad, imparcialidad, proporcionalidad, publicidad, transparencia, participación, coherencia, racionalidad, de igualdad de trato o no discriminación, de protección de la confianza legítima, de responsabilidad patrimonial”.⁷²

⁷² MATILLA CORREA, Andry, “Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho Administrativo. Homenaje*

En lo que al Derecho ambiental respecta y específicamente en materia de aplicación del principio de precaución, resulta prácticamente imposible encontrar referencia teórica y normativa sobre los principios antes mencionados que fungan como límites a la actuación de la AP en este ámbito. Las escasas disposiciones jurídicas que prevén el principio de precaución y que se han venido analizando en el desarrollo del epígrafe II.3, se limitan exclusivamente a referirse de forma diversa a los elementos esenciales que deben confluir para aplicar el principio, sin hacer referencia alguna a los determinantes de las medidas ni a sus posibles efectos jurídicos.

En esta línea de pensamiento, la provisionalidad es uno de los principios claves cuando de precaución se trata, puesto que, dada la primacía de la incertidumbre científica, las medidas adoptadas por la AP no pueden ser inamovibles, sino que estas deben quedar condicionadas al propio avance del conocimiento científico. Ello conlleva a que una vez varíen las circunstancias que originaron tales medidas, la AP ambiental deba variarlas, ya que el motivo por el cual fueron adoptadas ya no persiste. Este principio implica un estudio de la evaluación científica regular que permita lograr cierta vigilancia tecnológica y cumplir con el carácter transitorio de la medida adoptada. Incluso esta provisionalidad trasciende al ámbito jurisdiccional en cuanto al efecto de cosa juzgada material en relación con la protección ambiental. En este sentido, la provisionalidad quedaba garantizada en este ámbito en nuestro país a partir de lo reconocido en el artículo 829⁷³ del Decreto-Ley No.241/2006, en relación con el artículo 741, al reconocer que la sentencia en materia ambiental no tiene efectos de cosa juzgada material. Sobre la provisionalidad de las medidas a adoptar por la AP no encontramos referencia alguna en la legislación ambiental general ni especial, no obstante, ello no debe ser óbice para la observación de este determinante en la adopción de medidas precautorias.

Para la adopción de medidas precautorias en nuestro país debe establecerse inevitablemente un análisis en relación con el costo de la adopción de las medidas y el beneficio de tal gestión pública, ello es lo que se ha denominado principio de eficiencia. Este principio de eficiencia no se agota en el análisis costo-beneficio, sino que implica la aceptación por parte de la colectividad en la que repercutirán esas medidas, en aras de medir el grado de eficiencia en torno a la satisfacción del interés general, lo que evidentemente determinará si se logra o no la operatividad práctica de las medidas. Con ello se quiere significar que a los efectos de la aplicación del principio de precaución, la eficiencia no

al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 40; MATILLA CORREA, Andry, La buena administración como noción jurídico-administrativa, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 240-266.

⁷³ Decreto-Ley No. 241, "Del Procedimiento de lo Económico", de 26 de septiembre de 2006, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 33, de 27 de septiembre de 2006 (derogado).

se agota en un mero criterio económico, sino que tiene en cuenta los costos sociales, se trata de la eficiencia administrativa que se valora en función de la satisfacción del interés público a partir de que tiene en cuenta factores no solo económicos sino sociales. Si bien la eficiencia no está reconocida como un determinante de las medidas precautorias en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, la Ley No. 81/1997 hace referencia a esta al establecer reglas para la gestión de los recursos naturales. Es así que se reconoce en la Ley que “Al determinar prioridades para el uso de las diversas categorías de recursos naturales se tendrán en cuenta los requerimientos de la protección del medio ambiente, la necesidad de asegurar su sostenibilidad y los beneficios y costos ambientales, económicos y sociales”.⁷⁴ Este precepto al estar contenido en la ley marco ambiental puede resultar el fundamento legal para aplicar el principio de eficiencia en la gestión de los riesgos inciertos en Cuba, partiendo en todo momento de la valoración de los costos sociales en función de la protección ambiental.

La eficiencia queda conectada directamente con otro de los determinantes: la transparencia. Dado que se hace indispensable valorar los costos sociales derivados de las medidas precautorias, la transparencia en la gestión administrativa es un factor determinante para ello, concretándose entre otras cuestiones en la comunicación del riesgo a la sociedad involucrada, es decir, acceso a la información, y participación en la toma de decisiones ante situaciones de riesgos e incertidumbre científica. La transparencia se encuentra reconocida constitucionalmente⁷⁵ en Cuba como principio de funcionamiento de todos los órganos del Estado, por lo cual irradia a la actuación de la AP Ambiental en toda su magnitud. Igualmente, el acceso a la información y la participación ciudadana son derechos reconocidos en la Constitución cubana,⁷⁶ por lo que la transparencia queda garantizada, al menos formalmente, en lo que a medidas precautorias corresponde. Si bien la transparencia no está específicamente reconocida en lo que a la aplicación del principio precautorio respecta, en la ley marco ambiental este principio queda reconocido en el artículo 4, inciso k), al establecer que: “El conocimiento público de las actuaciones y decisiones ambientales y la consulta de la opinión de la ciudadanía, se asegurará de la mejor manera posible; pero en todo caso con carácter ineludible”.⁷⁷ También queda reconocido expresamente el derecho de acceso a la información y la

⁷⁴ Artículo 81: “La gestión de los recursos naturales se realizará de conformidad con las disposiciones siguientes: [...] d) Al determinar prioridades para el uso de las diversas categorías de recursos naturales se tendrán en cuenta los requerimientos de la protección del medio ambiente, la necesidad de asegurar su sostenibilidad y los beneficios y costos ambientales, económicos y sociales”.

⁷⁵ *Vid.* artículo 101 de la Constitución de la República de Cuba.

⁷⁶ *Vid.* artículos 53, 78 y 200.

⁷⁷ Artículo 4, inciso k), de la Ley No. 81/1997.

participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, en su artículo 4, incisos e) y m), respectivamente. La transparencia constituye en este ámbito una pieza clave, porque la sociedad debe estar al tanto de la gestión de los riesgos inciertos dada la magnitud que encierran y los conflictos que se puedan generar en cuanto a determinar el nivel de protección elegido, en relación con la elección de las entidades científicas encargadas de evaluar el riesgo y la garantía de la imparcialidad en este sentido, incluso acerca a los dilemas que pueden surgir entre sectores especialmente interesados.

El principio de proporcionalidad constituye un límite material en la aplicación del principio de precaución en tanto su observancia permite lograr cierta correlación entre la significación y magnitud del riesgo que se presume y el tipo de medida a adoptar. La proporcionalidad está encaminada a garantizar la racionalidad de la medida en función de la situación fáctica y los elementos en juego. La AP ambiental debe proponerse evitar excesos en pos del respeto a los derechos de los administrados y valorar la proporcionalidad de la medida atendiendo a las causas y los posibles efectos; teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones este tipo de medidas, dado que se adoptan en una situación de incertidumbre científica, pueden resultar lesivas de derechos individuales, por lo que el juicio de racionalidad es ineludible. La proporcionalidad no se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico patrio como un principio que informe la actuación de la AP, sin embargo, es reconocido por teóricos⁷⁸ del ámbito nacional como un principio de buena administración, que debe informar la actuación de la función pública administrativa en todo momento. Ese juicio de proporcionalidad debe tener en cuenta qué elementos del ambiente se encuentran amenazados, sus características y valores ambientales, cuáles pueden ser *a priori* los riesgos que se avecinan y los posibles efectos en caso de concreción y en función de ello adoptar medidas que guarden correlación con el nivel de protección que se requiere.

La proporcionalidad guarda estrecha relación con los principios de coherencia, no discriminación e *in dubio pro libertatis*, principios estos que también son determinantes de las medidas precautorias. El hecho de que a situaciones similares se le apliquen medidas similares es una exigencia en cuanto a la coherencia que debe primar en la actuación de la AP, lo que a su vez repercute

⁷⁸ Vid. MATILLA CORREA, Andry, "Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad", en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias...*, ob. cit., p. 40; PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, "Fundamentos jurídicos de la intervención administrativa en la actividad privada de alojamiento turístico en Cuba. Propuestas", en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias...*, ob. cit., pp. 449 y 483; RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed y Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, "El régimen jurídico de la inspección administrativa en Cuba. Apuntes para una reforma", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, No. 13, Época II, julio-diciembre 2018, Iure Licet Abogados, Bilbao, pp. 296-297, disponible en <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/46710> [consultado el 28/6/2021].

en el trato igualitario que se exige al adoptar medidas precautorias, con el objetivo de lograr niveles de protección equivalentes o similares y que no se llegue a discriminar a los afectados por las medidas a aplicadas si se encuentran en similares condiciones. También el principio de *in dubio pro libertatis* resulta una exigencia para la aplicación del principio de precaución, puesto que las medidas precautorias en la mayoría de las ocasiones entrañan una injerencia en la esfera de los derechos individuales. Es por ello que se convierte en un imperativo exigir a la AP que siempre que exista la posibilidad de escoger entre varias medidas, se valore aplicar la que resulte menos lesiva de los derechos, ello en función de que interfiera lo menor posible en la esfera privada de los administrados.

Con respecto a estos tres últimos principios mencionados como determinantes de las medidas precautorias, no encontramos desarrollo alguno en el ordenamiento jurídico administrativo. Una búsqueda por la legislación ambiental, tanto la general como la especializada en cuestiones como evaluación de impacto ambiental,⁷⁹ materia contravencional⁸⁰ y actividad inspectora⁸¹ no arroja resultados distintos. La exigencia de no discriminación por parte de la AP queda reconocida de forma genérica en la Constitución, para las personas naturales a partir del artículo 41 y también para los actores económicos a partir del trato igualitario que se reconoce en el artículo 22, último párrafo. De ahí que pueda sostenerse que este es el fundamento legal que obliga a la AP ambiental a no discriminar a los sujetos implicados producto de las acciones precautorias. La observancia del principio *in dubio pro libertatis* pudiera inferirse presente en nuestro ordenamiento jurídico a partir del cúmulo de derechos que como resultado de la entrada en vigor de la Constitución de 2019 han quedado reconocidos, tanto para la persona individual como para los actores económicos, sea cual sea la forma jurídica que adopten. El respeto a tales derechos conlleva necesariamente garantizar la menor intervención posible en la esfera de actuación de los privados, por lo que la elección de la medida que menor vulneración represente a tales derechos puede percibirse como una manifestación del principio *in dubio pro libertatis*. El hecho de que quede reconocido este principio como un determinante de las medidas basadas en la precaución constituye una garantía no solo para los destinatarios de las medidas, sino para la propia aceptación de tales medidas y su cumplimiento,

⁷⁹ Resolución No. 132 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, “Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental”, de 11 de agosto de 2009, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 37, de 28 de septiembre de 2009.

⁸⁰ Decreto-Ley No. 200, “De las Contravenciones en materia de Medio Ambiente”, de 22 de diciembre de 1999, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 83, de 23 de diciembre de 1999.

⁸¹ Resolución No. 103 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, “Reglamento de la Inspección Estatal de la actividad reguladora ambiental”, de 10 de junio del 2008, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 41, de 2 de julio de 2008.

ya que brinda mayor confianza a los afectados, porque se supone que se ha elegido la medida menos gravosa y, por tanto, se logra cierto equilibrio entre la protección del ambiente y los derechos individuales. Si bien la protección ambiental a través del principio precautorio implica irremediamente una injerencia en la esfera de las libertades individuales, lograr que ello se haga con la mayor medida posible significa una garantía de cumplimiento de tales medidas y, por ende, beneficios ambientales.

En cuanto a los efectos de las medidas precautorias se han señalado dos como trascendentales: excepcionar el régimen jurídico vigente y la inversión de la carga de la prueba. El hecho de que la aplicación del principio precautorio excepcione el régimen jurídico implica que, incluso cuando la actuación del sujeto esté conforme a Derecho, cumpla con todos los requisitos legales establecidos, podrá ser sometido al cumplimiento de medidas restrictivas y gravosas, pues su actuación genera riesgos envueltos en un grado tal de incertidumbre científica que no permite prever sus efectos y, por tanto, el imperativo de la precaución. Con ello se quiere señalar que la aplicación del principio precautorio trae consigo una suerte de suspensión del régimen legal establecido hasta tanto no desaparezca la situación de riesgo e incertidumbre científica. Siempre que las valoraciones científicas corroboren tal situación, aun cuando usted conste con las exigencias autorizatorias pertinentes, su actividad cumpla con los requisitos legalmente establecidos, si se acredita un estado de incerteza y riesgo inaceptable para el ambiente producto de su actividad, será objeto de medidas precautorias hasta tanto no desaparezca tal estado. Las medidas pueden ir desde el cierre de la instalación, la revocación de la autorización o la denegación, retirada del producto del mercado o prohibición de la actividad, y pueden complementarse con medidas de carácter positivo relativas al desarrollo e impulso de la investigación en función de alcanzar mayores conocimientos científicos sobre esas actividades y de esta manera despejar incógnitas. Se trata de un efecto que es consustancial a la aplicación del principio y que no se exige su reconocimiento normativo, sino que viene aparejado a la adopción de medidas. No obstante, esas medidas que excepcionan el régimen sí deben estar reconocidas legalmente, si bien no de forma rígida, pues las situaciones en las que las instancias jurídicas deben decidir son diversas. En nuestro país, varias disposiciones jurídicas ambientales reconocen un cúmulo de medidas⁸² de esta índole y aunque no vinculadas directamente al principio de precaución y su aplicación, pues no contamos con un catálogo de medidas precautorias, estas sirven de referente en este sentido.

La inversión de la carga probatoria también resulta un efecto significativo de la aplicación del principio precautorio y a diferencia del anterior, sí debe quedar

⁸² *Vid.* artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Resolución No. 180/2007 y artículo 44 de la Resolución No. 132/2009.

expresamente reconocido, puesto que no constituye un efecto consustancial al principio, sino que ha sido reconocido como necesario. Como afirma CÁNOVAS GONZÁLEZ: “[...] en cada proceso concreto, y sobre todo en el proceso ambiental, este principio ha de acomodarse a las situaciones particulares, para evitar la denominada *probatio diabolica*”.⁸³ En materia precautoria, la inversión de la carga de la prueba adquiere connotaciones mayores dado lo controvertido de los riesgos, por lo que será más factible que sea el sujeto que desarrolla la actividad o el producto, y no la AP ambiental, quien corra con la demostración de su seguridad, teniendo en cuenta que tendrá a su disposición los medios técnicos y económicos para hacerlo, además de la naturaleza de los bienes en juego. En nuestro ordenamiento jurídico ambiental esta inversión está prevista en materia de seguridad química⁸⁴ al otorgarse la responsabilidad probatoria al operador y no al demandante. Coincidimos con el antes citado autor en que: “El Derecho Ambiental, dentro de las ciencias jurídicas, puede considerarse como un saber de nuevo tipo. [...] El Derecho Ambiental es fruto de un impulso distinto, que desde sus propias raíces intenta subvertir las instituciones jurídicas tradicionales, y cobijarlas bajo la urgencia del desarrollo sostenible”.⁸⁵ La incertidumbre que rodea a muchas decisiones de instancias jurídicas –legislativas, administrativas y judiciales– en lo que ha protección del ambiente concierne, demanda una inversión en cuanto a los sujetos que deben probar los hechos, pues los intereses en juego lo merecen, además de que material y objetivamente será el sujeto que crea el riesgo y la situación de incertidumbre quien esté en las mejores condiciones de hacerlo.

III. Notas conclusivas

La proyección normativa del principio precautorio en Cuba no es homogénea, se aprecian dicotomías entre lo reconocido por la ley marco ambiental y las disposiciones jurídicas en cuanto a su contenido. Ninguna de las disposiciones jurídicas que reconocen el principio precautorio proporcionan un concepto de este. De tal forma no están reconocidos de manera uniforme los requisitos esenciales para la aplicación del principio precautorio en Cuba, ni las exigencias en cuanto a estos. Igualmente, los determinantes de las medidas precautorias no encuentran un tratamiento como tales en el Derecho ambiental cubano y tampoco en el ordenamiento jurídico administrativo del cual traen cauce.

⁸³ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Aproximación a los principios del proceso ambiental”, en Daimar Cánovas González (comp.), *Panorama del Derecho Ambiental cubano. Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental*, Editora GEOTECH, Instituto de Geografía Tropical, La Habana, 2015, p. 110.

⁸⁴ Artículo 47 del Decreto-Ley No. 309/2013.

⁸⁵ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Aproximación...”, ob. cit., p. 96.

Sin lugar a dudas, el principio precautorio en Cuba necesita una correcta configuración tanto teórica como normativa. La necesidad de optar por la precaución en la toma de decisiones ambientales en nuestro país es manifiesta a partir de los tantos escenarios de riesgos inciertos a los que nos encontramos expuestos. Una adecuada previsión normativa del principio coadyuva al logro de su aplicación uniforme, con lo cual puede evitarse su uso indiscriminado o que se obvie su utilización en situaciones en que es imprescindible. Las potencialidades que brinda el principio para la protección del ambiente son evidentes y su no previsión de manera correcta conspira en detrimento de la protección ambiental en Cuba.

Derecho educativo o Derecho de la educación: apreciaciones básicas sobre su noción *

Andry MATILLA CORREA **

“No puedo enseñar nada a nadie, sólo les puedo hacer pensar”.

SÓCRATES

I. Preliminar

Al día de hoy, es pacífico entender y reconocer a la educación como pilar esencial de la existencia y el desarrollo de la condición humana; como factor clave de la existencia y progreso sociales.

En palabras de Jean PIAGET:

“La diferencia esencial entre las sociedades humanas y las sociedades animales se basa... en que las principales condiciones sociales del hombre los medios técnicos de producción, el lenguaje con el conjunto de las nociones cuya construcción hace posible, las costumbres y las normas de todo tipo ya no vienen determinadas desde dentro por unos mecanismos hereditarios dados, dispuestos a ponerse en actividad al entrar en contacto con las cosas y con el prójimo: estas conductas se adquieren por transmisión externa, de generación en generación, es decir, por la educación, y sólo se desarrollan en función de unas interacciones sociales múltiples y diferenciadas”.¹

La educación se ha constituido en un valor esencial, cuya preservación, desarrollo y fortalecimiento es fundamental para garantizar la existencia misma de la especie y el grupo social humanos; máxime cuando se marca un ritmo evolutivo contemporáneo donde la sociedad aspira y se pretende definir como una “sociedad del conocimiento”, donde la ciencia y la tecnología,

* Este texto se ha elaborado a partir de una parte de la conferencia “El Derecho Educativo como subsistema jurídico: algunas reflexiones generales”, impartida por el autor como conferencia inaugural del Programa de Diplomado: *Diplomado en Derecho Público con énfasis en Derecho Educativo*, en el marco de la Escuela Internacional de Verano, versión virtual, organizado por la Universidad de Panamá y el Centro Regional Universitario Panamá Oeste, Panamá, 22 de febrero de 2021.

** Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba). Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo (SCDCyAd) de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba (ACC).

¹ PIAGET, J. A., *Dónde va la educación*, Unesco - Editorial Teide, S.A., Barcelona, 1975, p. 12.

desarrolladas en grados tales, no son solo resortes para el progreso social, sino claves dimensionadas para la existencia, subsistencia, evolución y hasta resiliencia de la humanidad.

En su sentido lato, la educación es tan antigua como el ser humano mismo, desde el momento en que asumió como necesario y se preocupó por transmitir intencionadamente a sus semejantes, de la manera que fuera, las experiencias y conocimientos adquiridos en y para su relación activa con el entorno social y natural y sus componentes.

La realidad material que, *mutatis mutandis*, entendemos actualmente con la denominación de “educación” es un fenómeno que, desde muy antiguo, ha manifestado su presencia y su relevancia en la existencia humana. La historia y la literatura, desde tiempos inmemoriales, está llena de referencias, por un lado, a maestros, mentores, preceptores, instructores, tutores, ayos; y por otro lado, a discípulos, novicios, aprendices, iniciados, alumnos, estudiantes; así como sobre la interacción entre ellos en una dinámica de enseñanza y aprendizaje.

En una aproximación que no lleva otra pretensión que la de ubicar un simple punto de partida, por lo que no hay aquí interés alguno en sentar verdad científica más o menos cuestionable (de hecho es cuestionable todo lo que en estas páginas se ha de sostener), sino solo un marco de referencia a efectos de las ideas que manejaremos en este escrito, podemos entender por “educación” el proceso complejo de formación cuyo objetivo es el desarrollo, en la persona humana, de sus capacidades o aptitudes intelectuales, afectivas, morales, socioindividuales, todo ello condicionado por la cultura y las normas de convivencia de una sociedad en un momento histórico-concreto determinado.

A ese entendimiento debe sumarse que la educación es una actividad eminentemente social, en tanto no puede explicarse, solo o exclusivamente, desde la individualidad del ser humano, pues siempre sería una explicación imprecisa e incompleta, pero que, a su vez, requiere del ser humano en su individualidad; todo lo cual tributa a la complejidad que acompaña a la educación como fenómeno.

Así las cosas, el proceso educativo implica la transmisión y aprendizaje de experiencias o conocimientos, con la finalidad de formar y desarrollar en el ser humano capacidades o aptitudes para insertarse, adaptarse, conocer, transformar, aportar, todo ello de manera activa y creadora, al espacio existencial en el que se ubica y en el que convive; en fin, para proveer al desarrollo pleno del ser humano. Visto así, el proceso educativo se maneja como una dinámica de enseñanza-aprendizaje de esencia compleja, activa y creadora; por lo que no es algo que ha de reconducirse o reducirse a una situación de mera transmisión-recepción de experiencias y conocimientos.

Está fuera de toda duda hoy que la educación es un producto cultural e histórico; cultural e históricamente condicionado; resultado de cierto grado de desarrollo y evolución culturales del ser humano y de la sociedad, pero también eje esencial para ese desarrollo y evolución.

Como actividad humana y social, por supuesto que la educación resulta, en general, intencionada y responde a determinados objetivos que se buscan a partir de cierta organización de ese proceso. Tal como señalara un importante filósofo de la educación, R. PETERS:

“... implica que algo que vale la pena se está transmitiendo intencionalmente, o ha sido transmitido, de un modo moralmente aceptable. Desde un punto de vista lógico, sería una contradicción decir que un hombre, al educar a su hijo, no pretende nada que valga realmente la pena. Este punto es puramente conceptual. Tal conexión entre *educación* y lo valioso no implica ninguna obligación particular respecto al contenido. [...]. Todo lo que implica es un compromiso con algo que se piensa que es valioso”.²

En su sentido más general, la actividad educativa no es sino, esencialmente, una actividad instrumental, un medio o herramienta, que sirve al pleno desarrollo de la persona humana y del grupo social que esta integra. Como dijera Emmanuel MOUNIER, “la meta de la educación no es hacer sino despertar personas”, es “suscitar” personas;³ o, para Herbert SPENCER, sus efectos son como “preparación de la vida completa”.⁴

Los estudios, especialmente los científicos y filosóficos sobre la educación, de una riqueza y aportes enormes en muchas latitudes y desde tantos puntos de vistas, se han encargado de poner en claro –desde hace tiempo– todo lo anteriormente dicho, y mucho más, describiendo y fundamentando el valor, significado e implicaciones de la educación como fenómeno humano, de implicaciones tanto individuales como sociales y en cada uno de esos ángulos.

Como muchas otras actividades de relevancia para el ser humano y el grupo social, el Derecho no ha permanecido ajeno a la relación con la educación. Esa relación se presenta desde diversas aristas y en diferentes formas, las que han sido tratadas, en alguna medida, en la literatura jurídica; pero en lo que se señala mucho campo fértil para seguir arrojando la necesaria luz al respecto.

² PETERS, R., *Ethics and Education*, Allen & Unwin, Londres, 1966, p. 25.

³ MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 64.

⁴ SPENCER, Herbert, *La educación intelectual, moral y física*, edición del “Diario del Hogar”, Tip. Lit de Filomeno Mata, México, 1891, p. 29.

En las líneas que siguen, el objetivo fundamental no es destacar esa relación, sino solo en la medida en que el fenómeno educativo constituye un objeto de regulación jurídica, cuya ordenación se integra y singulariza en un subsistema del Derecho que se ha identificado con denominaciones como, por ejemplo, Derecho educativo o Derecho de la educación, y que ha resultado de la evolución de los ordenamientos jurídicos desde el siglo XIX hasta hoy, particularmente desde los aportes que al respecto se realizaron en el siglo XX con el reconocimiento y protección, en diversos niveles, del derecho a la educación y con la organización y ordenación de la actividad educativa. Y es que, visto así, el Derecho de la educación es propio de tiempos modernos, encontrando sus bases de germinación dentro del Estado constitucional y abonándose su desarrollo e identidad a partir de los avances jurídicos, tanto a niveles nacionales como supranacionales o internacionales, en materia de derecho a la educación y de actividad educativa.

Según se ha destacado:

“El Derecho Educativo no ha sido todavía objeto de un enfoque sistemático e integral. Es característicamente un derecho que exige un planteamiento global, pues ilustra con claridad la unidad de los instrumentos jurídicos de derechos humanos”.⁵

En los debates actuales sobre el Derecho educativo o Derecho de la educación, como en todos los debates jurídicos, y máxime en planos novedosos, si se quiere, como en el que este nos coloca, se presentan muchas aristas y puntos diversos, desde convicciones coincidentes, pero con percepciones divergentes. Ello señala un campo rico y fértil para la especulación científica y constructiva, en aras de ganar en mayor claridad de conocimiento sobre lo que es, lo que implica y abarca, ese subsistema jurídico.

En esta cuerda argumental advertimos reflexiones como la del chileno ZÁRATE CARRAZANA, cuando apreciaba, desde el contexto particular de su país, pero de posible extensión, como reflexiones, un espacio más general:

“... a pesar de la gran producción normativa actual-, por diversas razones [...], el Derecho Educativo como rama reguladora del proceso educativo, no ha tenido un progreso formal en los variados temas que aborda. El poco desarrollo de la doctrina, la falta de sistematización de la jurisprudencia, por un lado; y problemas concretos, como la identificación de sus actores, la naturaleza de su objeto regulatorio, la especificidad y dispersión normativa,

⁵ SORIA, Raúl Edilberto y Paola Alejandra DEL VALLE SORIA FERNÁNDEZ, “El Derecho Educativo como ciencia”, en Fernando González Alonso y Raimundo Castaño Calle (Eds.), *Análisis conceptual y metodológico del Derecho Educativo*, Red Internacional de Investigación en Derecho Educativo A. C., RIIDE, ISOLMA, San José - Costa Rica, 2020, p. 45.

por otro, no han permitido llenar este sensible vacío en la llamada Ciencia del Derecho”.⁶

Si analizamos la bibliografía al respecto, al menos la de corte europeo y latinoamericano, veremos importantes construcciones teóricas a propósito del Derecho educativo. Aunque insuficientes aún, ellas dan buena cuenta del estado de la cuestión, de los debates y de las líneas del pensamiento jurídico a propósito de los aspectos esenciales que involucra esa disciplina jurídica.

II. Derecho de la educación: una mirada a sus bases históricas

El postulado de la educación como necesidad esencial para la existencia y convivencia humanas, y en la perspectiva que jurídicamente se tiene en la actualidad, no siempre se entendió en la forma en que contemporáneamente se asume. De hecho, durante el mayor tiempo de vida de la especie humana, la educación se tuvo como un privilegio de unos pocos o de un sector social minoritario (aristócratas, religiosos, clases privilegiadas y élites económicas, por ejemplo) y no como ámbito que debía involucrar a todos los integrantes del grupo social. Ciertamente, hasta no hace mucho tiempo, la gran mayoría de la población, en la mayor parte de las naciones o países, permanecieron ajenos, o con un limitado y parcial acceso, a los beneficios de la instrucción o de la educación.

Aun así, los intereses del poder público organizado, del Estado, nunca han permanecido ajenos al campo de la enseñanza o de la instrucción, y siempre hubo expresiones jurídicas de su intervención en esa área –por ejemplo, en su regulación, dirección, control–, por lo que ha podido representar, en la medida y alcance que fuera, para los intereses de los gobernantes y clases dominantes. La historia, desde la antigüedad, deja ejemplos claros de ello.⁷

⁶ ZÁRATE CARRAZANA, Miguel, “Hacia un concepto de Derecho Educacional”, *Revista Derecho y humanidades*, No. 21, *Educación y Sociedad*, enero a junio de 2013, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 112, disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/34909/36611>

⁷ Según Edmundo ESCOBAR: “Siendo el *Derecho* un sistema de normas para permitir y facilitar la vida social, el progreso cultural; y siendo la *Educación* un hecho, un proceso mediante el cual la sociedad se apropia los bienes y valores de la cultura; Derecho y Educación ya se han encontrado y conectado profundamente en la vida social de todos los tiempos. Así en *Las Doce Tablas*, en *Las Siete Partidas* o en el Derecho de los pueblos actuales, se encuentran normas (leyes, decretos, reglamentos, etc.) que regulan la educación”. ESCOBAR, Edmundo, “El Derecho Educativo (El Derecho de la Educación o el Derecho en la Educación)”, en José Luis Curiel B. (coord.), *Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura. Memorias del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. VIII, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1982, p. 212.

Otra de las lecciones que deja la mirada histórica a la relación entre poder público, Estado y educación y entre Derecho y educación, es la profunda mutación que ha tenido esa relación hacia plantearla desde los mayores grados de conexión e intervención de aquellos sobre esta.

Según nos recordaba TROPLONG, aunque no siempre había estado en vigor en Francia, en el último período del Antiguo Régimen el derecho de enseñar pertenecía al dominio de soberanía de la Corona⁸ y cuando llega la Revolución de 1789 había devenido desde tiempo antes en un principio fundamental, incontestable e incontestado.⁹ Afirmaba ese autor:

*“... Les jurisconsultes et les publicistes de toutes les écoles, ceux qui tenaient aux anciennes maximes du royaume, comme ceux que réclamait des réformes dans l’État, les d’Aguesseau, les Montesquieu, les Turgot, les Malesherbes, les la Chalotais, tous étaient d’accord pour reconnaître que l’éducation devait être dirigée par l’autorité souveraine et arrangée par la société suivant sa constitution ; qu’elle était un droit et un devoir attachés à la puissance publique, dont les instituteurs étaient les mandataires”.*¹⁰

En definitiva, el avance de la sociedad y el ascenso de la importancia social de la actividad de enseñanza o instrucción desembocarían, al final, en la asunción gradual, por parte del poder público, de un mayor grado de intervención en relación con la actividad educativa, hasta elevarla al carácter de cometido esencial del Estado y de función pública.

No está de más recordar que, aun cuando textos primigenios del constitucionalismo que comienza a alzarse a fines del siglo XVIII en Estados Unidos y en Francia no incluyeron referencias al derecho a la educación o a la educación como actividad, durante los días de la Revolución francesa, que está en la base de nuestra cultura de los derechos humanos, como derechos universales, se introdujeron, con rango constitucional, las primeras menciones a la instrucción, a la instrucción pública, proyectando la extensión de la enseñanza a todos los ciudadanos como un instrumento para la transformación sociopolítica que impulsaban las fuerzas revolucionarias triunfantes (la burguesía).

Según expresara André LEGRAND, en relación con el caso francés:

“Les grands principes applicables à l’Éducation nationale existent depuis longtemps. Ils trouvent leurs racines dans l’idéologie de la Révolution. Dès cette époque, on rencontrait la volonté d’introduire dans la Constitution

⁸ TROPLONG, M., *Du pouvoir de l’État sur l’enseignement d’après l’ancien droit public français*, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, Paris, 1844, p. 4.

⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰ *Idem*.

des dispositions affirmant un droit à l'instruction considéré comme l'une des bases de la construction d'une société démocratique moderne. [...].¹¹

Así, en la Constitución de 3 de septiembre de 1791, en el Título primero, "Dispositions fondamentales garanties par la Constitution", se refrendó:

*"Il sera créé et organisé une Instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes, et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du Royaume".*¹²

Por su parte, en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que sirvió de preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793, se incluyó un importante –en lo que nos ocupa– artículo 22, por el que se estableció:

*"L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens".*¹³

Ciertamente, a partir de la Francia revolucionaria, y como luego también se expresará en otros países europeos que se incorporaron al ritmo de superación del Antiguo Régimen y dieron paso el liberalismo burgués, es que se hizo hincapié en el interés de la extensión de la instrucción, de la masificación de la escuelas, de la creación de un sistema de instrucción pública, como un modo de propagar valores de ciudadanía en una población que se había constituido sobre la base del poder absoluto y de los dictados del viejo sistema monárquico. Sin embargo, la materialización de ello no fue inmediata, sino muy gradual, accidentada, no sin luchas políticas; y el diseño institucional de un sistema educativo de masas que emergió de esos primeros esfuerzos, y la educación en general, en buena parte de sus niveles, mantuvieron visos de privilegio.¹⁴

¹¹ LEGRAND, André, *L'École dans son droit*, Michel Houdiard Éditeur, Paris, 2006, p. 25.

¹² Consultado en DUVERGER, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, 10e éd. (entièrement refondue), Presses Universitaires de France, Paris, 1960, p. 6.

¹³ Consultado en DUVERGER, Maurice, *Constitutions et...*, ob. cit., p. 31.

¹⁴ Al decir de André DE LAUBADÈRE y Jean-Claude VENEZIA, a propósito de la Revolución francesa y su proyección sobre las instituciones de enseñanza: *"La Révolution a été animée de très grandes intentions en matière d'éducation. Le problème du développement et d'organisation de l'instruction publique a été une de ses grandes préoccupations. Cependant, son œuvre fut négative. Elle est traduite par d'ardents débats, la discussion et en partie l'adoption de plans d'ensemble, la proclamation de principes, mais finalement la Révolution n'a eu ni le temps ni surtout l'unité et la continuité de vues qui lui eussent permis de créer un édifice nouveau et, en l'an VI, le ministre de l'Intérieur dira: 'Depuis 6 ans il n'existe plus d'instruction publique'".* Estos autores agregaban: *"Au départ, on trouve d'abord la destruction du régime scolaire antérieur. Elle résulte des diverses réformes qui abolirent les privilèges (donc les privilèges des Universités en même temps que les dîmes et redevances qui étaient leurs ressources),*

En las consideraciones del profesor español ORTIZ DÍAZ:

“El derecho a la educación y la libertad de enseñanza, en diversos países y en la primera época del constitucionalismo no habían alcanzado la importancia que posteriormente llegarían a tener. Desde el punto de vista de la libertad del ciudadano, el Estado no había asumido las funciones educativas y de enseñanza que luego ostentaría. No se sentía política y socialmente la necesidad de defenderse frente a la intervención aún escasa, y por ello tampoco la perentoriedad de constitucionalizarlos. La enseñanza aún no generalizada, se había venido impartiendo pacíficamente de forma principal en las instituciones eclesiásticas o de fundación privada”.¹⁵

No es sino con el avance del siglo XIX que la situación comienza a tomar otro giro. El camino no fue rápido, y en ello hubo tropiezos y decantación hasta lingüística. Por ejemplo, si analizamos la normativa jurídica decimonónica, en varios idiomas, veremos que prima el uso de voces como *instrucción* –pública o privada– o *enseñanza* –pública o privada–, con preferencia en ello del uso de un vocablo como el de *educación*. Recordemos que desde este tiempo decimonónico, mentes avanzadas distinguían con claridad las ideas de instrucción y educación.

En reflexión de nuestro José MARTÍ:

“Instrucción no es lo mismo que educación: aquella se refiere al pensamiento y esta principalmente a los sentimientos. Sin embargo, no hay buena educación sin instrucción. Las cualidades morales suben de precio cuando están realzadas por cualidades inteligentes”.¹⁶

En definitiva, en el proceso evolutivo para llegar a lo que al día de hoy se conoce como Derecho educativo o Derecho de la educación pueden mencionarse varios hitos históricos fundamentales que se van dando a lo largo del siglo XIX y principios del XX: la aparición de los derechos del hombre o derechos humanos y, particularmente, en un paso inicial, el reconocimiento de la libertad de enseñanza; la inclusión directa de la regulación de cuestiones sobre la enseñanza o la instrucción en constituciones europeas y americanas desde el siglo XIX (la

et surtout de l'ensemble des mesures prises contre l'Église, qui atteignirent toutes les écoles dépendant plus ou moins de celle-ci”. Para también decir: “*Cette destruction ne put pratiquement pas être compensée par une création positive d'ensemble. Pourtant la Révolution vit tout de suite très grand. La préoccupation générale –que l'on trouvait par exemple exprimée dans les cahiers des États– était la création d'un enseignement de manière coordonnée et rationnelle. Le principe es posé dans la Constitution de 1791 (garantie des droits) [...]*”. Ver DE LAUBADÈRE, André y Jean-Claude VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, t. 3, 6e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, 1997, pp. 342 y 343.

¹⁵ ORTIZ DÍAZ, José, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980, p. 24.

¹⁶ MARTÍ, José, “Juicios. Educación popular”, en José Martí, *Obras completas*, t. 19, *Viajes/Diarios/Crónicas/Juicios*, 1ª reimp., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1991, p. 375.

primera etapa del constitucionalismo liberal burgués); la incorporación gradual de la actividad de instrucción y enseñanza –al final, de la educación– dentro de los cometidos a garantizar por el Estado (cometidos públicos); el impulso y desarrollo que adquirió la enseñanza de carácter público; la gradual extensión de la obligatoriedad de la enseñanza para los niños.

Un paso decisivo en el asentamiento de las bases históricas del Derecho de la educación, al socaire del naciente constitucionalismo social de la primera mitad del siglo xx, fue la consagración del derecho a la educación como derecho fundamental y de determinadas garantías en relación con ese derecho, así como de deberes del Estado a propósito de la actividad educativa. Aquí, como cuerpos constitucionales ilustrativos –en lo que concretamente nos interesa– pueden contarse la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución mexicana de 1917 y su reforma de 1934, la española de 1931 y la cubana de 1940.

Es con el avance del siglo xx y la enarbolación de la educación como valor universal, como derecho humano y como actividad dentro de los cometidos públicos que el Estado debe organizar y garantizar, que se toma visión efectiva y final de ella como eje articular de relaciones sociales tuteladas por el Derecho, de relaciones jurídicas, en definitiva y, por esa vía, se asientan de una vez las bases formales de un subsistema jurídico que tiene como centro de atención y articulación a la educación y las relaciones jurídicamente relevantes que a propósito de esta actividad se establecen.

En ese sentido, y como parte importante del asentamiento de las bases históricas del Derecho de la educación, debe considerarse el impulso y consolidación de la educación como vehículo o instrumento para una cultura de los derechos humanos, impulsado sobre todo a nivel internacional. Entra aquí este último plano a aportar una importante dimensión para la construcción del Derecho de la educación como subsistema jurídico.

El hito de referencia inicial que puede convocarse aquí en relación con lo dicho en el párrafo anterior, es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en la que se proclama

“como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

De tal suerte, con aquella declaración se da un paso de relevancia mundial –y, por tanto, capital– en la consagración y la promoción del derecho a la educación

como derecho humano universalmente reconocido. En esto es clave el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se acoge:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, una serie de instrumentos jurídicos internacionales, de conjunto con aquella, han venido a constituir el fundamento y han venido a articular el régimen jurídico internacional del derecho a la educación; fortaleciendo también el régimen jurídico general de este último derecho.

En este caso deben referirse, como de importancia capital: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); la Convención sobre los derechos del niño, de 1989. Igualmente, deben citarse instrumentos regionales, en el caso americano, como: la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, y el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Junto a los instrumentos jurídicos de carácter internacional y regional anteriormente mencionados, debe contarse otro paso importante a nivel global y es la creación de organizaciones internacionales con misiones relacionadas directamente, en un sentido u otro, con la educación, el fomento de la cultura de la educación y la garantía y protección del derecho a la educación como valor y como derecho humano universales; en fin, relacionadas directamente con promover y garantizar el desarrollo de la educación a nivel global y en interacción en los marcos nacionales. Ese es el caso de organizaciones

internacionales como la OIT, la Unesco, las Unicef; las que, por demás, en sus actuaciones han generado también un gran número de instrumentos internacionales, de diversa índole, que han venido aportando, junto a otras acciones de aquellas, a la promoción y garantía del derecho a la educación a la cultura de la educación.

En palabras de ORTIZ DÍAZ:

“La sensibilización del mundo contemporáneo ante la importancia decisiva de la educación en la vida del hombre y de los pueblos, la participación en el desarrollo de la cultura, la promoción social, la lucha contra el analfabetismo, la profundización en las exigencias de la justicia social y de la igualdad de oportunidades, la concienciación democrática de la necesidad de la libertad de enseñanza, juntamente con el protagonismo que por razones políticas y sociales el Estado de nuestro tiempo asumió en el sector, han dado capital relieve a la educación y a los derechos educativos”.¹⁷

Así, amparado en los avances del Derecho y la educación en los planos interno e internacional, pero también en sus insuficiencias y en las necesidades de mejoramiento del orden jurídico regulador del desarrollo educacional, ha ido cobrando cuerpo metodológico, y como segmento de la realidad jurídica y ámbito de estudio jurídico, el llamado *Derecho educativo*, *Derecho de la educación* o *Derecho educacional*, que resulta un campo complejo por la diversidad de relaciones jurídicas que involucra, pero necesario ante la importancia evidente que asume hoy la educación como derecho fundamental, como actividad social y la regulación jurídica de ello.

Puede decirse que, como subsistema jurídico, el Derecho educativo o Derecho de la educación es reciente, y su apreciación consecuente como tal, al menos en lo más amplio y diverso de sus bases históricas, solo es posible desde no hace mucho en el siglo xx; lo que no significa que tenga, propiamente, un siglo de desarrollo, así considerado, como segmento del Derecho objetivo que cobra identidad a efectos de la realidad y el conocimiento jurídicos, pues consideramos que su desarrollo sistémico, o como subsistema, es aún más reciente.

Una interpretación como la que hemos realizado sobre el carácter reciente del Derecho educativo, que por demás puede encontrarse en la literatura especializada entre los autores que han tratado el tema, puede contrastarse con otros planteamientos, como los del argentino SORIA VERDERA, quien lo ha interpretado históricamente como que tiene su origen en forma conjunta con la humanidad, considerando que el Derecho educativo es la ciencia más antigua del mundo, ya que nació y creció con la humanidad, al producirse la interrelación de vivir en comunidad (derecho) y al educar los padres a sus

¹⁷ ORTIZ DÍAZ, José, *La libertad...*, ob. cit., p. 25.

hijos (educación). Para este autor, el Derecho educativo al igual que los derechos humanos tiene origen no en el orden jurídico positivo que le otorga un “sistema establecido”, sino en el derecho natural universal; por esto es que el reconocimiento del Derecho educativo y los derechos humanos se fue materializando con el desarrollo espiritual de la humanidad. Para él, el Derecho educativo siempre fue considerado en su concepción individual y lentamente fue evolucionando hasta llegar a las actuales concepciones universalistas, que hoy reconocen a los ciudadanos un derecho universal a la educación.¹⁸

Interesantes son las ideas anteriores, pero, aunque podrán verse las zonas de contacto con lo que hemos analizado en anteriores párrafos, aun en otra perspectiva, ciertamente parten de un punto de referencia diferente al que hemos asumido en estas líneas, pues, para nuestras conclusiones no consideramos solamente la existencia material del fenómeno que entendemos hoy por educación, ni la visualización más remota de un posible derecho humano a la educación o de reglas que se hayan podido referir a ese derecho o a la actividad educativa del ser humano, sino también, cuándo es que se producen la sistematización y articulación de todos los elementos que deben confluír para referirlo como un subsistema dentro del Derecho, con todo lo que implica ese último postulado sistémico desde la ciencia jurídica; que es a lo que, en definitiva, nos remite la idea de rama o subsistema del Derecho.

Aun cuando lo hemos señalado como de data reciente, y más allá de postulados que intenten fijar con mayor o menor suerte su trazado histórico, es necesario advertir que el Derecho educativo o Derecho de la educación no deja de ser importante ante el valor que se le atribuye a la educación como derecho de las personas y como fenómeno social, como necesidad para el desarrollo de la condición humana, como factor de desarrollo y evolución sociales y como segmento para medir la efectividad y eficacia públicas, entre otros puntos que pueden convocarse en una argumentación de este tipo. De hecho, en la medida que crecen los estándares de desarrollo humano, aupados hoy por la evolución y el desarrollo de la ciencia y la tecnología como elementos indispensables, crecen también los estándares de la educación y los parámetros a garantizar y conseguir en esta, y en lo que el plano jurídico desempeña un papel esencial, en tanto ordenador y orientador para alcanzar y realizar esa garantía y consecución.

No es posible cerrar este acápite sin advertir que una de las lecciones que puede quedarnos cuando se trata de desandar las bases históricas del Derecho

¹⁸ SORIA VERDERA, Raúl Edilberto, “La naturaleza jurídica del Derecho Educativo”, *Revista de Ciências Humanas*, vol. 20, No. 01, jan./abr. 2019, *Ética e direitos humanos na contemporaneidade*, pp. 154 a 159, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, câmpus de Frederico Westphalen, disponible en <http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/3273>

educativo o Derecho de la educación, es que su historia nos conduce no solo por una parte de la historia jurídica y sociopolítica, sino, particularmente también, y en lo que no debe faltar un especial énfasis, por una parte de la historia de la educación como fenómeno y actividades sociales, en general, y contextualizada en cada país; así como por la historia del derecho a la educación; lo que, sin dudas, no es algo a dejar de lado, pues refuerza el valor y las implicaciones del Derecho educativo o Derecho de la educación como subsistema jurídico, más allá de los predios estrictos del Derecho.

III. Derecho educativo o Derecho de la educación: sobre su denominación

Desde el punto de vista de la denominación, para referirse al campo jurídico que nos ocupa en estas páginas, en la literatura especializada actual lo más usual es encontrar tres expresiones, utilizadas indistintamente, alguna con más tendencia al uso que otras; estas son: Derecho educativo, Derecho de la educación y Derecho educacional.

Por supuesto que no han faltado pronunciamientos en relación con la pertinencia de utilizar preferentemente, o no, alguna de esas tres denominaciones señaladas, en razón de resultar o considerarse más adecuada que las otras, con lo cual se favorece así el empleo de una por sobre las demás.¹⁹

Sin embargo, lo más llamativo aquí, tal vez no sea reparar en esos pronunciamientos y su validez o aciertos, ni elegir una opción de entre aquellas, sino apreciar que como recursos del lenguaje, esas tres expresiones (Derecho educativo, Derecho de la educación y Derecho educacional) han desembocado en el etiquetado usual para señalar, en tanto ámbito jurídico objetivo, el Derecho o conjunto de normas relativo, referido o concerniente a la educación,²⁰ o a la regulación jurídica, sistematizada, de la educación.²¹

¹⁹ Por ejemplo, según explicaba Edivaldo M. BOAVENTURA: “No que concerne ao problema terminológico, indaga Renato Di Dío se não seria melhor ‘direito escolar’ ou ‘direito do ensino’ que ‘direito educacional’? Responde negativamente por serem titulações mais restritivas, optando como mais apropriada a expressão ‘direito educacional’, ‘direito da educação’ ou ‘direito educativo’. Segundo o mesmo, os puristas prefeririam ‘direito educativo’, considerando que o adjetivo ‘educacional’ é um galicismo [...]”. Ver BOAVENTURA, Edivaldo M., “Um ensaio de sistematização do direito educacional”, *Revista de informação legislativa*, vol. 33, No. 131, jul./set. 1996, Senado Federal, Brasília, p. 46.

²⁰ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y SENDÍN GARCÍA enmarcaban bajo la rúbrica de Derecho de la educación al “conjunto de normas que vienen a regular el fenómeno educativo”. Ver DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA, *Derecho y Educación: régimen jurídico de la Educación*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, p. 12.

²¹ VALADÉS, Diego, *Derecho de la Educación*, Colección Panorama del Derecho Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, D.F., 1997, p. 1.

De tal suerte, las voces ‘Derecho educativo’, ‘Derecho de la educación’ y ‘Derecho educacional’, como recursos nominales, indican, por un lado, la combinación,²² articulación, asociación²³ o conexión entre dos órdenes sustantivos socialmente considerados: el Derecho y la educación;²⁴ y por otro lado, dichas voces señalan el *corpus* jurídico resultante de esa combinación, articulación, asociación o conexión.

Aquí es importante reconocer que con su denominación más actual se ha trascendido (y en ella se refleja explícitamente esa trascendencia) una fase precedente, en la que lo que ha evolucionado hoy hacia el Derecho educativo o de la educación era referido, esencialmente, como *legislación sobre enseñanza, legislación sobre instrucción, legislación escolar o legislación sobre educación*. Bajo ese etiquetado de *legislación* quedaba sujeto su punto de referencia, entonces, al menos en un plano jurídico-formal, al conjunto integrado por las diversas disposiciones normativas que tendrían como objeto la regulación de la actividad de enseñanza, instrucción o educativa.

Como puede entenderse a partir del desarrollo que ha tenido la ciencia del Derecho y el propio Derecho educativo, sostener, para esta disciplina jurídica, una denominación esencialmente desde la *dimensión legislativa* o de la *legislación* evoca primariamente –por demás, esencialmente en clave de compendio y no de sistema–, solo uno de los elementos que la estructuran sistémicamente y que la componen sustancialmente, marginando o dejando fuera otras cuestiones que hacen a la esencia sistémica de aquella disciplina jurídica. Por lo que manejarse en términos de *legislación* para identificar denominativamente a aquel subsistema jurídico ha devenido un recurso inidóneo, por impreciso y por sugerir una presentación y una síntesis en clave de compendio y no de sistema y, por lo tanto, incompleta, inacabada y limitada del fenómeno que pretende abarcar, pues no comprende todos los matices y el acabado del universo jurídico que integra el Derecho educativo o Derecho de la educación, así como tampoco todas las piezas y resortes jurídicos que se articulan en el interior de ese perímetro.

²² SORIA VERDERA, Raúl Edilberto, *Introducción al análisis del Derecho Educativo*, Pirca Ediciones, Buenos Aires, 2014, p. 174.

²³ FENSTERSIFER, Daniel Pulcheiro y Fernando BATTISTI, “Direito Educativo, ética y therapeutic jurisprudence: interlocuções possíveis”, *Revista de Ciências Humanas*, vol. 20, No. 01, jan./abr. 2019, *Ética e direitos humanos na contemporaneidade*, pp. 36 a 49, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, câmpus de Frederico Westphalen, disponible en <http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/3286>

²⁴ Según ha concluido VAZ DE MATOS: “Educação e Direito estão conectados. A isto denominamos: Direito Educacional”. Ver VAZ DE MATOS, Sideomar Luciano, “Direito Educacional frente às dificuldades oriundas no plano prático do contexto educacional”, *Revista Internacional de Apoio a la Inclusión, Logopedia, Sociedad y Multiculturalidad*, vol. 4, No. 4, octubre 2018, p. 61, disponible en <https://www.redalyc.org/journal/5746/574660908005/movil/>

Como ha expresado Edivaldo M. BOAVENTURA:

“Legislação do ensino ou direito educacional não é tão-somente um problema terminológico, mas uma fase que mostra as limitações da abordagem da educação apenas em termos de legislação, que não alcança toda a problemática jurídica. Problemas e exigências estão determinando o crescimento do direito educacional que cada vez mais se enriquece com as contribuições da doutrina e da jurisprudência [...]”.²⁵

Este propio autor agregaba:

“Como em outros ramos do direito, há também no educacional o problema terminológico. E, no caso, o terminológico implica histórico, isto é, da legislação em direção ao direito da educação. A diferença principal se encontra entre os dois termos ‘direito’ e ‘legislação’. A escolha conduz ao posicionamento. Se aceito como ‘direito’, admite-se a autonomia do novo ramo da ciência jurídica que regula as relações juseducacionais de proteção ao aluno, professor e escola. Se em lugar de ‘direito’ a opção for pela ‘legislação’, aceita-se implicitamente que existe tão-somente um conjunto de leis”.²⁶

En relación con este plano nominal, en razón de las denominaciones más actuales (Derecho educativo, Derecho de la educación y Derecho educacional), es la voz ‘educación’ la que ha devenido la adecuada para fijar el ámbito material que se comprende como objeto del campo jurídico al que nos hemos referido, frente a otras voces que (como ‘instrucción’, ‘enseñanza’ o ‘escolar’) son de uso más antiguo y que, aun cuando siguen empleándose, no se asumen con la connotación sociofenoménica de aquella, resultando más limitadas, menos abarcadoras e idóneas para señalar, comprender o describir adecuadamente el ámbito material que constituye el objeto de la disciplina jurídica que analizamos.

Con razón, hubo de señalar el chileno Luis Rafael HERNÁNDEZ: “[...] pocas palabras tienen tanta significación como educación, significación que ha venido enriqueciéndose en el quehacer cultural de nuestros tiempos [...]”.²⁷ Y en ese enriquecimiento, al menos desde la perspectiva jurídica, ha dejado su contribución el lenguaje y el discurso de los derechos y su consagración no solo en las

²⁵ BOAVENTURA, Edivaldo M., “Um ensaio de sistematização...”, ob. cit., p. 45. En otro momento (p. 46), este autor exponía: “[...] o direito educacional, como disciplina nova que é, não pode ser visto e estudado tão-somente dentro dos limites da legislação. Muito ao contrário, deve ser tratado à luz das diretrizes que lastreiam a educação e os princípios que informam todo o ordenamento jurídico. Tanto no caso das relações de trabalho como nos relacionamentos da educação, ‘legislação seria apenas um corpo sem alma’, continua Sussekind, ‘uma coleção de leis esparsas e não um sistema jurídico dotado de unidade doutrinária e precisos objetivos, o que contrariaria uma inquestionável realidade”.

²⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁷ HERNÁNDEZ S., Luis Rafael, “Derecho natural y educación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, No. 2, abril 1974, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 241.

disposiciones normativas nacionales e instrumentos jurídicos internacionales, sino también en los marcos del más amplio quehacer sociopolítico, jurídico y científico especializado en relación con los campos jurídico y educativo. En esta cuerda argumental se ha afirmado que el “[...] Derecho Educativo deriva del derecho que el ser humano tiene a la educación [...]”.²⁸

Por lo tanto, la denominación Derecho educativo, Derecho de la educación o Derecho educacional es resultado de una decantación y consolidación históricas en el plano nominal a favor de la voz ‘educación’ en tanto referente de un ámbito objetivo; y como tal resultado, está directamente conectado con el enriquecimiento y fortalecimiento de la educación como fenómeno social, en lo que ha desempeñado un papel esencial la configuración del derecho a la educación como derecho humano o derecho fundamental. Decantación y consolidación a las que han tributado los aportes confluentes de diversos saberes y realidades que se encuentran e integran en dicho fenómeno como realidad y como segmento del conocimiento.

IV. Derecho educativo o Derecho de la educación: sobre su definición

En la literatura especializada que se ha detenido en el estudio del Derecho educativo o de la educación como disciplina jurídica, se han sentado, como es dable pensar, puntos de partida sobre la noción de ese segmento del Derecho.

En tales planteamientos conceptuales se pueden distinguir lo que pudiera tenerse como dos grandes líneas de definiciones: una que puede señalarse como de corte subjetivista y otra de corte más objetivista. En ellas, además, pueden reconocerse perfiles de alcance más amplio o restringido en lo que a la definición de esa disciplina jurídica respecta.

Ilustrando lo que aquí se da en llamar definiciones de corte subjetivista, podemos referirlas como una línea conceptual en la que el Derecho educativo o Derecho de la educación se refiere al conjunto de principios y reglas jurídicas que regulan el derecho a la educación, entendido esto último como derecho en sentido subjetivo (derecho subjetivo), aunque sin desconocerse su dimensión objetiva. En esta dirección se le señala al Derecho educativo como fin primordial el de garantizar la educación de los ciudadanos y velar por el respeto de las libertades en materia educativa dentro de una determinada comunidad políticamente organizada.

Representativo de la dirección anterior es el colombiano CIFUENTES RAMÍREZ, cuando concluía:

²⁸ ARENA V., Alfonso J., *El Derecho Educativo en Venezuela*, Arena V., Aragua, 2014, p. 52.

“Por mi parte, concibo el Derecho Educativo como aquella disciplina jurídica y científica, de carácter especializado y autónomo, que tiene como objeto reconocer, estudiar y desarrollar integralmente el derecho fundamental a la educación, en su dimensión objetiva y subjetiva, buscando sistematizar, analizar y renovar el ordenamiento jurídico y las políticas públicas que regulan y garantizan los derechos, deberes y libertades de la familia, la sociedad y el Estado en el proceso educativo de los ciudadanos a partir de sus presupuestos antropológicos.

*”Me he inclinado por acentuar en esta definición, principalmente, tres aspectos: la autonomía de esta disciplina, el reconocimiento de este derecho natural de la persona como base del desarrollo normativo y la relevancia del campo de las libertades en materia educativa. En definitiva, esta área del Derecho tiene como misión la defensa del derecho a la educación en libertad”.*²⁹

Otros autores parten de considerar al Derecho educativo o Derecho de la educación como que consiste en el

*“... estudo das leis que regulamentam o direito à educação, as políticas educacionais e as demais normas que visam estabelecer as metas e rumos que o ensino poderá ter, em seus mais diversos níveis”.*³⁰

Aunque sin poder señalarlo propiamente como una definición, GÓMEZ TÉLLEZ y CAMACHO LÓPEZ han dicho que:

*“El Derecho de la Educación es la representación normativa o Derecho positivo del Derecho a la Educación, para lo cual, se utilizan distintos instrumentos jurídicos de acuerdo a la normativa internacional y según los tratados internacionales firmados por el país correspondiente, mediando su efectividad según las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales correspondientes”.*³¹

La orientación conceptual que ejemplificamos precedentemente advierte explícitamente la relación existencial directa entre el derecho a la educación y el Derecho educativo o de la educación, así como el hecho insoslayable que este segundo cobra identidad y sustancia, o se afirma, a partir de la existencia y garantía del primero. Sin embargo, hay que destacar que todo el cosmos

²⁹ CIFUENTES RAMÍREZ, Álvaro José, “Conceptualización del Derecho Educativo como disciplina de la ciencia jurídica”, en Fernando González Alonso y Raimundo Castaño Calle (Eds.), *Análisis conceptual...*, ob. cit., p. 191.

³⁰ FENSTERSIFER, Daniel Pulcheiro y Fernando BATTISTI, “Direito Educativo, ética...”, ob. cit., pp. 36 a 49.

³¹ GÓMEZ TÉLLEZ, Andrés Otilio y Marilú CAMACHO LÓPEZ, “Diferencias entre el Derecho a la Educación y el Derecho de la Educación”, en Fernando González Alonso y Raimundo Castaño Calle (Eds.), *Análisis conceptual...*, ob. cit., p. 34

jurídico que envuelve el Derecho educativo o de la educación, no queda solo constreñido al plano de la realización y garantía del derecho a la educación como derecho fundamental o derecho subjetivo, sino que, además de ese plano, va más allá, para involucrar otras cuestiones o aristas de la ordenación jurídica de la educación como hecho social o actividad socialmente relevante.

Como parte de la diversidad que se puede encontrar en el panorama de estudios, hay un segmento que ha concentrado la construcción sistémica del Derecho educativo a partir de la regulación jurídica de las relaciones que se establecen entre los diferentes sujetos que intervienen, en un sentido u otro, en la actividad educativa o entre los que se desenvuelve el proceso educativo.

En la mirada de BOAVENTURA:

*“Para efeito inicial de compreensão, compõe o direito educacional um conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam a proteção das relações entre alunos, professores, escolas, famílias e poderes públicos, numa situação formal de aprendizagem [...]”.*³²

Y luego recalca:

*“... pode-se concluir que o direito à educação está inserido no conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam o comportamento das partes presentes no processo ensino-aprendizagem; processo ensino-aprendizagem composto de alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos, que se constitui no centro de interesse maior para o direito [...]”.*³³

Para el también brasileño Nelson JOAQUIM, el Derecho educativo es el

*“Conjunto de normas, princípios, institutos juspedagógicos, procedimentos e regulamentos, que orientam e disciplinam as relações entre alunos e/ou responsáveis, professores, administradores educacionais, diretores de escolas, gestores educacionais, estabelecimento de ensino e o poder público, enquanto envolvidos diretamente ou indiretamente no processo ensino-aprendizagem, bem como investiga as interfaces com outros ramos da ciência jurídica e do conhecimento”.*³⁴

³² BOAVENTURA, Eivaldo M., “Um ensaio de sistematização...”, ob. cit., p. 38.

³³ *Ibidem*.

³⁴ JOAQUIM, Nelson, *Direito educacional brasileiro: história, teoria e prática*, 3ª ed., Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2015, p. 67; también en Joaquim, Nelson, “Os desafios do Direito Educacional no ensino, gestão educacional e nos tribunais”, *Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros*, vol. 42, março - junho 2020, Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro p. 4, disponible en <http://digital.iabnacional.org.br>

Dentro del panorama conceptual relativo al Derecho educativo o Derecho de la educación, se pueden encontrar otras definiciones cuya línea de pensamiento se ha decantado por una mirada de alcance más objetivo, en tanto colocan, directamente, aquel espacio jurídico, a propósito de la ordenación de la educación como actividad o sector, como fenómeno materialmente considerado, comprendiendo todos los –o los diversos– planos de implicaciones que puede abarcar la organización y puesta en práctica de ella.

Con esta orientación, ha dicho un autor latinoamericano:

“El Derecho Educativo regula el hecho pedagógico desde todos los ámbitos de acción. Por ello no se centra en la relación (docente-estudiante), o en la relación (docente-estudiante-directivo). Debido a que la institución, en el desarrollo de sus funciones, se articula con diversos sectores de la comunidad”.³⁵

Entre los que pueden comprenderse en esta corriente conceptual de perfil más objetivista sobre el Derecho educativo, se puede mencionar a Edmundo ESCOBAR, en tanto ha entendido que ese subsistema se encarga de “[...] reunir, clasificar, jerarquizar, estructurar, fundamentar, etc., la legislación educativa, sus principios y supuestos, para la adecuada operatividad dogmática y orgánica de este corpus”.³⁶ ESCOBAR añadía en otro momento que el Derecho educativo “[...] debe normar, regular, la vida de la educación en todas tus instituciones, personas y cosas [...]”.³⁷

Para José Augusto PERES:

*“Direito Educacional é um ramo especial do Direito; compreende um já alentado conjunto de normas de diferentes hierarquias; diz respeito, bem proximamente, ao Estado, ao educador e ao educando; lida com o fato educacional e com os demais fatos a ele relacionados; rege as atividades no campo do ensino e/ou aprendizagem de particulares e do poder público, pessoas físicas e jurídicas, de entidades públicas e privadas”.*³⁸

Desde Costa Rica, Celín ARCE GÓMEZ ha sumido el Derecho educacional como que

“... tiene por objeto la regulación de la educación en la sociedad en todas sus manifestaciones: el sistema educativo, las formas de prestación educativa, los derechos y deberes de sus beneficiarios, y los derechos y deberes

³⁵ ARENA V., Alfonso J., *El Derecho Educativo...*, ob. cit., p. 27.

³⁶ ESCOBAR, Edmundo, “El Derecho Educativo...”, ob. cit., p. 212.

³⁷ *Ibidem*, p. 214.

³⁸ PERES, José Augusto, *Introdução ao Direito Educacional*, Micrográfica, João Pessoa, PB, 1991, p. 96.

fundamentales de las personas respecto a la educación, en suma, el régimen jurídico de la educación en una sociedad determinada”.³⁹

Para el argentino SORIA VERDERA, el Derecho educativo es

“... el enfoque de la ciencia jurídica destinado a investigar las fuentes, el origen histórico, la naturaleza, objeto, elementos y fines de la regulación educativa en todos sus aspectos, comprendiendo lo público y lo privado en su aspecto internacional, nacional, provincial y municipal, analizando su incidencia como herramienta motriz de la integración y desarrollo comunitario en la proyección cultural de los núcleos sociales para mejorar su futuro”.⁴⁰

En la posición del también argentino GARCÍA LEIVA, el Derecho educativo es

“El conjunto de normas, principios y conductas que regulan el fenómeno educativo, su organización, su entorno, sus actores, y su inserción en la comunidad, para el logro del Desarrollo”.⁴¹

En la opinión de VILLAFUERTE VEGA sobre el Derecho educativo:

“... con el propósito de habilitar la operatividad dogmática y orgánica de la Educación, aquella rama del Derecho reúne, clasifica, jerarquiza, estructura y fundamenta la legislación, la jurisprudencia y los principios relacionados al sector educativo; en orden de señalar y aplicar los diversos supuestos educacionales de una determinada sociedad”.⁴²

El chileno ZÁRATE CARRAZANA, define el Derecho educativo como

“... un sistema de reglas y principios jurídicos que interactúan orgánicamente para regular el acontecer educativo formal de nuestro país. Es decir, es un proceso que regula no solamente la educación en sí, (enseñar y aprender), sino también a sus actores (instituciones y comunidad

³⁹ ARCE GÓMEZ, Celín, *Derecho Educativo*, Editorial Universidad Estatal a Distancia (UNED), San José de Costa Rica, 1999, p. 15.

⁴⁰ SORIA VERDERA, Raúl Edilberto, *Introducción...*, ob. cit., p. 174.

⁴¹ GARCÍA LEIVA, Luis, Alberto, “El Derecho Educativo: sus relaciones con el desarrollo en la sociedad del conocimiento”, p. 8, disponible en <https://rieoei.org/historico/deloslectores/060garcialeiva.PDF>; ver también, de GARCÍA LEIVA, “Las nuevas tecnologías y el Derecho Educativo”, p. 2, disponible en http://www.quadernsdigitals.net/datos_web/articulos/quadernsdigitals/quaderns21/q21tecnologias.html

⁴² VILLAFUERTE VEGA, Andrés, “La relación entre el derecho humano a la Educación y la autonomía universitaria”, en F. González Alonso (Ed.), *El Derecho Educativo: miradas convergentes*, Caligrama, Sevilla, 2018, p. 223 y ss. También en VILLAFUERTE VEGA, Andrés, “Teleología jurídica de la educación”, en Luci Mary Duso Pacheco y Andrés Villafuerte Vega (Eds.), *Derecho Educativo: reflexiones sobre la cultura de paz en un contexto globalizado*, ISOLMA, San José - Costa Rica, 2019, p. 171.

educativa), las relaciones que surjan entre ellos (derechos y deberes) y la necesaria protección a los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica. Es el derecho que regula en su integridad el sistema educativo chileno”.⁴³

Para Evaldo VIEIRA:

“Assim, o Direito Educacional, na condição de direito especializado, envolve definições, princípios, comparações com outros sistemas, legislação, jurisprudência, levando em conta as relações jurídicas geradas na atividade educativa e tendo por objetivo proporcionar a educação a todos [...]”.⁴⁴

Finalmente, VAZ DE MATOS ha apuntado:

“... Direito Educacional deve ser entendido como a tabulação positiva de diretrizes orientadoras das relações educativas, seja no âmbito da organização, efetivação, controle e avaliação institucional, bem como o trato das relações entre os agentes que efetivam e colocam na prática a aprendizagem em relação aos receptores e a sociedade organizada como um todo”.⁴⁵

De tal suerte, repasando los puntos esenciales que se reflejan en las definiciones anteriormente reproducidas, el Derecho educativo o Derecho de la educación se refiere al subsistema jurídico que regula la actividad educativa o de educación en el marco de una comunidad políticamente organizada, con un sentido también garantista, de protección y promoción: velar por la garantía y la promoción del desenvolvimiento de la actividad educativa y de los derechos y libertades en materia de educación.⁴⁶

43 ZÁRATE CARRAZANA, Miguel, “Hacia un concepto...”, ob. cit., pp. 123 y 124; también en ZÁRATE, Miguel y Alfredo ROMERO, *Introducción al Derecho Educacional Chileno*, Legalpublishing, Santiago, Chile, 2013, p. 43. Otro chileno, SANDOVAL SEPÚLVEDA, propone: “[...] definir el Derecho Educacional chileno como una rama especializada del Derecho Público nacional, con autonomía científica, didáctica y legislativa de otras disciplinas, que comprende a la normativa educacional vigente y a los principios que la informan y cuyo objeto es la regulación jurídica del fenómeno educativo expresado éste en cada uno de los niveles de la educación formal, en la educación no formal y en la educación informal, durante toda la vida de las personas y con respeto irrestricto a los derechos educacionales consagrados en la Constitución Política de la República y, en lo pertinente, a los Tratados Internacionales ratificados por Chile”. Ver SANDOVAL SEPÚLVEDA, Pablo Ignacio, “Derecho Educacional: nueva rama del derecho y herramienta útil en la elaboración de políticas en educación”, Fundación Nodo XXI, diciembre 2015, Santiago de Chile, disponible en <http://derechoeducacional.cl/wp-content/uploads/2017/11/08-ICHDE-Derecho-Educacional-herramienta-%C3%BATil-en-elaboraci%C3%B3n-de-pol%C3%ADticas-en-educaci%C3%B3n.pdf>

44 VIEIRA, Evaldo, “A política e as bases do Direito Educacional”, en *Cadernos Cedes*, Año XXI, No. 55, novembro/2001, p. 27, disponible en <https://www.scielo.br/j/ccedes/a/SW79rDZ6L4pZK96YKwK8yfR/abstract/?lang=pt>

45 VAZ DE MATOS, Sideomar Luciano, “Direito Educacional frente às dificuldades...”, ob. cit., p. 52.

46 Del lado cubano, tanto por no juristas como por juristas, se han manejado algunas definiciones del Derecho educativo. GONZÁLEZ PATRICIO lo refiere como “[...] el conjunto de

Desde una perspectiva conceptual como la anterior, el Derecho educativo, en su objeto, y esencia, no deja de enmarcarse en los derechos y libertades de las personas en materia educativa, lo que sin dudas determina, y ocupa, un amplio segmento objetivo dentro del espacio jurídico que confirma dicho subsistema. Pero también, el Derecho de la educación viene a comprender directamente en su ámbito de regulación a la organización y funcionamiento de esa actividad y a los deberes y obligaciones del poder público organizado del Estado —en cuanto la educación hace parte de los cometidos públicos— y de otros sujetos que desempeñan la actividad educativa. Ello hace que el Derecho educativo o de la educación tenga un perfil de promoción y protección de derechos y libertades en el marco de la educación, pero que no solo quede ahí, sino que se proyecte también como un Derecho ordenador, que encauce, oriente, regule, la organización y el desenvolvimiento de la actividad educativa, y el complejo de relaciones jurídicas que se desarrollan dentro de ese campo objetivo en razón de su realización, todo ello en su más amplio alcance.

A tenor del trazado de su extensión, es menester precisar, entonces, que el estudio del Derecho educativo, como subsistema jurídico, no solo involucra cuestiones generales derivadas de su apreciación unitaria y sistémica (noción, naturaleza, alcance, caracteres, contenido), sino aspectos específicos que son los que permiten verificar y concretar su dinámica particular y que tienen que ver tanto con un plano organizativo (cómo se estructura y organiza la educación en un contexto determinado), como uno funcional (cómo se desenvuelve en todos sus planos e implicaciones el fenómeno educativo); a lo que debe agregarse que la educación comprende una actividad de naturaleza prestacional, que se articula en diversos espacios y necesidades en función de los sujetos destinatarios de la prestación y determinando entonces los medios (personales, materiales, jurídicos) a disposición para esa prestación.

Si tomamos en cuenta que el sector educativo, con el alcance en específico que tenga en un Estado en particular, de ordinario implica un complejo aparato organizado en diversos niveles, ya en clave centralizada, ya descentralizada, con un alto grado de complejidad, un elevado número de personal (permanente y ocasional) que debe ejecutar la actividad en cuestión, un universo disímil (en edad, condiciones y en necesidades educativas) de usuarios (hasta clientes),

principios y normas que regulan en cada Estado el proceso educativo [...]”. Ver GONZÁLEZ PATRICIO, Rolando, “Para cambiar el mundo: derecho educacional y contrahegemonía”, revista *Temas. Cultura, ideología y sociedad*, No. 70, abril-junio de 2012, La Habana, p. 6. Por su parte, ÁLVAREZ MESA y GONZÁLEZ SOSA asumen que el Derecho educativo, como rama jurídica, puede ser “[...] definida, como conjunto de normas y principio que rigen el proceso docente educativo. El mismo permite el acceso a uno de los principales derechos humanos, la educación”. Ver ÁLVAREZ MESA, Yuniesky y Yoile GONZÁLEZ SOSA, “El proceso de enseñanza-aprendizaje de Derecho Educativo en la formación de los profesionales en la educación superior”, en Fernando González Alonso y Raimundo Castaño Calle (Eds.), *Análisis conceptual...*, ob. cit., p. 93.

y un contenido de prestaciones también diverso, amplio y complejo, así como exigencias materiales y estándares de calidad a cumplir, no es posible menos que comprender pacíficamente la dificultad que acompaña ya no a la concreción de la educación como fenómeno social en clave contemporánea, sino a la existencia y realización de su orden jurídico ordenador, no importa el país de que se trate.

Todo ello requiere un planteamiento jurídico, y todo ello, y más visto así, queda resumido en el Derecho educativo como ámbito de estudio.

Ahora bien, el movimiento conceptual en torno al Derecho educativo o Derecho de la educación se ha enfilado rectamente a enarbolar y reconocer en él una rama o disciplina autónoma del Derecho; lo que, sin dudas, perfila y ayuda a reconocer mejor su identidad e importancia como subsistema jurídico y a ponderar las posibles peculiaridades que presenta en relación con el resto de los marcos ordenadores de relaciones jurídicas.

Provechoso en este punto es recordar a Edmundo ESCOBAR –quien ha sido señalado como uno de los pioneros, en América Latina, en impulsar al Derecho Educativo como nueva disciplina científica⁴⁷–, cuando reflexionaba, a inicios de la década de 1980, no sin cierto matiz de hipérbole:

“Siendo el Derecho una ciencia que *crece* en cada una de sus disciplinas y que, por decirlo así, crea cada día nuevas ramas, no es impropio desde el punto de vista de la lógica y metodología de las ciencias, que se constituyera un nuevo enfoque teórico y técnico, una nueva disciplina jurídica, una nueva rama del Derecho, a saber: *el Derecho Educativo o Derecho de la Educación* [...].

“... es dable hablar de una nueva rama especializada del Derecho: *El Derecho Educativo*, así como se habla del *Derecho Administrativo*, *Derecho Mercantil*, *Derecho Agrario*, *Derecho Aéreo*, Etc., pues ya no se puede dejar de tomar en cuenta que el Derecho Educativo, esto es toda la legislación sobre el Sector Educacional de los pueblos, está destinado a regir la conducta humana. Tampoco se puede ignorar, a fines del siglo xx, los múltiples problemas de aplicación que dichas normas plantean al aplicador y a los individuos o grupos que deben acatarlas.

“La razón principal para hablar de la creación de un *Derecho Educativo* o *Derecho de la Educación*, es que existe un volumen ya considerable de jurisprudencia, de legislación y reglamentación sobre la vida educativa, en todos los Estados modernos. Y existiendo tal fondo o *corpus jurídico*, cabe verlo ya científicamente, para que al *crecer* en fechas próximas el volumen de su contenido, su desarrollo no sea caótico ni deficiente, sino que, bien fundamentado en sus principios y jerarquizado en sus problemas, pueda

⁴⁷ Así lo hace CIFUENTES RAMÍREZ, Álvaro José, “Conceptualización...”, ob. cit., p. 189.

desarrollarse adecuadamente en todas las direcciones y niveles de la vida educativa, y llegue a la postre a integrar el necesitado sistema científico de la vida social del mañana”.⁴⁸

No resulta ocioso recordar que el Derecho como fenómeno y realidad sociales tiene un carácter unitario, sistémico, y solo se nos presenta parcelado o segmentado en ramas o subsistemas (autónomos) como recurso metodológico en función de su conocimiento y estudio.

Desde nuestro punto de vista, puede ser factible hablar del Derecho educativo o Derecho de la educación como subsistema con identidad o que puede ser singularizado, del resto de los subsistemas que comprende el Derecho como fenómeno mayor. Como otros ámbitos objetivos del Derecho de los que se ha propugnado su autonomía como rama o subsistema, lo que define y determina la autonomía del Derecho educativo es el objeto en que se centra: el derecho a la educación, para unos (según sea, ya vimos, el ángulo desde el que se asuma su conceptualización,) o la actividad educativa, para otros.

Realmente, si ha de manejarse o propugnarse en términos de autonomía, es ese objeto, y no otra cosa, lo que nos remite a la idea de rama o subsistema autónomo o con identidad propia, cuando de Derecho educativo o de Derecho de la educación se trata, utilizándose en él las técnicas jurídicas que proveen espacios jurídicos como el Derecho privado y el Derecho público. No es por las técnicas jurídicas o por un método jurídico en particular que se singulariza como rama o subsistema el Derecho educativo, sino, principalmente, por el objeto de las relaciones que ordena y la importancia y trascendencia del fenómeno educativo.

Esa idea se ha constatado entre los estudiosos del tema. Así, en el Derecho brasileño, Nelson JOAQUIM exponía:

*“A questão crucial que contribuiu para autonomia do Direito Educacional, segundo o jurista Lourival Vilanova, é a possibilidade desse novo ramo da ciência jurídica desdobrar-se: por ou lado na existência de normas nas relações educacionais; por outro lado, da construção sistematizada que tem por objeto tais normas. Ele sustenta, ainda, que como há relações, sociais, econômicas, trabalho, consumo, familiares etc. há também as relações educacionais”.*⁴⁹

Por su lado, particularmente Raúl Edilberto SORIA, ha constatado que “[...] existe un objeto propio, específico, con máxima suficiencia para postular la autonomía científica de este Derecho, y, por ende, su autonomía didáctica”.⁵⁰

⁴⁸ ESCOBAR, Edmundo, “El Derecho Educativo...”, ob. cit., pp. 212 y 213.

⁴⁹ JOAQUIM, Nelson, “Os desafios...”, ob. cit., p. 3.

⁵⁰ SORIA, Raúl Edilberto y Paola Alejandra SORIA FERNÁNDEZ DEL VALLE, “El Derecho Educativo como ciencia”, ob. cit., p. 53.

Según se ha posicionado el colombiano CIFUENTES RAMÍREZ:

“... el Derecho Educativo no se justifica solamente por el conjunto de normas existentes, ni por el volumen de la legislación aprobada en ese campo por los Parlamentos en todos los países y a nivel internacional, sino, fundamentalmente, por tratarse de una realidad lo suficientemente importante, compleja y definitiva para el desarrollo de la persona en la sociedad como es el proceso enseñanza aprendizaje, objeto principal de la regulación contenida en él”.⁵¹

Y aquí no está de más llamar la atención, aunque de pasada, sobre el hecho de que el manejo del Derecho educativo o Derecho de la educación como disciplina, rama o subsistema jurídicos, con autonomía, nos revela nuevos puntos de vista con qué mirar, singularizadamente y en mejor perspectiva, espacios esenciales del Derecho. Así, por ejemplo, desde ese prisma y dentro del Derecho educativo podemos hablar de: la Constitución educativa, de la educación como derecho social, de la educación como (según la tónica jurídica que adquiera) servicio público o como actividad de interés general, del Derecho internacional de la educación, del estatuto de la función pública docente, del régimen disciplinario en la actividad docente y escolar, por solo mencionar algunos.

La autonomía del Derecho educativo y su naturaleza dan para mucho tiempo y espacio de debate, pero, quizás, lo más interesante de rescatar en ello, por ahora, y en función de este marco que nos convoca, son las peculiaridades que lo distinguen e identifican y la complejidad que abarca en su dinámica y en su integración como subsistema del Derecho.

Una de las cuestiones que resulta, prácticamente, una constante en los estudios sobre el Derecho educativo como rama, subsistema o disciplina jurídica, es la del carácter esencialmente interdisciplinar y complejo que presenta.

Lo anterior queda señalado en una línea analítica como la que ha defendido el argentino Raúl Edilberto SORIA, y en la que se ha llegado a apuntar:

“El Derecho Educativo, como modelo autónomo de la ciencia jurídica, se inserta en el mundo jurídico multidimensional y propone un pluralismo metodológico apoyado en su programa integral de interdiscipliniedad para construir un modelo de ciencia autónoma del derecho”.⁵²

Y, consecuentemente, se ha concluido:

⁵¹ CIFUENTES RAMÍREZ, Álvaro José, “Conceptualización...”, ob. cit., p. 189.

⁵² SORIA, Raúl Edilberto y Paola Alejandra SORIA FERNÁNDEZ DEL VALLE, “El Derecho Educativo como ciencia”, ob. cit., p. 48.

“Una particularidad es que el Derecho Educativo se afirma como disciplina científica que ha incorporado a su metodología el contacto con ciencias afines como: la antropología, la sociología, la psicología, la pedagogía, etc. Buscando nuevos estilos de hacer ciencia con tendencias interdisciplinarias y generando una nueva clasificación de los saberes”.⁵³

Según ha podido afirmarse: “El ámbito Docente y el Mundo Jurídico conforman el Derecho Educativo, con un enfoque transversal, integrador e interdisciplinario”.⁵⁴

En interesante observación de Jan DE GROOF:

“El Derecho de la Educación es, de hecho, básicamente una ciencia interdisciplinar, ya que pone en juego la historia, la ciencia política, la filosofía política y, en términos más generales, las diferentes ciencias sociales. Esto también se aplica al tipo de formulación de políticas gubernamentales que ayuda a crear leyes en una esfera específica, nada menos que la educación, que debe ser considerada como uno de los servicios más importantes para la sociedad en su conjunto y las personas que la componen. Lo que debe descubrirse en el análisis final es cuán amplias son las responsabilidades educativas del gobierno en lo que respecta a los derechos y las políticas educativas, ya que tienen consecuencias prácticas para la aplicación de los derechos civiles”.⁵⁵

Por su parte, Sideomar Luciano VAZ DE MATOS ha dicho:

*“Ciências autônomas com desígnios diferentes, mas dada à interdisciplinaridade que deve reger os feitos do homem, acabam por se fundir para criar novo ramo da ciência, denominado: Direito Educacional”.*⁵⁶

Incluso, ese rasgo de la interdisciplinariedad que caracteriza al Derecho educativo o Derecho de la educación se ha hecho patente desde el propio planteamiento conceptual que recogen algunos autores. En esa cuerda argumental, se ha acogido, por ejemplo:

“Cuando hablamos del Derecho de la Educación nos estamos refiriendo al marco jurídico-educativo de la educación o derecho educativo, comprendiendo no solo el aspecto normativo o del cuerpo denominado legislación educativa, sino también, el objeto de estudio de todos los componentes

⁵³ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁴ GARCÍA LEIVA, Luis Alberto, “El Derecho Educativo...”, ob. cit., p. 6.

⁵⁵ DE GROOF, Jan, “New challenges for freedom of education competitiveness”, en AA.VV., *Libertad, Igualdad y Pluralismo en Educación*, Comunidad de Madrid, Consejería de Cultura, Madrid, 2003, p. 20.

⁵⁶ VAZ DE MATOS, Sideomar Luciano, “Direito Educacional frente às dificuldades...”, ob. cit., p. 51.

vinculados al desarrollo educativo, con visiones de interdisciplinariedad, multidisciplinariedad, y transdisciplinariedad”.⁵⁷

De planteamientos como los anteriores, y de la observación de la realidad jurídica que comprende, está al margen de toda duda que el Derecho educativo o Derecho de la educación tiene una muy estrecha vinculación con otras ciencias o disciplinas científicas, fuera de los marcos del Derecho; y es, también, un complejo normativo que, precisamente en vínculo con su identidad objetiva, se integra por normas y técnicas jurídicas que corresponden a diferentes ramas del ordenamiento jurídico, a la vez que se conecta también, directamente, con otras disciplinas jurídicas. Por lo tanto, se convierte, caracterizadamente, tanto en una perspectiva externa a los predios del Derecho como en una al interior interior de esa esfera especializada, en un ámbito sustanciado y sobre el que inciden varias disciplinas científicas.

En resumidas cuentas, la identificación o alegación del carácter interdisciplinar del Derecho educativo determina una de sus particularidades en tanto disciplina científica y en función de su metodología de estudio; y le imprime, más allá de lo que en la práctica representa, cierto aire de frescura, interés y riqueza analítica, apoyando su complejidad y la amplitud de su alcance jurídico.⁵⁸

Un último aspecto que queremos introducir en relación con el Derecho educativo o Derecho de la educación como subsistema jurídico, y que trae relación con los planteamientos precedentes, es el de su consideración jurídica.

Queda claro que los problemas que se plantean, tanto para su estudio como en su realización, al cobijo del Derecho educativo o de la educación, tienen un importante fundamento en los marcos del Derecho constitucional y del Derecho administrativo; pero ello no hace que aquel pueda manejarse como un capítulo específico o particular de alguno de estos.

En la literatura jurídica, algunos autores han manejado al Derecho educativo como Derecho especial dentro, esencialmente, del Derecho administrativo.⁵⁹

⁵⁷ CAMACHO LÓPEZ, Marilú; Andrés Otilio GÓMEZ TÉLLEZ y Fernando GONZÁLEZ ALONSO, “Derecho Educativo y pobreza infantil en Chiapas (México)”, en F. González Alonso y J. Escudero Vidal (coords.), *La pobreza infantil. Visión y misión*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2016, p. 177.

⁵⁸ En este acorde, interesantes son las reflexiones de los españoles DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y SENDÍN GARCÍA, cuando expusieron: “El tratamiento científico del Derecho de la educación viene además lastrado por el hecho de que afecte a distintas ramas del ordenamiento jurídico (fundamentalmente el Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, pero también otras como el Derecho laboral o el Derecho Comunitario). Lo que dificulta notablemente su estudio, pues obliga a adoptar una perspectiva interdisciplinar, que exige un profundo esfuerzo y rigor conceptual. Esto ha hecho que algunos de sus aspectos hayan quedado descuidados en su análisis doctrinal [...]”. Ver DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA, *Derecho y Educación...*, ob. cit., p. 13

⁵⁹ Ha defendido esta posición ARCE GÓMEZ, Celín, *Derecho Educativo*, ob. cit., p. 16.

Una salida conceptual de ese tipo es la que ha sostenido GARCÍA LEIVA al afirmar: “El Derecho Educativo no pretende desplazar al Derecho Administrativo, sino que se convierte en un derecho especial e innovador de este último”.⁶⁰

También los españoles GONZÁLEZ ALONSO y GUZÓN NESTAR han aceptado “al Derecho Educativo como rama del Derecho Administrativo” y “componente del Derecho Público”.⁶¹

Y, ciertamente, buena parte de la dinámica y el objeto jurídicos del Derecho educativo o Derecho de la educación, de las relaciones jurídicas que lo conforman, quedan comprendidas dentro de la parte especial del Derecho administrativo, en concreto del Derecho administrativo educativo o de la educación. Sin embargo, ello no agota, jurídicamente, a todo el Derecho educativo y su alcance trasciende el ámbito específico de la rama iusadministrativa; lo que hace que esta última sea insuficiente, *per se*, para amparar y tutelar, jurídicamente, en toda su línea, el fenómeno educativo.⁶²

Incluso, el Derecho de la Educación también se remonta, en sus implicaciones, más allá del perímetro del Derecho Público – aun cuando algunos han entendido a aquel como componente de este último –; con todo y que, en este último,

⁶⁰ GARCÍA LEIVA, Luis, Alberto, “El Derecho Educativo:...”, ob. cit., p. 6. A renglón seguido, este argentino añadía: “Al Derecho Educativo, se le puede hacer extensivo lo expresado por el prestigioso catedrático Español Dr. Eduardo García de Enterría, cuando dice al referirse a otro derecho especial (el Derecho Urbanístico), que ‘Este Derecho, es, evidentemente, tanto desde la perspectiva ordinamental como en el plano científico, una parte del Derecho Administrativo, la cual como es común a todos sus numerosos capítulos, no es una simple corroboración de las categorías dogmáticas ofrecidas por la parte general de la disciplina, sino un ámbito específico, dominado cada uno por sus principios y que ponen a prueba, matizan y en ocasiones rectifican o revisan esas supuestas categorías generales, que son aquí puramente instrumentales para interpretar y comprender un régimen jurídico sustantivo o no secundario o derivativo’”.

⁶¹ GONZÁLEZ ALONSO, Fernando y José Luis GUZÓN NESTAR, “La educación en valores: axiología, naturaleza y Derecho Educativo”, *Revista de Ciências Humanas*, vol. 18, No. 2 [31], set./diz. 2017, pp. 90 a 120, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, câmpus de Frederico Westphalen, disponible en https://www.researchgate.net/publication/322833419_LA_EDUCACION_EN_VALORES_AXIOLOGIA_NATURALEZA_Y_DERECHO_EDUCATIVO_EDUCACAO_EM_VALORES_AXIOLOGIA_NATUREZA_E_DIREITO_EDUCACIONAL_EDUCATION_IN_VALUES_AXIOLOGY_NATURE_AND_EDUCATIONAL_LAW

⁶² En tono crítico, al destacar que “[...] el vínculo entre el Derecho y la Educación se canalizó en el formalismo del Derecho Público y, particularmente, del Derecho Administrativo”, VILLAFUERTE VEGA ha comentado: “Elo ha representado un problema para la gestión de la enseñanza, pues, en lugar de concentrarse en la importancia del acto educativo (transmisión intergeneracional de conocimientos, valores y aptitudes), el proceso pedagógico ha sido desvirtuado a causa de ese formalismo jurídico-administrativo”; y a renglón seguido decía: “De esa manera, a pesar de fundamentarse en una dinámica holística y flexible, el proceso pedagógico se ha visto limitado y contraído en una tramitología legalista y burocratizante, lo cual provoca aquella tendencia del formalismo jurídico-administrativo [...]”. Ver VILLAFUERTE VEGA, Andrés, “El rol del jurista en la gestión educativa”, en Fernando González Alonso y Raimundo Castaño Calle (Eds.), *Análisis conceptual...*, ob. cit., p. 196.

como segmento jurídico mayor, objetivamente hablando, quedan incardinados la mayor parte de los contenidos cubiertos por el Derecho Educativo.

El planteamiento del Derecho educativo o de la Educación como disciplina jurídica autónoma es consecuencia y reflejo de la dificultad para encuadrarlo como una especialidad dentro de ámbitos jurídicos mayores o más tradicionales (como es el caso del Derecho administrativo o Derecho civil); e incluso para ubicarlo dentro de los grandes segmentos en los que históricamente se ha dividido el fenómeno jurídico: el Derecho público y el Derecho privado. Por otro lado, aquel planteamiento es también consecuencia y reflejo de la necesidad de proveer, frente a la aludida dificultad, una construcción que se ajuste, con mayor propiedad, a la mecánica y a la dinámica jurídicas que designa.

Por ello es que algún estudioso ha podido sostener, enfáticamente, que

“El derecho educativo no es derecho público ni derecho privado, es un derecho social nuevo; difiere esencialmente del derecho privado porque éste es un derecho de las cosas, de las obligaciones y de los contratos, en tanto el derecho educativo se enfrenta al problema de una vida humana digna con nuevos valores, con igualdad en la esperanza de un desarrollo integral que le permita alcanzar situaciones espirituales de mayor jerarquía”.⁶³

A la luz de la realidad jurídica que alcanza, el Derecho educativo articula un universo complejo, diverso y plural (hay quien habla de mixtura o lo califica expresamente como Derecho mixto), que involucra tanto normas de Derecho interno como de Derecho internacional; de Derecho nacional y local, y de Derecho supranacional (en diferentes niveles); de Derecho público y Derecho privado (en tanto la organización y el funcionamiento de la actividad educativa se ha asumido también desde relaciones *interprivatos*); de Derecho constitucional, administrativo, civil, laboral, mercantil, procesal, entre otras. Por supuesto, todo ello, no en simple compendio o aglomeración, sino en construcción e imbricación sistémica a partir de la sustancialidad objetiva que aporta la educación como fenómeno sociojurídico.

En este sentido, el Derecho educativo puede entenderse –claro está, según los ribetes específicos que comprende a la luz de la organización y funcionamiento de la actividad educativa en un país determinado– como un espacio, sistémico, que admite el encuentro y la articulación de realidades ius públicas e ius privadas; de normas de Derecho público y de Derecho privado, no en sumatoria, sino en simbiosis e integración que emergen como unidad sistémica a partir del prisma desde el que mira el Derecho educativo.

⁶³ CISNEROS FARIAS, Germán, *Axiología del Artículo Tercero Constitucional*, Trillas, México, D.F., 2000, p. 12.

Breve panorama sobre el papel de la Constitución en la historia del Derecho ecuatoriano

José Xavier AROSEMENA CAMACHO*

I. Introducción

En el Ecuador, históricamente han existido veinte Constituciones, incluida la de 1938,¹ que nunca entró en vigor. Dos de ellas no son usualmente mencionadas y merecen un reconocimiento como parte de la historia constitucional que se analiza, aunque no corresponden estrictamente al Estado ecuatoriano, ya que son previas al año 1830, en que se estructuró jurídicamente la República del Ecuador. Se hace referencia al “Pacto solemne de sociedad y unión entre las provincias que forman el Estado de Quito” (1812)² y a “El Reglamento Provisorio Constitucional de Guayaquil, sancionado en 1820 por su Colegio Electoral”.³

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (Ecuador).

¹ “No fue promulgada por el Ejecutivo (Presidencia del Dr. Mosquera Narváez), quien disolvió a la Asamblea Constituyente, compuesta por un número igual de representantes conservadores, liberales y socialistas. En consecuencia, esta Carta no tuvo vigencia legal, pero sí una existencia histórica que refleja las tendencias político-jurídicas de la época”. Ver SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ª ed. actualizada, Ediciones legales, Quito, 2012, p. 94.

“Desde la renuncia del presidente Ayora (1931) hubo una gran inestabilidad política en la que se sucedieron una serie de presidentes interinos y otros que fueron destituidos. La constituyente de 1938 fue convocada por el general Alberto Enríquez, y se designó como presidente de la República a Aurelio Mosquera, en esta nueva constitución se eliminaban los latifundios”. Disponible en <https://www.eluniverso.com/2006/10/01> [consultado el 8 de diciembre de 2018], publicación del domingo 01 de octubre de 2006.

² Constitución Quiteña del año 1812, Decreto legislativo No. 000 RO/000 de primero de enero de 1812, disponible en <https://www.eltelegrafo.com.ec/banners>

³ GÓMEZ ITURRALDE, José Antonio y Willington PAREDES RAMÍREZ, *Guayaquil por su libertad, y por la patria*, Archivo histórico del Guayas, Guayaquil, octubre de 2000, pp. 85-91. Ver además, GONZÁLEZ, Víctor, *Rumbos de libertad. Guayaquil, 9 de octubre de 1820, primera revolución triunfante*, Ilustre Municipalidad de Guayaquil, Guayaquil, 2010; VILLAMIL, José, Manuel J. FAJARDO y Juan Emilio ROCA, *La independencia de Guayaquil 9 de octubre de 1820*, selección de Abel Romeo Castillo, Banco Central del Ecuador, Guayaquil, 1983, p. 146.

La “Constitución de Quito”⁴ constituye la impronta del proceso independentista ecuatoriano⁵ por ser este el primer grito de independencia dado en el Ecuador y por lo que se denomina a la ciudad de Quito como “Luz de América”, y aunque posteriormente la insurgencia quiteña fuera domeñada por las fuerzas realistas, quedó sembrada la simiente de la libertad. En palabras de don Camilo DESTRUGE ILLINGWORT:

“Tampoco quiere decir lo que antes expresáramos, que la Revolución del 10 de Agosto-de 1812-, aunque infructuosa en sus resultados materiales del momento, lo fuera en cuanto a la parte moral; porque es incontestable que ella, aún vencida, había roto el hielo de la indiferencia: fue un ejemplo de heroísmo y abnegación [...]”.⁶

Con posterioridad a este episodio histórico, la región se mantuvo en paz hasta el nueve de octubre de 1820, en que el pueblo de Guayaquil se organizó en un grupo autodenominado “La Fragua de Vulcano”; por un golpe de mano se hizo del poder y cambia las autoridades, establece un gobierno provisional y en un mes, el 8 de noviembre de 1820, reúne un colegio electoral que fue el resultado de un acto democrático para su conformación y que reúne una asamblea de 57 diputados en representación de 29 pueblos de toda la provincia.⁷ Esta asamblea popular, constituida en un organismo legislativo, procede

⁴ La “Constitución de Quito” abarcaba el territorio de Quito (provincia de Pichincha) Ibarra (provincia de Imbabura), Riobamba (provincia de Chimborazo), Latacunga (provincia de Cotopaxi), Ambato (provincia del Tungurahua), Alausí (provincia de Chimborazo) y Guaranda (provincia de Bolívar), la mayor parte de la sierra ecuatoriana de hoy en día. Esta Constitución es criticada es criticada por su artículo 5, en el que deja en claro que “[...] reconoce como su Monarca al Sr. Fernando Séptimo, siempre que se libre de la dominación francesa y seguro de cualquier influjo de amistad, o parentesco con el Tirano de la Europa pueda reinar, sin perjuicio de esta constitución”.

⁵ “Los movimientos en favor de la independencia comenzaron cuando el 10 de agosto de 1809 un grupo encabezado por Juan Pío Montúfar la proclamó en Quito e instaló una junta de gobierno, pero recién pudo afianzarse cuando fue suscrito el 9 de octubre de 1820 el Acta de la Independencia de Guayaquil y el mariscal Sucre ganó la batalla de Pichincha el 24 de mayo de 1822. La Audiencia de Quito se incorporó entonces a la Gran Colombia de Bolívar, de la que se separó en 1830 declarándose, el 13 de mayo de ese año Estado independiente”. Ver PEREIRA PINTO, Juan Carlos, *Derecho Constitucional*, vol. II – *Regímenes políticos contemporáneos. Vocabulario Constitucional y político*, 2ª ed. actualizada, MAZ editora S.A., Buenos Aires, 1984. SALGADO agrega: “... la Constitución quiteña de 1812, es un honroso antecedente del constitucionalismo ecuatoriano, digno corolario de la nación que proclamó el primer grito de la independencia en América latina”. SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 78. Ver además, AROSEMENA, Justo, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos*, t. I, A. Roger y F. Chernoviz, editores, Panamá, 1888, pp. 490, 491, 492, 493, 494; BORJA Y BORJA, Ramiro, *Constitución quiteña de 1812*, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1962.

⁶ DESTRUGE, Camilo, *Historia de la Revolución de Octubre y campaña libertadora de 1820-22*, 2ª ed., Banco Central del Ecuador, Sucursal mayor, Guayaquil, 1982, p. 130.

⁷ GONZÁLEZ, Víctor, *Rumbos de Libertad...*, ob. cit., p. 103. La provincia de Guayaquil estaba conformada por las actuales provincias de: Esmeraldas, Los Ríos, Manabí, Guayas, Santa Elena y El Oro, es decir, en la actualidad, de toda la región del litoral ecuatoriano.

a redactar el Estatuto Provisorio de la Provincia de Guayaquil, mediante el cual declara a la Provincia de Guayaquil, libre e independiente, organiza el poder civil y regula sus finanzas, defiende la revolución, afirma su poder interno y consagra su insignia económica central.

Posteriormente, el mariscal Antonio José DE SUCRE, con tropas de la Gran Colombia, de la provincia libre de Guayaquil, del protectorado del Perú, de las Provincias Unidas del Río de La Plata y de la República de Chile, marcha hacia Quito y en la batalla dada en las faldas del volcán Pichincha vence a las fuerzas realistas, quedando el Ecuador liberado del sometimiento español el 24 de mayo de 1822.⁸ Una vez consolidada la independencia el Ecuador, pasa junto con Venezuela y Colombia a formar parte de “la Gran Colombia” en 1822, sometiéndose a la Constitución de Cúcuta y posteriormente a la de Bogotá de 1830, que no entra en real vigencia puesto que ese mismo año se disuelve la “Gran Colombia”.⁹

Sobre la base de la brevísima síntesis expuesta, es de justicia reconocerle tanto a la “Constitución de Quito” como al “Estatuto Provisorio de Guayaquil” el lugar que les corresponde en el constitucionalismo ecuatoriano.

Al haber revisado la génesis del constitucionalismo ecuatoriano conviene traer a colación la problemática indígena, presente, aunque a los inicios oculta dentro de la historia constitucional del Ecuador; asunto este que si se lo soslaya, no permitirá entender el nuevo paradigma constitucional inaugurado en Montecristi, el mismo que para muchos entraña novedades, pero que corresponde a realidades que han permanecido latentes al paso de los años y de las Constituciones.

Previo a la presencia del conquistador español, los indígenas que habitaban la zona que hoy corresponde al Estado ecuatoriano estaban muy bien organizados socialmente, dirigidos por jefes guerreros y chamanes, a los que denominaban curacas. Este asunto es frontalmente expuesto y denunciado por LEMA COTACACHI:

“... lo que se enseña en nuestros establecimientos educativos es la versión de la historia colonial, proceso que consistió en la eliminación y ruptura de las estructuras de organización socio-política local, la apropiación de sus territorios y la imposición de formas foráneas de pensamiento que se han mantenido vigentes y que inclusive con el pasar del tiempo se han asumido como propias.

⁸ AROSEMENA, Justo, *Estudios constitucionales...*, ob. cit., p. 495; PEREIRA PINTO, Juan Carlos, *Derecho Constitucional*, vol. II, ob. cit., p. 567.

⁹ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 75. Ver, además, de VILLAMIL, José, Manuel J. FAJARDO y Juan Emilio ROCA, *La Independencia de Guayaquil...*, ob. cit., p. 146; GONZÁLEZ, Víctor, *Rumbos de Libertad...*, ob. cit., p. 103; GÓMEZ ITURRALDE, José Antonio y Willington PAREDES RAMÍREZ, *Guayaquil, por su Libertad...*, ob. cit., p. 85 y ss.

”En la actualidad y luego de un largo camino de ocultamiento, y desmembramiento, los pueblos indígenas, para decirlo con propiedad, han iniciado desde hace varias décadas atrás, un proceso de recuperación y reconstrucción de sus sociedades, de su calidad de entidades históricas contemporáneas cohesionadas, con estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas propias, proclamando su continuidad histórica y vigencia y reclamando su proyección al futuro como parte constitutiva del Estado plurinacional, entendiendo la existencia dentro del Estado de Unidades o naciones culturales diversas”.¹⁰

A partir del año 1830, de la separación del Ecuador de “La Gran Colombia” y en el que se crea el Estado ecuatoriano, a criterio de SALGADO PESANTES,¹¹ se puede dividir la historia del constitucionalismo ecuatoriano en dos etapas muy definidas. La primera corresponde al constitucionalismo clásico, que abarca desde la Constitución fundadora de 1839 hasta la Constitución liberal de 1906. La segunda corresponde al constitucionalismo social, que se inicia con la Constitución de 1929.

II. El constitucionalismo clásico

Según este criterio, las Constituciones del periodo clásico serían: la redactada en Riobamba en 1830,¹² la Constitución de Ambato de 1835,¹³ la Constitución quiteña de 1843,¹⁴ la Carta Constitucional de Cuenca de 1845,¹⁵ la Carta Fundamental de Quito de 1851,¹⁶ la Constitución dictada en Guayaquil en el año 1852,¹⁷ la Carta Constitucional redactada en la ciudad de Quito en 1861,¹⁸ la nueva Constitución de Quito de 1869,¹⁹ la Carta Fundamental de Ambato

¹⁰ LEMA COTACACHI, María Mercedes, *El Sistema del derecho indígena en el Ecuador*, Imprenta de la Corte Suprema de Justicia Quito, 2007, p. 2.

¹¹ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 76-82.

¹² Constitución del Ecuador de 1830, disponible en http://www.cancillería.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf [consultado el 31 de julio de 2018].

¹³ Constitución del Ecuador de 1835, disponible en <http://www.cancillería.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion-1835.pdf> [consultado el 1 de agosto de 2018].

¹⁴ Constitución del Ecuador de 1843, disponible en <http://www.cancillería.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion-1843.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2018].

¹⁵ Constitución del Ecuador de 1845, disponible en www.cervantesvirtual.com/html [consultado el 3 de agosto de 2018].

¹⁶ Constitución del Ecuador de 1851, disponible en http://www.cancillería.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitución_1851.pdf [consultado el 5 de agosto de 2018].

¹⁷ Constitución del Ecuador de 1852, disponible en http://www.cancillería.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1852.pdf [consultado el 6 de agosto de 2018].

¹⁸ Constitución del Ecuador de 1861, disponible en http://www.cancillería.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1861.pdf [consultado el 7 de agosto de 2018].

¹⁹ Constitución del Ecuador de 1869, disponible en http://www.cancillería.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1869.pdf [consultado el 8 de agosto de 2018].

de 1878,²⁰ la Carta Constitucional de Quito de 1884,²¹ la nueva Constitución quiteña de 1897²² y, por último, la Constitución de Quito de 1906.²³

La segunda etapa sería la correspondiente al constitucionalismo social, que se inicia con la Constitución de 1929. Esta comprende además: la Constitución de Quito de 1929,²⁴ la Carta Constitucional de Quito de 1938,²⁵ la Carta Fundamental dictada en Quito el año 1945,²⁶ la redactada posteriormente en Quito el año 1946,²⁷ la nueva Carta Fundamental de Quito de 1967,²⁸ la Constitución posteriormente aprobada en Quito en 1978,²⁹ una nueva Constitución dictada en Riobamba el año 1998,³⁰ y por último, la actual Carta Fundamental de Montecristi del año 2008.³¹

De tal manera, sin considerar la Constitución de 1938, pues nunca entró en vigor por no haber sido promulgada, entonces pueden contarse diecinueve Constituciones. SALGADO, cáusticamente, critica

²⁰ Constitución del Ecuador de 1878, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1878.pdf [consultado el 9 de agosto de 2018].

²¹ Constitución del Ecuador de 1884, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf [consultado el 10 de agosto de 2018].

²² Constitución del Ecuador de 1897, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1897.pdf [consultado el 11 de agosto de 2018].

²³ Constitución del Ecuador de 1906, http://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1906.pdf [consultado el 14 de agosto de 2018].

²⁴ Constitución del Ecuador de 1929, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1929.pdf [Consultado el 15 de agosto de 2018].

²⁵ “La Constitución de 1938 ha permanecido en el olvido en tanto su vigencia fue extremadamente efímera. La peculiar composición de la Asamblea Constituyente de 1938 con una representación proporcional de liberales, conservadores y socialistas dio lugar a una nueva Carta Constitucional cuya vigencia fue suprimida por un golpe de estado que abrió el regreso del liberalismo al poder. Esta Constitución incluyó derechos sociales y políticos que ampliaban aquellos que ya estaban consignados en la Constitución de 1929”. Ver GÓMEZ LÓPEZ, David, *La Constitución perdida. Una aproximación al proyecto constituyente de 1938 y su derogatoria*, disponible en <https://lahora.com.ec/noticia/1101461474/la-constitucion-perdida-una-aproximacion-al-proyecto-constituyente-de-1938-y-su-derogatoria>

²⁶ Constitución del Ecuador de 1945, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf [consultado el 16 de agosto de 2018].

²⁷ Constitución del Ecuador de 1946, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1946.pdf [consultado el 17 de agosto de 2018].

²⁸ Constitución del Ecuador de 1967, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1967.pdf [consultado el 18 de agosto de 2018].

²⁹ Constitución del Ecuador de 1978, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf [consultado el 20 de agosto de 2018].

³⁰ Constitución del Ecuador de 1998, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf [consultado el 22 de agosto de 2018].

³¹ Constitución del Ecuador de 2008, disponible en http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_2008.pdf [consultado el 24 de julio de 2018].

“... la inestabilidad política e institucional, que nos ha caracterizado, contribuyó al cambio frecuente de Constitución; con esta actuación se pretendía legitimar situaciones de hecho (derrocamiento del Presidente o golpes de Estado), antes que proyectar verdaderas transformaciones”.

Esta circunstancia prosigue en la actualidad y ensombrece el futuro de la Constitución de Montecristi.

ÁVILA SANTAMARÍA³² coincide en que la gran mayoría de las Constituciones ecuatorianas están hechas a la medida de los caudillos de la época y que el principal fin que tuvieron fue legitimar el poder del presidente de turno.

Resulta interesante leer la visión del jurisconsulto y político panameño Justo AROSEMENA, contemporáneo (1817-1896) con el nacimiento del Ecuador como República, de la cual pueden derivarse cuestiones similares a las denunciadas por SALGADO PESANTES y ratificadas por ÁVILA SANTAMARÍA, esto es: inestabilidad política, oportunismo político y, constituciones a la talla del presidente-caudillo. En 1888, AROSEMENA QUESADA escribió:

“Las agitaciones de que ella fue teatro en adelante, la separación de Venezuela en 1829, la renuncia de Bolívar ante el congreso de 1830, indujeron la separación de la presidencia de Quito, bajo la influencia del general Juan José Flores, jefe militar de aquellos departamentos; por acta de 12 de mayo se acordó abandonar la unión colombiana y constituirse como estado independiente. En el mismo año se reunió un congreso constituyente, que dio el código fundamental; y eligió presidente al mismo general Flores. El nuevo estado se denominó República del Ecuador, y por largo tiempo los documentos oficiales se encabezaron de este modo: ‘el Ecuador en Colombia’, suponiendo posible la reorganización de la antigua república, a lo menos bajo el sistema federal”.³³

Al haberse separado el Ecuador de la Gran Colombia, el 13 de mayo de 1830, se reunió una Asamblea Constituyente en la ciudad de Riobamba. En esta asamblea se dictó la Constitución de 1830³⁴ y se dio forma jurídica y política al nuevo Estado: unitario y descentralizado, que asumió la denominación de República del Ecuador y adoptó una forma de gobierno presidencialista. En esta Constitución se advierte la clásica división de poderes. Es de resaltar, no obstante, que la división de poderes siempre ha sido un decir, pues lo que ha existido a lo largo de la historia del Ecuador es la hegemonía del poder

³² Ramiro ÁVILA comenta que en un par de debates con Luis Fernando TORRES, este sostuvo que cuando se acabe este gobierno (del presidente Correa), se acabará la Constitución. Ver ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Andino*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, p. 66.

³³ AROSEMENA, Justo, *Estudios constitucionales...*, ob. cit., p. 495.

³⁴ Constitución del Ecuador de 1830, disponible en https://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf [consultado el 31 de agosto de 2018].

ejecutivo con el denominado presidencialismo y más marcado todavía con la Constitución de Montecristi (2008) y su hiperpresidencialismo.³⁵

En esta carta constitucional de 1830 se acoge el sufragio restringido como base del gobierno representativo, imponiéndose los requisitos de tener una determinada capacidad económica y la ciudadanía, para la cual se requería ser varón mayor de 22 años o casado, tener en propiedad un bien raíz de un valor libre de 300 pesos (entendiéndose esta una suma elevada, a la época), o en su defecto, el ejercicio de profesión o industria útil, sin relación de dependencia a otro, y que además supiera leer y escribir.

Esta limitación para el ejercicio de la ciudadanía atentaba seriamente contra los derechos de una gran parte de los ecuatorianos, pues en esa época se trataba de una mayoría analfabeta, si a eso le agregaban la necesidad de poseer una propiedad raíz de elevado valor económico, ejercer una profesión o no ser empleado dependiente, prácticamente apartaba a los menos favorecidos, quienes, a pesar de ser reconocidos como ciudadanos, no podían ejercer los derechos que les correspondían como tales. La Constitución de 1830 reconocía en su artículo once los siguientes derechos a los ciudadanos ecuatorianos: igualdad ante la ley y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos, teniendo las aptitudes necesarias. Sin embargo, en su Título VIII trataba respecto de los derechos civiles y garantías desde el artículo 57 al 68. No deja de llamar la atención el contenido del artículo 68: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.

LEMA manifiesta que los derechos se otorgaban de forma discriminada, que a los indígenas se los consideraba como a menores de edad y no se les permitía ninguna participación en la vida política del Estado del cual eran parte, pese a que la población indígena y campesina constituía la mayoría y que se trataba de la fuerza laboral que sostenía el sistema económico de la región. Como consecuencia se daban dos clases de ciudadanos, los de la clase política y económica dominante y los pobladores desposeídos, que eran la gran mayoría y que eran los indígenas a quienes no se les reconocía sus derechos, y eran obligados, sin embargo, a cumplir con responsabilidades sociales, económicas de subordinación en el marco del Estado.³⁶

³⁵ “Este caudillismo y la concentración que conlleva es inherente a los gobiernos del socialismo del siglo XXI, Rafael Correa lo ha explicitado, en una expresión, popularmente vertida por la televisión y ampliamente difundida. *El presidente de la República, ha dicho, no es solo la cabeza del ejecutivo, sino la cabeza del Estado ecuatoriano y el Estado ecuatoriano es, el poder ejecutivo, el poder legislativo, el poder judicial, el sistema electoral, el control del Estado y toda otra función del gobierno*”. Ver LOUSTEAU H., Guillermo, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Inter American Institute for Democracy, Miami, 2012, p. 29.

³⁶ LEMA COTACACHI, María Mercedes, *El Sistema del derecho indígena...*, ob. cit., p. 9.

Se constituyó el Consejo de Estado como un auxiliar del ejecutivo en la Administración y en algunos asuntos como sustituto del Congreso, en su época de receso.³⁷ El Consejo de Estado, posteriormente con la efímera Constitución de 1851 e independizado de la función ejecutiva, tendrá entre sus funciones el velar por el respeto a la Constitución y la ley, de ahí su importancia, pues se lo puede considerar como simiente del Tribunal Constitucional.

SALGADO PESANTES considera que esta Constitución peca de

“... rudimentaria y defectuosa en algunas cuestiones jurídico-políticas, y resultó un tímido intento por organizar un Estado soberano e independiente. Justamente su mayor error estuvo en declarar de modo unilateral que el Ecuador ‘se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de República de Colombia’ (artículo 2).

”De esto se deduce que el ordenamiento jurídico que se daba al nuevo Estado era provisional, además de que se lo revestía con una aparente soberanía”.³⁸

Aunque no hay en esta Constitución una referencia directa a la supremacía constitucional, en el artículo 73 puede interpretarse un tímido acercamiento cuando dispone:

“Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución”.

En cuanto a la Constitución de 1835,³⁹ en ella se dispone que “la soberanía reside en la nación, y su ejercicio delega a las autoridades que establece la Constitución”. Se introducen algunos cambios⁴⁰ como la inviolabilidad de

³⁷ Artículo 44, Constitución de 1830, ob. cit.

³⁸ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 83.

³⁹ Constitución del Ecuador de 1835, disponible en <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion-1835.pdf> [consultado el 1 de agosto de 2018].

⁴⁰ Constitución de 1835, ob. cit., Título XI, “De las garantías”, artículos 99, 100, 101, 106: “Art. 99.- El autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, por el tiempo que le considere la ley; y si esta exigiera su publicación, se dará al inventor la indemnización correspondiente”.

“Art 100.- Es prohibida la fundación de mayorazgos, y toda clase de vinculaciones, y el que haya en el Estado bienes raíces, que no sean de libre enajenación.

Art. 101.- No puede exigirse especie alguna de contribución, sino en virtud de un decreto de la autoridad competente, deducido de la ley que autoriza aquella exacción; y en todo impuesto se guardará la debida proporción con los haberes e industria de cada ecuatoriano”.

“Art. 106.- La correspondencia capitular es inviolable: no podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos especialmente señalados por la ley”.

correspondencia, las contribuciones serán en virtud de decretos deducidos de la ley, se reduce el monto de dinero necesario para ser ciudadano y poder sufragar, se lo disminuye de los 300 pesos de la Constitución de 1830 a 200 pesos; además, se reduce la edad para ser ciudadano, de 22 a 18 años, y continúa el requerimiento de matrimonio.

Se le cambia el nombre al Consejo de Estado, que pasa a ser llamado Consejo de Gobierno y continúa organizacionalmente subordinado al poder ejecutivo. En la historia del Ecuador se ha utilizado en exceso el cambio de nombre de algunas instituciones, para darle un maquillaje de cambio, pero el estado de cosas no cambia esencialmente.⁴¹

El artículo 110 dispone que solo el Congreso (Nacional) podrá interpretar uno o varios de los artículos de la Constitución, sin señalar más detalles, y en el artículo 112 se declara en su fuerza y vigor todas las leyes y decretos que rigen al momento, en cuanto no se opongan a la Constitución o a los decretos y leyes que se expidan.

La Constitución de 1843⁴² fue redactada en beneficio del general Juan José FLORES,⁴³ a la sazón presidente de la República, quien pretendía continuar en el ejercicio del cargo, el periodo presidencial era de ocho años, con la posibilidad de la reelección pasando un periodo constitucional (artículo 57), esto, más un Congreso que solo se podía reunir cada cuatro años (artículo 14), le facilitaba al mandatario un gran margen de acción.

Se incrementaron los derechos y las garantías constitucionales, sin embargo, la realidad fue otra, se trataba de una dictadura a la que se le pretendía dar apariencia constitucional. Con este motivo el pueblo ecuatoriano denominó a esta Constitución como “la Carta de la Esclavitud”.⁴⁴ En su artículo segundo declara que la soberanía reside radicalmente en la nación. Declara además que los poderes del Estado se ejercerán dentro de los límites que se señalan en la Constitución. En el artículo cinco se aclara que el pueblo no ejerce otra

⁴¹ “Nuestra constitución de 2008, en el afán de cambiar los nombres de las instituciones, llama asamblea nacional al congreso. Tal denominación se la utilizó en Francia desde la Revolución francesa y después ha designado a la cámara de diputados; de allí tomó la constitución ecuatoriana de 1851 (por intermedio de don Pedro Carbó) este nomen juris que ahora –a partir del año 2008– vuelve a usarse. A veces, se olvida que la transformación o renovación institucional no está en el simple cambio de nombres ni en el debilitamiento de las instituciones”. Ver SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 119-120.

⁴² Constitución del Ecuador de 1843, disponible en <http://www.cancillería.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion-1843.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2018].

⁴³ AVILÉS PINO, Efrén, “Carta de la Esclavitud”, en *Enciclopedia del Ecuador*, disponible en www.encyclopediadelecuador.com

⁴⁴ Disponible en http://www.academia.edu/34379465/PRESIDENCIAS_DE_JUAN_JOSE_FLORES

función de soberanía que la de sufragar en las elecciones primarias en la forma determinada en la Constitución y la ley.

La interpretación del texto constitucional está en manos del Congreso. El Consejo de Gobierno continúa existiendo como órgano oficial del Ejecutivo, sin embargo, debe destacarse la presencia de la Comisión Permanente (del Congreso Nacional, Título XI, artículos 49 y ss.), que actuará en receso del Congreso (que se reunirá cada 4 años), cuya primordial atribución es la de velar por la observancia de la Constitución y de las leyes.

Con la Constitución de 1845⁴⁵ se restablece el orden constitucional, esta se dicta en Cuenca. Se asemeja a la Constitución de 1835, pero se la mejora en diferentes aspectos. La edad para ser considerado ciudadano cambia a 21 años de edad; sin embargo, para ser elector se requiere haber cumplido veinticinco años y gozar de una renta anual de doscientos pesos, que provenga de bienes raíces, o del ejercicio de alguna profesión o industria útil. Se amplían los derechos y garantías constitucionales;⁴⁶ entre los aspectos más importantes puede resaltarse que se da paso a la negación de la esclavitud por herencia (artículo 108). Se reconoce la libertad de movilización interna y externa de los ecuatorianos (artículo 109) y se regula el número de instancias, a tres, en los procesos judiciales, aportando con esto a la seguridad jurídica del país (artículo 112). Se establece la presunción de inocencia, tal vez una de las más importantes garantías y un significativo avance en los derechos humanos (artículo 116).

La garantía a la propiedad intelectual dispuesta en el artículo 118 significa un gran avance en esta materia. Queda bien definido que la creación de impuestos derechos o contribuciones solo corresponde por autoridad competente y en virtud de una ley, limitando el abuso que en ese sentido se podía dar. Se introduce el reconocimiento de la potestad del individuo de reclamar por sus derechos y por el quebrantamiento de la Constitución y la ley, ante las autoridades competentes, el Ejecutivo y el Congreso Nacional (artículos 124 y 126), lo que representa un gran avance en lo que a garantías constitucionales se refiere. En cuanto al Consejo de Gobierno y a la Comisión Permanente (del Congreso Nacional), no se encuentran cambios sustanciales.

Para SALGADO PESANTES, lo adecuado hubiera sido restablecer la vigencia de la Constitución de 1835, con las reformas que se hubieren considerado pertinentes.⁴⁷

⁴⁵ Constitución del Ecuador de 1845, disponible en www.cervantesvirtual.com/.../constitucion...ecuador...1845/.../7c0829b6-97fb-413f-a... [consultado el 3 de agosto de 2018].

⁴⁶ Ver Título XI, "De las Garantías", *ibidem*.

⁴⁷ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 86.

Posteriormente, la Asamblea Constituyente, reunida en Quito, redacta la Constitución de 1851.⁴⁸ Esta duraría apenas cinco meses, constituyéndose en la de menor duración en la historia ecuatoriana. Dicha carta presenta interesantes cambios en relación con las anteriores. El nuevo Consejo de Estado (nótese el retorno a la denominación original) es estructurado independiente del Ejecutivo, y sus integrantes son designados por el Congreso Nacional. Se destaca entre sus atribuciones el velar por la observancia de la Constitución y las leyes, convirtiéndose de esta manera en una especie de Tribunal o Corte Constitucional. Desafortunadamente, las posteriores Constituciones no se harán eco de esta regulación del Consejo de Estado, y no será hasta la Constitución de 1906 que reaparece este diseño.⁴⁹

En cuanto a derechos y garantías constitucionales, se da un gran paso al abolir la pena de muerte por delitos políticos, se le reconoce expresamente a los extranjeros la misma protección que las leyes conceden a los ecuatorianos y por último, en el artículo 135, el reconocimiento de la supremacía constitucional: “ Toda ley que se oponga a esta Constitución no tendrá efecto ”.⁵⁰

En la Constitución de 1852,⁵¹ redactada en Guayaquil y que estaría destinada a regir para dos periodos presidenciales, hay una regresión a la carta de 1845 y a la de 1835. La elección de presidente y vicepresidente era indirecta, pues la realizaban las asambleas provinciales integradas por los electores provenientes en igual número (fijados por ley) de los tres antiguos departamentos, Azuay, Guayas y Quito. Duraban cuatro años en sus funciones y solo podían ser reelegidos después de un periodo. En las anteriores Constituciones era atribución del Congreso la elección de presidente y vicepresidente de la República. El Congreso estaba compuesto por dos cámaras, una de senadores y otra de representantes; este se reuniría cada año el quince de septiembre.

Para ser ciudadano se requería ser casado o mayor de veintiún años, tener propiedades raíces, valor libre de doscientos pesos, o ejercer una profesión científica o industria útil de algún arte mecánico o liberal, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero, además saber leer y escribir. No se registran cambios en cuanto a las garantías ciudadanas.

En 1859 se produjo un incidente con la República de Perú por la explotación de tierras que los peruanos reclamaban como suyas, el presidente del Ecuador

⁴⁸ Constitución del Ecuador de 1851, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1851.pdf [consultado el 5 de agosto de 2018].

⁴⁹ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 86.

⁵⁰ Constitución del Ecuador de 1851, ob. cit., artículo 135.

⁵¹ Constitución del Ecuador de 1852, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1852.pdf [consultado el 6 de agosto de 2018].

al momento era el general Francisco ROBLES,⁵² quien solicitó al congreso las facultades extraordinarias, que le fueron denegadas. El presidente ROBLES se trasladó a Guayaquil para instalar su gobierno.

Se nombró en Quito un triunvirato conformado por Gabriel GARCÍA MORENO, Jerónimo CARRIÓN y Pedro José ARTETA. “Robles envió al general José María Urbina para someterlos y García Moreno escapó al Perú; en Quito se volvió a desconocer el gobierno de Robles y en Guayaquil el general Guillermo Franco se proclamó jefe supremo. En ese momento el caos invadió todo el país. A raíz de la crisis de 1859-1861 que casi desintegra el país, el guayaquileño Gabriel García Moreno se erigió en el caudillo a quien le correspondió el rol de fortalecer el estado, consolidar el incipiente sentimiento nacional y ordenar la administración pública”.⁵³

En Quito se dicta una nueva Constitución el 10 de abril de 1861, al decir de HIDALGO: “una de las más liberales promulgadas hasta ese momento”. Esta Constitución se basa en la anterior, de 1852. Sobresale por haber eliminado el requisito censitario o de capacidad económica para ser ciudadano y elector. No obstante, se la mantuvo para poder ser elegido sea senador o diputado, presidente, vicepresidente de la república o ministro de Estado. Se inauguró el sufragio directo para la elección de los miembros del congreso, presidente y vicepresidente de la República y autoridades seccionales. Ya no se necesita recurrir a electores para el ejercicio del sufragio.

Respecto de la Constitución de 1869,⁵⁴ de esta se ha dicho que

“... fue dictada por una asamblea de idénticas características a la que redactó la Carta de Esclavitud de 1843, con la sola diferencia de que la

⁵² Se puede apreciar la magnitud de la crisis política que afectó al Ecuador en esa época, si se revisa la lista de los gobiernos que lo rigieron:

- Gobierno constitucional de Francisco ROBLES hasta el 31 de agosto de 1859. Jurisdicción: sierra central y Guayaquil.
- Gobierno provisorio de Quito: GARCÍA MORENO, Jerónimo CARRIÓN, Plácido CHIRIBOGA, Rafael CARVAJAL, cuatro de septiembre de 1859 al 10 de enero de 1861. Jurisdicción: sierra norte.
- Gobierno de Cuenca: Jerónimo CARRIÓN, seis al siete de mayo de 1859; Francisco ROBLES y Guillermo FRANCO, ocho de mayo al 27 de septiembre de 1859.
- Ramón BERRERO con el gobierno provisorio de Quito, 27 de septiembre a 13 de noviembre.
- Mariano MORENO con la jefatura suprema del Guayas, 13 de noviembre de 1859 al tres de marzo de 1860. Jurisdicción: actuales provincias de Cañar y Azuay.
- Jefatura Suprema del Guayas: Guillermo FRANCO, 21 de agosto de 1859 al 24 de septiembre de 1860. Jurisdicción: la Costa menos El Oro, pero sí Machala.
- Gobierno Federal de Loja: Manuel CARRIÓN, 18 de septiembre de 1859 al 23 de marzo de 1860. Jurisdicción: actuales provincias de Loja, El Oro y Zamora. Disponible en <https://lahora.com.ec/noticia/404699/los-gobiernos-de-la-tesis-de-1859-1860>

⁵³ HIDALGO, Ángel Emilio, *García Moreno y la Constitución de 1861*, disponible en <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/.../1/garcia-moreno-y-la-constitucion-de-1861> [consultado el 2 de enero de 2019].

⁵⁴ Constitución del Ecuador de 1869, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1869.pdf [consultado el 8 de agosto de 2018].

primera era incondicionalmente fiel al Gral. Juan José Flores, y esta le era totalmente adicta al Dr. Gabriel García Moreno”.⁵⁵

Cabe mencionar que en su presidencia, el Dr. Gabriel GARCÍA MORENO, de tendencia conservadora, había sostenido la insuficiencia de las leyes, de esta manera propició una Constitución que lo dotara del orden que pretendía y de la fortaleza del ejecutivo que ansiaba. El pueblo del Ecuador conoce esta carta magna como Carta Garciana o Carta Negra.⁵⁶ Se introduce la religión en la política, llegando a exigirse incluso el pertenecer a la religión católica apostólica romana como requisito para la ciudadanía (“Artículo 10.- Para ser ciudadano se requiere: 1.- Ser católico”).⁵⁷ Este requisito se eliminó con la Constitución de 1878. Es importante resaltar que quienes no profesaban religión alguna, o pertenecían a otro culto religioso, no podían ejercer el derecho al sufragio, conculcando de esta forma la libertad de cultos.

En cuanto a la función judicial, esta soportó una fuerte intervención del ejecutivo a través de los nombramientos de los magistrados y demás funcionarios. El congreso elegía a los magistrados, de las ternas enviadas por el presidente. El Consejo de Estado o de Gobierno dependía totalmente del ejecutivo, al ser este quien lo presidía y nombraba a sus miembros. Con estos antecedentes no está de más mencionar que los derechos y las garantías fundamentales se vieron seriamente comprometidos durante el periodo del presidente GARCÍA MORENO. Para AVILÉS PINO, la expedición de la Carta Negra fue, entre otras, una de las causas del descontento general, que culminó el 6 de agosto de 1875 con el asesinato del presidente GARCÍA MORENO.⁵⁸

En el año de 1876 se reúne en Ambato una nueva asamblea nacional constituyente, que promulga la novena Constitución el 6 de abril de 1878, en donde el presidente de la asamblea, Ignacio DE VEINTIMILLA asume dictatorialmente la presidencia de la República.⁵⁹ La Constitución de 1878⁶⁰ tuvo, en algunos aspectos, una regresión a las disposiciones de la Constitución de 1861 y, en otros, representó una reacción a la etapa constitucional anterior.

En cuanto a los derechos y las garantías constitucionales, estos fueron ampliados. Se suprimió la pena de muerte para delitos políticos, y por primera vez

⁵⁵ AVILÉS PINO, Efrén, *Enciclopedia del Ecuador*, ob. cit.

⁵⁶ YCAZA ONETO, Paola, “El legado”, en Alberto Acosta Burneo, *Pasiones de juventud, Correspondencia secreta de José María Velasco Ibarra*, Paradiso editores, Universidad Espíritu Santo, Quito, 2018, p. 214.

⁵⁷ Constitución del Ecuador de 1869, ob. cit., artículo 10.

⁵⁸ Disponible en <http://www.encyclopediadelecuador.com/historia-del-ecuador/carta-negra/>

⁵⁹ CUTO, Luis, *Constitución ecuatoriana de 1878*, disponible en www.academia.edu/11885534/CONSTITUCION_ECUATORIANA_DE_1878

⁶⁰ Constitución del Ecuador de 1878, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1878.pdf [consultado el 9 de agosto de 2018].

para crímenes comunes, excepto para el parricidio o el matricidio. Se dio manumisión a los esclavos y se prohibió la tortura y la pena de azotes. La codicia del presidente VEINTIMILLA de perdurar en el poder provocó una revolución que finalizó con su derrota y consecuente exilio forzoso.⁶¹

La revuelta producto del derrocamiento de VEINTIMILLA condujo a la Asamblea Constituyente de Quito, donde se redactó la Constitución de 1884.⁶² Como las precedentes, esta Constitución se conforma con reformas de las anteriores más que constituirse en una nueva Constitución. Aquí se destaca la eliminación del requisito de capacidad económica para ser nombrado funcionario público. En esta, además, no se establece un procedimiento especial para objeciones de inconstitucionalidad en los proyectos de leyes o decretos, ni concede al Consejo de Estado la capacidad de controlar el respeto y observancia de la Constitución; únicamente conserva la responsabilidad penal y pecuniaria para los empleados que causaren daños violando las garantías constitucionales. No dispone la facultad de reclamo por parte de los ciudadanos por violaciones constitucionales y conserva la facultad de interpretación de la Constitución por parte de la función legislativa.⁶³ Los requisitos para ser ciudadano son: saber leer y escribir, y haber cumplido veintiún años o ser o haber sido casado.

Con la Constitución de 1884 concluye el constitucionalismo clásico del Ecuador, y se inicia la etapa del liberalismo, propiamente con la revolución liberal del cinco de junio de 1895, que redactará en Quito la Constitución de 1897.⁶⁴ Como observación importante, la pena de muerte fue definitivamente eliminada del entorno jurídico-legal ecuatoriano; si bien se la había abolido previamente, todavía se la conservaba para los casos de parricidio y matricidio. Esta carta magna fue elaborada por una asamblea constituyente marcadamente liberal. Con respecto al acceso a la ciudadanía, retiró el requisito de pertenecer al sexo masculino y se enfatizó la mejora de las condiciones de las mujeres en la sociedad, se eliminó además el requerimiento de estar casado, y disminuyó la edad a 18 años.⁶⁵ Otro punto destacable es que por primera ocasión se incluye la consagración de la supremacía constitucional mediante un título y artículos especiales.⁶⁶

⁶¹ Disponible en https://www.ecured.cu/Mario_Ignacio_de_Veintimilla [consultado el 18 de diciembre de 2018].

⁶² Constitución del Ecuador de 1884, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf [consultado el 10 de agosto de 2018].

⁶³ MUÑOZ CARRASCO, Mónica, *El control constitucional en el Ecuador. Reseña Histórica, análisis comparativo y crítico*, Universidad del Azuay, Ecuador 2009, p. 56, disponible en <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/884> [consultado el 18 de diciembre de 2018].

⁶⁴ Constitución del Ecuador de 1897, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1897.pdf [consultado el 11 de agosto de 2018].

⁶⁵ YCAZA ONETO, Paola, "El legado", ob. cit., p. 215.

⁶⁶ "Título XI. De la supremacía de la Constitución. Artículo 132.- La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes,

Poco a poco se consolidó el criterio de un Estado Nacional:

“... esta Constitución incorpora con más fuerza la idea de la igualdad ante la ley de todas las personas, es decir iguala a los indígenas al resto de los ecuatorianos concediéndoles similares derechos, eliminando todo lo que ellos habían logrado mantener en cuanto a sus formas administrativas, de autoridad y de propiedad; se termina con la concesión que se les había otorgado en cuanto a comercialización de sus mercaderías y se incorpora a los indígenas al servicio militar al que hasta ese momento no estaban obligados a cumplir”.⁶⁷

El Ecuador se encontraba en plena época de la revolución liberal, pero se produce la división dentro del partido. El general Eloy ALFARO DELGADO,⁶⁸ después de derrocar al entonces presidente Lizardo GARCÍA⁶⁹ (ambos pertenecientes al Partido liberal), promueve una nueva Constituyente, precisamente para legitimar su poder y culminar su proyecto político. Se promulga entonces la nueva Constitución el año de 1906.⁷⁰

Respecto de esta carta magna, SALGADO PESANTES manifiesta:

“En esta Constitución se estableció la separación Estado-Iglesia, dándole al Estado un carácter laico. Los derechos y garantías fundamentales fueron sistematizados, incluyéndose nuevos preceptos: libertad de conciencia en todos sus aspectos y manifestaciones; la prohibición de prisión por deudas, salvo en los casos previstos por la ley, se señaló que para ser admitido a funciones y empleos públicos no hay más condiciones que las determinadas por la ley”.⁷¹

En dicha Constitución se eliminó el concertaje, sistema de endeudamiento continuo y forzado que mantenía al sector indígena en esclavitud de trabajos agrícolas de manera vitalicia y hereditaria, aunque en realidad pasaría mucho tiempo para que realmente se termine con este oprobioso sistema.

disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno”. Cfr. Constitución del Ecuador de 1897, ob. cit.

⁶⁷ LEMA COTACACHI, María Mercedes, *El Sistema del derecho indígena...*, ob. cit., p. 12.

⁶⁸ Disponible en <https://www.eluniverso.com/2006/.../C45DA7206B02492FB245A248304F39AA.html/10/01> [consultado el 18 de diciembre de 2018].

⁶⁹ *Biografías y Vidas*, la enciclopedia biográfica en línea, disponible en <https://www.biografiasyvidas.com> [consultado el 19 de diciembre de 2018]. Ver también ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, p. 20, disponible en Repositorio.uasb.edu.ec>bitstream [consultado el 19 de diciembre de 2018].

⁷⁰ Constitución del Ecuador de 1906, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1906.pdf [consultado el 14 de agosto de 2018].

⁷¹ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 91-92.

Al decir de LEMA,⁷² la Constitución liberal fue muy superficial al tratar la realidad de los indios y lo que obtuvo fue destruir lo que estos lograron mantener como elementos de identidad. Hubo un fortalecimiento del Consejo de Estado, compuesto ahora por el presidente de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal de Cuentas, los secretarios de Estado con voto meramente informativo, dos senadores, dos diputados, y de tres ciudadanos que tengan las cualidades necesarias para ser senador, el congreso elegirá a los siete últimos.

Se reconocieron los mismos derechos civiles a los extranjeros y a los nacionales, con excepción del derecho al voto y el desempeño de funciones públicas.⁷³ SALGADO agrega que “la técnica jurídico-constitucional empleada en la Ley Fundamental de 1906 revela el progreso alcanzado en la materia, pues hay una mayor sistematización y la formulación de las normas es breve y concisa”.⁷⁴

Nuevamente el Ecuador se ve envuelto en revueltas que terminan en un golpe de Estado, en esta ocasión son un grupo de militares los insurgentes, y se conoce a este movimiento como “Revolución Juliana”. La situación económica del Ecuador se fue en franco deterioro, y la acción de la Junta Central militar se vio comprometida, al punto de que los militares resolvieron entregar el poder a un presidente provisional, Isidro AYORA;⁷⁵ se reunió la Asamblea Constituyente, la misma que confirmó el mando del presidente AYORA y promulga la Constitución de 1929.⁷⁶

III. El constitucionalismo social

Con esta carta magna (1929) se inaugura una nueva etapa en el constitucionalismo ecuatoriano, la del constitucionalismo social. Se produce un cambio de pensamiento con un visión más amplia, se introducen cambios especialmente en las áreas económicas y sociales,⁷⁷ desarrollándose los derechos de esta naturaleza, como salarios justos, educación, salud, vivienda servicios públicos, la limitación del derecho de propiedad por su función social, entre otros, como complementarios de los derechos civiles y políticos que se habían logrado en ese entonces.

⁷² LEMA COTACACHI, María Mercedes, *El Sistema del derecho indígena...*, ob. cit., pp. 12-13.

⁷³ YCAZA ONETO, Paola, “El legado”, ob. cit., p. 215.

⁷⁴ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 92.

⁷⁵ PÉREZ PIMENTEL, Rodolfo, en www.diccionariobiograficodeecuador.com [consultado el 22 de diciembre de 2018].

⁷⁶ Constitución del Ecuador de 1929, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1929.pdf [consultado el 15 de agosto de 2018].

⁷⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Evolución...*, ob. cit., p. 22.

Se ampliaron los derechos constitucionales para niños, mujeres, reos, trabajadores y campesinos. Se desplazan las restricciones existentes para el sufragio, a la mujer se le reconocen sus derechos políticos, así como el voto femenino,⁷⁸ inaugurándose el sufragio universal. Al garantizarse el trabajo, la protección que se les da a los trabajadores, obreros y campesinos, basado en la justicia y dignidad humana, se constituye en el sustento del Código del Trabajo que se expide en 1938. Al respecto, GÓMEZ MERA comenta que “el código del trabajo actual respondía a una tendencia internacional socialista influenciada por la Revolución mexicana y encaminada a contrarrestar la injusticia del capital, lo que implicó un rescate de los derechos fundamentales”.⁷⁹ Igualmente, el derecho de familia toma un carácter eminentemente social y se reconocen los derechos de los hijos ilegítimos. Se le da carácter constitucional al *habeas corpus*. Es notorio el avance en cuanto a los derechos de los ciudadanos.

En cuanto al Congreso Nacional, se establecen las representaciones de las minorías para las elecciones de diputados y de consejeros provinciales. Se introduce la representación funcional en el senado (trabajadores, educadores, agricultores, comerciantes, industriales etc.) para la defensa de sus intereses gremiales. Esta representación gremial se sostiene hasta la Constitución de 1978, cuya eliminación LARREA HOLGUÍN consideró desacertada.⁸⁰ Se reconoce la competencia del congreso para realizar la interpretación auténtica y también su competencia para realizar control constitucional. Con esta Constitución surge el movimiento indigenista en el Ecuador como protesta al pésimo estado de la situación social del pueblo indígena que hasta la fecha no era más que ignorado por el Estado.⁸¹

Sin duda alguna, la década de los años 30 del siglo pasado fue una de las más convulsas dentro de la historia republicana del Ecuador, baste revisar el sorprendente número de jefes de Estado y el clima de ansiedad política de aquellos tiempos.⁸² El general Alberto ENRÍQUEZ, jefe supremo (1937), resolvió convocar

⁷⁸ “Ecuador se convirtió en el segundo país de América Latina en otorgar el derecho al sufragio a la mujer, después de Uruguay (1927). Esto sucedió años después de que la doctora Matilde Hidalgo de Prócel solicitara, con éxito, votar en las elecciones legislativas de 1924”. Ver YCAZA ONETO, Paola, “El legado”, ob. cit., p. 216; PÉREZ PIMENTEL, Rodolfo, en www.diccionariobiograficodelecuador.com [consultado el 22 de diciembre de 2018].

⁷⁹ Disponible en <https://www.eluniverso.com/noticias/2014/05/11/nota/2943456/codigo-nacido-clase-obrera> [consultado el 22 de diciembre de 2018].

⁸⁰ LARREA HOLGUÍN, Juan I., *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, p. 67.

⁸¹ Disponible en www.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet p. 21.

⁸² “Durante 23 años, el Ecuador vivió una etapa de aguda inestabilidad política, en la que se sucedieron 23 gobiernos que no pudieron terminar sus respectivos períodos y duraron un promedio de un año y pocos días”. Ver MONCAYO M., Patricio, “El 28 de mayo de 1944: una Democracia fallida”, TESIS DE MAESTRÍA, FLACSO, Quito, 2008, p. 6, disponible en <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/495/4/TFLACSO-2008PMM.pdf> [consultado el 26 de diciembre de 2008].

a una asamblea constituyente para que redacte una nueva Constitución, pues esta se había roto precisamente cuando los militares tomaron el poder. La Constituyente cumplió su cometido, redactó la Constitución de 1938 y nombró presidente interino al Dr. Manuel María BORRERO, quien a los pocos días, y por la ingobernabilidad que se presentaba, renunció al poder, dando lugar a una nueva crisis política. A continuación, y en medio de esta trifulca política, se nombró como presidente de la República al Dr. Aurelio MOSQUERA NARVÁEZ, quien se posesionó de inmediato. Pero esta designación no calmó los ánimos y en consecuencia, el flamante mandatario resolvió disolver la Asamblea Constituyente. La Constitución no fue promulgada,⁸³ por lo tanto no tuvo vigencia legal.

El golpe militar que el 28 de mayo de 1944 puso fin al gobierno del Dr. Carlos Alberto ARROYO DEL RIO se empezó a gestar cuando este triunfó en las elecciones de 1940, cuando faltaba poco tiempo para terminar su mandato presidencial y después de haber pasado por una lamentable confrontación bélica con la República del Perú. A este proceso revolucionario se lo conoce como “La Gloriosa”.⁸⁴ De resultas de la Revolución de mayo se redactó una nueva Constitución, la de 1945,⁸⁵ muy adelantada para la época y considerada como una de las mejores que tuvo el Ecuador en su historia,⁸⁶ a pesar de que durante su redacción, el jurista Luis Felipe BORJA⁸⁷ propuso sin éxito eliminar el reconocimiento explícito del voto femenino, llegando a aseverar que el voto femenino equivalía a invitar a votar al clérigo.

En cuanto a los derechos de los ciudadanos, se fija la edad para ser elector en 18 años. Los derechos económicos y sociales se fortalecen y se los divide en: derechos individuales; de la familia; de educación y de la cultura; de la economía; del trabajo y de la previsión social. Para garantizar el sufragio, se creó el Tribunal Superior Electoral, con sus delegaciones provinciales.

El Consejo de Estado es reemplazado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, que sería eliminado por la Constitución de 1946; años después, con la Constitución de 1967, pasaría a ser denominado Tribunal Constitucional, el mismo que con la Constitución de Montecristi (2008) evolucionaría en Corte Constitucional.

⁸³ Ver además, “La Constitución del ‘38: ¿realidad o ficción?: “Uno de los períodos políticos más accidentados del Ecuador terminó con la expedición de la Constitución de 1938. Se reaviva la polémica acerca de su vigencia, con una detallada crónica histórica de los sucesos de la convulsionada época”. QUEVEDO TERÁN, Patricio, disponible en https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/La_constitucion_del_38_realidad_o_ficcion.pdf [consultado el 8 de diciembre de 2018].

⁸⁴ AVILÉS PINO, Efrén, *Enciclopedia del Ecuador*, ob. cit.

⁸⁵ Constitución del Ecuador de 1945, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf [consultado el 26 de agosto de 2018].

⁸⁶ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 94.

⁸⁷ AVILÉS PINO, Efrén, *Enciclopedia del Ecuador*, ob. cit.

Por primera vez se reconoce y legitima el uso del idioma propio de los pueblos indígenas, su lengua materna el *kichwa*, incluyéndolo en el artículo cinco de la Constitución, constituyendo este uno de los más notorios avances en esta área, que favorece el ámbito educativo y es un reconocimiento de los componentes culturales de la nación ecuatoriana.⁸⁸

La Constitución de 1946⁸⁹ en menos de un año entra a remplazar a la anterior. La vicepresidencia de la República es restablecida y fortalecida, su titular será el presidente nato del senado y del Congreso, vale aquí recordar las expresiones del Dr. José María VELASCO IBARRA, cinco veces presidente de la República: “El vicepresidente de la República es un conspirador a sueldo”.⁹⁰ Nuevamente aparece el Consejo de Estado, con relativa independencia del ejecutivo y el legislativo y con importantes funciones, remplace al Tribunal de Garantías Constitucionales, que no se llegó a estructurar conforme lo disponía la Constitución de 1945.

El Tribunal Supremo Electoral queda conformado como un órgano autónomo. En cuanto al sufragio, este es facultativo para las mujeres y obligatorio para los hombres. La fuerza pública obediente y no deliberante no tiene derecho al voto; a ese respecto resulta interesante el criterio de LARREA HOLGUÍN en el sentido de que se le debería dar lugar en el Congreso o asamblea a representantes de las Fuerzas Armadas, pues al fin y al cabo resulta notoria la intervención de estas en la política ecuatoriana,⁹¹ seguramente influyó en él también su posición como obispo castrense.

La Constitución de 1967⁹² es distinguida por la claridad de sus normas, recoge el pensamiento de diversas corrientes ideológicas, resulta en una especie de compilación de lo más importante de las Constituciones anteriores. Dictada en Quito, manifiesta que la soberanía reside en el pueblo y que es ejercida por

⁸⁸ LEMA COTACACHI, María Mercedes, *El Sistema del derecho indígena...*, ob. cit., p. 16.

⁸⁹ Constitución del Ecuador de 1946, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1946.pdf

⁹⁰ Disponible en <https://www.eluniverso.com/2003/.../B78A6442B6A244CC866013C3B2F49CC0.html> [consultado el 27 de diciembre de 2018].

⁹¹ “Si la representación funcional parece necesaria para que estén debidamente protegidos los sectores campesino, obreros, industriales, comerciales, de la educación y de la cultura, aún más necesaria se manifiesta cuando se piensa en que las Fuerzas Armadas no tiene manera de hacer oír su voz: no participan en la [sic] elecciones y no tienen ninguna representación en la Cámara. No basta con la teórica declaración de que son obedientes y no deliberantes, cuando la historia del país demuestra su preponderante influjo en la vida nacional. Parece que sería sensato encauzar legalmente la expresión de los puntos de vista de las Fuerzas Armadas, mediante una adecuada participación en la Cámara Nacional”. Ver LARREA HOLGUÍN, Juan I., *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. II, ob. cit., p. 288.

⁹² Constitución del Ecuador de 1967, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1967.pdf [consultado el 18 de agosto de 2018].

los órganos del poder público, a los que responsabiliza del fiel cumplimiento de sus normas, además proclama la igualdad entre los ecuatorianos.

En la Constitución de 1967 aparece por primera vez la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica; esta institución se hace cargo de la planificación y organización socioeconómica del Estado. El Congreso es bicameral y debe reunirse de forma bianual. El senado estaba constituido por dos representantes de cada una de las provincias y por un representante del Archipiélago de Colón, elegidos por el sufragio popular directo, y por quince senadores funcionales, La cámara de diputados se compondrá de dos ciudadanos elegidos por cada una de las provincias de la República y por el Archipiélago de Colón, en forma proporcional a su población. Las provincias elegirán un diputado por cada ochenta mil habitantes y otro si quedare un exceso de cuarenta mil y más. En todo caso, ninguna provincia tendrá menos de dos diputados. El Archipiélago de Colón elegirá uno. La Comisión Legislativa Permanente se integraba ahora por cuatro senadores y cinco diputados con periodos de dos años, y estaban facultados para elaborar proyectos de leyes y para legislar en receso del Congreso Nacional, se establecía además otras cuatro comisiones auxiliares. Las facultades extraordinarias del presidente de la República aparecen minuciosamente redactadas y con la denominación de estado de sitio.

Se amplían los derechos y garantías constitucionales, el voto pasa a ser obligatorio para las mujeres. BRIONES VELASTEGUÍ resalta que esta fue la primera Constitución ecuatoriana en incluir el derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar, además del derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes. Se coincide con BRIONES en que esta Constitución “fue contundente” en cuanto a la función de los medios de comunicación, constituyendo un aspecto muy debatido durante la Constituyente y motivo de prolijos análisis y detallada redacción.⁹³ Se dispuso un presupuesto para la educación de un treinta por ciento de los ingresos ordinarios del Estado.

Nuevamente el Consejo de Estado es substituido por el Tribunal de Garantías Constitucionales,⁹⁴ que como se dijo anteriormente, evolucionaría a lo que hoy, con la Constitución de 2008, ha pasado a llamarse Corte Constitucional,

⁹³ BRIONES VELASTEGUÍ, Marena, *Un trayecto de más de 170 años: La libertad de expresión en la Constitución ecuatoriana*, p. 36, disponible en https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_14/iurisdictio_014_006.pdf [consultado el 29 de diciembre de 2018].

⁹⁴ “Con sede en Quito y jurisdicción en toda la República, habrá un Tribunal de Garantías Constitucionales, integrado por: 1. Un Senador, elegido por la Cámara del Senado; 2. Dos Diputados, elegidos por la Cámara de Diputados, uno de los cuales representará a la minoría; 3. El Presidente de la Corte Suprema de justicia; 4. Un representante del Presidente de la República; 5. El Procurador General del Estado; 6. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral; 7. Tres ciudadanos que no pertenezcan al Cuerpo Legislativo y que serán elegidos por el Congreso Pleno [...]”. Cfr. Constitución del Ecuador de 1967, ob. cit., artículo 219.

con una conformación totalmente distinta y capacidades diferentes, mucho más amplias.

En el sector indígena se da un gran avance en el ámbito educativo, pues se pasa de la teoría a la práctica en el reconocimiento del derecho al uso de su propia lengua, de gran trascendencia pues implica a la vez un reconocimiento de la diversidad. Otro gran avance para este sector fue la reforma agraria, que les aseguró a los campesinos, en su mayoría indígenas, la recuperación de las tierras. Otros aspectos de esta Constitución que ponen en evidencia su propensión a lo social es el proceso de creación de cooperativas para el mejoramiento de la economía popular, en especial para el campesinado y el sector indígena, se evita el acaparamiento de la tierra, que es respetada en cuanto cumpla con su función social; propone la erradicación del analfabetismo y, por último, prohíbe la discriminación, ya sea por religión raza, filiación política o idioma.

Tras siete años de dictadura militar, a través de un referéndum se aprobó la Constitución de 1978.⁹⁵ A diferencia de otros procesos constitucionales, la carta magna de 1978 fue elaborada por una comisión especialmente designada por el triunvirato militar. “La Constitución de 1978 fue objeto de una reforma profunda tras cuatro años de vigencia y desde 1978 a 1997 fue reformada doce veces. En 1977, pocos meses antes de que se instalara la nueva Asamblea Constituyente se introdujeron modificaciones en cinco ocasiones”.⁹⁶

Esta Constitución resulta de singular importancia para el movimiento indígena, pues en ella el Estado ecuatoriano se define como “pluricultural y multiétnico”, se reconoce como idioma oficial el castellano, el *kichwa* y las demás lenguas indígenas son reconocidas dentro de sus respectivas áreas de uso.⁹⁷ En esta carta magna se introducen términos como: pluriculturalidad, multiétnicidad, interculturalidad, y otros. Por otra parte, se suprime el requisito de saber leer y escribir para poder participar en los sufragios, sin embargo, este permanece como facultativo para los analfabetos, quienes, por otro lado, por ser ciudadanos pueden elegir y ser elegidos. De esta manera se ven indirectamente favorecidos los indígenas, cuya gran mayoría era analfabeta y al poder participar en política, su actividad a futuro se ve estimulada.⁹⁸ LARREA HOLGUÍN presenta una visión controversial respecto a la participación de los analfabetos en la vida política del Estado ecuatoriano:

⁹⁵ Constitución del Ecuador de 1978, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf [consultado el 20 de agosto de 2018].

⁹⁶ <https://www.eluniverso.com/2007/04/11/0001/8/01D451DFAFE340509D320B7F41E36504.html>

⁹⁷ “... El idioma oficial es el castellano. Se reconocen el quichua y demás lenguas aborígenes como integrantes de la cultura nacional [...]”. Cfr. Constitución del Ecuador de 1978, ob. cit., artículo 1.

⁹⁸ LEMA COTACACHI, María M., *El Sistema del derecho indígena...*, ob. cit., pp. 19-20.

“... la ciudadanía concedida a los analfabetos, puede prestarse para abusos, para un reflorecimiento del ‘caciquismo’, para acrecentar el influjo electoral de quienes pueden engañar o sobornar fácilmente a gentes sin ninguna preparación para el ejercicio del voto. Desde luego, el precepto constitucional debe entenderse restrictivamente, es decir, que solo se refiere al voto y no al ejercicio de otros derechos ciudadanos, como el ejercicio de cargos públicos, ya que esto sería incompatible con la ignorancia de la lectura y escritura. Es también de desear que no decaiga la campaña de alfabetización al haber desaparecido el estímulo político que suponía el incorporar ecuatorianos a la ciudadanía mediante alfabetización”.⁹⁹

Pasados los años, se puede comentar que los indígenas, en general supieron aprovechar el momento histórico y en la actualidad participan activa y positivamente de la política nacional.

En esta Constitución se presenta la disposición por la cual para ser candidato a una dignidad pública se debe de estar afiliado a un partido político legalmente reconocido y ser presentado por este; dicha disposición terminó en corruptela y en grave desprestigio de los partidos políticos, sobre todo por la proliferación de partidos y penosos episodios que con el tiempo se dieron sobre todo en el congreso nacional. Al decir de RUIZ GUZMÁN, esta

“... institucionalidad parlamentaria sustentada en la intermediación de los partidos y movimientos políticos como mecanismos principales y decisorios de la representación democrática” [...] “Expresaba intereses, principalmente económicos, de grupos sociales minoritarios determinados que [...] controlaron los órganos de poder público, sus políticas y acciones administrativas, con la finalidad de lograr particulares beneficios”.¹⁰⁰

El Congreso Nacional retorna a la unicameralidad, no hay reelección inmediata para los legisladores sino hasta después de un periodo. El presidente y el vicepresidente son elegidos de una misma y única papeleta electoral, presentados en binomio, por un periodo de cinco años, no hay reelección para ninguno de los dos.

Durante la vigencia de esta Constitución se producen importantes reformas, se establece que tanto presidente como vicepresidente de la República pueden ser enjuiciados políticamente por el Congreso por causales exhaustivamente señaladas. La Corte Suprema de Justicia se convierte en Tribunal de Casación, posteriormente se dispone el carácter vitalicio de los magistrados de la Corte Suprema, y su designación ya no será por el Congreso Nacional, sino por un sistema de

⁹⁹ LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. II, ob. cit., p. 290.

¹⁰⁰ RUIZ GUZMÁN, Alfredo, *De la representación democrática a la participación ciudadana, Una Asamblea Nacional Participativa*, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2011, pp. 22-23.

cooptación de los mismos jueces, el Tribunal de Garantías Constitucionales estará integrado por tres miembros elegidos por la Cámara Nacional de Representantes, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el procurador general, el presidente del Tribunal Supremo Electoral, un representante del presidente de la República, un representante de los trabajadores, un representante de las cámaras de la producción, dos representantes por la ciudadanía.

Para SALGADO PESANTES¹⁰¹ esta Constitución se fue depurando en sus deficiencias iniciales, mediante varias reformas constitucionales, y daba la impresión de una madurez y estabilidad política, tan esperada en el Ecuador, pero lamentablemente la realidad fue otra y se dio el derrocamiento del presidente Abdalá BUCARAM. Puede decirse que, con total abstracción del personaje, su partido o preferencia política, lo que ocurrió fue una aberración constitucional, que obviamente trajo secuelas en la institucionalidad del Ecuador. A BUCARAM se lo destituyó mediante una artimaña, el Congreso lo declaró con “incapacidad mental para gobernar”, lo reemplaza la vicepresidenta Rosalía ARTEAGA por pocas horas, a continuación el Congreso nombra a Fabián ALARCÓN para la primera magistratura, quien hábilmente se hace designar presidente constitucional.¹⁰² De esta manera, el Ecuador tuvo durante un día, tres presidentes simultáneos.¹⁰³

Como consecuencia de la ruptura constitucional dada con el derrocamiento del presidente BUCARAM se reunió una Asamblea Constituyente en la ciudad de Riobamba. Esta nueva Constitución en realidad se trata de una reforma mayor a la Constitución de 1978. Sin embargo, existe esta “nueva Carta Magna”, conocida como la Constitución de 1998,¹⁰⁴ cuyo esquema normativo, de acuerdo con SALGADO PESANTES,¹⁰⁵ está basado en la anterior Constitución. Se agregan los derechos de salud, los del consumidor, los de los grupos vulnerables, se amplían los del medio ambiente, se determinan los derechos ciudadanos, los derechos de los pueblos indígenas y los de los pueblos de raza negra, a quienes se los pasa a denominar afroecuatorianos.

En el Congreso Nacional continúa la unicameralidad y se eliminaron o unificaron las dos clases de diputados que existían, esto es, nacionales y provinciales, que no tenían razón de ser, por la igualdad de sus funciones. Se determina la reserva de ley, se organiza las leyes por su jerarquía, contenido y votos necesarios en el Congreso como orgánicas y leyes ordinarias. Los pueblos

¹⁰¹ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 98.

¹⁰² Disponible en https://elpais.com/diario/1997/02/10/internacional/855529201_850215.html

¹⁰³ Disponible en <https://www.notimerica.com/cultura/noticia-sabias-ecuador-tuvo-dia-tres-presidentes-simultaneos-20170207074440.html>

¹⁰⁴ Constitución del Ecuador de 1998, disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf [consultado el 22 de agosto de 2018].

¹⁰⁵ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., p. 98.

indígenas, mediante la activa participación de representantes de este sector en la Asamblea Nacional Constituyente, obtienen como un logro, la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁰⁶

Posteriormente, y de 1997 a 2009, el país fue gobernado por los representantes siguientes: Jamil MAHUAD, que fue destituido por el triunvirato conformado por el coronel Lucio GUTIÉRREZ, Carlos Antonio VARGAS y Carlos SOLÓRZANO; inmediatamente es sustituido el coronel Lucio GUTIÉRREZ por el general Carlos MENDOZA, quienes estuvieron por tan solo pocas horas en el poder, pues asumió constitucionalmente la presidencia el vicepresidente Dr. Gustavo NOBOA. En las siguientes elecciones asume Lucio GUTIÉRREZ, quien a su vez es destituido y asume Alfredo PALACIO. Posteriormente gana las siguientes elecciones a la presidencia Rafael CORREA.¹⁰⁷

Al inicio de este artículo se vio la división histórica del constitucionalismo que propone Hernán SALGADO, esto es, en dos etapas: la correspondiente al constitucionalismo clásico, que comprende desde la Constitución fundadora, de 1839 hasta la Constitución liberal de 1906. La segunda etapa corresponde al constitucionalismo social, que se inicia con la Constitución de 1929, y se pregunta si el Ecuador no estará con la Constitución de 2008 comenzando una nueva etapa constitucional.

ÁVILA SANTAMARÍA¹⁰⁸ hace una categorización en perspectiva de los derechos y sostiene que históricamente en el Ecuador pueden encontrarse cuatro Constituciones: la que funda al Ecuador como República en 1830; la Constitución liberal de 1906, que establece la separación Iglesia-Estado; la que instaura el constitucionalismo social (1929-1945); y por último, la cuarta, la de 2008, la del constitucionalismo cultural y las reivindicaciones emancipadoras. Este autor sostiene que si se revisan las Constituciones ecuatorianas del siglo XIX, todas se parecen entre sí y no tienen cambios sustanciales. Ambos autores coinciden en que la inestabilidad política es motivo de un cambio frecuente de las Constituciones, que resultan redactadas a la medida del caudillo:

“La historia constitucional del Ecuador ha sido una novela de realismo mágico y de Constituciones hechas a la talla de los caudillos de turno. La Constitución está escrita para otro mundo. El mundo del Ecuador es muy diferente al que la Constitución dibuja y no requiere una Constitución ideal, hipotética, llena de buenas intenciones, llena de análisis conceptuales, pero que no conozca realidades, y este es el drama de América Latina y del Ecuador”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Andino*, ob. cit., pp. 86, 87.

¹⁰⁷ Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Executive/Ecuador/pres.html>

¹⁰⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Andino*, ob. cit., p. 65.

¹⁰⁹ ÁVILA, Ramiro y Fabián CORRAL, “Debate sobre neoconstitucionalismo”, en Salim Zaidán (Ed.), *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión, y derecho a la honra*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador / Fundación Hanns Seidel, Quito, 2012, p. 88.

IV. El neoconstitucionalismo

Con la Constitución de 2008, de Montecristi, que está en actual vigencia, coincidiendo con SALGADO PESANTES,¹¹⁰ se inicia una nueva era en el constitucionalismo ecuatoriano, la del neoconstitucionalismo, y que él prefiere denominar la del garantismo.

Para WILHELMI, al analizar el texto de la nueva Constitución se hace evidente la extraordinaria importancia que este le da a los derechos, proclama la existencia de

“... una obstinada determinación de asegurar la efectividad de los derechos. El texto constitucional no se limita a declarar su existencia: abre causas, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento”.¹¹¹

Por otro lado, GARAICOA manifiesta que

“... un sistema ‘abierto’ como el que preconizamos que acoge la constitución ecuatoriana, se basa en una interacción dinámica entre sus componentes y en el creciente aumento de un orden intrasistémico derivado de ‘cuencas de atracción’ que operan dentro del caos que implica la cambiante correlación de fuerzas socio-ambientales actuantes, tendiendo así a producir un estado de mayor organización del mismo”.¹¹²

Lo cierto es que la Constitución de Montecristi constituye un nuevo paradigma constitucional en el Ecuador, en su capítulo primero, relativo a los elementos constitutivos del Estado, se manifiesta en el artículo 1: “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia [...]”.¹¹³ Nótese que no dice derecho y justicia, dice claramente derechos, pues se refiere a la calidad de garantista de los derechos humanos, nominados en el texto constitucional, así como a los innominados, y además a los señalados en los compromisos internacionales formalmente adquiridos. A continuación, en el artículo 3 se determinan los deberes primordiales del Estado, destacándose la garantía sin discriminación alguna del efectivo goce de los derechos. Se proclama la ciudadanía de todos los ecuatorianos sin limitaciones o restricciones. Cosa muy controvertida es que en el artículo 10 se le concede derechos a la naturaleza.

¹¹⁰ SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 77-78.

¹¹¹ WILHELMI, Marco Aparicio, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 19, 20.

¹¹² GARAICOA ORTIZ, Xavier, *Normativismo sistémico de los derechos. El proceso de la constitucionalización del buen vivir*, EDILEX S.A. Editores, 2012, Guayaquil, 2012.

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, R.O. No. 449, del lunes 20 de octubre de 2008, artículo 1.

Se evidencia la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, sin necesidad de desarrollo infraconstitucional. En el artículo 11 se incorpora una amplia gama de Derechos: el buen vivir, de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza, derechos de protección. La nueva carta magna clasifica y organiza las garantías jurisdiccionales de los derechos. El Tribunal Constitucional se convierte en Corte Constitucional, con más y más amplias atribuciones, se establece la justicia constitucional separada del sistema judicial, y a ser administrada por la Corte Constitucional y los tribunales y jueces de la justicia común.

Por último, y no por esto menos importante, hay que señalar el alejamiento de la tripartición de poderes, creándose dos nuevas funciones del Estado: la denominada Función de Transparencia y Control social, y la Función Electoral. Para concluir, es importante señalar que soplan vientos de cambio, sobre todo por el malestar producido por la vulneración de la Constitución por parte del anterior gobierno, manifestado por ÁVILA SANTAMARÍA,¹¹⁴ actual vocal de la Corte Constitucional y uno de los propulsores de la carta magna de Montecristi, así como por las reformas propuestas y llevadas a cabo por el mencionado gobierno. A esto hay que agregar el desprestigio en que ha caído la Función de Transparencia y Control Social, en especial el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Es de esperar que prime la razón y los intereses generales por sobre los particulares.

¹¹⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “La utopía andina y su distorsionada aplicación”, en *El Neoconstitucionalismo Andino*, ob. cit., p. 71.

Dimensiones constitucionales y régimen de desarrollo del buen vivir en Ecuador

Nuria PÉREZ PUIG-MIR*

I. Introducción

Dentro de la letra de la Constitución ecuatoriana de 2008, una de las grandes novedades que allí asoman es la configuración del *buen vivir* como una noción jurídicamente relevante; ubicándose su referencia directa en ese cuerpo jurídico desde su Preámbulo en diversos artículos: 3, 83, 275, 283, 340.

Muchas cuestiones esenciales involucra el buen vivir dentro de la Constitución ecuatoriana, en tanto se concibe una nueva estructura de sistemas organizados, desde lo económico, social, político, cultural y ambiental; adquiriendo dicha institución el carácter de paradigma transformador, al transitar el Estado ecuatoriano hacia un modelo de desarrollo sustentable y sostenible, en armonía con la naturaleza. Se identifica una estructura social que responde a las nuevas propuestas desde el paradigma alternativo y comunitario, al distinguir a la población en grupos de personas, pueblos, nacionalidades y comunidades, respetando su cultura y forma de vida, integrando elementos constitucionales que garanticen el disfrute de los derechos desde todas las dimensiones sociales, reconociéndole la titularidad de sujeto de derecho a la naturaleza.

Las dimensiones constitucionales que abarca el contenido y sentido del buen vivir, en el texto constitucional del Ecuador, lo ubican como un conjunto sistémico que articula su aplicación y efectividad desde diferentes planos: económico, político, sociocultural y ambiental.

Estas dimensiones constitucionales tienen características que les otorgan un valor intrínseco, un valor por sí mismo, no solo porque es instrumental o porque ayuda a la consecución de un logro en otra dimensión, sino porque son pertinentes, tanto para el bienestar individual como para enmarcar los bienes sociales relacionados con la satisfacción colectiva; y no pueden ser alcanzadas de manera definitiva, sino que valoran lo que todavía no ha sido permanentemente alcanzado.

Las dimensiones constitucionales del contenido del buen vivir no son jerárquicas, deberán ser juzgadas de acuerdo con lo que las comunidades y personas consideren importante.

* Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesora de Pregrado y Posgrado de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (Ecuador). Email: nuriaperezpuig@hotmail.com

Es primordial decir que tales dimensiones representan los planos concretos de la vida, en lo más general, a los que se refiere y en los que se articula y practica el buen vivir como concepto constitucionalmente trascendente; son los ámbitos materiales que sustentan en la realidad el ejercicio del buen vivir como fenómeno jurídicamente relevante.

I.1. Plano económico

La dimensión del buen vivir desde el plano económico la encontramos establecida en el Título VI, “del Régimen de Desarrollo” (artículos 275, 277, 278, 279, 281, 283 hasta el 312).

Con el objeto de alcanzar la realización del buen vivir, desde el plano económico, el régimen de desarrollo implementa un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible,¹ que como objetivo garantiza la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales para alcanzar una mejor calidad de vida, una vida digna en el buen vivir.

El sistema económico implementado desde la política económica y el régimen de desarrollo responde a los intereses de la nueva forma de vida que procura el buen vivir, y desde una relación dinámica y equilibrada, en armonía con la naturaleza; bajo directrices de economía productiva, y solidaria, que privilegian la distribución social igualitaria, en un esquema de sostenibilidad económica.

La estructura económica del régimen de desarrollo en el buen vivir responde al reconocimiento de las reivindicaciones sociales y la producción de la vida material, asumiendo un compromiso con el presente y el futuro, presentando dos realidades constitucionales: la primera como conjunto de derechos constitucionales, y derecho complejo que puede ser reclamado por vías procesales constitucionales o protegido por garantías en caso de vulneración o inobservancia; la segunda como régimen que describe la intervención estatal bajo los principios de inclusión y equidad,² frente a la biodiversidad y recursos naturales.³

La Constitución contempla la planificación del desarrollo nacional, en el capítulo referente a los deberes primordiales del Estado (artículo 3, numeral 5), lo

¹ La economía solidaria se la define como “una forma ética, recíproca y cooperativa de consumir, producir, intercambiar, financiar, comunicar, educar, desarrollarse que promueve un nuevo modo de pensar y de vivir”. Véase FAJARDO CALDERÓN, Constanza, “La economía solidaria: de lo legal a la formación integral”, *Criterio Libre*, No. 9, 2008, pp. 47-72, disponible en <http://www.unilibre.edu.co/CriterioLibre/images/revistas/9/CriterioLibre9art02.pdf> [consultado el 18 de abril de 2016].

² Constitución del Ecuador, artículos del 340 al 394.

³ Constitución del Ecuador, artículos del 395 al 415.

que significa que el primer objetivo del régimen de desarrollo sea mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población,⁴ repensando la idea de un *desarrollo evolutivo* como elemento fundamental en el buen vivir, relacionándolo a nivel individual y colectivo.

Siguiendo la línea del desarrollo evolutivo, como proceso gradual y continuo, exponemos el criterio de Marcelo VÁSCONEZ y Leonardo TORRES,⁵ que explica que “el desarrollo evolutivo es un aspecto más general del universo en su totalidad, [...] consiste en un tránsito de una etapa a otra superior, en la que aumenta la complejidad u organización del sistema”.

Este desarrollo evolutivo se integra gradualmente al régimen de desarrollo de la economía social y solidaria, plantea una nueva relación estructural entre economía y derechos, de los seres humanos entre sí y de estos con el universo.

Los derechos son elementos constitutivos del buen vivir, donde la economía es uno de los planos y uno de los medios para efectivizarlos, de modo que estos han de ser respetados en todas las fases.

En relación con esto, Franz HINKELAMMERT y Henry MORA afirman:

“El reconocimiento del ser humano como sujeto viviente, la corporalidad del sujeto, sus necesidades y derechos, han de ser el punto de referencia básico, fundamental, para la evaluación de cualquier racionalidad económica y de toda organización económica institucionalizada. Y no como es la norma dominante, la eficiencia abstracta o cualquiera de sus derivaciones [...]”.⁶

Precisamente, la alusión y enarbolación del buen vivir como vector plantea una visión humanizadora de la economía, implementando el proceso de desmercantilización de los derechos planteado por Luigi Ferrajoli,⁷ en el que explica: “hay un ámbito de la vida social, el de los derechos constitucionales, que deben sustraerse del mercado, pues de otra forma se reducen a mercancías y no puede asegurarse su efectividad y universalidad”.

⁴ Constitución del Ecuador, Título I, “Elementos Constitutivos del Estado”; Capítulo primero, “Principios fundamentales”; artículo 3, numeral 5.

⁵ VÁSCONEZ, Marcelo y Leonardo TORRES, “Reivindicación del desarrollo como elemento integrante del Buen vivir”, en AA.VV., *Construyendo el Buen vivir*, I Encuentro Internacional del Programa de Cooperación universitaria e investigación Científica, Universidad de Cuenca, 2012, p. 138.

⁶ HINKELAMMERT, Franz y Henry MORA JIMÉNEZ, “Por una Economía Orientada hacia la Reproducción de la Vida”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, No. 33, enero 2009; en GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “Constitucionalismo en Ecuador”, *Pensamiento Jurídico Contemporáneo* 5, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012, pp. 44-46.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *La Democracia Constitucional. Desde otra mirada*, compilador Christian Courtis, Eudeba, Buenos Aires, 2001; en GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “Constitucionalismo en Ecuador”, ob. cit., p. 46.

En términos económicos, esta concepción puede expresarse de acuerdo con el criterio de Natalia QUIROGA:⁸

“Las visiones de la economía social y solidaria comparten la visión de privilegiar los valores de uso respecto del valor de cambio, lo que implica valorar los bienes y servicios por su contribución a la reproducción de las comunidades, y no por los mecanismos usuales del mercado capitalista vinculados al bajo costo y al alto margen de ganancia. Esto implica avanzar en la desmercantilización de los principales bienes y servicios que garantizan la vida humana”.

Este es el sentido y valor que se le otorga, desde el buen vivir, al sentido económico, como instrumento para alcanzar una vida digna en la plurinacionalidad.

Para la economía social y solidaria que implementa el buen vivir implica no solo que los derechos no deben subordinarse al mercado, sino que el mercado y cualquier otro mecanismo de intercambio debe organizarse en términos de que sean compatibles con el respeto a la dignidad de la persona, al goce y ejercicio de los derechos de los participantes en el intercambio y de todos los miembros de la comunidad.

La economía social y solidaria del régimen de desarrollo del buen vivir reconoce como sujeto y fin al ser humano, de manera individual en cuanto individuo, y a la comunidad en tanto colectividad de seres humanos iguales y con un destino común que no pueden realizarlo aislados, ni los unos en perjuicio de los otros.

Siguiendo la línea respecto de la economía social y solidaria, José Luis CORAGGIO⁹ opina que se encuentra centrada en

“... el valor de uso (en la provisión de bienes y servicios útiles para satisfacer las necesidades y deseos legítimos de todos, con una perspectiva de reproducción ampliada, no del capital, sino de la vida con calidad), y en el trabajo humano en sus múltiples formas, combinado con el trabajo de la naturaleza en un metabolismo socio-natural orientado por criterios de racionalidad reproductiva y calidad de vida antes que de cantidad de posesiones”.

El Estado solidario del buen vivir asume una concepción emancipadora del Derecho, es decir, como mecanismo transformador de las demandas que emergen desde la sociedad, para convertirse en normatividad legítima que

⁸ QUIROGA, Natalia, “Economía Feminista, Social y Solidaria. Respuestas Heterodoxas a la Crisis de Reproducción en América Latina”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, No. 33, enero 2009, pp. 77-89.

⁹ CORAGGIO, José Luis, “Los caminos de la Economía social y solidaria”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, No. 33, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Sede Académica de Ecuador Quito, enero 2009, pp. 29-31.

obliga al poder político administrativo¹⁰ a producir bienes, crear y mantener infraestructuras y proveer servicios públicos.

El enfoque del buen vivir implica que la economía debe garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que la hagan posible. Se trata, entonces, de una calidad y condiciones de vida que efectivamente potencien el desarrollo del ser humano, en términos sociales y ambientales adecuados; a criterio de Julio César TRUJILLO y Agustín GRIJALVA,¹¹ “el buen vivir, consiste en crear oportunidades y medios para que todas las personas accedan a la calidad de vida digna y a la armonía en las relaciones sociales y con la naturaleza”.

En referencia a la dimensión económica, Agustín GRIJALVA opina:¹² “el papel que juega el Estado no puede reducirse a un simple abstencionismo, debe ser activo y vigilante, que el mercado sirva para cumplir los objetivos sociales, en interculturalidad y armonía con la naturaleza”.

Para lograr este rol, el Estado ecuatoriano debe cumplir con cuatro funciones:

La primera función, de acuerdo con el criterio de Diego NÚÑEZ SANTAMARÍA,¹³ resulta de una planificación estructurada; el Estado debe articular un plan de desarrollo que preste servicios públicos de manera eficiente y eficaz, y que permita el pleno ejercicio de los derechos del buen vivir.

Siguiendo la línea de Patricio PAZMIÑO,¹⁴ la segunda función que debe cumplir el Estado es una gestión de sectores estratégicos, por la importancia de estos en el bienestar de la población, correspondiéndole al Estado administrar, regular, controlar y gestionar la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, transporte-refinación de hidrocarburos, la biodiversidad, el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua.

La tercera función es la de inclusión del sistema económico, que estará compuesta por formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, incluyendo organizaciones que antes eran consideradas como informales, tales como sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

¹⁰ PÉREZ TAPIAS, José Antonio, *Del bienestar a la justicia: Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 118-119.

¹¹ TRUJILLO, Julio Cesar y Agustín GRIJALVA, “El Fundamento Constitucional de la Nueva economía”, *Revista de análisis político La Tendencia*, No. 10, feb./mar. 2010, Ildis Fes, Quito, 2010, pp. 92-93.

¹² GRIJALVA, Agustín, “La Constitución Económica del Ecuador”, en Agustín Grijalva y otros, *Estado, derecho y economía*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2011, pp. 25-27.

¹³ NÚÑEZ SANTAMARÍA, Diego, “Breve análisis de la nueva gestión pública en el Ecuador”, *Ruptura*, No. 55, 2012, pp. 337-340.

¹⁴ PAZMIÑO, Patricio, *La Nueva Economía en la Nueva Constitución del Ecuador*, Publingraf Industria Gráfica, Quito, 2015, p. 24.

La cuarta función prioriza la producción nacional, con lo cual, para enfrentarse a la competencia desleal, el Estado puede ejercer un control de precios, puede sancionar el monopolio u oligopolio privado y el abuso de posición de dominio del mercado.

El mercado adquiere una dimensión económica social, favoreciendo la distribución equitativa, e impulsando actividades económicas dentro del marco jurídico.

Con el objetivo de alcanzar el buen vivir, se ha implementado el sistema nacional de inclusión y equidad social, a través de un conjunto de políticas,¹⁵ normas,¹⁶ programas¹⁷ y servicios para la garantía de los derechos y el cumplimiento del régimen de desarrollo.¹⁸

Se estipula el Plan Nacional de Desarrollo, que contempla parámetros mínimos de soberanía exigidos en pos de la realización del buen vivir, detallados a continuación.

Como primer elemento se plantea la soberanía alimentaria (artículo 281), como objetivo estratégico, para asegurar que las personas, las comunidades, los pueblos y las nacionalidades accedan autosuficientemente a alimentos sanos, respetando la visión intercultural. Siguiendo esta línea, el criterio de Magdalena LEÓN explica:¹⁹

“... la soberanía alimentaria formula entre sus cometidos inmediatos el desarrollo de una política de redistribución de tierras y medios de producción; de mecanismos de financiamiento preferencial a pequeños y medianos productores; medidas para la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales; y la conservación e intercambio libre de semillas”.

Todo lo anterior con el objeto de garantizar el abastecimiento de alimentos sanos y culturalmente aceptados por los distintos grupos sociales.

¹⁵ Ejemplificación de Políticas, Plan nacional de Desarrollo 2017-2021, Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa (SNDPP), Plan Plurianual de Inversión.

¹⁶ Ejemplificación de Normas, Norma Técnica de Desarrollo Infantil Integral y el Buen vivir ecuatoriano, Código de Ética para el Buen Vivir de la Función Ejecutiva, Norma de Implementación y Operación de Gobiernos por resultados.

¹⁷ Ejemplificación de Programas, *Buen Vivir. Plan Nacional 2013-2017*, incluye: Proyecto Universidad de las Artes, programa de recuperación y valoración del patrimonio cultural, para rescatar la identidad local y los valores culturales, Programa para rehabilitar áreas degradadas por la deforestación de los bosques y la eliminación de manglares.

¹⁸ Ejemplificación de Servicios, Corporación Nacional de Electricidad, CNEL EP, servicio que garantiza “La preservación del medio ambiente y el Buen Vivir de los ecuatorianos”.

¹⁹ LEÓN, Irene, *Ecuador, la tierra, el Sumak Kawsay y las mujeres*, Fedaeps, Quito, 2010, p. 148.

Respetando la visión intercultural, se garantiza que, a través de la agricultura en sus distintas ubicaciones geográficas, puedan satisfacer la demanda alimentaria, a lo que María de Lourdes TORRES²⁰ aporta:

“Los sistemas agrícolas productivos dependen de la agrobiodiversidad para dar respuestas al desarrollo y demanda de la agricultura y por lo tanto a la necesidad actual de tener alimentos en cantidad y calidad necesarios debido al constante crecimiento poblacional humano”.

Como segundo elemento se plantea la soberanía económica (artículo 283), que orienta un sistema económico, integrado por organizaciones públicas, privadas, mixtas, populares, solidarias, y las que la Constitución determine.

Respecto de la soberanía económica, Magdalena LEÓN²¹ aclara:

“Cabe anotar que aquí el mercado no se redimensiona o redefine, no es aludido como mecanismo para el intercambio que puede tener expresiones diversas, sino como un ámbito en sí mismo, como institución económica que persigue la acumulación, el lucro, el interés privado. Esta reubicación del sistema económico como parte del régimen de desarrollo y su común vínculo con el buen vivir conlleva, cuando menos, una ampliación del objetivo de la economía: esta no queda atada a un ideal normativo de acumulación, sino que se asocia a la sostenibilidad humana y ambiental, como de hecho ocurre en la realidad”.

El buen vivir concibe una soberanía económica libre del endeudamiento público (artículo 289), limitándolo solo cuando sea estrictamente necesario y que no afecte a los derechos, a la soberanía ni a la naturaleza; reconoce un presupuesto general del Estado (artículo 290), un régimen tributario (artículo 300), que promueva la redistribución de la riqueza y a la vez estimule el empleo digno, la producción de bienes y servicios con responsabilidad ecológica, social y económica; y una política comercial (artículo 304), enfocada en dinamizar al mercado interno e insertar estratégicamente al Ecuador en la economía mundial.

La economía solidaria contempla un sistema financiero (artículo 308), concebido como servicio público, que se enfoque en el desarrollo de los objetivos sociales del país; de los sectores estratégicos, de los servicios y empresas públicas manejados por la administración estatal.

Como tercer elemento se plantea el trabajo (artículo 319), que reconoce como formas de organización de la producción a las comunidades, cooperativas,

²⁰ TORRES, María de Lourdes, “Agrobiodiversidad y Biotecnología”, *Revista del Colegio de Ciencias Biológicas y Ambientales*, Universidad San Francisco de Quito, vol. 5, No. 1, 2010, p. 131.

²¹ LEÓN, Magdalena, “El Buen vivir: Objetivo y camino para otro modelo”, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, *La Tendencia*, Ildis, Quito, 2008, pp. 143-144.

empresas públicas o privadas, asociaciones, familiares, domésticas, autónomas y mixtas;²² a criterio de Magdalena LEÓN:

“Colocar el trabajo como base de la economía supone reconocer un hecho básico, pero también contribuye a revertir prácticas y valoraciones especulativas y depredadoras asociadas al mercado. Reconocer todas las formas del trabajo y su carácter productivo hace justicia histórica con ámbitos, personas y colectividades que habían sido despojados de su estatus económico y de los derechos correlativos”.

Se reconoce como formas de trabajo (artículo 325) todas las modalidades en relación de dependencia o autónomas; se busca democratizar los elementos de producción promoviendo el acceso equitativo de factores de protección en cuanto al intercambio económico y comercio justo.

El Plan de Desarrollo implementa estructuras económicas que permitan reconocer y desarrollar al ser humano como sujeto y fin, dentro de un sistema económico social y solidario.

Se privilegia la propiedad (artículo 321), en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, que cumplan una función social y ambiental. Desde la visión intercultural se concibe la propiedad comunitaria del *sumak kawsay*, y se estipula que todas las formas de propiedad cumplan necesariamente con la función social, garantizando la sociedad del buen vivir. Continuando este lineamiento Julio César TRUJILLO²³ explica:

“El Estado ecuatoriano, respeta la tradición de garantizar la propiedad como derecho civil y también en la acepción de derecho a usar, gozar y disponer de bienes de producción, pero a éste lo matiza con la propiedad estatal y la comunitaria y además lo condiciona al cumplimiento de la función social, a tono con las exigencias de su condición de Estado social y democrático de derecho”.

I.2. Plano político

El buen vivir se manifiesta en la Constitución con categoría política, y como institución.

De acuerdo con la afirmación de Narratividad RICOEUR,²⁴ se entiende por institución:

²² *Ibidem*, pp. 146-147.

²³ TRUJILLO, Julio César, “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”, *Revista de derecho*, No. 7, UASB-Ecuador, CEN, Quito, 2007, p. 113.

²⁴ RICOEUR, Narratividad, “Fenomenología y hermenéutica”, *Revista Análisis*, No. 20, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, s.n.

“la estructura y voluntad de vivir juntos, y se consolida mediante costumbres y sentimientos compartidos de manera común por sus miembros”; y sigue diciendo: “El constituyente asume esa voluntad de convivencia ética, desde el buen vivir, el querer vivir juntos una vida buena, aspiración que tendrá la formalización conferida a las instituciones, por la coherencia y protección que les permite adquirir estabilidad y perdurar en el tiempo”.

Siguiendo esta línea, Gregorio ROBLES²⁵ define la institución como “una idea de obra y de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social”. “Una institución es un conglomerado de normas en torno a un núcleo articulador, dicho núcleo puede ser muy diferente en su naturaleza”.²⁶

Los procesos de institucionalización son propios de la organización social; para sobrevivir y reproducirse, toda sociedad necesita realizar determinadas funciones y, por lo tanto, poseer ciertas estructuras, organismos o instituciones, que forman largas cadenas y complejas redes de relaciones para la producción de la vida material de la sociedad.

Con solo dar una rápida mirada a la realidad que circunda en el Ecuador, en razón de su texto constitucional, resulta evidente la institucionalización del buen vivir inserta en el discurso constitucional con pretensiones de instalarse en el discurso jurídico y político.

El buen vivir, constitucionalizado, emprende un proceso de institucionalización que concreta las ideas axiológicas de la sociedad, como organización política o de poder, que implica el reconocimiento de estructuras de dominación, las cuales se manifiestan en aspectos normativos, institucionales, subjetivos y simbólicos.

La estructura institucional del Estado respeta las funciones clásicas estatales, ejecutiva, legislativa y judicial, pero reorganiza el esquema político y administrativo incorporando la Función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral, las cuales responden a la medida de participación en democracia, por los principios de participación y democracia directa, que faltaban como medida reivindicatoria en el lineamiento del buen vivir.

La organización y representación política respeta una nueva estructura, con poder de fiscalización pública en ejercicio de los derechos de participación del pueblo como mandante, y una organización política en ejercicio de los derechos políticos de participación del pueblo como elector.

La Función de Transparencia y Control Social impulsa el control (artículo 204) de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales

²⁵ ROBLES, Gregorio, *Sociología del derecho*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 148.

²⁶ *Ibidem*, pp. 146-148.

o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, y resguarda la transparencia e incentiva la participación ciudadana, combatiendo la corrupción. En el ejercicio de su función de control, este poder tiene como encargo constitucional la designación de las máximas autoridades, sometiéndolas al escrutinio público, aplicando el derecho a la participación ciudadana.

Por su parte, la Función Electoral, sustentada por el principio democrático, tiene como función primordial garantizar los derechos políticos a través del sufragio, controlar la propaganda y el gasto electoral, acreditando la transparencia y legalidad de los procesos electorales.

El plano político soporta la nueva estructura de poderes, desde la institucionalidad del buen vivir, como modelo refundacional del Estado, en democracia participativa y soberana, aceptando que la voluntad popular constituye el fundamento de la autoridad, ejercida a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

En el marco de los poderes clásicos del Estado, la Función Legislativa sufre cambios sustanciales y nominales, ejercida por una Asamblea Nacional, e integrada por asambleístas elegidos de acuerdo con la circunscripción territorial,²⁷ reorganizando el territorio nacional en distritos y en gobiernos autónomos descentralizados. La nueva institucionalidad trasciende a las autonomías y controles políticos, tanto en su forma de participación democrática como en la acción del control del gobierno. El procedimiento legislativo se abre a la participación del componente social en su interculturalidad y plurinacionalidad, practicando una auténtica democracia y escuchando todas las voces del pueblo ecuatoriano.

En la Función Ejecutiva, la institucionalidad sufre un proceso de transformación incorporando nuevos lineamientos con el Consejo Nacional de Igualdad,²⁸ los Estados de Excepción²⁹ y las atribuciones y deberes del Presidente de la República establecidos en el texto constitucional, que como máxima debería encontrar soporte en la planificación nacional, en la formulación de políticas públicas y en la protección de los recursos naturales, para alcanzar el buen vivir.

La Función Judicial impulsa dos nuevas formas de administración de justicia, como son la justicia constitucional y la justicia indígena,³⁰ para la consecución

²⁷ Constitución del Ecuador, Título IV, "Participación y Organización del Poder", Capítulo Segundo, "Función Legislativa", Sección Primera, "Asamblea Nacional", artículo 118.

²⁸ Constitución del Ecuador, Título IV, "Participación y Organización del Poder", Capítulo Tercero, "Función Ejecutiva", Sección Segunda, "Consejos Nacionales de Igualdad", artículo 156.

²⁹ Constitución del Ecuador, Título IV, "Participación y Organización del Poder", Capítulo Tercero, "Función Ejecutiva", Sección Cuarta, "Estados de Excepción", artículo 164.

³⁰ Constitución del Ecuador, Título IV, "Participación y Organización del Poder", Capítulo Cuarto, "Función Judicial". artículos del 167 al 203.

del buen vivir. Se crea la Corte Constitucional como máxima intérprete de la Constitución, y el Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Se establece la Corte Nacional de Justicia para materia de justicia ordinaria, la Corte Constitucional para materia de derechos y la Justicia Indígena para resolver problemas comunitarios indígenas. Se configura y reconoce la plurinacionalidad e interculturalidad en la forma de administrar justicia.

El Ecuador de la Constitución del buen vivir sufre una reformulación de la institucionalidad del Estado, con miras de alcanzar una nueva forma de convivencia ciudadana que como núcleo central posiciona al buen vivir como meta a conseguir.

1.3. Plano sociocultural

El Ecuador plurinacional e intercultural del buen vivir surge producto del sincretismo cultural, consecuencia de la identidad múltiple del país.

Como principio constitucionalizado el buen vivir incorpora los saberes ancestrales de las comunidades indígenas, con su estructura de vida comunitaria, y su concepción del mundo y la naturaleza.

Eugenio ZAFFARONI replica a la crítica de la introducción de concepciones originarias y ancestrales, afirmando:

“No se trata de una incorporación antojadiza y simbólica, de una ocurrencia vernácula, sino de una definición que emerge de la cultura tradicional del pueblo esencial a la idea moderna de Constitución. Esta idea errónea de utilidad con la que la Constitución es percibida, aclara que no es concebida como un texto jurídico o como una obra normativa, sino también, expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.³¹

Como indicara Peter HÄBERLE:

“La Constitución es Cultura. Esto significa que no está hecha solo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido solo a los juristas para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos”.³²

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”, en *Bolivia, Nueva Constitución Política del Estado, Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2010, p. 122.

³² HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, Lima, 2003, p. 25.

La Constitución ecuatoriana del buen vivir incorpora como contenido y esencia al mundo indígena, su cosmovisión y axiología, y su forma de vida comunitaria.

El modelo de vida y sociedad que incorpora, la convivencia ciudadana del buen vivir, precisa un nuevo concepto de ciudadanía ampliada en la interculturalidad, una ciudadanía que represente la identidad de nuestras sociedades diversas y mestizas. La ciudadanía intercultural se vincula con el reconocimiento de los derechos en general, a lo que Octavio SALAZAR BENÍTEZ acota:³³ “se requiere un nuevo concepto de ciudadanía construido sobre la superación de una concepción estrictamente formal de la igualdad y de la identificación de aquella con la nacionalidad”.

Esta afirmación acerca el concepto de ciudadanía abriendo el horizonte a una ciudadanía abstracta que integra a todos los grupos sociales que habitan en el Ecuador.

La interculturalidad obliga a repensar la sociedad del buen vivir, desde la ética de la convivencia armónica del hombre con la naturaleza, como afirma Adriana RODRÍGUEZ:

“... se recoge la idea de aplicar otra ética, que permita reconceptualizar a la naturaleza y a los seres humanos, para dejar de considerarlos como recursos para generar riqueza, y que reconozca la existencia de distintas comunidades, desde una visión más amplia de la vida. Desde esta perspectiva, se reivindican los saberes y las resistencias locales como luchas ontológicas que interpelan las divisiones entre la comunidad y el individuo, ellos y nosotros”.³⁴

Desde esa perspectiva, el buen vivir ha servido para repensar el Estado desde la plurinacionalidad e interculturalidad, establecer un cambio en la concepción del patrimonio cultural; de un listado de objetos, a la recuperación de la memoria y la construcción de identidad.

Y es que en la esencia del buen vivir se reconoce una forma alternativa de convivencia en diversidad. Al consagrar constitucionalmente el “mundo del buen vivir”, se han fortalecido las raíces de las comunidades ancestrales (originarias), elevándolas a la discusión social, e integrándolas desde la academia, del plano público, político, administrativo y cultural, a un escaño visible en la nueva forma de convivencia ciudadana. El rescate de lo autóctono, de los saberes

³³ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, Fundación La Rioja, Dialnet, p. 221, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=173678> [consultado el 14 de julio 2017].

³⁴ RODRÍGUEZ, Adriana, “Teoría y Práctica del Buen vivir: Orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales”, *Caso Ecuador*, Universidad del País Vasco, España, 2016, p. 179.

ancestrales, de las prácticas culturales, reconoce y garantiza el derecho de vivir en la interculturalidad de derechos colectivos, con respeto a sus tradiciones ancestrales y formas de organización social, en una sociedad del buen vivir.

El Estado reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos; mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

La aceptación del buen vivir con rango constitucional ha sido un mecanismo decisivo de aceptación y promoción del respeto a las prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural; y a su tenor, se han impulsado programas que involucren a la comunidad, e promuevan el manejo de una organización social, de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y en tierras comunitarias de posesión ancestral.³⁵

En esa línea sustancial a tenor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se estimula la práctica de su derecho propio o consuetudinario, y se fomenta la protección de sus conocimientos colectivos, sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, fruto de su pueblo, orgullo de su identidad; como también de los recursos genéticos que contiene la diversidad biológica, que determina su estirpe y la agrobiodiversidad producto de sus conocimientos ancestrales, sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar y preservar los lugares en los que se practican sus rituales sagrados; propende a la protección de su hábitat y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y flora, protegiendo el derecho de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas, producto de sus conocimientos primarios.

El Estado reivindica dentro de las circunscripciones territoriales de los pueblos ancestrales, indígenas, y de manera análoga lo realiza con los afroecuatorianos y pueblos montuvios, la preservación de su cultura, como identidad patrimonial del Ecuador. Como expresó Julio CORTÁZAR, “La cultura es el ejercicio profundo de la identidad”,³⁶ por lo tanto, el Ecuador intercultural del buen vivir rescata y protege las culturas que identifican al pueblo ecuatoriano.

³⁵ Constitución del Ecuador, Título VII, “Régimen del Buen Vivir”, Capítulo segundo, “Biodiversidad y recursos naturales”, Sección primera, “Naturaleza y ambiente”, artículos del 395 al 403.

³⁶ ARENCIBIA, Lourdes “Julio Cortázar: traductor de Poe”, *Matanzas. Revista Artística y Literaria*, Año X, No. III, diciembre de 2009, disponible en http://www.oocities.com/juliocortazar_arg/traduccion.htm [consultado el 10 agosto de 2016].

I.4. Plano ambiental

Desde el plano ambiental, se defiende la alternativa de desarrollo sostenible tanto del buen vivir, como del *sumak kawsay*.

El texto constitucional incorpora el régimen de desarrollo sostenible integrando lo ambiental, principalmente para recuperar, conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable; garantizando el acceso y la calidad del agua, aire, suelo y los beneficios de los recursos naturales, generando obligaciones para el Estado y para las personas y colectividades.

La Constitución de 2008 fortalece decididamente el principio de la armonía con la naturaleza. Los derechos de la naturaleza (artículos 71, 72, 73 y 74) expresan el principio de que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser asumidos como procesos externos o aislados de la naturaleza. A su vez, la naturaleza no puede ser reducida a fuente de recursos naturales para ser extraídos, transformados y consumidos en el proceso productivo.

Los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas, hay por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza. No se trata solo de preservar los recursos naturales o un ambiente sano para las generaciones futuras, sino, además, de respetar los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos naturales como realidades valiosas en sí mismas, más allá de su utilidad para los seres humanos (artículo 271).

La Constitución hace referencia a que al sistema económico solidario busca la armonía con la naturaleza (artículos 283 y 275, numeral 3), este enunciado no puede entenderse sino en relación con una economía en la que la producción y el consumo no se convierten en procesos de depredación de la naturaleza, sino que atienden a su existencia, mantenimiento y regeneración (artículo 71). Tampoco podría entenderse tal equilibrio –pues sería inaplicable– como limitación absoluta de la actividad productiva. De hecho, luego de que se consagran los derechos de la naturaleza (artículos 71 y 72), se determina que “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir” (artículo 73).

Siguiendo con la línea del desarrollo sostenible, se menciona que el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado debe servir a la sostenibilidad, o que el Estado debe garantizar un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado, que proteja la biodiversidad y asegure la regeneración natural de los ecosistemas. Se menciona como deber y responsabilidad de los ecuatorianos, respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

En relación con los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, reconociéndolos como derechos colectivos, se alienta a conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.³⁷

La Constitución destaca el carácter ambiental, y el derecho a la soberanía alimentaria. Como se ha señalado por GUDYNAS:

“Se protege un ambiente sano, pero no por sus propios valores, sino porque es necesario para asegurar la calidad de vida o la salud de las personas, su propiedad o su utilidad. Por lo tanto, son derechos que parten y regresan al ser humano”.³⁸

De esta manera, la Constitución alberga el conjunto de derechos constitucionales, que incluye la calidad ambiental y de los derechos de la naturaleza, fomentando un sistema de derechos que se articule con el buen vivir.

Para la preservación del ecosistema amazónico se estructuran políticas de desarrollo sustentable;³⁹ y se consolida el principio de sustentabilidad y justicia social, respecto a las diferentes culturas urbanas, y el equilibrio entre lo urbano y lo rural, por medio del derecho al disfrute pleno de la ciudad y sus espacios públicos.

Todas estas connotaciones constitucionales destacan el régimen de desarrollo bajo una corriente de sustentabilidad, como conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, *sumak kawsay* (artículo 275); una estructura que favorece la sustentabilidad desde lo económico mediante la soberanía alimentaria y energética, promocionando un valor agregado dentro de los límites de la naturaleza y el respeto a la vida.

De tal suerte, se introduce una postura biocéntrica, otorgándole valores intrínsecos a la naturaleza, junto a la valoración humana. De acuerdo con el criterio de Eduardo GUDYNAS:

³⁷ Constitución del Ecuador, Título II, “Derechos”, Capítulo cuarto, “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, artículo 57, numeral 8.

³⁸ GUDYNAS, Eduardo, *Desarrollo, Derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi*, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, marzo 2011, p. 88.

³⁹ Constitución del Ecuador, Título II, “Derechos”, Capítulo cuarto, “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, artículo 57, numeral 8, y artículo 14, Sección segunda, “Ambiente Sano”. Las políticas a desarrollarse se ejemplifican con el Programa Integral Amazónico de Conservación de Bosques y Producción Sostenible del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), y Oficial de Programa de Ambiente y Energía en PNUD Ecuador.

“... el biocentrismo al reconocer los valores intrínsecos, especialmente como no-instrumentales, expresa una ruptura con las posturas occidentales tradicionales que son antropocéntricas. Es importante advertir que el biocentrismo no niega que las valoraciones parten del ser humano, sino que insiste en que hay una pluralidad de valores que incluye los valores intrínsecos. Los valores intrínsecos son valores propios de la Naturaleza, independientes de la utilidad para el ser humano, y que por lo tanto se la debe reconocer como un sujeto”.⁴⁰

Es necesario decir también que el Régimen de Desarrollo destaca la interculturalidad y el respeto a la diversidad, con el objeto del goce de los derechos, mejorando la calidad de vida mediante un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, manteniendo un ambiente sano y sustentable; mientras que el Régimen del Buen vivir articula el sistema nacional de inclusión y equidad social como un conjunto coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos constitucionales y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. Estos dos regímenes soportan la estructura ambiental en la biodiversidad y el respeto a los ecosistemas, incluyendo una mirada biocéntrica con andamiaje constitucional.

En la dimensión ambiental del buen vivir se reconoce los derechos de la naturaleza, pasando de este modo de una visión de la naturaleza como recurso a otra totalmente distinta, en la que esta es el espacio donde se reproduce y realiza la vida. Desde esta concepción, la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como el derecho a la restauración. Los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación, y lo que la Constitución, desde el plano ambiental, busca es rescatar el respeto e integración de la naturaleza en el Ecuador del buen vivir.

El tratamiento jurídico que se le da a la naturaleza se determina desde el preámbulo constitucional, que alude a la construcción “de una nueva forma de vida ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, *sumak kawsay*”; una nueva perspectiva biocéntrica que reconoce que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”,⁴¹ donde son tres esos derechos:⁴² primero, el respeto integral de su existencia; segundo, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura,

⁴⁰ GUDYNAS, Eduardo, “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, *Tabula Rasa*, No. 13, julio-diciembre de 2010, Bogotá, s.n.

⁴¹ Constitución del Ecuador, Título II, “Derechos”, Capítulo primero, “Principio de aplicación de los Derechos”, artículo 10.

⁴² Constitución del Ecuador, Título II, “Derechos”, Capítulo séptimo, “Derechos de la naturaleza”, artículos 71 y 72.

funciones y procesos evolutivos; y tercero, el derecho a la restauración, como un derecho autónomo al que tienen derecho los individuos y colectivos a ser indemnizados en caso de un daño ambiental. El Estado, a través del Sistema Nacional descentralizado de gestión ambiental, que tiene a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza, tutela los derechos de la naturaleza.⁴³

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana, lo encontramos en 16 ocasiones (preámbulo, artículos 71, 72, 427, 83.6, 395.4, 66.22, 275, 276.4, 283, 389, 277.1, 290.2, 306, 318, 319, 403). La incorporación parte de una idea básica: “Cuando se reconocen los derechos de la Naturaleza, se están admitiendo valores propios o intrínsecos en ella”.⁴⁴ Se presentan superpuestos:

“1) el bienestar y florecimiento de la vida humana y no humana tiene un valor en sí mismo, de forma independiente a la utilidad que presten a los humanos; 2) el reconocimiento de que un objeto es valioso en cuanto posee propiedades que no dependen de las relaciones con el entorno u otros objetos; y 3) las cosas tienen un valor ‘objetivo’ que no depende de las evaluaciones que le otorguen terceros”.⁴⁵

Siguiendo el criterio de Alberto ACOSTA, la importancia de incluir los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana y como expresión del buen vivir tiene igualmente asidero en un componente político: “Los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes del funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana, siempre procurando asegurar la calidad de vida de las personas”.⁴⁶ Por ello los “derechos de la naturaleza tienen un componente político: constituyen un llamado al mundo entero para iniciar un cambio urgente”.⁴⁷

Después de haber trabajado los diversos planos materiales en los cuales se proyecta la noción constitucional del buen vivir, se hace necesario hacer un alto en los contenidos jurídicos que puede abarcar esa noción.

⁴³ Constitución del Ecuador, Título VII, “Régimen del Buen Vivir”, Capítulo segundo, “Biodiversidad y recursos naturales”, Sección Primera, “Naturaleza y Ambiente”, artículo 399.

⁴⁴ GUDYNAS, Eduardo, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, en *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala, Quito, 2011, p. 245.

⁴⁵ GUDYNAS, Eduardo, “Aportes sobre los derechos de la Naturaleza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya-Yala, Quito, p. 2009; “Los derechos de la Naturaleza en serio...”, ob. cit., pp. 248-249; “La senda biocéntrica...”, ob. cit., p. 50.

⁴⁶ ACOSTA, Alberto, “Los derechos de la Naturaleza, una lectura sobre el derecho a la existencia”, Abya-Yala, Quito, p. 339.

⁴⁷ BORJA ORTIZ, Andrés, “Derechos de la naturaleza”, en *Nuevas instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano*, t. 1, INREDH, Quito, p. 132.

Lo primero que debe verse es que el buen vivir resulta una noción compleja e indeterminada.

La complejidad de esa noción viene dada por la diversidad y pluralidad de los contenidos que puede abarcar. Su indeterminación viene señalada porque es una noción que la propia normativa jurídica, cualquiera que sea su rango, no puede determinar con exactitud, siendo esa indeterminación un elemento intrínseco a la noción misma de buen vivir. Por otro lado, como no resulta difícil entender, es esa una noción abierta, en construcción, y que permite evolucionar en sus contenidos por esa apertura y amplitud que carga en su esencia; lo cual le permite operar en una función evolutiva en sus contenidos y en el propio rol que desempeña dentro del marco jurídico ecuatoriano actual.

Todo eso quiere decir que a la hora de apreciar los contenidos jurídicos que pueden entenderse comprendidos en la idea jurídica de buen vivir (en las principales configuraciones de Derecho que la misma viene revistiendo al margen del texto constitucional), serán siempre contenidos incompletos, pero que representarán el todo de esa noción. Precisamente por ese cariz abierto a la evolución, el contenido de la noción jurídica de buen vivir estará presto siempre a evolucionar y, por ende, tendrá el reto de incorporar constantemente nuevos contenidos.

II. A medida de conclusión

1. 1. Las dimensiones constitucionales que abarca el contenido y sentido del buen vivir, en el texto constitucional, lo ubican como un conjunto sistémico que articula su aplicación y efectividad desde diferentes planos: el plano económico, político, sociocultural y el ambiental.
2. 2. Desde el plano económico, con el objeto de alcanzar la realización del buen vivir, el régimen de desarrollo implementa un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, que como objetivo garantiza la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales para alcanzar una mejor calidad de vida, una vida digna en el buen vivir. La economía social y solidaria del régimen de desarrollo del buen vivir, reconoce como sujeto y fin al ser humano.
3. 3. El buen vivir se manifiesta en la Constitución con categoría política, y como institución; concreta las ideas axiológicas de la sociedad, como organización política o de poder, que implica el reconocimiento de estructuras de dominación (formas de dominación y colonialismo), las cuales se manifiestan en aspectos normativos, institucionales, subjetivos y simbólicos.

4. 4. El buen vivir constitucional incorpora el sincretismo cultural simbólico de los saberes ancestrales de las comunidades indígenas, con su estructura de vida comunitaria, y su concepción del mundo y la naturaleza. La Constitución ecuatoriana del buen vivir incorpora como contenido y esencia al mundo indígena, su cosmovisión y axiología, y su forma de vida comunitaria. El modelo de vida y sociedad que incorpora la convivencia ciudadana del buen vivir precisa un nuevo concepto de ciudadanía ampliada en la interculturalidad, una ciudadanía que represente la identidad de nuestras sociedades diversas y mestizas.

5. 5. Desde el plano ambiental se defiende la alternativa de desarrollo sostenible tanto del buen vivir como del principio del *sumak kawsay*. El texto constitucional incorpora el régimen de desarrollo sostenible integrando lo ambiental, principalmente para recuperar, conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable; garantizando el acceso y la calidad del agua, aire, suelo y los beneficios de los recursos naturales, generando obligaciones para el Estado y para las personas y colectividades.

6. 6. El sentido y contenido del buen vivir se abarca en el texto constitucional desde diferentes planos objetivos: el plano económico, político, sociocultural y el ambiental. En todos esos planos están presentes elementos como, entre otros: la plurinacionalidad, la diversidad, la búsqueda y promoción de la justicia, la democracia, la solidaridad, la sostenibilidad, para alcanzar una mejor calidad de vida, una vida digna en el buen vivir. La economía social y solidaria del régimen de desarrollo del buen vivir reconoce como sujeto y fin al ser humano.

El régimen jurídico del vertido de aguas residuales en Ecuador

Diego ROMERO OSEGUERA*
Carlos ZAMBRANO VEINTIMILLA**

I. Protección del ambiente, el vertido de aguas residuales y su necesidad de ordenación y control: un planteamiento general desde el prisma ecuatoriano

La prevención y control y del vertido de aguas residuales a fuentes y zonas de recarga constituye uno de los elementos en torno a los cuales se configura el Derecho ambiental, sin que por ello pueda considerarse que sea uno de los recursos naturales que mayor protección haya alcanzado hasta el presente, a juzgar por el contenido desarrollado en los tratados, manuales y artículos científicos sobre la materia.¹

En este contexto se entiende por Derecho ambiental aquel sector del ordenamiento jurídico que “contempla las agresiones ambientales directas, bien para prevenirlas, bien para reprimirlas, o para repararlas”.²

Desde una perspectiva puramente normativa, el Derecho ambiental comprende al menos tres tipos de normas con funciones distintas bien delimitadas: las normas sustantivas, aquellas que establecen los derechos y las obligaciones de las partes en la relación jurídica en materia ambiental; las normas procedimentales, que regulan los procedimientos para obtener las respectivas autorizaciones o concesiones ambientales para usar o aprovechar los recursos naturales; y finalmente, las normas del régimen sancionatorio en materia ambiental, que disponen los trámites que debe seguir la autoridad competente para imponer las sanciones previstas por infracciones de carácter ambiental.³

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (Ecuador).

** Abogado. Máster en Derecho (Ecuador).

¹ ROMERO OSEGUERA, Diego José, “Medio ambiente y potestad sancionadora”, *Memorias Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 1ª edición, 2016, pp. 329-346.

² NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (Enfoque político)*, FLACSO, Quito, 2012, p. 266.

³ MONTES CORTÉS, Carolina, “El procedimiento sancionatorio administrativo ambiental en Colombia”, ponencia presentada en el *Primer Seminario Internacional del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, Lima, Perú, 2008, p. 46.

Estas últimas normas reciben el nombre de “Derecho administrativo sancionador ambiental”, denominación cuyo uso no se ha generalizado aún a nivel teórico.⁴

Pues bien, el Derecho ambiental, que incluye esos diferentes tipos de normas, tiene unos caracteres específicos que conviene señalar para valorar su alcance respecto a la protección de las aguas, a través de la prevención y el control del vertido de aguas residuales contaminantes en las fuentes y zonas de recargas. Esas características del Derecho ambiental son básicamente las siguientes:⁵

- Tiene un *sustratum ecológico* (toma en cuenta las relaciones e interacciones entre los diferentes elementos del ambiente y la naturaleza, y de estos con el ser humano).
- Una *espacialidad singular* (aunque sus normas pertenecen al orden jurídico interno, deben armonizarse con los convenios e instrumentos internacionales sobre la materia, bajo el presupuesto de que los efectos de los daños al ambiente no se limitan al ámbito nacional).
- Con *énfasis en las funciones preventivas* del Derecho (tiene un fuerte componente preventivo y disuasorio, por cuanto la aplicación de sanciones no siempre alcanza a reparar o mitigar los daños ambientales).
- Se configura en torno a un *componente técnico-reglado* (las normas que lo integran se basan en conocimientos técnicos y científicos sobre la naturaleza y el ambiente, sobre los daños que causa la actividad humana, y sobre las mejores prácticas para prevenirlos o remediarlos).
- Tiene una *vocación redistributiva* (a pesar de que las acciones dañosas para el ambiente y la naturaleza pueden ser individuales, sus efectos nocivos son siempre colectivos, de ahí que sea preciso interiorizar los costos colectivos y redistribuir tanto los beneficios como las responsabilidades, según el principio de que quien contamina paga).
- Otorga *primacía a los intereses colectivos* (tanto los beneficios como los daños resultantes de la explotación de los recursos naturales o los bienes ambientales tienen carácter colectivo sobre diferentes sectores sociales: productores, consumidores, pueblos indígenas, agentes contaminantes, ambientalistas, instituciones públicas y la sociedad en general; en torno a la gestión de esos intereses diversos se configura el Derecho ambiental).

Esas características distinguen al Derecho ambiental de otras ramas del ordenamiento jurídico, y determinan su inclusión a nivel constitucional, bien sea

⁴ Véase AA.VV., *Derecho administrativo sancionador ambiental: experiencias en Colombia, España y Perú. Primer Seminario Internacional del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, Lima, Perú, 2008.

⁵ NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave...*, ob. cit., pp. 276-278.

como principios generales,⁶ que deben orientar la actuación de las instituciones públicas y privadas y los ciudadanos en general en relación con el ambiente y la naturaleza (principios como desarrollo sustentable, pro naturaleza, precautorio, prevención, solidaridad y responsabilidad integral, tutela efectiva, imprescriptibilidad de acciones y sanciones por daño ambiental y consulta previa, entre otros),⁷ o bien como derechos de las personas que deben ser respetados a nivel social y tutelados por las instituciones públicas competentes, a través de su desarrollo legislativo y aplicación administrativa o judicial (derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la salud, a la información ambiental, al agua, a la alimentación, entre otros). En ambos casos, principios y derechos ambientales ya forman parte del contenido de las constituciones más recientes a nivel regional.⁸

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto los principios como los derechos mencionados tienen un amplio reconocimiento, y en su interior el ambiente y la naturaleza gozan de una amplia protección, tanto a nivel constitucional como legislativo. De hecho, la propia Constitución vigente contiene un capítulo completo⁹ dedicado a la protección de la biodiversidad y los recursos naturales, cuya Sección primera establece los principios ambientales que han de respetar las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, a nivel nacional.

Antes de entrar en el análisis de tales principios, conviene precisar que en el texto constitucional la naturaleza tiene una doble condición de sujeto de derechos, como lo dispone el artículo 10,¹⁰ y de objeto de derechos, cuando se la contempla desde el punto de vista de los beneficios que reporta para el ser humano, entendida entonces como recursos naturales o bienes ambientales.

Si bien esa atribución de una cualidad de la naturaleza entendida como sujeto de derechos, una condición que hasta entonces solo era predicable de los seres humanos, ha generado cierta polémica a favor y en contra,¹¹ lo cierto es que

⁶ GOROSITO ZULUAGA, Ricardo, "Los principios en el Derecho Ambiental", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, No. 16/2017, pp. 101-136.

⁷ MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés, "El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador. Estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente", *Actualidad Jurídica Ambiental*, No. 89, abril 2019, CIEMAT, Madrid, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6942928>, pp. 4 y 5.

⁸ RODRÍGUEZ, Gloria A., "La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia", en Gloria A. Rodríguez e Iván A. Páez Páez, *Temas de Derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Universidad del Rosario, Argentina, 2012, pp. 1-54.

⁹ Capítulo segundo del Título VII, "Régimen del Buen Vivir".

¹⁰ CE, "Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

¹¹ Sobre el tema existe abundante bibliografía ecuatoriana y muy poca extranjera, por la connotación básicamente nacional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de

de ella se deriva una serie de consecuencias teóricas y prácticas que no deben pasar desapercibidas; precisamente, una de ellas es la necesidad de una mejor y mayor protección de los recursos naturales y los bienes ambientales a través de la legislación y las políticas públicas a nivel nacional y local.

En tanto sujeto de derechos, a la naturaleza se le reconocen básicamente dos derechos: “derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”, y “derecho a la restauración”.¹² En tanto elemento de la naturaleza, el agua en particular puede ser entendida como sujeto de derechos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 constitucional, y le corresponden como derechos específicos los previstos en los citados artículos 71 y 72 del propio texto, es decir, derecho a que se respete su existencia, entendida como la prohibición de agotar el recurso de que se trate, e impedir que su uso o explotación o utilización se extienda más allá de sus posibilidades de autorregeneración.

Asimismo, ese derecho exige que se respeten sus ciclos vitales, que en el caso del agua sería el ciclo hidrológico o ciclo natural de recarga de las fuentes de

derechos. Puede consultarse como bibliografía básica la siguiente: ACOSTA, Alberto, “La naturaleza como sujeto de derechos”, *Peripecias*, No. 87/2008, pp. 12-24; ANDINO REINOSO, Wilson, “La naturaleza como parte procesal y su manifestación”, *Diálogos judiciales*, No. 4/2017, Quito, pp. 37-52; PRIETO MÉNDEZ, Julio M., *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, 1ª ed., Corte Constitucional del Ecuador, CEDEC, Quito, 2013; BUSTAMANTE ROMO LEROUX, Francisco, “Derechos de la naturaleza: análisis crítico de la jurisprudencia constitucional”, en Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez, *Una década con derechos de la naturaleza*, Abya-Yala, Quito, 2019, pp. 106-127; GUDYNAS, Eduardo, “Derechos de la naturaleza, muchos protagonistas, un único sujeto”, *Temas para el Debate*, No. 95/2011, Madrid, pp. 37-39; MARTÍNEZ, Esperanza y Alberto ACOSTA, “Los derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”, *Direito e Práxis*, No. 4, vol. 08/2017, pp. 2927-2961; ZAFFARONI, Eugenio, *La Pacha Mama y el humano*, Ediciones Madres de la Plaza de Mayo/Colihue, Buenos Aires, 2011; SIMÓN CAMPAÑA, Farith, “Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?”, *LurisDictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, vol. 15/2013, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, pp. 9-38.

¹² CE, “Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. “Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.

aguas, depósitos naturales o regeneración de sus propiedades naturales, tal como lo prevé la LORHUAA en su Capítulo tercero, que regula los derechos de la naturaleza, entre los que señala la protección de sus fuentes, el mantenimiento del caudal ecológico, la preservación de la dinámica natural del ciclo integral del agua o ciclo hidrológico, y la protección de las cuencas hidrográficas y los ecosistemas de toda contaminación.¹³

El segundo derecho reconocido a la naturaleza en general, que se puede extender válidamente al agua en particular, es el derecho a su restauración, que se entiende en la ley como “restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos”. En principio, este derecho supone lógicamente una violación de los derechos reconocidos en el artículo 71, por cuanto si aquellos no fueran violados, no existiría la necesidad de proceder a la restauración de la naturaleza a su estado original o por lo menos, a un estado donde su propia regeneración no se viera seriamente afectada.

En cualquier caso, ambos derechos deben ser entendidos lógicamente en el mismo orden jurídico de prelación en que aparecen en el texto constitucional, primero la prohibición de afectar el ciclo vital de los elementos y procesos de la naturaleza, y segundo, en caso de que tales afectaciones sucedan, la obligación de revertir, en la medida de lo posible, los daños ambientales causados, lo que no siempre es procedente en breve tiempo y en ocasiones resulta naturalmente imposible.

Desde esa perspectiva se puede entender la doble función que cumplen los derechos reconocidos a la naturaleza en el texto constitucional; por un lado, establecer mecanismos más eficientes y eficaces de proteger los bienes ambientales y los recursos naturales que los conseguidos hasta entonces con la legislación ambiental tradicional, a través del establecimiento de mecanismos de prevención que deben precautelar los referidos derechos que corresponden a la naturaleza en tanto sujeto, y ya no solo como una fuente de recursos naturales, y por otro, la posibilidad de tipificar infracciones más concretas y establecer sanciones más rigurosas para quienes incurran en violación de los derechos de la naturaleza, que en términos de jerarquía tienen el mismo

¹³ “Art. 64. Conservación del agua. La naturaleza o Pacha Mama tiene derecho a la conservación de las aguas con sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida. En la conservación del agua, la naturaleza tiene derecho a: a) La protección de sus fuentes, zonas de captación, regulación, recarga, afloramiento y cauces naturales de agua, en particular, nevados, glaciares, páramos, humedales y manglares; b) El mantenimiento del caudal ecológico como garantía de preservación de los ecosistemas y la biodiversidad; c) La preservación de la dinámica natural del ciclo integral del agua o ciclo hidrológico; d) La protección de las cuencas hidrográficas y los ecosistemas de toda contaminación; y, e) La restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos”.

rango que los derechos de las personas y por tanto quedan protegidos por los mismos mecanismos legales y jurisdiccionales.¹⁴

Esas dos funciones, que deben ser entendidas también en un orden de prelación que va de la prevención y el control de las conductas humanas contrarias a los derechos de la naturaleza a la sanción administrativa, civil o penal, deben ser efectivamente realizadas a través del poder punitivo del Estado, lo que aplica por supuesto a la protección del agua como elemento básico de la naturaleza, como sujeto de derecho y como derecho humano reconocido también a nivel constitucional.

Respecto de esta última, la Constitución admite diferentes lecturas, ya que por un lado se trata de un recurso natural necesario para asegurar el “al ejercicio de otros derechos humanos como la soberanía alimentaria que garantiza el derecho de la alimentación, la salud, la cultura; el derecho a un ambiente sano; a construir y mantener la identidad cultural; a un hábitat seguro y saludable; y a una vida digna”,¹⁵ mientras por otro lado, el agua es, en sí misma, un sujeto con derechos, que debe ser protegido por el Estado y las personas en las mismas condiciones que debe serlo la naturaleza en general.

En síntesis, el agua es tanto un recurso natural mediante el cual se satisfacen las necesidades humanas, como un sujeto de derechos que requiere una protección y tutela especial, similar a los derechos de las personas: la primera lectura, como recurso natural o medio para hacer efectivo el goce de los derechos humanos, puede apreciarse en el artículo 3.1 constitucional, donde se establece como obligación del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, entre los que se encuentra el derecho al agua para sus habitantes.

En igual sentido se aprecia en el artículo 264.4, en virtud del cual corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados “prestar los servicios de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos [y] actividades de saneamiento ambiental”.

En todos esos casos, al agua aparece como un recurso natural puesto al servicio de la satisfacción de las necesidades humanas. Como recurso natural para satisfacer las necesidades del desarrollo económico del país se regula en el

¹⁴ Sobre las formas de acceso a la justicia ambiental y las garantías para proteger los derechos de la naturaleza pueden verse BARRAGÁN, Daniel, *Derechos de acceso en asuntos ambientales en el Ecuador. Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*, Naciones Unidas/CEPAL, Santiago de Chile, 2017; ANDINO REINOSO, Wilson, “La naturaleza como parte procesal y su manifestación”, *Diálogos judiciales*, No. 4/2017, Quito, p. 47 y ss.

¹⁵ Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Aportes defensoriales a la discusión del Proyecto de Ley de Recursos Hídricos*, Quito, 2011, disponible en <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/134/1/AD-001-APORTES-DEFENSORIALES-LEY%20RECURSOS%20H%c3%8dRICOS.pdf>, consultado el 3/9/2019, p. 7.

artículo 276.4, uno de cuyos objetivos es “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”. Se trata, en fin, de proteger un recurso natural esencial que constituye la base tanto de la vida humana como del desarrollo económico del país.

Sin embargo, al ser el acceso al agua un derecho fundamental de las personas, la propia Constitución establece varios límites a su uso con fines económicos o como medio para asegurar el goce efectivo de otros derechos; en primer lugar, prohíbe su privatización o el acaparamiento de sus fuentes, lo que supone que ninguna persona natural o jurídica podrá ser propietaria de cualquier fuente de agua, de conformidad con lo previsto en el artículo 282;¹⁶ ello se relaciona además con su carácter de “recurso estratégico”, cuya “administración, regulación y control” se reserva al Estado.¹⁷

En términos de protección especial del agua como sujeto de derechos puede ser entendido también el artículo 318, donde se definen sus características como “patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado [que] constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias”.

De conformidad con ese artículo, las personas naturales o jurídicas de carácter privado no pueden ni ser propietarias de fuentes de aguas ni gestionar servicios relacionados con ella como actividad lucrativa. En síntesis, no existe el mercado del agua.¹⁸

¹⁶ CE, “Art. 282. El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra. *Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.* El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental”.

¹⁷ CE, “Art. 313. El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. *Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*”

¹⁸ Un mercado de aguas es aquel donde “se intercambia el derecho a acceder al recurso. Este tipo de mercado vale tanto para concesiones de uso como para vendedores que tienen la

Adicionalmente, para el uso o aprovechamiento productivo del agua se requerirá autorización estatal, mientras en el propio artículo se establece un orden de prelación estricto, que deberá respetarse por todos los usuarios. Ese orden es el siguiente: “consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas”; este último uso es el más polémico cuando se refiera a las actividades mineras, lo que generó un intenso debate, incluso desde la propia redacción del texto constitucional en 2008, con la consideración de que son precisamente las actividades mineras las que mayor contaminación causan a las fuentes de agua.¹⁹

Finalmente, y también como protección especial del agua como recurso natural y como sujeto de derecho, en el artículo 411 del Título VII, “Régimen del Buen Vivir”, se dispone como obligación del Estado garantizar la “conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico”, así como la de regular “toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua”.²⁰

Pues bien, esa consideración de la naturaleza como sujeto de derechos y el acceso al agua como un derecho fundamental de las personas constituyen el fundamento de la especial protección que debe tener esta frente a los vertidos de aguas residuales contaminantes no tratadas que puedan afectar sus fuentes y zonas de recarga, ya que pueden afectar tanto al ambiente y la naturaleza en general como a los derechos de la naturaleza y de las personas. Ello justifica, asimismo, la atribución de competencias a la Administración pública en materia de ordenación y control del vertido de aguas residuales, y el ejercicio de la potestad sancionadora cuando se infringen dichas disposiciones, a través del denominado Derecho administrativo sancionador ambiental.

propiedad sobre el agua [también puede referirse a] un ‘mercado de derechos sobre la propiedad del agua’, donde se transfiere la propiedad del agua, y que, lógicamente, no aplica a concesiones de uso”. Ver DE STEFANO, Lucía, *Los mercados de aguas y la conservación del medio ambiente*, WWF/Adena, Madrid, 2015, p. 2.

¹⁹ Sobre este particular, puede verse ACOSTA, Alberto, *Bitácora Constituyente*, Abya-Yala, Quito, 2008, especialmente el capítulo “El derecho al agua, una causa común”, pp. 255-257.

²⁰ CE, “Art. 411. El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”. “Art. 412. La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico”.

II. El vertido de aguas residuales como actividad humana: necesidad y problemática con especial mirada en el Ecuador

Desde un punto de vista lógico, el vertido de aguas residuales provenientes de los procesos sociales de uso, consumo o explotación del agua es un hecho inevitable; el agua, una vez utilizada, debe ser devuelta a algún lugar, y el más idóneo es precisamente las fuentes de agua naturales. Por tanto, el vertido de las aguas residuales es una actividad humana tan cotidiana como el uso de aguas no contaminadas. Por esa razón, la acción del Derecho en materia de prevención y control del vertido de aguas residuales no consiste en impedir que tales vertidos se realicen, sino en qué lugares debe realizarse, y que el agua devuelta a sus fuentes, una vez utilizada, cumpla con ciertos parámetros técnicos de calidad o de no contaminación, que permitan su vertido en las fuentes naturales o su reutilización para procesos distintos a aquellos de donde se derivan.

En ese contexto, el análisis del vertido de aguas residuales debe ser más específico y circunscribirse al vertido de aguas residuales contaminantes o no tratadas adecuadamente antes de ser devueltas a sus fuentes o ser reutilizadas en otros procesos distintos. Esa es, sin embargo, una preocupación que en el Ecuador se remonta a la década de 1980, durante la etapa que suele llamarse la “preservacionista”,²¹ en referencia a la legislación aprobada entonces, pues antes de esa fecha, lo que interesaba era la cantidad de agua y no tanto su calidad o el cuidado de las fuentes.

Esa falta de preocupación y ocupación institucional por la calidad de las aguas y su preservación está en el origen del principal problema relacionado con las aguas en el Ecuador, que es precisamente su contaminación a consecuencia de vertido de aguas residuales no tratadas.²² Por tal motivo, la doble condición como sujeto de derecho y derecho fundamental de las personas que caracteriza al agua

²¹ NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave...*, ob. cit., p. 295.

²² Al respecto pueden verse los estudios siguientes: WEEMAELS, Nathalie, “Uso y aprovechamiento del agua: Situación nacional y propuesta”, en *Agua, un derecho humano fundamental*, Abya-Yala, Quito, 2010, pp. 8-12; SAN SEBASTIÁN, Miguel, *Informe Yana Curi, Impacto de la actividad petrolera en poblaciones rurales de la Amazonía ecuatoriana*, Instituto de Epidemiología y Salud Comunitaria “Manuel Amunarriz”, Abya-Yala, Quito, 2004, disponible en https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1330&context=abya_yala [consultado el 4/9/2019]; SAN SEBASTIÁN, Miguel y Anna-Karin HURTIG, *Cáncer en la Amazonía del Ecuador, 1985-1998*, 2ª ed., Instituto de Epidemiología y Salud Comunitaria “Manuel Amunarriz”, *Medicus Mundi*, Guipúzcoa/CICAME/Abya-Yala, Quito, 2004; NÚÑEZ, Ana M., *El óptimo económico del uso de agroquímicos en la producción de palma africana. Caso Santo Domingo de los Colorados*, Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Abya-Yala, Quito, 1998; JOINER, Emily, *Agüita Amarilla, una mirada crítica y propositiva a la privatización del agua y alcantarillado de Guayaquil*, Observatorio Ciudadano de Servicios Públicos, Guayaquil, 2007; LASSO OTAYA, Hugo Hernán, *Historia ambiental del Río Machángara en Quito del siglo XX*, FLACSO, Quito, 2014.

exige una especial protección de sus fuentes y zonas de recarga para tutelar los derechos referidos,²³ así como asegurar derechos humanos cuyo goce efectivo depende en gran medida del acceso al agua de calidad y en cantidad suficiente, como son la salud y la alimentación, y el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que también tiene rango constitucional.²⁴

Sin embargo, esa especial protección no se limita a establecer sus características, alcances y límites, dentro de los cuales es legítimo el ejercicio de ese derecho, sino que es preciso establecer un marco legal e institucional que permita hacer efectivos los principios y las normas constitucionales y que asegure el cumplimiento del derecho del agua a su existencia, regeneración de sus ciclos hidrológicos y, en última instancia, su derecho a la restauración cuando aquellos han sido violados.

Dicho marco requiere una determinación clara de las autoridades competentes en materia de prevención, regulación y control del uso y aprovechamiento del agua, normas claras sobre la cantidad y calidad que puede ser destinada para cada uso específico según el orden de prelación constitucional, las infracciones penales o administrativas en que pueden incurrir los usuarios y un régimen sancionatorio que delimite la competencia para sancionar, las conductas típicas y las sanciones aplicables en el marco del procedimiento administrativo sancionador apegado a los principios del debido proceso.

Todo ello es necesario precisamente para contrarrestar los efectos del vertido de aguas residuales contaminantes o no tratadas como actividad humana inherente a las diferentes formas de uso industrial o agrícola del agua, o a su consumo por parte de los seres humanos. El principal efecto negativo del

²³ Un caso paradigmático en tal sentido fue la declaración del estado de excepción “con el propósito de superar la emergencia provocada por los niveles de contaminación de la laguna de Yahuarcocha, ubicada en la ciudad de Ibarra, en la Provincia de Imbabura”, dictado por el Presidente de la República en octubre de 2009. La causa de la emergencia fue la existencia de “altos niveles de contaminación de la laguna de Yahuarcocha, sus orillas o áreas circundantes, atribuibles a sedimentación, contaminación por aguas residuales y desechos sólidos, ganadería, pesca, retiro de totoras, tala y quema de vegetación de las laderas, falta de concientización y control de las actividades antropogénicas, ampliación de la frontera agrícola y urbana. Asimismo, en la Laguna de Yahuarcocha se realizaron actividades antrópicas, las mismas que afectan dicho paraje natural con niveles de contaminación, por descargas de aguas residuales sin ningún tratamiento, situación motivada por el crecimiento urbano no planificado que es perjudicial para la salud y el ambiente”. Véase Decreto Ejecutivo No. 107 de 23/10/2009, Declaratoria de Estado de Excepción, con el propósito de superar la emergencia provocada por los niveles de contaminación de la laguna de Yahuarcocha, ubicada en la ciudad de Ibarra, en la Provincia de Imbabura, R. O. de 6/11/2009. También es importante al respecto la Sentencia de la CCE No. 0006-10-SEE-CC Caso No. 0005-09-EE, de 25/3/2010, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del referido decreto.

²⁴ CRE, “Artículo 66. Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

vertido de aguas residuales no tratadas adecuadamente es que contamina las fuentes hídricas y las zonas de recargas, con importantes consecuencias sobre el ambiente, la naturaleza y la salud humana.

Se trata de una problemática que afecta de igual manera a países ricos y pobres, por cuanto ninguno está exento de las dificultades que supone la utilización del agua en los referidos procesos agrícolas e industriales y darle, una vez contaminada, el tratamiento adecuado para devolverla a la naturaleza en condiciones que permitan su reutilización sin daño o peligro para la salud humana o el ambiente.

Por tanto, el problema radica no en la cantidad de agua que pueda estar contaminada y requiera ser depositada nuevamente en las fuentes de donde se extrajo, sino en disponer de los medios necesarios para su tratamiento y reincorporación al caudal hídrico natural, o su reutilización en procesos distintos que aseguren la calidad de los productos resultantes.²⁵

Al respecto, en 2003, la académica Elizabeth RODRÍGUEZ señalaba:

“... la calidad del agua disponible también está amenazada antelas tecnologías agrícolas actuales, el uso de pesticidas y los procedimientos industriales que causan contaminación superficial y subterránea del recurso. La industria es la gran contaminante de las reservas hídricas existentes, especialmente los sectores de la minería, de la industria papelera y todos los procesos industriales que exigen un uso intensivo del agua. Asimismo, los grandes asentamientos humanos contribuyen significativamente a la inutilización de grandes cantidades de agua”.²⁶

Aquellas amenazas constituyen hoy una realidad perceptible, donde la calidad de las aguas se ve cada vez más comprometida porque las fuentes naturales se han visto desbordadas en su capacidad de depurar los contaminantes cuyas descargas recibe; dicho de otra manera, el proceso de depuración natural ya es insuficiente para procesar la cantidad de residuos que se vierten diariamente a las fuentes y zonas de recargas de aguas naturales, por lo que resulta imprescindible la acción humana para el tratamiento de las aguas residuales antes de ser devueltas a las fuentes, todo ello en función de prevenir y reducir tanto la contaminación difusa de las aguas como la contaminación proveniente de fuentes específicas.²⁷

Como señalara oportunamente Giuseppina DA ROS:

²⁵ Véase MATEO-SAGASTA, Javier, *Reutilización de aguas para agricultura en América Latina y el Caribe. Estado, principios y necesidades*, FAO, Santiago de Chile, 2017.

²⁶ RODRÍGUEZ, Elizabeth, “Agua, derechos y pueblos indígenas”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, No. 82/2003, p. 110.

²⁷ SANZ LARRUGA, F. Javier, et al., *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013, p. 486.

“... este recurso natural renovable, caracterizado por estar en continua depuración química y biológica, está dejando de ser renovable, pues el desperdicio, los contaminantes industriales y domésticos que se vierten en los principales cauces hídricos, la basura, los pesticidas, los detergentes, los aceites y todo tipo de sustancias tóxicas que se arrojan a las aguas, lo están convirtiendo en un bien escaso, de mala calidad y en peligro para la naturaleza y la salud humana”.²⁸

De ahí que una mejor “gestión de las aguas residuales implica no solo la reducción de la contaminación en las fuentes, sino también la eliminación de contaminantes de los flujos de aguas residuales, la reutilización de las aguas regeneradas y la recuperación de los subproductos útiles”.²⁹

Pues bien, al desbordarse la capacidad de resiliencia de las fuentes de agua para recibir, depurar naturalmente y asimilar los vertidos contaminantes es necesaria la intervención humana en cuatro direcciones distintas: prevención o reducción de la contaminación en la fuente, recolección y tratamiento de aguas residuales, utilización de aguas residuales como fuente alternativa de agua y recuperación de subproductos útiles.³⁰

En el Ecuador, como se señaló al principio de este epígrafe, la contaminación de las aguas a causa de los asentamientos urbanos que no cuentan con la infraestructura de alcantarillados adecuados y el crecimiento de la población, así como la proveniente de las actividades agropecuarias y la industria, especialmente de la extracción de hidrocarburos y la minería, es un problema que cada vez demanda mayores esfuerzos por parte del Estado y los entes de regulación y control, para adoptar las medidas necesarias que permitan prevenir los vertidos de aguas residuales sin tratamiento previo y aplicar las sanciones administrativas o penales correspondientes.

Esa intervención estatal resulta más compleja en los casos en que una actividad humana, agrícola o industrial altamente contaminante de las aguas no pueden ser paralizadas, o no se pueden adoptar los correctivos necesarios en un breve plazo, por las necesarias inversiones y transformación tecnológica que demanda, razón por la cual el peso fundamental de la Administración pública en materia de vertidos de aguas residuales contaminantes recae por lo general en la aplicación de sanciones, más que en la prevención o la creación de condiciones industriales y de infraestructura que permitan un adecuado tratamiento de las aguas antes de ser devueltas a las fuentes.

²⁸ DA ROS, Giuseppina, *La contaminación de agua en Ecuador: una aproximación económica*, Abya-Yala, Quito, 1995, pp. 21-23.

²⁹ BOKOVA, Irina, “Prólogo”, en AA.VV., *Aguas residuales. El recurso desaprovechado*, UNESCO, 2017, p. V.

³⁰ AA.VV., *Aguas residuales...*, ob. cit., p. 4.

III. Fundamentos constitucionales de la protección del agua como derecho fundamental en el Ecuador

A diferencia de la consideración del agua como sujeto de derecho, que tiene una connotación básicamente nacional al amparo de la Constitución vigente, que atribuye esa cualidad a la naturaleza, de la cual aquella es elemento básico, el agua como un derecho fundamental tiene un carácter internacional, lo que se expresa en el doble sentido de que en varios países los movimientos ambientalistas, ecologistas e indígenas lo han reivindicado desde finales del siglo pasado, y que existen varios instrumentos internacionales que directa o indirectamente lo reconocen como tal derecho de las personas, entendido sobre todo como derecho a acceder al agua potable en cantidad y calidad suficiente para satisfacer sus necesidades de consumo, aseo y domésticas.³¹

También en las Constituciones de algunos países de la región se hace referencia expresa a las responsabilidades del Estado respecto al derecho de las personas al agua, o a la obligación de prestar servicios de agua potable de calidad,³² como sucede en los textos constitucionales de Venezuela (1999),³³ Uruguay (con la reforma constitucional de 2004)³⁴ y Bolivia (2009).³⁵ Sin embargo, solo esta última reconoce expresamente ese derecho, además de la ecuatoriana de 2008, cuyo contenido se analiza más adelante en este mismo apartado.

³¹ Entre ellos, sin pretensiones de exhaustividad, se pueden mencionar los siguientes documentos internacionales y conferencias internacionales sobre el agua como recurso natural invaluable o como derecho de las personas: ONU, Declaración de la Conferencia de Estocolmo, 1972; Conferencia de la ONU sobre el agua, Mar del Plata, Argentina, en 1977; Declaración de Nueva Delhi sobre el agua potable y saneamiento, 1990; Conferencia mundial sobre agua y medio ambiente, Dublín, 1992; Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro, 1992; Comentario General No. 15, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, 2002. Asimismo, deben incluirse los foros mundiales del agua (Marrakech 1997; La Haya 2000; Kioto 2003; Estambul, 2009 y Marsella 2012). En el plano regional, es de interés la Declaración de San Salvador por la defensa y el derecho al agua, suscrita por diferentes movimientos sociales de América Latina en 2003.

³² BUITRÓN, Ricardo, "Derecho humano al agua en Ecuador", *Informe de Derechos Humanos 2009*, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010, pp. 139-162.

³³ CRBV. Entre otros, el artículo 127, que señala que es "una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley".

³⁴ CRU, "Art. 47. La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales".

³⁵ CEPB, "Art. 16. I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población".

No obstante, con independencia de su reconocimiento expreso como derecho fundamental a nivel constitucional o legislativo, es posible considerar que en la rama del Derecho conocida como Derecho de aguas³⁶ está implícito el derecho de las personas de acceder a agua de calidad y en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades básicas, lo que se expresa, por ejemplo, en el orden jerárquico que debe tener su uso y explotación, que es común encontrar en el Derecho comparado sobre la materia.³⁷

Ese derecho, por otra parte, tiene unos orígenes que se remontan a las prácticas ancestrales de las comunidades vinculadas al agua como elemento fundamental de su vida cotidiana, y que jurídicamente se expresa a través de la categoría “uso común del agua”, entendido como “aquel que realiza toda persona por su mera condición de tal”, tratándose entonces de un derecho anterior al Estado, un derecho natural de toda persona.³⁸

Visto de esa manera, el derecho al agua como derecho fundamental tiene como presupuesto, prácticas sociales que existen con independencia de las regulaciones estatales y que al ser protegidas jurídicamente adquieren un nuevo estatus en cuanto a las relaciones entre los usuarios y el contenido de esas prácticas, así como en relación con las reglas de aprovechamiento, uso y explotación, prevención de la contaminación, control de su uso inadecuado para diversos fines y sanción a los infractores de las normas establecidas por la autoridad estatal competente.

Pues bien, antes de entrar en los detalles de la regulación específica del derecho al agua en el texto constitucional vigente en el Ecuador, su contenido esencial y su alcance, es necesario realizar algunas consideraciones más generales que permitan contextualizar el estudio.

Considerar el agua como un derecho de las personas constituye una ruptura con su uso como mercancía y fuente de enriquecimiento, a partir de su explotación comercial por el sector privado como parte del mercado del agua. En ese contexto, “en el marco de la sobreexplotación económica, el agua ha pasado a ser una mercancía más, regulada como cualquier otro bien económico según los intereses de los oligopolios”.³⁹ Esa apreciación general, sin embargo, debe ser matizada en el sentido de que en el Ecuador está prohibida la apropiación privada del agua, y aun su gestión a través de concesiones, puesto que solo puede ser gestionada por empresas públicas o por organizaciones comunitarias.

³⁶ EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007.

³⁷ Véase, a título de ejemplo, AA.VV., *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Civitas, Madrid, 2002.

³⁸ PINTO, Mauricio y Liber MARTÍN, “Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina”, *Revista Bioderecho*, No. 1/2014, p. 2.

³⁹ AA.VV., “Prólogo, Hacia una cultura del agua”, Editorial del número 14/2016 de *Polis, Revista Latinoamericana*, p. 1.

De conformidad con lo dicho hasta aquí, su carácter de sujeto de derecho, por un lado, y su cualidad de derecho fundamental de las personas, por otro, la referida prohibición se convierte en un impedimento para su mercantilización y el agua es por tanto ajena a los juegos de la oferta y la demanda del mercado, para constituirse en un bien público de carácter estratégico, que debe ser protegido de sus posibles contaminaciones y garantizado a las personas en cantidad y calidad suficiente.

Quizás el hecho de que el agua es un recurso abundante, que representa más del 70 % de la superficie de la tierra, no debiera dar lugar a escasez o apropiación privada por parte de determinados agentes del mercado; sin embargo, el problema no es solo la cantidad que existe, sino las formas en que se encuentra, la ubicación geográfica de sus fuentes o su disponibilidad para el uso y consumo humano.⁴⁰

Pero tal como afirma A. BECERRA, los movimientos sociales, indígenas y ambientalistas actúan

“reivindicando un derecho que parecería obvio, precisamente por estar referido a un elemento de importancia fundamental para la vida, pero que al revelarse como un recurso escaso ha quedado a merced de los intereses del mercado y de empresas transnacionales, que pretenden reducir el acceso al agua a una mercancía y a un privilegio”.⁴¹

El problema, por tanto, no es tanto la escasez de agua, que también es un hecho como consecuencia de su desigual distribución geográfica, sino las posibilidades de acceso a ella en condiciones de cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades humanas, sobre todo cuando los asentamientos poblacionales o las grandes ciudades están alejadas de sus fuentes, o están contaminadas por la propia acción humana, o cuando estas se destinan a otros usos preferenciales por encima de las necesidades básicas de los seres humanos. En síntesis,

“las luchas por el agua están estrechamente vinculadas con la implementación de políticas económicas, comerciales, medioambientales, sociales y sanitarias que reducen el acceso al agua, anteponiendo su valor como mercancía y la inserción de este recurso en la ola de la liberalización y privatización, presente en nuestros países”.⁴²

⁴⁰ MAZARI HIRIART, Marisa, “El agua como recurso”, *¿Cómo ves? Revista de Divulgación de la ciencia de la UNAM*, No. 54/2019, pp. 10-12.

⁴¹ BECERRA, Andrea, “Movimientos sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina”, *ILSA, Revista el Otro Derecho*, No. 34/2006, pp. 1 y 2.

⁴² *Ibidem*, p. 2.

Ese condicionamiento económico y mercantil del agua, así como su uso y explotación prioritaria para fines distintos al consumo humano en cantidad y calidad suficiente, afecta la realización de otros derechos básicos de los seres humanos, como los derechos a la salud, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la alimentación, a un nivel de vida adecuado y al desarrollo de las potencialidades y capacidades de cada persona, puesto que sin acceso al agua es imposible mantener una higiene personal y doméstica adecuada, así como producir los alimentos necesarios para el sustento vital de la persona, actividades que en gran medida dependen del uso de agua de calidad y accesible en condiciones equitativas para todos.⁴³

Sería casi imposible sobredimensionar la importancia del agua para la vida humana y el desarrollo económico de la sociedad, de ahí que pueda afirmarse que “el derecho al agua debería entenderse no sólo como un derecho jurídico –reconocido en la Ley y garantizado por el Estado–, sino fundamentalmente como un derecho natural”;⁴⁴ o que el agua “más que un derecho, es una necesidad vital”.⁴⁵ En ambos casos se trata de subrayar la importancia del agua para la realización de cualquier forma de vida y especialmente de la vida humana, las cuales no podrían desarrollarse sin acceso a fuentes de agua de calidad, es decir, libres de contaminación, que le permitan desarrollar sus procesos vitales.

En consonancia con esas apreciaciones se pueden delimitar las principales dimensiones del agua desde el punto de vista de su consideración de un bien o recurso natural. Tales dimensiones son las siguientes:⁴⁶ como un bien social, el agua es indispensable para asegurar el goce efectivo de otros derechos fundamentales de las personas; como un bien ambiental, su existencia es vital para mantener el equilibrio de los ecosistemas naturales y la conservación, reproducción y desarrollo de todas las especies que habitan el planeta; como bien cultural, el agua se valora de acuerdo con los usos culturales, asociados con el significado, la trascendencia y el manejo tradicional del agua por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas allí donde existen.

A esas cuatro dimensiones hay que añadir la que resulta de su reciente consideración de sujeto de derechos en el Ecuador, en virtud de la cual no pueden

⁴³ “Sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable, otros derechos fundamentales serían inalcanzables, como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y para el bienestar, así como los derechos civiles y políticos”. BECERRA, Andrea, “Movimientos sociales...”, ob. cit., p. 2.

⁴⁴ SHIVA, Vandana, *Las guerras del agua. Privatización, contaminación y lucro*, México, 2013, p. 34.

⁴⁵ AA.VV., “Prólogo...”, ob. cit., p. 1.

⁴⁶ Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Temático: el agua como un derecho humano y como derecho de la naturaleza*, Quito, 2011, p. 4, disponible en <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/119/1/IT-005-EL%20AGUA%20COMO%20UN%20DERECHO%20HUMANO.pdf> [consultado el 1/9/2019].

las fuentes de agua ser objeto de apropiación, acaparamiento o explotación por parte de sujetos privados, y tiene derecho, en tanto sujeto, a que se respeten sus ciclos vitales, el ciclo hidrológico, su existencia y, en caso de que tales derechos no sean respetados, a que sea restaurada de los daños causados como consecuencia de la acción nociva del ser humano, lo cual debe entenderse como un derecho del agua, pero además como una obligación del Estado, las instituciones públicas y privadas y las personas individuales.

Gracias a la situación geográfica del Ecuador, el país dispone de abundantes fuentes de agua, distribuidas en las tres regiones, delimitadas geográficamente, en que se divide la organización política y administrativa del territorio (Costa, Sierra y Amazonía),⁴⁷ lo cual no ha sido un obstáculo para que sobre ese recurso natural se hayan sucedido disputas de diferente grado de complejidad entre el gobierno nacional, los inversionistas y empresarios, que ven en el agua un bien susceptible de uso, apropiación y explotación privada con fines de lucro, por un lado, y por otro, los ambientalistas, ecologistas y pueblos indígenas defensores del agua, que la consideran un bien estratégico de propiedad pública al que todos tienen derecho de acceso y uso en igualdad de condiciones, sobre la base de sus propias prácticas y tradiciones ancestrales.

Precisamente, esta última percepción está en la base del reconocimiento del derecho al agua como derecho fundamental en el texto constitucional de 2008. En tanto derecho de las personas, está reconocido expresamente en el artículo 12 como uno de los derechos del buen vivir, donde se cataloga como un “derecho humano fundamental e irrenunciable”, a la vez que declara al agua como “un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.⁴⁸

Ahora bien, reconocer el derecho al agua a todas las personas supone establecer las características, los requisitos y las condiciones mínimas que aseguren el goce efectivo de ese derecho, y los usos o destinos que puedan darse a ese recurso natural. Al respecto debe tomarse en cuenta, en primer lugar, el orden de prelación establecido en el artículo 318 constitucional (consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas).

De esa manera, el primero de los límites para el ejercicio del derecho al agua está determinado por su destino concreto: así, no podrá concederse licencia

⁴⁷ LÓPEZ PARDO, Claudia y Diana BALAREZO VINUEZA, “El derecho humano al agua y la justicia ambiental en Ecuador”, s.f., disponible en <https://canadians.org/sites/default/files/publications/RTW-Ecuador-1.pdf> [consultado el 3/9/2019].

⁴⁸ CE, “Art. 12. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

para el uso o aprovechamiento del agua con fines productivos si se sobrepasan los límites del caudal ecológico, o si no se han satisfecho antes las necesidades de la soberanía alimentaria o el consumo humano. De ahí se desprende otra consecuencia importante: el contenido esencial del derecho al agua radica en el acceso a la cantidad y con la calidad adecuada necesaria para satisfacer las necesidades del consumo humano y doméstico, incluso el derecho a que el mínimo vital sea proporcionado gratuitamente, es decir, que no estará sujeto a tarifa alguna.⁴⁹

Ese derecho, por otra parte se enfoca fundamentalmente, respecto de las personas individuales, en el derecho de acceder al agua potable en cantidades y calidad suficiente para satisfacer las necesidades del uso y consumo personal y doméstico; de hecho, cuando el texto constitucional se refiere al agua como recurso natural o bien patrimonial, utiliza únicamente la expresión “el agua”, mientras que cuando se trata del agua como derecho humano, excepto en el artículo 12, hace referencia al “agua potable”, es decir, a la que es apta para el consumo humano y está destinada a ello, como se prevé en los artículos 66,⁵⁰ 264,⁵¹ 314,⁵² 318,⁵³ 326⁵⁴ y 375.⁵⁵

Desde un punto de vista más general, el derecho al agua ha sido objeto de interpretación por instancias nacionales e internacionales: en el primer caso, la

⁴⁹ LORHUAA, “Art. 140. Tarifa por suministro de agua cruda para consumo humano y doméstico. La entrega de la cantidad mínima vital de agua cruda establecida por la Autoridad Única del Agua para la provisión de servicios de agua potable no estará sujeta a tarifa alguna. Cuando el volumen que se entregue a los prestadores del servicio exceda de la cantidad mínima vital determinada, se aplicará la tarifa que corresponda, conforme con lo estipulado en esta Ley y su Reglamento”. En su interpretación del derecho fundamental al agua, en el proceso de discusión del proyecto de ley de LORHUAA, la Defensoría del Pueblo del Ecuador señalaba lo siguiente: “... de otra parte, el derecho humano al agua para el consumo, está íntimamente relacionado con la disponibilidad de una cantidad mínima que permita ejercerlo a plenitud, sin discriminación por razones económicas. Atendiendo esta situación, la Defensoría del Pueblo recomienda el establecimiento de un mínimo vital gratuito”. Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Aportes defensoriales...*, ob. cit., p. 10.

⁵⁰ CE, “Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, *agua potable*, vivienda, saneamiento ambiental...”.

⁵¹ CE, “Art. 264. Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: [...] 4. Prestar los servicios públicos de *agua potable*, alcantarillado, depuración de aguas residuales...”.

⁵² “Art. 314. El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de *agua potable* y de riego, saneamiento [...]”.

⁵³ “Art. 318. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de *agua potable* y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias”.

⁵⁴ “Art. 326. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: [...] 15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de [...] *agua potable* y alcantarillado [...]”.

⁵⁵ “Art. 375. El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, para lo cual: [...] 6. Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de *agua potable* y electricidad a las escuelas y hospitales públicos”.

Defensoría del Pueblo del Ecuador se dio a la tarea de delimitar el “contenido y alcance del derecho de acceso al agua”, identificándolo con su contenido esencial sería el acceso al agua, que “debe ser equitativo y sin discriminación, tomando en cuenta las dimensiones cultural, social y ambiental del agua”.⁵⁶

Como criterios para asegurar el goce efectivo del derecho al agua considera imprescindibles la accesibilidad física (“es decir, que el servicio e instalaciones de agua se encuentren al alcance físico de toda la población; deben estar dentro de cada hogar, institución educativa, lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas”), el acceso sin discriminación (“en tanto el agua, servicios e instalaciones debe ser accesibles a toda la población sin distinción alguna, garantizando particularmente su acceso a los grupos vulnerables lo cual está asociado a una distribución equitativa y sustentable del agua”) y la accesibilidad económica (“es decir, que los costos y cargos directos e indirectos del abastecimiento del agua, servicios e instalaciones deben estar al alcance de todas las personas, sin comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos”).⁵⁷

Por su parte, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación general No. 15 al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002),⁵⁸ definió como factores relacionados con el derecho al agua que “se aplican en cualquier circunstancia” los siguientes:⁵⁹ la disponibilidad,⁶⁰ la calidad,⁶¹ la accesibilidad física y económica no discriminatoria, y el acceso a la información relacionada con el agua.⁶²

⁵⁶ Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Temático...*, ob. cit., p. 37.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁵⁸ Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> [consultado el 7/10/2019].

⁵⁹ Título II, “Contenido normativo del derecho al agua”, numeral 12.

⁶⁰ “El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud. También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo”.

⁶¹ “El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico”.

⁶² “El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua. Accesibilidad

IV. Orígenes y evolución del marco jurídico ordenador del vertido de aguas residuales en el Ecuador

Como se ha explicado anteriormente, los problemas relacionados con la contaminación de las fuentes de aguas y zonas de recarga, como consecuencia del vertido de aguas residuales no tratadas adecuadamente, es un tema residual en la doctrina del Derecho ambiental, el Derecho administrativo y el Derecho de aguas, especialmente en el ámbito ecuatoriano. Y es residual por cuanto la contaminación de las aguas utilizadas en procesos sociales (consumo humano o doméstico) o en procesos productivos (agricultura, ganadería, industrias, extracción y procesamiento de hidrocarburos y minería) es consustancial a su uso y aprovechamiento.

Dicho de otra manera, de ninguno de los procesos mencionados que utilizan aguas no contaminadas se pueden obtener o recuperar, a su vez, aguas no contaminadas con la misma calidad o consistencia con que comenzaron en el inicio del proceso; por tanto, el problema no es de la contaminación de las aguas, que siempre existirá en cualquier proceso que suponga su uso o aprovechamiento, sino del tratamiento que deban recibir antes de ser devueltas a las fuentes o ser reutilizadas en procesos distintos.

Esa consideración es importante al momento de analizar el marco jurídico ordenador del vertido de aguas residuales en el Ecuador, por cuanto a primera vista se puede constatar que en la legislación y la doctrina histórica nacional sobre el tema, las regulaciones jurídicas sobre el agua se referían a los aspectos esenciales de su canalización hacia los centros de población en forma de agua potable, su uso agrícola o industrial y las formas de propiedad sobre las aguas, pero no sobre la calidad de las aguas devueltas a las fuentes una vez concluido el proceso en el que fueron utilizadas, una preocupación que es más bien reciente.

La referida legislación nacional contiene básicamente dos tipos de normas; por un lado, el marco jurídico, que comprende normas sustantivas y procesales, y por otro, el marco institucional, que incluye las normas de organización, funcionamiento y competencia de las instituciones públicas vinculadas a la prevención, el control, la explotación y el aprovechamiento de las aguas, así como aquellas con competencia para determinar infracciones y aplicar las sanciones correspondientes.

económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua”.

Sobre la base de esa distinción, en el presente epígrafe se abordan las cuestiones relativas a las normas sustantivas, y en el siguiente, las aplicables a la organización institucional ya mencionada, lo que permitirá tener un cuadro completo del régimen jurídico de las aguas, la prevención, el control y la sanción de los vertidos de aguas residuales contaminantes a las fuentes y zonas de recarga.

En este punto conviene hacer una breve retrospectiva de la regulación jurídica del agua en el Ecuador antes de su reconocimiento como sujeto de derecho y como derecho fundamental de las personas, para llegar a la situación previa a 2008 y su régimen constitucional y legal vigente.

Si se examinan algunos de los textos constitucionales anteriores a 2008, se puede constatar que en ninguno de ellos aparece el agua como un derecho de las personas, mucho menos como un ente con derechos propios; por el contrario, o no aparece siquiera como un recurso natural que deba ser protegido especialmente (1967),⁶³ o se regulaba como un recurso natural cuya explotación y gestión se reservaba a personas naturales o jurídicas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, aunque a estas últimas se le prohibía en zonas específicas del territorio nacional (1978).⁶⁴

Un cambio de orientación se puede apreciar en la Constitución Política de 1998, donde el tema del acceso al agua, si bien esta última era un recurso natural⁶⁵ susceptible de apropiación, acaparamiento y explotación privada a través de concesiones otorgadas por Estado,⁶⁶ era uno de los elementos que permitía hacer efectivo el derecho a la calidad de vida,⁶⁷ a la salud,⁶⁸ o a vivir en un

⁶³ CE, 1967, disponible en https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1967.pdf [consultado el 7/10/2019].

⁶⁴ CPE, 1978, R. O. de 5/5/1978. “Art. 18. Las personas naturales o jurídicas extranjeras, ni directa, ni indirectamente, pueden adquirir o conservar el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, ni arrendarlos, obtener el uso de aguas [...] en las zonas fronterizas y en las áreas reservadas establecidas por los organismos competentes, salvo que en cualesquiera de estos casos se obtuviera la autorización que prevé la ley”.

⁶⁵ CPE, 1978, “Art. 247. Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley”.

⁶⁶ CPE, 1978, “Art. 249. Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento [...] Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley”.

⁶⁷ CPE, 1998, R. O. de 11/8/1998. “Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental...”.

⁶⁸ CPE, 1998, “Art. 42. El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico [...] conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia”.

medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación,⁶⁹ pero en ningún caso se trataba de un derecho independiente, como sucede en el texto constitucional vigente.

El agua, como los demás recursos naturales, podía ser concesionada a sujetos de la economía privada y explotada como una mercancía, pues no existía prohibición constitucional o legal al respecto.

En el plano legislativo se podía apreciar la misma consideración del agua como un recurso natural, como una mercancía, y no como un derecho. Sobre ese punto específico se han hecho algunos análisis recientes en la bibliografía ecuatoriana que lo demuestran.⁷⁰

La tesis de fondo de esos estudios es que desde el año 1832 hasta el año 1972, el agua era un bien de dominio privado, y a partir de este último año y hasta el presente pasó a ser de dominio público,⁷¹ todo ello documentado mediante el estudio de las diferentes leyes especiales sobre la materia, como la Ley de Aguas de 1832,⁷² el Código Civil de 1860,⁷³ la Ley de Aguas de 1936,⁷⁴

⁶⁹ CPE, 1998, “Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente”.

⁷⁰ Al respecto puede verse VALLEJO GALARRAGA, Santiago, *La gestión del agua como bien público*, Abya-Yala/FLACSO, Quito, 2011; MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés, “El régimen jurídico del agua en el Ecuador. El derecho humano al agua en la Constitución de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, No. 36/2017, pp. 297-321; MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés, *El derecho al agua en el Ecuador. Un análisis desde la Ciencia política y el Derecho público*, Universidad de Cuenca, 2017.

⁷¹ VALLEJO GALARRAGA, Santiago, *¿La gestión del agua como bien público contribuye a la conservación ambiental?*, FLACSO, Programa de Estudios Ambientales, Quito, 2008, p. 96.

⁷² “El objetivo central de la norma –según S. VALLEJO– consistía en regular la extracción de agua proveniente de ríos, lagos y otras fuentes públicas o comunes mediante la imposición de servidumbres de acueducto. En tal sentido, la calidad de propietario de fincas y terrenos ribereños era particularmente importante, puesto que implicaba el derecho de servirse de las aguas que bañaban el predio para el riego de sementeras y otros usos agrícolas”. VALLEJO GALARRAGA, Santiago, *¿La gestión del agua..?*, ob. cit., p. 81.

⁷³ En su artículo 581 disponía que “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, [eran consideradas también] bienes nacionales de uso público”; a excepción plena de las vertientes que nacían y morían en un mismo predio, las cuales no solamente eran consideradas como bienes privados, sino además podían ser transferidas a los herederos y otros sucesores.

⁷⁴ Decreto No. 289, R. O. de 17/7/1936. Esta ley “incorporó disposiciones más funcionales y claras [que la de 1832], sobre todo en cuanto se refería al acceso y a los usos. Por ejemplo, las posibilidades de desviación de cauces naturales solamente podían obedecer a generación de fuerza motriz con la condición de regresarlas al mismo cauce antes de la siguiente toma. Los usos garantizados por la ley debían referirse específicamente a riego, usos domésticos, abrevadero de animales y generación de fuerza eléctrica y motriz”. Véase VALLEJO GALARRAGA, Santiago, *¿La gestión del agua..?*, ob. cit., p. 85.

la Codificación de Ley de Aguas de 1960,⁷⁵ la Ley de Condominio de Aguas de 1960,⁷⁶ y la Ley de Aguas de 1972.⁷⁷

En ninguna de esas leyes se hacía referencia explícita al tratamiento de las aguas residuales antes de devolverlas a las fuentes o cauces naturales.

La razón más clara que explica esa ausencia es que entonces la contaminación de las aguas, y en general la protección de los recursos naturales, los bienes ambientales y la naturaleza, no constituían problemas que debieran ser regulados jurídicamente: al tratarse de un bien de propiedad privada como cualquier otro, su titular podía ejercer las facultades dominicas del caso, sin más limitaciones que las previstas en la ley, que en ningún caso se referían expresamente a la prohibición de contaminar las fuentes de agua, ni a la obligación de tratarlas adecuadamente antes de devolverlas a los cauces naturales.

No obstante, en la Codificación de la Ley de Aguas de 1972, realizada en el año 2004, se incluyó una disposición según la cual, “las aguas destinadas a la generación de energía y trabajos mineros, deberán ser devueltas a un cauce público, obligándose el concesionario a tratarlas, si el Consejo Nacional de Recursos Hídricos lo estimare necesario”.⁷⁸ De esa disposición se desprende que el resto de las aguas utilizadas para fines distintos a los prescritos, de conformidad con la ley, podían ser devueltas a las fuentes o cauces sin ningún tipo de tratamiento previo de descontaminación, lo que terminó ocasionando un grave perjuicio a las fuentes de aguas nacionales, aunado a las debilidades institucionales⁷⁹

⁷⁵ R. O. de 20/8/1960. “En materia de propiedad, la codificación consagró definitivamente el enfoque civilista-privado- del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto al manejo de recursos hídricos se refiere; con lo cual quedó instituido en el marco de la ley aquello que de hecho se verificaba en la práctica”. *Ibidem*, p. 89.

⁷⁶ R. O. de 20/8/1960. “El principal fin de la ley consistió en la regulación de la propiedad comunal existente sobre los canales de riego. En tal virtud, siempre y cuando los condóminos superasen el número de ocho, se debía crear un Directorio de Aguas integrado por los propios condueños, encargado de la administración de dicho canal”. *Idem*, p. 91.

⁷⁷ Decreto Supremo No. 369, R. O. de 30/5/1972. Esta ley “constituyó un punto de inflexión, en cuanto a la condición jurídica de las aguas, porque cerró toda posibilidad de ejercer propiedad privada sobre las fuentes y cauces naturales. Incluso, estableció expresamente que todas las aguas de propiedad particular, existentes hasta entonces, debían revertir al dominio público. Esta modificación convirtió a los propietarios originales en meros titulares de derechos de aprovechamiento”. *Idem*, p. 92.

⁷⁸ Codificación de la Ley de Aguas, artículo 42, R. O. de 20/5/2004.

⁷⁹ “Hasta ahora, el control de calidad y cumplimiento de las normas estaban a cargo de numerosas instituciones gubernamentales con funciones superpuestas, en medio de un marco legal abundante pero que no proporcionaba un sistema efectivo de gestión. En otras palabras, no se controlaba a la calidad del agua, tampoco se sancionaba a las infracciones”. Véase SENAGUA, *Un plan nacional del agua para todos y todas*, Quito, 2011, p. 4, disponible en [http://www.laredvida.org/im/bolentines/Folleto%20-%20PNA2908\(2\).pdf](http://www.laredvida.org/im/bolentines/Folleto%20-%20PNA2908(2).pdf) [consultado el 1/10/2019]. “El control de la contaminación del agua por parte de las autoridades encargadas en la mayoría de los casos no ha sido efectivo debido en parte a la superposición de competencias en las entidades estatales”. Véase Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Temático...*, ob. cit., p. 16.

y legislativas en la materia,⁸⁰ que dio lugar a reconocimiento como derecho fundamental en el texto constitucional de 2008.

Tales prejuicios fueron y son actualmente ocasionados por tres factores fundamentales de contaminación de las aguas: la contaminación industrial (incluida la explotación petrolera, actividad minera),⁸¹ la contaminación agroindustrial,⁸² y la contaminación urbana.⁸³ La diferencia entre la legislación anterior y la vigente LORHUAA es que esta sí dispone de un régimen jurídico sancionador para las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que incurran en violaciones a los derechos de la naturaleza como sujeto, a través de la contaminación de las aguas; o al derecho fundamental de las personas a recibir o acceder al agua en la cantidad y calidad necesarias para su consumo, sin riesgo para la salud o la alimentación.

Sin embargo, y al margen de la existencia de una legislación especial que en todo momento ha buscado proteger las aguas como un recurso natural imprescindible para la vida humana, es un hecho que su vigencia y aplicación han sido insuficientes, hasta el momento, para prevenir la contaminación de las fuentes de agua en el Ecuador.⁸⁴

Lo anterior demuestra la dispersa bibliografía publicada sobre el tema, las investigaciones académicas realizadas, los casos emblemáticos de ríos

⁸⁰ “El análisis del tema institucional y legal y de los instrumentos principales de la gestión revela las grandes deficiencias existentes en el país; esto es, la falta de objetivos claros para el sector; un sistema legal e institucional complejo y desarticulado con traslapes y vacíos funcionales y sin una clara asignación de responsabilidades; conflictos entre entidades estatales y grupos interesados; y, el uso muy limitado y parcialmente inapropiado de los instrumentos disponibles”. Véase CEPAL, *La gobernabilidad de la gestión del agua en Ecuador*, Quito, 2003, p. V, disponible en https://www.cepal.org/drni/proyectos/samtac/actividades_nacionales/ecuador/1/taller1.pdf [consultado el 1/9/2019].

⁸¹ Provocadas especialmente por aguas residuales de procesos industriales y/o manufactureros de transformación o explotación (minería, hidrocarburos, metalúrgicos, textiles) y generación de energía). Véase Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Temático...*, ob. cit., p. 17.

⁸² “Producida por la utilización de fertilizantes, pesticidas, nutrientes; además desechos de actividades agroindustriales”. *Ibidem*, p. 22.

⁸³ “Formada por las aguas residuales provenientes de las actividades cotidianas del ser humano que son eliminadas a través del alcantarillado y por la disposición final inadecuada de los residuos sólidos”. Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Temático...*, ob. cit., p. 24.

⁸⁴ Según estimaciones realizadas por CEPAL sobre el grado de concentración de contaminantes industriales en aguas de cuatro de las principales ciudades del país (Quito, Guayaquil, Ambato y Esmeraldas), el deterioro de la calidad de los recursos hídricos es alarmante, sobre todo por la presencia de metales pesados y otras sustancias fenólicas, aguas servidas de las urbanizaciones y los asentamientos industriales de la zona norte de la capital y de las poblaciones señaladas. El principal uso de las aguas es el riesgo agrícola y abreviamiento de ganado. Véase CEPAL, *Diagnóstico de la estadística del agua en Ecuador*, 2012, disponible en <https://aplicaciones.senagua.gob.ec/servicios/descargas/archivos/download/Diagnostico%20de%20las%20Estadisticas%20del%20Agua%20Producto%20IIIC%202012-2.pdf> [consultado el 6/9/2018].

contaminados que atraviesan algunas de las ciudades del país en las últimas décadas,⁸⁵ los informes periodísticos⁸⁶ y trabajos de campo más recientes, que dan cuenta de la complejidad del problema y la falta de soluciones integrales.⁸⁷

Y es que, como afirma la CEPAL en un estudio ya citado,

“la contaminación de los recursos hídricos causada por los desperdicios generados por los municipios y la industria, residuos de la agricultura, la crianza de animales, la minería, petróleo y otros desperdicios sólidos urbanos confieren un escenario perjudicial para la salud de la población en todo el Ecuador y tiene una influencia negativa en los recursos hidrológicos superficiales y en el agua subterránea”.⁸⁸

V. Marco institucional del control de vertidos de aguas residuales en el Ecuador

Las leyes históricas mencionadas en el epígrafe precedente no solo establecieron normas sustantivas y procesales, sino también normas institucionales, conforme a las cuales se crearon y funcionaban diferentes instituciones públicas con competencias en materia de aguas, en algunos casos con funciones superpuestas o con alcances limitados en lo territorial o en sus atribuciones precisas.

⁸⁵ DA ROS, Giuseppina, *La contaminación del agua en Ecuador: una aproximación económica*, Abya-Yala, Quito, 1995; TERNEUS-JÁCOME, Esteban y Patricio YÁNEZ, “Principios fundamentales en torno a la calidad del agua, el uso de bioindicadores acuáticos y la restauración ecológica fluvial en Ecuador”, *La Granja, Revista de Ciencias de la Vida*, No. 27/2018, pp. 36-50.

⁸⁶ *Teleamazonas*, “Los principales ríos de Quito están contaminados por aguas residuales”, 13/1/2016, disponible en <http://www.teleamazonas.com/2016/01/los-principales-rios-de-quito-estan-contaminados-por-aguas-residuales/> [consultado el 12/10/2019]; *El Universo*, 8/10/2017, “Presencia de metales pesados en los ríos de Santo Domingo de los Tsáchilas”, disponible en <https://www.eluniverso.com/vida/2017/10/08/nota/6420019/presencia-metales-pesados-rios-santo-domingo> [consultado el 12/10/2019]; *RT*, “La capital de Ecuador tiene ríos que alcanzan niveles de contaminación severa”, 30/5/2018, disponible en <https://actualidad.rt.com/actualidad/267053-ecuador-quito-rios-contaminacion-severa> [consultado el 12/10/2019]; *El Diario*, 27/1/2019, “Ríos de 13 cantones de Manabí están contaminados”, disponible en <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/493493-rios-de-13-cantones-de-manabi-estan-contaminados/> [consultado el 12/10/2019].

⁸⁷ Véase, por ejemplo, ISCH L., Edgar y Carmen INGO NENTES (Eds.), *Agua y servicios ambientales. Visiones críticas desde los Andes*, Abya-Yala, Quito, 2006; ARCE MONCADA, María F. y Márlin A. LEIVA CALDERÓN, *Determinación de la calidad del agua de los ríos de la ciudad de Loja y diseño de líneas generales de acción para su recuperación y manejo*, UTPL, Loja, 2009; QUINGA CHUQUITARCO, Marco Bolívar, *Contaminación del Río Machángara y el derecho al Buen Vivir de los habitantes del Barrio de Guápulo del DMQ en el 2015*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2015; CÁRDENAS, Maritza, *Calidad de las aguas de los cuerpos hídricos de la Provincia del Guayas mediante el uso de macroinvertebrados acuáticos registrados durante noviembre de 2012 y marzo de 2013*, Prefectura del Guayas, Guayaquil, 2014.

⁸⁸ CEPAL, *Diagnóstico...*, ob. cit., p. 15.

El carácter fragmentario, inorgánico y disperso de esa legislación hasta la puesta en vigor de la LORHUAA es una nota común en los estudios relacionados con el tema, y ha sido suficientemente expuesto por diversos autores, por ejemplo, MARTÍNEZ MOSCOSO:

“... el aislamiento, la ausencia de coordinación, así como la falta de aplicabilidad respecto a los cambios constitucionales introducidos, y al tratarse principalmente de normativa jerárquicamente inferior a leyes orgánicas, puso en evidencia la necesidad de generar una codificación normativa a nivel ambiental, que se encargue de estos asuntos”.⁸⁹

Para su estudio, el desarrollo legislativo e institucional en materia de aguas en el Ecuador puede ser dividido en tres etapas, cada una de las cuales tiene características específicas, que determinaron el tipo de instituciones que se creó para su gestión. Cada una de esas etapas ambientales, I. NARVÁEZ y M. J. NARVÁEZ las denominan “tendencias legislativas” y las identifican como etapa sanitarista (desde los años 50 del siglo xx hasta la década de 1980), etapa preservacionista (década de 1980 hasta 1992) y etapa ambientalista (desde 1992 en adelante).⁹⁰

En cada una de esas etapas se crearon instituciones públicas que respondían a una particular visión política, en materia de protección del ambiente y los recursos naturales, pero en ningún caso sujetas a, o como parte de una estrategia pública nacional en la materia; muy por el contrario, para cada problema concreto la solución era una nueva disposición jurídica para regular la situación y una institución nueva para hacerla cumplir.

En la etapa sanitarista, caracterizada por la carencia de sistemas de abastecimiento de agua potable y abastecimiento en la mayoría de las ciudades del país, se crearon, entre otras, las instituciones siguientes: Centro de Reconversión Económica del Azuay y Morona Santiago (1950-1958); Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias (1965); Instituto Ecuatoriano de Recursos Hídricos (1966); Centro de Rehabilitación de Manabí (1962); Comisión de Estudios para el Desarrollo de la Cuenca del Río Guayas (1965) y el Programa de Desarrollo Regional del Sur del Ecuador (1972).⁹¹

Por su parte, en la etapa preservacionista se promulgaron varias leyes de carácter específicamente ambiental o no, que atribuían competencias en materia ambiental y específicamente del recurso agua a diversas instituciones

⁸⁹ MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés, “El nuevo marco jurídico...”, ob. cit., pp. 4-5.

⁹⁰ NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave...*, ob. cit., pp. 296-304.

⁹¹ Sobre sus funciones y competencias pueden verse NUFRIO, Anna V. (Ed.), *El CREA como organismo de desarrollo regional. Guía razonada para la consulta del Archivo Histórico del Centro de Reconversión Económica del Azuay, Cañar y Morona Santiago (1958-1979)*, Universidad de Cuenca, Ecuador, 2017; y NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave...*, ob. cit., pp. 296-304.

públicas ya existentes. Entre las leyes generales con contenido ambiental se pueden mencionar las siguientes: Código Civil (1970); Código de la Salud (1971); Ley de Reforma Agraria (1973) y Ley de Régimen Municipal (1971). Como leyes de contenido propiamente ambiental son relevantes las siguientes: Ley de Preservación y Zonas de Parques Nacionales (1972); Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1974); Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental referida a los elementos aire, agua y suelo (1976); Ley de Aguas y su Reglamento (1972); Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero (1974); Ley de Hidrocarburos (1978); Ley de Sanidad Vegetal (1974); Ley de Colonización de la Región Amazónica (1978); y la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (1981).

En la última etapa del desarrollo legislativo en materia de protección del ambiente en general y las aguas en particular se asume el principio de desarrollo sustentable, para lo cual se crean diferentes instituciones como el Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (1993); la Comisión Asesora Ambiental (1994); el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (1994); además de la puesta en vigor de otras leyes y reglamentos sobre diversas materias, pero que incluían la regulación del uso de las aguas y su protección en tanto recurso natural estratégico.⁹²

La cumbre de esta etapa, desde el punto de vista institucional, fue la creación del Ministerio del Ambiente (MdA),⁹³ que en la actualidad es la autoridad única ambiental con amplias competencias en la materia de prevención, regulación y control del vertido de aguas residuales contaminantes, compartida con otras instituciones nacionales y locales, y tiene además potestad sancionatoria en ese ámbito.

En la actualidad, el marco institucional creado para la prevención y el control de vertidos de aguas residuales no tratadas, y para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública está determinado en gran medida por la nueva concepción ambiental incorporada a la CE, especialmente por la consideración de la naturaleza como sujeto de derecho y en el marco del llamado “nuevo constitucionalismo ambiental”,⁹⁴ caracterizado por un especial énfasis en la protección del ambiente y la naturaleza, que va más allá del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

⁹² Véase NARVÁEZ, Iván y María J. NARVÁEZ, *Derecho ambiental en clave...*, ob. cit., pp. 296-304.

⁹³ Mediante Decreto Ejecutivo No. 195-A, Creación del Ministerio del Ambiente, R. O. de 4/10/1996.

⁹⁴ Véase MACÍAS GÓMEZ, Luis F., “El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional”, *IurisDictio*, No. 14/2012, Universidad San Francisco de Quito, pp. 152-168; y BONILLA MALDONADO, Daniel, “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista de Derecho del Estado*, No. 42/2019, pp. 3-23.

Esa concepción se refleja en una medida importante en la legislación ambiental posterior a la entrada en vigencia de la CE, que derogó casi en su totalidad las que estuvieron vigentes hasta entonces, o las ha ido adecuando a los nuevos principios ambientales tanto en los aspectos sustantivos como procesales e institucionales, para hacerlas compatibles con la protección de los derechos de la naturaleza y dar cabida a la protección especial a cada uno de los elementos principales, entre los cuales se encuentra el agua.

El marco legal e institucional vigente está delimitado por la Constitución; el COAm, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos y Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA); la Ley de Minería (LM),⁹⁵ la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (LOTRTA),⁹⁶ la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria (LORSA);⁹⁷ el Reglamento ambiental de actividades hidrocarbúricas (RAAH);⁹⁸ el Código Orgánico Administrativo; Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y el Código Orgánico Integral Penal (COIP).⁹⁹

En esas disposiciones jurídicas se regulan tres aspectos distintos: el contenido y alcance del derecho al agua como derecho fundamental y los derechos de la naturaleza, las funciones y potestades de las instituciones competentes para la regulación y el control de su uso y aprovechamiento, las infracciones en que pueden incurrir las personas naturales y jurídicas y las sanciones aplicables.

En este apartado se analiza únicamente el régimen jurídico vigente para el uso y aprovechamiento del agua (LORHUAA y COAm); la idea básica es examinar por separado los aspectos relativos a *lo que se puede o no hacer* en materia de uso y aprovechamiento del agua, por un lado; y por otro, las *instituciones competentes* para determinar la violación de las normas vigentes, identificar a los responsables y aplicar las sanciones administrativas o penales correspondientes.

El régimen constitucional del agua como derecho y la naturaleza como derecho fundamental ya fue analizado en páginas precedentes, por lo que aquí el estudio se limita a las normas infraconstitucionales, específicamente el COAm, la LORHUAA, la LM, la LOTRTA, la LORSA, el RAAH y demás normas relativas a la explotación de recursos naturales que requieren emplear agua en sus actividades productivas, las que por lo general remiten a la legislación primaria ya señalada.¹⁰⁰

⁹⁵ R. O. de 29/1/2009.

⁹⁶ R. O. de 14/3/2016.

⁹⁷ R. O. de 5/5/2009.

⁹⁸ Decreto Ejecutivo 1215 de 2001, R. O. de 13/2/2001.

⁹⁹ R. O. de 19/10/2010.

¹⁰⁰ Como la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de Agricultura, R. O. de 10/6/2017.

El COAm es la disposición jurídica más general sobre la protección de la naturaleza, el ambiente y los recursos naturales. Como se señala en su artículo 1, su objetivo es “garantizar el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o *sumak kawsay*”.¹⁰¹ Ello incluye, por supuesto, la protección de las aguas como elemento vital de la naturaleza para asegurar el goce efectivo del derecho al agua, la vida, la salud y la alimentación de las personas, así como el postulado teórico de una vida acorde con la naturaleza, principio esencial del buen vivir.¹⁰²

Por su propio carácter general, solo incluye algunas normas puntuales sobre el agua, como las referidas a los objetivos de las áreas protegidas, entre los que se encuentra “mantener la dinámica hidrológica de las cuencas hidrográficas y proteger los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas”;¹⁰³ las servidumbres ecológicas obligatorias, que “son las franjas de protección ribereña de los cuerpos de agua, así como las laderas escarpadas naturales”,¹⁰⁴ y la prohibición de realizar plantaciones forestales en “servidumbres ecológicas o zonas de protección permanente de agua”.¹⁰⁵

En relación con el tema de esta investigación, las normas más importantes del COAm son las referidas al monitoreo de la calidad del agua y al tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales. Sobre el primer aspecto dispone que corresponde a la Autoridad Ambiental Nacional o el Gobierno Autónomo Descentralizado competente, realizar “el monitoreo y seguimiento de la calidad del aire, agua y suelo, de conformidad con las normas reglamentarias

¹⁰¹ El buen vivir incluye el goce efectivo de varios derechos reconocidos bajo esa denominación en la Constitución, como son agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud y trabajo y seguridad social. Sobre el tema se ha publicado una abundante bibliografía en el Ecuador, entre la que cabe señalar los trabajos siguientes: SILVA PORTERO, Carolina, “¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?”, *La Constitución del 2008 en el contexto Andino*, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, 2008; y PÉREZ Y PUIG-MIR, Nuria, “El Buen vivir como noción jurídica en la Constitución ecuatoriana: un estudio de construcción teórica”, *Tesis Doctoral*, Universidad de La Habana, Cuba, 2018.

¹⁰² Véase VERNAZA ARROYO, Girard David, “Los derechos de la naturaleza. Pilar básico para el buen vivir en Ecuador”, *Tesis Doctoral*, Universidad de Oriente, Cuba, 2019.

¹⁰³ COAm, “Art. 38. Objetivos. Las áreas naturales incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, cumplirán con los siguientes objetivos: [...] 5. Mantener la dinámica hidrológica de las cuencas hidrográficas y proteger los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas”.

¹⁰⁴ “Art. 61. De las servidumbres ecológicas voluntarias y obligatorias. Las servidumbres ecológicas obligatorias son las franjas de protección ribereña de los cuerpos de agua, así como las laderas escarpadas naturales”.

¹⁰⁵ “Art. 122. Prohibiciones para el establecimiento de plantaciones forestales. En ningún caso las plantaciones forestales con fines de conservación y producción afectarán o reemplazarán las áreas cubiertas con bosques naturales, vegetación nativa y arbustiva, ecosistemas frágiles, servidumbres ecológicas o zonas de protección permanente de agua, áreas bajo un esquema de incentivos para la conservación y áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”.

y técnicas que se expidan para el efecto”, debiendo además promover, y fomentar “la generación de la información, así como la investigación sobre la contaminación atmosférica, a los cuerpos hídricos y al suelo, con el fin de determinar sus causas, efectos y alternativas para su reducción”.¹⁰⁶

Se trata en ambos casos de una competencia rectora en la materia, puesto que el ejercicio de las facultades concretas corresponde a otras entidades, como se verá oportunamente.

Respecto del tratamiento de las aguas residuales, se limita a aquellas provenientes de las zonas urbanas y rurales: las primeras provenientes del uso personal y doméstico, y las segundas de su empleo en actividades productivas de carácter agropecuario. Concretamente dispone que los GADm deben “contar con la infraestructura técnica para la instalación de sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales”, así como “fomentar el tratamiento de aguas residuales con fines de reutilización, siempre y cuando estas recuperen los niveles cualitativos y cuantitativos que exija la autoridad competente y no se afecte la salubridad pública”.¹⁰⁷

Una vez más, el COAm impone deberes a las autoridades municipales, cuyas formas de ejercicio concreto se regulan en otras disposiciones jurídicas.

Por su parte, la LM contiene también diversas normas relativas a la protección del agua en las actividades mineras, como la necesidad de contar con actos administrativos favorables de la autoridad única del agua para ejecutar actividades mineras en “todo cuerpo de agua, como lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua

¹⁰⁶ “Art. 191. Del monitoreo de la calidad del aire, agua y suelo. La Autoridad Ambiental Nacional o el Gobierno Autónomo Descentralizado competente, en coordinación con las demás autoridades competentes, según corresponda, realizarán el monitoreo y seguimiento de la calidad del aire, agua y suelo, de conformidad con las normas reglamentarias y técnicas que se expidan para el efecto [...] Las instituciones competentes en la materia promoverán y fomentarán la generación de la información, así como la investigación sobre la contaminación atmosférica, a los cuerpos hídricos y al suelo, con el fin de determinar sus causas, efectos y alternativas para su reducción.

¹⁰⁷ “Art. 196. Tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales deberán contar con la infraestructura técnica para la instalación de sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales, de conformidad con la ley y la normativa técnica expedida para el efecto. Asimismo, deberán fomentar el tratamiento de aguas residuales con fines de reutilización, siempre y cuando estas recuperen los niveles cualitativos y cuantitativos que exija la autoridad competente y no se afecte la salubridad pública. Cuando las aguas residuales no puedan llevarse al sistema de alcantarillado, su tratamiento deberá hacerse de modo que no perjudique las fuentes receptoras, los suelos o la vida silvestre. Las obras deberán ser previamente aprobadas a través de las autorizaciones respectivas emitidas por las autoridades competentes en la materia”.

para consumo humano o riego”,¹⁰⁸ así como en los casos de actividades de beneficio, fundición y refinación que requieran realizar aprovechamiento del agua que deban realizar los concesionarios mineros.¹⁰⁹

Cualquiera que sea el uso que se haga de las aguas en las actividades mineras, los titulares de derechos mineros están en la obligación de “devolverlas al cauce original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua vigentes, con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente”.¹¹⁰ De lo contrario, las personas naturales o jurídicas públicas o privadas que sean titulares de concesiones mientras o realicen minería artesanal podrían ser sancionadas por la autoridad competente en materia de aguas. La norma no exige que el agua sea devuelta sin contaminación tal como fue tomada de la fuente, sino que admite un determinado nivel de contaminación, lo que supone que la violación a los derechos de la naturaleza está permitida dentro de esos límites.

¹⁰⁸ LM, “Art. 26. Actos Administrativos Previos. Para ejecutar las actividades mineras a las que se refiere el Capítulo siguiente, en los lugares que a continuación se determinan, se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos fundamentados y favorables, otorgados previamente por las siguientes autoridades e instituciones, según sea el caso: [...] f) De la autoridad única del Agua en todo cuerpo de agua, como lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua para consumo humano o riego, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos. En el referido acto administrativo se estará a lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador en cuanto al orden de prelación sobre el Derecho al acceso al Agua”.

¹⁰⁹ “Art. 60. Aprovechamiento del agua y constitución de servidumbres.- La ejecución de actividades mineras en general y la autorización para la operación de plantas de beneficio, fundición y refinación, requieren el permiso de la autoridad única del agua, para el aprovechamiento económico del agua y podrán solicitar las servidumbres que fueren necesarias de acuerdo con los procedimientos establecidos en la ley que regule los recursos hídricos”. “Art. 61. Autorización para el aprovechamiento del agua. Los concesionarios mineros que obtengan el permiso para el aprovechamiento de la autoridad única del agua deberán presentar ante el Ministerio Sectorial el estudio técnico que justifique la idoneidad de los trabajos a realizarse y que han sido aprobados por la autoridad de aguas competente. Las aguas alumbradas durante las labores mineras podrán ser usadas por el concesionario minero, previa autorización de la autoridad única del agua, con la obligación de descargarlas, observando los requisitos, límites permisibles y parámetros técnicos establecidos en la legislación ambiental aplicable”.

¹¹⁰ “Art. 79. Tratamiento de aguas. Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales que, previa autorización de la autoridad única del agua, utilicen aguas para sus trabajos y procesos, deben devolverlas al cauce original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua vigentes, con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente. El tratamiento a darse a las aguas para garantizar su calidad y la observancia de los parámetros de calidad ambiental correspondientes, deberá preverse en el respectivo sistema de manejo ambiental, con observancia de lo previsto en las leyes pertinentes y sus reglamentos. La reutilización del agua, a través de sistemas de recirculación es una obligación permanente de los concesionarios. El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso”.

También pesa sobre los titulares de derechos mineros, o quienes practican la minería artesanal, la obligación de “tomar estrictas precauciones que eviten la contaminación del suelo, agua [...]” en todas las etapas de la actividad minera, para lo que deben construir las obras, infraestructuras e instalaciones necesarias para su depósito final y su manejo a largo plazo;¹¹¹ quedando estrictamente prohibida su descarga en “los ríos, quebradas, lagunas u otros sitios donde se presenten riesgos de contaminación”. En caso de que la acumulación de aguas provenientes de una concesión minera cause daños a los predios vecinos o colindantes, el responsable deberá hacerse cargo de la reparación de los daños y de la indemnización correspondiente.¹¹²

Otras leyes que incluyen normas expresas sobre la protección de agua son la LOTRTA y la LORSA. La primera se refiere a la función ambiental de la propiedad de la tierra, la cual incluye “asegurar la disponibilidad de agua de calidad [que] contribuya a la conservación de la biodiversidad”. Dicha función ambiental se cumple cuando se realizan “acciones a fin de evitar la contaminación, sedimentación de cuerpos de agua, disminución de caudales y desperdicio de agua”.¹¹³

¹¹¹ “Art. 81. Acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos.- Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales, para acumular residuos minero-metalúrgicos deben tomar estrictas precauciones que eviten la contaminación del suelo, agua, aire y/o biota de los lugares donde estos se depositen, en todas sus fases incluyendo la etapa de cierre, construyendo instalaciones como escombreras, rellenos de desechos, depósitos de relaves o represas u otras infraestructuras técnicamente diseñadas y construidas que garanticen un manejo seguro y a largo plazo. Se prohíbe la descarga de desechos de escombros, relaves u otros desechos no tratados, provenientes de cualquier actividad minera, hacia los ríos, quebradas, lagunas u otros sitios donde se presenten riesgos de contaminación. El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso”.

¹¹² “Art. 95. Daños por acumulación de aguas. Cuando los daños y perjuicios ocasionados, provengan de la acumulación de aguas utilizadas en las labores mineras de una concesión vecina o colindante, el perjudicado requerirá por escrito al que causó el daño para que, en el plazo máximo de 48 horas proceda a su desagüe total, sin perjuicio de las indemnizaciones por los daños ocasionados. El costo de la operación de desagüe correrá por cuenta exclusiva del causante del daño, pudiendo el perjudicado cubrir los gastos, con derecho a resarcimiento. El perjudicado debe acudir ante el Ministerio Sectorial, a fin de lograr el cumplimiento de lo establecido en este artículo, así como también informar sobre el particular a la Secretaría Nacional de Agua”.

¹¹³ LOTRTA, “Art. 12. De la función ambiental. La propiedad de la tierra rural deberá cumplir con la función ambiental. En consecuencia, deberá contribuir al desarrollo sustentable, al uso racional del suelo y al mantenimiento de su fertilidad de tal manera que conserve el recurso, la agrobiodiversidad y las cuencas hidrográficas para mantener la aptitud productiva, la producción alimentaria, asegurar la disponibilidad de agua de calidad y contribuya a la conservación de la biodiversidad. El sistema productivo existente en el predio permitirá optimizar la relación de las actividades agrarias con las características biofísicas del ambiente natural. El cumplimiento de la función ambiental conlleva también el respeto a los derechos ambientales individuales, colectivos y los derechos de la naturaleza. El predio rural con aptitud agraria cumple la función ambiental cuando su sistema productivo reúne las siguientes condiciones: [...] d) Se realicen acciones a fin de evitar la contaminación, sedimentación de cuerpos de agua, disminución de caudales y desperdicio de agua”.

La segunda ley referida contiene un artículo sobre el acceso al agua, en el que dispone que “el uso del agua para riego, abrevadero de animales, acuicultura u otras actividades de la producción de alimentos, se asignará de acuerdo con la prioridad prevista en la norma constitucional”, es decir, al orden de prelación establecido en el artículo 318 constitucional.¹¹⁴

Además de todas las disposiciones jurídicas mencionadas, que regulan otras materias pero incluyen normas sobre el derecho humano al agua o los derechos de la naturaleza, la ley específica que regula el uso y aprovechamiento del agua, así como el régimen sancionatorio por incumplimiento de las normas vigentes es la LORHUAA, en cuyo artículo 3 se declara como objetivo:

“... garantizar el derecho humano al agua así como regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, la gestión integral y su recuperación, en sus distintas fases, formas y estados físicos, a fin de garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir y los derechos de la naturaleza”.

En su Título I, la ley establece los principios generales que deben regir la materia: los recursos hídricos son patrimonio natural del Estado y son de su competencia exclusiva en los diferentes niveles de gobierno;¹¹⁵ prohíbe cualquier tipo de propiedad privada sobre el agua;¹¹⁶ cataloga el acceso al agua como un derecho humano¹¹⁷ y define su gestión como pública o comunitaria.¹¹⁸ En consecuencia, el agua se define como un “sector estratégico de decisión y de control exclusivo del Estado a través de la Autoridad Única del Agua”.¹¹⁹ A ellos debe añadirse el orden de prelación establecido en

¹¹⁴ LORSA, “Art. 5. Acceso al Agua. El Acceso y uso del agua como factor de productividad se regirá por lo dispuesto en la Ley que trate los recursos hídricos, su uso y aprovechamiento, y en los respectivos reglamentos y normas técnicas. El uso del agua para riego, abrevadero de animales, acuicultura u otras actividades de la producción de alimentos, se asignará de acuerdo con la prioridad prevista en la norma constitucional, en las condiciones y con las responsabilidades que se establezcan en la referida ley”.

¹¹⁵ “Art. 1. Naturaleza jurídica. Los recursos hídricos son parte del patrimonio natural del Estado y serán de su competencia exclusiva, la misma que se ejercerá concurrentemente entre el Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de conformidad con la Ley. El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital de la naturaleza y fundamental para garantizar la soberanía alimentaria”.

¹¹⁶ “Art. 4. Principios de la Ley. Esta Ley se fundamenta en los siguientes principios: [...] d). El agua es patrimonio nacional y estratégico al servicio de las necesidades de las y los ciudadanos y elemento esencial para la soberanía alimentaria; en consecuencia, está prohibido cualquier tipo de propiedad privada sobre el agua”.

¹¹⁷ “Art. 4. e). El acceso al agua es un derecho humano”.

¹¹⁸ “Art. 4. h). La gestión del agua es pública o comunitaria”.

¹¹⁹ “Art. 5. Sector estratégico. El agua constituye patrimonio nacional, sector estratégico de decisión y de control exclusivo del Estado a través de la Autoridad Única del Agua. Su gestión

el artículo 318 constitucional, en concordancia con el 86 de la ley,¹²⁰ que define el orden de los usos o los destinos que deba darse al agua de una determinada fuente.

En su Título III, “Derechos, garantías y obligaciones”, define el derecho humano al agua como: “el derecho de todas las personas a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura”.¹²¹ De conformidad con ese artículo, el agua como derecho fundamental se circunscribe a la que es necesaria para satisfacer las necesidades personales y domésticas, cuyo goce efectivo debe ser en condiciones de igualdad y no discriminación,¹²² por lo que puede entenderse que los otros usos que pueda hacerse del agua (agropecuarios, productivos, mineros, industriales) están excluidos de esa condición de derecho fundamental, aunque no del hecho de ser las aguas un sujeto de derecho al que corresponden los derechos previstos en los artículos 71 y 72 constitucionales.

Al respecto, la ley es clara en su artículo 64, donde reconoce el derecho de la naturaleza a “la conservación de las aguas con sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida”, derechos que se concretan en la protección de sus fuentes y cauces naturales y otros depósitos naturales, al mantenimiento del caudal ecológico, la preservación del ciclo hidrológico, la protección contra la contaminación y el derecho a la restauración por los daños sufridos a consecuencia de la contaminación de las aguas y la erosión

se orientará al pleno ejercicio de los derechos y al interés público, en atención a su decisiva influencia social, comunitaria, cultural, política, ambiental y económica”.

¹²⁰ “Art. 86. Agua y su prelación. De conformidad con la disposición constitucional, el orden de prelación entre los diferentes destinos o funciones del agua es: a) Consumo humano; b) Riego que garantice la soberanía alimentaria; c) Caudal ecológico; y d) Actividades productivas. El agua para riego que garantice la soberanía alimentaria comprende el abrevadero de animales, acuicultura y otras actividades de la producción agropecuaria alimentaria doméstica”.

¹²¹ “Art. 57. Definición. El derecho humano al agua es el derecho de todas las personas a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura. Forma parte de este derecho el acceso al saneamiento ambiental que asegure la dignidad humana, la salud, evite la contaminación y garantice la calidad de las reservas de agua para consumo humano. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. Ninguna persona puede ser privada y excluida o despojada de este derecho”.

¹²² “Art. 61. Derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al derecho humano al agua. Todas las personas ejercerán el derecho humano al agua en condiciones de igualdad. Se prohíbe toda discriminación por motivos de etnia, género, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, discapacidad física o mental, estado de salud, incluido enfermedades catastróficas, orientación sexual, identidad de género, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho humano al agua”.

de los suelos,¹²³ con normas claras en cuanto a la responsabilidad y las formas de restauración que proceden.¹²⁴

En lo que se refiere los vertidos de aguas residuales, de conformidad con el artículo 80, está prohibido que se realice en las aguas de dominio público (y todas lo son, pues está prohibida cualquier forma de apropiación privada del agua, así como su concesión a entidades de derecho privado a través de concesiones), “el vertido directo o indirecto de aguas o productos residuales, aguas servidas, sin tratamiento y lixiviados susceptibles de contaminar las aguas del dominio hídrico público”.¹²⁵

VI. Aspectos esenciales del régimen normativo vigente sobre vertidos de aguas residuales en el Ecuador

Corresponde en este último epígrafe hacer una valoración de conjunto, de la potestad sancionadora de la Administración pública ecuatoriana como vía para la salvaguarda de los derechos de la naturaleza, especialmente a través de la protección de las aguas, así como para la tutela del derecho fundamental al acceso al agua potable de calidad y en la cantidad suficiente para satisfacer las necesidades personales y domésticas.

La tesis de fondo consiste en afirmar que en la medida en que se vierten a las fuentes de aguas y zonas de recarga aguas residuales no tratadas que contaminan aquellas, se violan los referidos derechos de la naturaleza y de las personas.

¹²³ “Art. 64. Conservación del agua. La naturaleza o Pacha Mama tiene derecho a la conservación de las aguas con sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida. En la conservación del agua, la naturaleza tiene derecho a: La protección de sus fuentes, zonas de captación, regulación, recarga, afloramiento y cauces naturales de agua, en particular, nevados, glaciares, páramos, humedales y manglares; b) El mantenimiento del caudal ecológico como garantía de preservación de los ecosistemas y la biodiversidad; c) La preservación de la dinámica natural del ciclo integral del agua o ciclo hidrológico; d) La protección de las cuencas hidrográficas y los ecosistemas de toda contaminación; y e) La restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos”.

¹²⁴ “Art. 66. Restauración y recuperación del agua. La restauración del agua será independiente de la obligación del Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos afectados por la contaminación de las aguas o que dependan de los ecosistemas alterados. La indemnización económica deberá ser invertida en la recuperación de la naturaleza y del daño ecológico causado; sin perjuicio de la sanción y la acción de repetición que corresponde. Si el daño es causado por alguna institución del Estado, la indemnización se concretará en obras”.

¹²⁵ “Art. 80. Vertidos: prohibiciones y control. Se consideran como vertidos las descargas de aguas residuales que se realicen directa o indirectamente en el dominio hídrico público. Queda prohibido el vertido directo o indirecto de aguas o productos residuales, aguas servidas, sin tratamiento y lixiviados susceptibles de contaminar las aguas del dominio hídrico público”.

Por esa razón, el procedimiento administrativo sancionador debe adoptar dos perspectivas distintas; por un lado, la de tutelar los derechos y las garantías de los administrados cuando infringen las normas vigentes en materia ambiental, a través de la materialización de los principios de legalidad-juridicidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y debido procedimiento administrativo, y por otro precautelar los derechos de la naturaleza y de las personas al acceso al agua, como presupuesto para cumplir el fin de la administración, que es el servicio público a la colectividad, el cual debe regirse por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, previstos en el artículo 227 constitucional.

Esas dos perspectivas, la configuración jurídica del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con los principios que deben regirlo, y las funciones que cumple o debería cumplir respecto de la protección de los derechos de la naturaleza y de las personas al agua, son objeto de este epígrafe. El primero supone un análisis crítico del régimen jurídico e institucional, que ponga en claro sus principales deficiencias, desde el punto de vista del principio de legalidad, en cuanto a la atribución de competencias para ejercer la potestad sancionadora de la Administración pública en materia de vertidos de aguas residuales contaminantes de las fuentes de agua y zonas de recarga.

Como pudo apreciarse en el análisis realizado en el epígrafe 2.4 de esta investigación, el régimen jurídico vigente está integrado por un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan diferentes materias que tienen alguna incidencia sobre los derechos de la naturaleza o de las personas relacionados con el agua, como son los derechos del buen vivir (acceso al agua, alimentación, salud, hábitat y vivienda), en todas las cuales se establecen sanciones para las personas que infrinjan las normas que prohíben el vertido de aguas residuales contaminantes o la afectación de las fuentes de aguas, así como autoridades facultadas para ejercer la potestad sancionatoria en el ámbito de sus competencias.

El problema de esa superposición de autoridades competentes y procedimientos sancionadores distintos radica en que son interpretados y aplicados de manera diferente los principios universales de dicho procedimiento, y en el hecho de que las sanciones aplicables y su gravedad depende de qué autoridad ejerce la potestad sancionadora, puesto que al considerar el agua desde diferentes puntos de vista le atribuyen una importancia desigual respecto a otras propiedades o criterios.

Así, por ejemplo, a la Autoridad Única de Salud le interesan más las afectaciones que pueda tener el agua de mala calidad en el consumo humano, pero no la que pueda tener en la producción de alimentos o en el ecosistema, que son

competencia de otra autoridad, en este caso la Autoridad Única Ambiental y de la Autoridad Agroalimentaria, respectivamente. Sin embargo, un agua contaminada puede tener efectos nocivos sobre todas esas actividades consideradas de manera desigual por autoridades diversas.

Asimismo, respecto de la competencia de los GADm, lo que interesa es la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado de calidad, agua que reciben a través de la Autoridad Única del Agua en condiciones de calidad y sin contaminación, y que luego devuelven a las fuentes o zonas de recarga como aguas residuales domésticas, sin el tratamiento adecuado en la mayoría de los casos. Por tanto, lo que les interesa primordialmente es la calidad del agua que reciben y proveen a las personas, no la de aquella que devuelven contaminada por su uso personal o doméstico a través del alcantarillado, y en tal sentido, su potestad sancionadora se limita a las infracciones relativas a la contaminación de las fuentes de agua potable una vez que entran bajo su competencia para la prestación del servicio público.

Algo similar sucede con la Autoridad Ambiental Nacional. Tiene competencia para controlar y prevenir la violación a los derechos de la naturaleza, los daños al ambiente y a los ecosistemas y la regulación y el control de las actividades productivas relacionadas con los recursos naturales, para lo cual puede ejercer la potestad sancionadora de acuerdo con el procedimiento administrativo sancionador común, es decir, el previsto en el COAd, que como se verá más adelante, es omiso en la mayoría de los aspectos centrales que debería regular para precautelar los derechos de los administrados frente a la Administración pública.

En cualquier caso, en todas las leyes que regulan las competencias y el procedimiento de las autoridades mencionadas se puede apreciar un elemento común: se omite, al parecer deliberadamente, cumplir con el principio de tipicidad, porque en todos los casos solo se contempla como infracción la contaminación de las fuentes de agua o las zonas de recarga, sin mayores precisiones, donde se deja a la libre apreciación de la autoridad competente determinar concretamente la adecuación de los hechos a esa figura genérica, que puede adoptar las más diversas formas.

Pudiera pensarse que se trata de una cuestión que debería remitir al reglamento de ejecución de cada una de las leyes, pero tampoco es el caso, porque los referidos reglamentos no precisan las infracciones típicas en que pudieran incurrir los administrados.

Otra posibilidad, desde el punto de vista de la técnica legislativa, sería remitir el ejercicio de la potestad sancionadora para prevenir y sancionar la contaminación de las aguas a través del vertido de residuos, a las regulaciones previstas en la ley especial sobre la materia, es decir, a la LORHUAA, que establece las

diferentes infracciones en el uso y aprovechamiento del agua y las bases del procedimiento sancionador que debe aplicarse.

Sin embargo, dicha ley, con todo y ser la de mayor especialidad, solo contempla dos infracciones relativas a la contaminación de las aguas (verter aguas contaminadas sin tratamiento o sustancias contaminantes en el dominio hídrico y acumular residuos sólidos, escombros, metales pesados o sustancias que puedan contaminar el dominio hídrico público, del suelo o del ambiente, sin observar prescripciones técnicas), con lo cual se deja de lado, también en la ley especial, el principio de tipicidad, que no es desarrollado tampoco en el reglamento.

Hasta aquí lo relativo a las cuestiones institucionales. En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, debe señalarse que tanto el establecido en el COAd (que es procedimiento común) como el diseñado en la LORHUA adolecen de una generalidad inapropiada para precautelar los derechos de los administrados y cumplir su función preventiva para asegurar la interdicción de la arbitrariedad. Además de mencionar los principios que deben cumplirse y las garantías que deben hacerse efectivas, en su diseño se deja al administrado en la incertidumbre de no saber cuáles son las reglas concretas y de qué manera puede intervenir en la defensa de sus derechos, más allá de la posibilidad de contradecir la prueba aportada por la Administración pública (a la cual corresponde la carga de la prueba) o aportar otras que considere apropiadas para su descargo, así como impugnar la resolución administrativa que recaiga en el proceso.

En todo lo demás, el administrado queda sometido a las reglas previstas en el *Instructivo para el procedimiento administrativo sancionatorio* dictado por el ARCA, donde si bien se precisan los detalles de cada una de las fases por las que debe transitar el procedimiento administrativo sancionador en materia de infracciones relativas al uso y aprovechamiento de las aguas y la contaminación de sus fuentes y zonas de recarga, no es la norma apropiada para ello ni por su forma ni por su contenido. Por la forma, porque a pesar de su nombre, en realidad se trata de un reglamento de desarrollo que llena el vacío no cubierto por la ley y su reglamento (que son omisos al respecto), y por el contenido porque no desarrolla apropiadamente los principios que solo se enuncian en los dos cuerpos legales mencionados, con la consecuente falta de certeza y seguridad jurídica para el administrado.

La falta de concreción en las conductas típicas previstas como infracción también se refleja en las sanciones establecidas, que en el caso de la LORHUA solo prevé la multa y la suspensión de la actividad contaminante, así como la indemnización por los perjuicios causados o la reparación de los daños ocasionados. En cualquier caso, se trata de sanciones insuficientes que serán analizadas en detalle con posterioridad, si se considera el nivel o la gravedad

de las afectaciones que pueden causar a los derechos de la naturaleza o al derecho de acceso al agua de las personas y derechos conexos, muchos de los cuales afectan además a las diferentes formas de vida que se desarrollan en el agua o en los ecosistemas circundantes.

En resumen, puede afirmarse que el diseño actual del procedimiento administrativo sancionador en materia de vertidos de aguas residuales y contaminación de las fuentes y zonas de recarga no es apropiado para cumplir las dos funciones básicas que se supone debería conseguir, como son tutelar los derechos de los administrados frente a la Administración pública y ser un mecanismo de protección de los derechos de la naturaleza, a través de la aplicación de sanciones proporcionales a los daños causados, por un lado, y por otro, precautelar el derecho fundamental al acceso al agua de calidad y en cantidad suficiente para satisfacer las necesidades personales y domésticas.

De ahí que en una futura reforma de la legislación vigente en la materia se debería afrontar y resolver algunas de las cuestiones más importantes señaladas, como es la configuración del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con los principios teóricos y constitucionales que rigen la materia; la tipificación de las infracciones en que pueden incurrir los administrados; que sean adecuadas para precautelar los derechos de la naturaleza y el derecho de acceso al agua de las personas; y que se establezcan sanciones concretas y proporcionales al daño que pueden causar la contaminación de las aguas al ambiente, los ecosistemas y a la naturaleza.

Impacto de la delimitación de la Zona Intangible Tagaeri Taromenane sobre los derechos de la naturaleza en Ecuador

Diego Paúl VITERI NÚÑEZ*

Introducción

La protección de la naturaleza y del medio ambiente en el Ecuador es uno de los pilares sobre los que se asienta la Constitución ecuatoriana de 2008,¹ donde el sistema social y económico fue diseñado en función de asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente sano, así como los derechos fundamentales que dependen de este, los derechos del buen vivir, la salud, al agua, a la alimentación, entre otros. Además de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, la Constitución reconoce derechos a la naturaleza en tanto sujeto, los que deben hacerse efectivos a través las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.8 de la Constitución. Desde 2008, los derechos de la naturaleza no han tenido a nivel normativo un desarrollo considerable, y en la legislación ambiental general con frecuencia solo se mencionan sin mayores detalles, como un parámetro a observar en su aplicación.²

Sin embargo, es evidente que toda acción que se realice sobre el ambiente puede afectar los derechos de los cuales es sujeto la naturaleza, ya que la exploración, explotación y procesamiento de recursos naturales o bienes ambientales atentan contra el derecho al respeto a sus ciclos de vida y a su regeneración, mientras las medidas de restauración que se adoptan para hacer efectivo ese derecho tampoco son efectivas en todos los casos. Una forma de asegurar una mejor protección de esos derechos es la creación y delimitación de áreas especiales como parques nacionales o zonas intangibles, donde se respetan los ecosistemas existentes y se prohíbe la intervención humana hasta cierto punto.

La Zona Intangible Tagaeri Taromenane³ cumple precisamente esas funciones, ya que dentro de su demarcación se prohíbe cualquier tipo de actividad

* Abogado. Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Unidad de Admisión y Nivelación. Correo electrónico diego.viteri@yahoo.de

¹ Registro Oficial de 20 de octubre de 2008.

² CAMPAÑA, F., "Los derechos de la naturaleza en la constitución ecuatoriana del 2008: alcance, fundamentos y relación con los derechos humanos", ISMAT, 2019, pp. 231-270.

³ En lo adelante ZITT.

extractiva o acciones sobre los recursos naturales, lo que permite además precautelar los derechos colectivos e individuales de las comunidades indígenas que se mantienen de manera voluntaria en aislamiento, y que tienen su hábitat dentro de la zona.

Lo anterior es importante porque en la dinámica legislativa que rodea a la ZITT se puede apreciar que, a través de diferentes estrategias, el gobierno nacional ha buscado explotar recursos que existen dentro de su demarcación, primero a través de una Declaratoria de Interés Nacional y luego con el Decreto Ejecutivo No. 751 de 2019,⁴ donde se permite la exploración y procesamiento de hidrocarburos en la zona destinada al amortiguamiento. En ese contexto se inserta la presente investigación, con la cual se determinan las posibles afectaciones que tiene sobre los derechos de que es sujeto la naturaleza y los derechos colectivos de las comunidades indígenas que viven en aislamiento voluntario de conformidad con el DE mencionado. Para alcanzar ese objetivo se realiza un estudio documental y normativo sobre los derechos de la naturaleza, la ZITT y las regulaciones vigentes en Ecuador.

En los estudios revisados para la presente investigación se abordan los derechos de la naturaleza y las posibles afectaciones provenientes de las acciones del Estado, y en particular cuando este concede autorizaciones para actividades extractivas en zonas de especial significación por su biodiversidad o por ser el hábitat de pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas como es la ZITT. Sin embargo, en ninguna de esas investigaciones se aborda el estudio de la autorización para que en la zona contigua a la ZITT se realice exploración, explotación y procesamiento de hidrocarburos, además de la construcción de infraestructura para su procesamiento, en una zona que desde 1997 estuvo vedada para cualquiera de esas actividades. En ese contexto, la solución a la problemática planteada sería derogar la parte del DE No. 751 que autoriza las actividades de extracción y procesamiento de recursos naturales en la zona adyacente a la ZITT.

I. Límites a las actividades extractivas en áreas especiales

Una de las consecuencias del establecimiento y delimitación de las zonas intangibles en el Ecuador, como se aprecia en el DE No. 2187, es que en la Zona Intangible se prohíbe cualquier actividad de exploración o extracción de recursos naturales, excepto aquella que realizan los nativos para su subsistencia. La prohibición incluye, con menos restricciones, a la zona de amortiguamiento que queda igualmente protegida ante la explotación de los recursos naturales, aunque admite ciertas excepciones, como la prohibición de extraer productos

⁴ Decreto Ejecutivo No. 751, Registro Oficial de 11 de junio de 2009. En lo adelante se abreviarán como DE los Decretos Ejecutivos, acompañados de su número correspondiente.

forestales con intenciones comerciales, o la de que se otorguen concesiones de exploración o explotación minera en la zona.

En ese contexto interesa analizar de manera más detallada los límites legales a la búsqueda y utilización de recursos naturales en las áreas o zonas especialmente protegidas, y en concreto en las particularmente sensibles como ZITT y su zona de amortiguamiento. Previamente es preciso sistematizar las razones por las cuales rigen esas prohibiciones en la zona, tomando en cuenta sus características geográficas y naturales, así como las comunidades y grupos humanos que habitan en ella, que son comunidades y pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

En particular se trata de culturas ancestrales que habitan en la selva de la Amazonía, dentro de las que se encuentran diversos grupos que se conservan sin mantener relaciones sociales con la sociedad en general, y que están integrados, entre otros, por los denominados Tagaeri y Taromenane, que le dan nombre a la Zona Intangible. Sobre las comunidades indígenas que habitan en aislamiento voluntario existe diversidad de opiniones en cuanto a su denominación antropológica o sociológica. A esos pueblos, según VILLALTA, se los identifica como “calatos”, “maskos”, “indios bravos”, “pueblos libres”, “nómades”, invisibles u “ocultos”, en dependencia de la cultura dominante, región donde se encuentren o características que se les atribuyen.⁵

Al margen de las peculiaridades mencionadas, la denominación común más usual en la actualidad a nivel internacional es la de comunidades indígenas que viven, habitan o se encuentran en aislamiento voluntario, para hacer referencia a que no mantienen contacto con la sociedad civilizada por su propia determinación como grupo, lo que supone que ellos no salgan de su hábitat, ni permitan el ingreso de personas extrañas a sus territorios ancestrales.

Además de esa característica que define a las comunidades indígenas mencionadas, otras de sus peculiaridades son: su vida se desarrolla en lugares de difícil acceso y alejadas de las zonas de tránsito habitual de personas o mercaderías de un lugar a otro; por lo general se encuentran asentados en zonas de bosques tropicales con un ecosistema único apenas modificado por la acción humana, cercanos a diferentes fuentes de agua con flora y fauna abundante y diversa; en sus territorios ancestrales abundan grandes fuentes de recursos naturales como hidrocarburos, minerales y metales preciosos.

De igual manera, sus habitantes se identifican con los ecosistemas donde se asientan, y mantienen una significativa relación de dependencia con el medio ambiente y el entorno circundante, lo que constituye en sí mismo una

⁵ VILLALTA, P., *La prohibición de extractivismo en pueblos en aislamiento voluntario como medida para evitar el etnocidio*, Universidad del Azuay, Cuenca, 2015, p. 5.

estrategia de supervivencia para su cultura ancestral; viven en condiciones de alta vulnerabilidad, en ocasiones en peligro de extinción, que se acelera cuando entran en contacto con la sociedad dominante, dado que sufren alteraciones de sus costumbres y formas de vida en relación con el medio ambiente y sus áreas de búsqueda de alimentos y agua, y son pueblos considerablemente territoriales, la defensa de su territorio ancestral es primordial para el desenvolvimiento de su forma de vida autónoma, independiente de cualquier contacto con la sociedad civilizada.⁶

II. Antecedentes: Decreto Ejecutivo No. 2187

Esas características son propias de los pueblos denominados Tagaeri y Taromenane, y fueron las razones que justificaron en su momento la creación de la ZITT. En el DE No. 2187,⁷ en su parte expositiva, se expresan algunas de esas razones, como son la existencia de varios focos de amenazas externas provenientes de los proyectos de desarrollo de infraestructura o actividades extractivistas de minería, extensión de la frontera agrícola y otras actividades ilícitas como narcotráfico, entre otras, unido a la colonización y la deforestación y la presencia de agentes externos constituidos por diferentes tipos de organizaciones dedicadas a la religión, el turismo, la ciencia, aventureros y empresas de cine/televisión.

Asimismo, se alega la firma y ratificación del Convenio No. 169, sobre Comunidades de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que previamente había sido ratificado por países de la región con comunidades indígenas aisladas, lo que supuso para el Ecuador la obligación de crear el marco legal necesario para su protección a través de las zonas intangibles. Otra razón que motivó la creación de la ZITT fue la obligación del Estado de reconocer legalmente los territorios ancestrales y tradicionales, así como la condición de imprescriptibilidad, inviolabilidad, inalienabilidad e indivisibilidad en que se encuentran, con el propósito de garantizar la continuidad física, la integridad y la cultura de las comunidades objeto de protección. Finalmente, la medida se ampara en la obligación estatal de salvaguardar las tradiciones y culturas de las agrupaciones humanas ocultas o no contactadas, así como su integridad física y sus derechos colectivos, con estricto respeto a su voluntad de permanecer aislados.

Los argumentos anteriores se pueden resumir en dos tipos básicos: la necesidad de resguardar los ecosistemas diversos que se encuentran en la zona y la obligación de reconocer, garantizar y proteger los derechos constitucionales comunes de sus habitantes, además de los derechos específicos como

⁶ MURGUEYTI, E., *Análisis crítico a la explotación petrolera en zonas intangibles. Estudio caso Parque Nacional Yasuní*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014.

⁷ Registro Oficial de 16 de enero de 2007.

comunidades indígenas reconocidos tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución del Ecuador desde el año 1998.⁸ La consecuencia de ese reconocimiento y protección, como se ha dicho, es la prohibición absoluta de exploración o explotación de recursos dentro de la Zona Intangible, para evitar el daño ambiental de los ecosistemas y romper el equilibrio de los pueblos bajo protección del Estado, que habitan esos territorios desde tiempos inmemoriales y que por ello tienen derechos ancestrales sobre sus territorios. La prohibición es relativa en la zona de amortiguamiento, pero tiene el mismo propósito respecto a la naturaleza y los pueblos que se mantienen en aislamiento voluntario.

Para retomar el tema es preciso recordar que el DE No. 552 de 1999,⁹ que decretó como Zona Intangible los territorios ancestrales de los Taromenane y Tagaeri, dispuso que las limitaciones indicadas se establecían a perpetuidad respecto a cualquier tipo de actividad que implique extracción de recursos de las tierras de residencia y desarrollo de esos grupos en aislamiento voluntario. Desde una perspectiva jurídica son claros los límites, que son válidos dentro del territorio ancestral delimitado en el DE No. 2187. La única manera de que esos territorios puedan ser objeto de exploración o explotación es reduciendo sus límites, ya que esa posibilidad no está legalmente prohibida.

En ese orden de ideas, solo pueden realizarse actividades extractivas en aquellos territorios que no se encuentren dentro de la Zona Intangible; pero si se modifican los límites de esta, cesa la prohibición para los territorios que queden fuera de la delimitación prevista en el DE No. 2187. Eso fue precisamente lo que se hizo con el DE No. 751 de 2019, firmado por el presidente Lenín MORENO GARCÉS y que se analiza enseguida.

III. Afectaciones a la ZITT con el Decreto Ejecutivo No. 751

La delimitación fijada en el DE No. 2187 de 2007 se mide por puntos geográficos que no viene al caso reproducir en esta parte de la investigación. En la zona delimitada se estableció como obligación del Estado garantizar y respetar el derecho de los pueblos indígenas que tienen su hábitat en la zona, realizar sus actividades de la misma manera que lo han hecho tradicionalmente, así como la realización de sus actividades de caza, pesca y la utilización de recursos con fines de subsistencia y desarrollo cultural.

Del marco institucional se deduce que existe un amplio conjunto de instituciones gubernamentales, no gubernamentales, académicas y privadas con responsabilidad o interés en la protección de la ZITT, todas las cuales, en lo fundamental,

⁸ Registro Oficial de 11 de agosto de 1998.

⁹ Registro Oficial de 2 de febrero de 1999.

estaban de acuerdo en los límites fijados en el DE No. 2187 de 2007. Sin embargo, esos límites fueron modificados en el año 2019 por el DE No. 751. El origen de ese Decreto se sitúa en una consulta popular realizada por el gobierno nacional el día 4 de febrero de 2018, en la que se les preguntaba a los ciudadanos acerca de la propuesta de incrementar la Zona Intangible inicialmente delimitada en al menos cincuenta mil hectáreas, y la votación de respaldo fue mayoritaria.¹⁰

El contenido exacto de esa pregunta en la consulta popular fue el siguiente: “¿Está usted de acuerdo en incrementar la Zona Intangible en al menos 50.000 hectáreas y reducir el área de explotación petrolera autorizada por la Asamblea Nacional en el Parque Nacional Yasuní de 1.030 hectáreas a 300 hectáreas?”. Para comprender la pregunta hay que analizar primero la autorización dada por la Asamblea Nacional a que se refiere en su contenido. El hecho es que en el mes de octubre de 2013, la Asamblea Nacional aprobó la Resolución de Declaratoria de Interés Nacional de la explotación petrolera en los Bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní.¹¹

La resolución fue aprobada a solicitud del Presidente de la República, Rafael CORREA DELGADO, oficio enviado el 23 de agosto de 2013 a la entonces presidenta de la Asamblea Nacional. En su parte resolutive, la Asamblea Nacional acordó declarar de Interés Nacional la explotación de los Bloques 31 y 43, en una extensión no mayor al uno por mil (1/1000) de la superficie actual del Parque Nacional Yasuní, con el propósito de cumplir con los deberes primordiales del Estado; garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir o *Sumak Kawsay*.

Todo el trámite se realizó en virtud de lo dispuesto en el artículo 407 de la Constitución de la República, que prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Como excepción a esa prohibición, el propio artículo prevé la explotación de esos recursos cuando lo apruebe la Asamblea Nacional, mediante una Declaratoria de Interés Nacional, a solicitud del Presidente de la República.

Para fundamentar la propuesta se presentaron argumentos de tipo geopolítico, basados en la retórica de la hegemonía capitalista, la falta de consenso en la comunidad internacional sobre la protección del ambiente, la presunta doble moral de las potencias occidentales y su desinterés por el cambio climático, la necesidad

¹⁰ NARVÁEZ, R.; P. MALDONADO y E. PICHILINGUE, *La amenaza del Decreto Ejecutivo No 751 a la supervivencia de los pueblos en aislamiento Tagaeri Taromenane. Análisis antropológico, espacial y de derechos*, Fundación Aldea, Quito, 2019.

¹¹ Asamblea Nacional del Ecuador, *Resolución de Declaratoria de Interés Nacional de la explotación petrolera en los Bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní*, Registro Oficial de 22 de octubre de 2013.

de obtener ingresos para satisfacer las necesidades nacionales, la posibilidad de obtener independencia financiera y el crecimiento económico que tendrá el país como resultado de la industrialización de los recursos naturales de la zona.

Con esos argumentos de carácter internacional, económicos y de distribución de la riqueza para hacer efectivos los derechos fundamentales, la Asamblea Nacional, sobre la base de un amplio análisis del marco constitucional y legal vigente, decidió declarar de interés nacional la actividad extractiva de los Bloques petroleros No. 31 y 43, ubicados en el parque Nacional Yasuní, para lo cual la Función Ejecutiva debía cumplir varias exigencias. Entre ellas cabe mencionar las siguientes la creación de un régimen de monitoreo de las actividades extractivas facultadas; efectuar un programa de investigación sobre el patrimonio cultural y natural que existe en el Parque Nacional Yasuní; certificar que el titular y garante de la manipulación de los Bloques 31 y 43 sea la empresa pública nacional de petróleos, la que deberá garantizar el cumplimiento de los máximos estándares sociales, ambientales y tecnológicos, además de los objetivos de desarrollo sostenible que motivan la Declaratoria de Interés Nacional. También se debía cumplir con el procedimiento de consulta previa, libre e informada, sobre los planes y programas de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, en el marco de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que son objeto de la Declaratoria de Interés Nacional.

Con la pretensión de frenar las actividades extractivas en el Parque Nacional Yasuní, autorizadas por la Asamblea Nacional en la Declaratoria de Interés Nacional comentada, fue que se realizó la consulta popular en febrero de 2018, mediante la cual se autorizó al Presidente de la República ampliar la Zona Intangible en al menos 50.000 hectáreas, así como reducir la zona de explotación autorizada por la Asamblea Nacional en el Parque Nacional Yasuní, de mil treinta hectáreas a trescientas hectáreas.

Fue en ese contexto que el Presidente de la República dictó el DE No. 751, en el que, por un lado, dispone la ampliación de la ZITT en 60,450 ha, y por otro, según el informe suscrito por la Fundación Aldea antes mencionado, debilita la protección a los pueblos y comunidades indígenas que permanecen en aislamiento voluntario en el territorio afectado por el DE. Esa consecuencia de deriva de la posibilidad que abre el DE de construir plataformas y producir hidrocarburos en las cerca de 400,000 ha del área de amortiguamiento, donde antes estaban prohibidas, con lo cual, según la Fundación, “el Gobierno Nacional juega con la complejidad de un tema tan delicado, amenazando de manera directa la vida de los Tagaeri y Taromenane”.¹²

¹² NARVÁEZ, R.; P. MALDONADO y E. PICHILINGUE, *La amenaza del Decreto Ejecutivo No 751...*, ob. cit., p. 3.

Ahora bien, si lo que se hizo con el DE No. 751 de 2019 fue ampliar la Zona Intangible en contra de la Declaratoria de Interés Nacional, y extenderlo más allá de lo inicialmente previsto en el DE No. 552 de 1999, cabe preguntarse qué afectaciones pueden causarse con ello a la ZITT, a los derechos colectivos de las comunidades indígenas que se mantienen en aislamiento voluntario y a los derechos de las personas y los de la naturaleza.

La respuesta a esa pregunta, según MORÁN,¹³ es que el DE No. 751 de 2019 abrió la posibilidad de instalar plataformas en la zona de amortiguamiento, lo que pone en riesgo a esas poblaciones no contactadas que circulan por un amplio territorio, donde realizan sus actividades productivas de caza y pesca necesarias para su subsistencia, dada la gran cantidad de recursos de flora y fauna existente y que se ponen en riesgo con la autorización de actividades en la zona de amortiguamiento.

Esa autorización a que hace referencia la autora está contenida en el artículo 2 del DE, donde textualmente se dispone que:

“se prohíbe realizar en la zona de amortiguamiento nuevas obras de infraestructura tales como carreteras, centrales hidroeléctricas, centros de facilidades petroleras y otras obreras que los estudios técnicos o de impacto ambiental juzguen incompatibles con el objeto de la Zona Intangible. Se exceptúa de la prohibición expresada en el artículo 3, a las plataformas de perforación y producción de hidrocarburos”.

Adicionalmente, en el artículo 6 del DE se dispone que, previo a la emisión de las autorizaciones administrativas ambientales que se requieren para la ejecución de actividades en la zona de amortiguamiento, se deberá contar con el pronunciamiento de la autoridad encargada de la protección de las comunidades indígenas en aislamiento voluntario. Si se mira de cerca el contenido del DE No. 751 de 2019, es bastante similar a la Declaratoria de Interés Nacional de la Asamblea Nacional, pues en los dos casos el resultado es una afectación considerable a la zona declarada intangible desde el año 2009, a través de la autorización de actividades que hasta entonces estaban prohibidas.

La diferencia, sin embargo, es que mientras la Declaratoria de Interés Nacional de la Asamblea Nacional tenía una amplia exposición de motivos, por lo que era necesario autorizar la explotación de los Bloques petroleros 31 y 43 situados en el Parque Nacional Yasuní, el DE se limita a ampliar la Zona Intangible al amparo de los resultados de la consulta popular, pero autoriza la construcción de plataformas de perforación y procesamiento de hidrocarburos en la zona de amortiguamiento, autorización que estaba vedada antes para cualquiera de esas actividades. Por otra parte, mientras la Declaratoria de Interés Nacional aprobada por la Asamblea

¹³ MORÁN, S., *Decreto 751: una bomba de tiempo para el Yasuní*, Plan V, Quito, 2019.

Nacional a solicitud del Presidente de la República, solo permitía en los Bloques petroleros 31 y 43 las actividades de exploración y extracción cuyo producto veía se procesado industrialmente fuera el área, el DE permite que todo ello se haga en la zona de amortiguamiento delimitada con anterioridad.

Del DE No 751 interesa además resaltar sus aspectos propiamente jurídicos, que están constituidos por tres puntos fundamentales: el marco legal vigente y las principales medidas adoptadas para la adecuada protección de los derechos de las comunidades indígenas que se mantienen en aislamiento voluntario en la ZITT; las afectaciones a la ZITT y a los derechos de la naturaleza provocadas con la expedición y aplicación del el DE No. 751. El análisis jurídico del tema es importante por cuanto permite fijar el marco regulatorio vigente, sus principales características y deficiencias y la manera en que contribuye a la protección de los derechos humanos comunes reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, y los derechos individuales y colectivos de los pueblos, las comunidades y nacionalidades indígenas, dentro de los cuales se encuentran aquellos vinculados a sus usos, costumbres y tradiciones y en especial los que les permiten mantener sus formas de relacionarse con el medio ambiente y la naturaleza.

Ese marco jurídico está compuesto por un conjunto de principios y normas de jerarquía constitucional y legal, siendo estas últimas las que establecen los mecanismos para hacer efectivos los derechos mencionados, y las obligaciones del Estado en relación con las condiciones institucionales, legales y materiales que deben existir para la prevención de las eventuales violaciones de los derechos individuales y colectivos de los pueblos y las comunidades indígenas en el Ecuador.

Los derechos individuales y colectivos de los pueblos y las comunidades indígenas y las obligaciones del Estado no se derivan únicamente de la Constitución nacional, sino que tienen un anclaje importante en los pactos, tratados y convenios internacionales que el Estado ha suscrito, y que por expreso mandato constitucional integran el bloque de constitucionalidad y en consecuencia son exigibles sin necesidad de que estén desarrollados en una ley especial. Esa conclusión se desprende del contenido del artículo 325 del texto constitucional, donde se establece expresamente el orden jerárquico de aplicación de las normas, donde se ubica en primer lugar la Constitución, seguida de los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales, y así sucesivamente en orden descendente hasta llegar a los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Al tratarse de derechos fundamentales, ya sean individuales o colectivos, comunes o de los pueblos y nacionalidades indígenas, el análisis jurídico debe tomar como pauta el artículo 11 de la Constitución, donde se establecen los principios generales para su ejercicio, entre los que se encuentra el principio de que todos los derechos

son plenamente justiciables, y la consecuente prohibición de que se pueda amparar su violación en el argumento de la falta de una norma expresa que lo desarrolle, o no se atienda una demanda de presunta violación por la misma causa.

De igual manera, el propio artículo prescribe el carácter progresivo y no regresivo de los derechos fundamentales, cuando en el numeral 4 determina que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, algo que sucedió en el caso del DE No. 751, con cuya aplicación se restringen los derechos reconocidos con anterioridad a las comunidades indígenas que se mantienen en aislamiento voluntario y habitan en la ZITT o en la zona contigua delimitada, donde antes no se podían realizar actividades extractivas de recursos naturales y ahora sí.

Para demostrar las afectaciones que el DE No. 751 ocasiona a la ZITT, a los derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario y a los derechos reconocidos a la naturaleza, es necesario referirse a las medidas adoptadas para hacerlos, su desarrollo en el ámbito legislativo, así como el contenido y alcance de esos derechos y su relación con la explotación autorizada de recursos naturales hidrocarburíferos en la zona de amortiguamiento de la ZITT.

IV. Afectaciones a los derechos de la naturaleza con el DE No. 751

El artículo 10 de la Constitución de 2008 reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, de la misma manera que lo son las personas individuales u organizadas de manera colectiva, lo que incluye especialmente a los pueblos, las nacionalidades y las comunidades indígenas. En tanto sujeto de derecho, la naturaleza tiene aquellos que le reconoce expresamente el texto constitucional en sus artículos 71 y 72. Esos derechos son: el derecho a que se respete su existencia y mantenimiento de manera integral, el derecho a su regeneración natural y a sus ciclos vitales. Otro derecho es a la restauración, reconocido en el artículo 72, que se hace efectivo cuando la naturaleza sufre daños como consecuencia de la acción humana.

A partir de ello interesa valorar cómo se afecta cada uno de esos derechos con la construcción de plataformas destinadas a la perforación y producción de hidrocarburos en la zona de amortiguamiento de la ZITT. Debe señalarse de manera general, que de la forma en que está construido el artículo 71 de la Constitución, cualquier actividad que realice el hombre sobre el ambiente puede ser contraria a dichos derechos, sobre todo cuando se hace una interpretación literal de estos. Y es que esa norma plantea un deber de abstención dirigido al Estado, las personas naturales y jurídicas y a la sociedad en general, y que consiste en respetar los ciclos naturales para no afectar los derechos de la naturaleza. En términos prácticos, el deber consiste en no intervenir de

ninguna manera en la naturaleza, ya que cualquier actividad humana sobre ella puede alterar sus ciclos vitales.¹⁴

Evidentemente, para que el derecho a que se respete su existencia y mantenimiento de manera integral el derecho a su regeneración natural y a que sus ciclos vitales se materialicen no puede ser interpretado literalmente, ya que de contramano existiría una regla que impide cualquier actividad humana sobre la naturaleza, lo que resulta un contrasentido. Por tanto, lo que exige la norma es que en cualquier actividad humana que se realice sobre los recursos naturales o los bienes ambientales, que son parte de algo más grande, que es la naturaleza, debe tenerse como principio el respeto a sus ciclos vitales y las posibilidades de regeneración sin la acción humana, para cumplir con la exigencia que plantea el artículo 171 del texto constitucional.

Interpretada la norma de esa manera, se vuelve a los tradicionales conceptos de un medio ambiente sustentable, de actividades sostenibles y amigables con el ambiente, y en definitiva de la explotación racional de los recursos naturales y en particular de los que no son renovables, porque una vez que se agotan, es preciso buscar una fuente de materias primas que los sustituya. El respeto a los ciclos vitales de la naturaleza como derecho de esta y como obligación humana plantea en realidad un reforzamiento de los principios del Derecho ambiental tradicional, que podría cumplir la misma función sin necesidad de atribuir a la naturaleza la condición de sujeto de derecho, pues este dispone obligaciones con respecto a los recursos naturales y los bienes ambientales, aunque considerados como objetos de protección.¹⁵

No obstante, esa consideración especial, que es una particularidad del texto constitucional de 2008, representa una protección adicional a la naturaleza como un todo y en consecuencia, todos los elementos que la componen, porque los argumentos tradicionales no alcanzaron para asegurar una adecuada protección, dada la evidente degradación ambiental, que es perceptible en la actualidad. En cuanto al derecho de la naturaleza a su restauración cuando sufre daños ambientales de consideración, cabe anotar lo siguiente: tanto la construcción legal del artículo 72 de la Constitución como el contenido del derecho a la restauración presuponen la violación de los derechos reconocidos en el artículo 71, pues si no existiera afectación de los ciclos vitales de la naturaleza y no se pusiera en riesgo su existencia, no sería necesaria la restauración.

Pero esta obligación, reformulada a nivel constitucional en términos de un derecho de la naturaleza, es inherente al Derecho ambiental tradicional, que

¹⁴ VITERI, D., "Los derechos de la naturaleza en la legislación Ecuatoriana", en A. Matilla y Diego Paul Viteri (coords.), *Reflexiones sobre Derecho público I*, UniJuris, La Habana, 2019, pp. 304-331.

¹⁵ ABIDIN, C.; E. LAPENTA, "Derecho Ambiental. Su consideración desde la teoría general de Derecho", *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, 2007, pp. 2-25.

prevé, ante la ocurrencia del daño ambiental, la obligación de la reparación y la creación de las condiciones necesarias para que no se repitan los hechos¹⁶ y el ecosistema dañado pueda volver a su estado original, con la intervención humana o en ausencia de ella.¹⁷ La novedad constitucional, además de reconocer lo que era antes una obligación como un derecho de la naturaleza, radica en que establece un estándar más elevado que debe satisfacer tanto el Estado como a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades que puedan causar daño ambiental. También es novedosa la obligación de que quien cause daño ambiental deba indemnizar a las personas o colectivos afectados, con independencia de la responsabilidad que imponga el Estado por esa razón. La restauración implica, entonces, devolver la situación a las condiciones en que se encontraba antes de la intervención humana y adoptar las medidas necesarias para que no se repitan los hechos.

Una vez explicados, brevemente, el contenido y alcance de los derechos, queda por determinar en qué sentido la construcción de plataformas destinadas a la perforación y producción de hidrocarburos en la zona de amortiguamiento de la ZITT afecta los derechos constitucionales reconocidos a la naturaleza. En lo que se refiere al derecho al respeto de los ciclos vitales de la naturaleza y a su regeneración, es evidente que la construcción de plataformas petroleras en cualquier lugar del territorio nacional, y particularmente en la zona contigua a la ZITT afecta el derecho de la naturaleza a su regeneración y ciclos de vida.

Además de que la explotación se refiere a materias primas no renovables, como es el petróleo, y de tratarse de una de las actividades económicas que mayores afectaciones causa al ambiente y los ecosistemas, al realizarse en esa zona de especial interés por la flora y la fauna que la habitan, así como ser el hábitat de comunidades indígenas que se mantienen en aislamiento voluntario, los daños pueden ser de mayor consideración. Efectivamente, se trata de que la construcción de plataformas petroleras en la zona contigua y la exploración y explotación del petróleo supone la afectación de toda la flora y la fauna circundante, que se ve obligada a desplazarse ante la escasez o destrucción de sus fuentes de alimento y habitación, o a perecer si no puede adaptarse en un ecosistema distinto.

Con ello se afecta tanto el derecho a los ciclos vitales de la naturaleza como a su regeneración, por cuanto el petróleo extraído de la zona contigua a la ZITT no podrá regenerarse por ser un recurso no renovable (se viola el derecho a la regeneración), y la flora y la fauna de la región no podrá reproducirse como lo hacía antes de la intervención humana (se afecta el derecho al respecto a los ciclos vitales de la naturaleza); además de las afectaciones a los recursos naturales y los bienes ambientales, la construcción y operación de plataformas petroleras

¹⁶ ACEVES, C., *Sobre la naturaleza jurídica del derecho ambiental*, UNAM, México, 2007.

¹⁷ FERNÁNDEZ, D., *Derecho Ambiental*, Ibéricos de Guarda, Lisboa, 2004.

en la Zona Intangible, así como las actividades destinadas a la exploración y explotación de recursos naturales, las cuales afectan los derechos colectivos de las comunidades indígenas en aislamiento voluntario, que son también parte de la naturaleza y por tanto tienen derecho a que se respeten sus ciclos vitales.

La intervención en esa zona, que nada garantiza, *prima facie*, que se limite a ella en todo momento, puede afectar también la salud de los habitantes de la ZITT, que al no estar en contacto con la civilización pueden verse de repente afectados por enfermedades de las que probablemente no tienen noticias, y por tanto carecen de un tratamiento ancestral para prevenirlas o curarlas con sus propios recursos. En relación con el derecho a la restauración reconocido en el artículo 72 de la Constitución, ya hemos indicado que con este se presume la violación del resto de los derechos reconocidos a la naturaleza y se exige al Estado la adopción de mecanismos y procedimientos para garantizar la restauración o amortiguamiento de los efectos de la actividad humana sobre la naturaleza, en especial en las áreas sensibles o de mayor interés por su flora y fauna o los ecosistemas existentes.

Para hacerlo efectivo, tanto la Constitución, el Código Orgánico del Ambiente¹⁸ y el DE No. 751 exigen al concesionario de la exploración, explotación petrolera y operación de las plataformas construidas al efecto, la ejecución de estudios de impacto ambiental, así como un plan de manejo sustentable que permita mitigar los daños. Si ello es complejo y difícil en las zonas destinadas a la exploración y explotación normal de los recursos naturales, lo es mucho más en la zona de amortiguamiento de la ZITT, donde además de las condiciones ambientales propias de los ecosistemas frágiles, deben precautelar los derechos colectivos de las comunidades indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario y los derechos reconocidos en la Constitución a la naturaleza.

De lo dicho se desprende que con la autorización para construir plataformas destinadas a la perforación y producción de hidrocarburos en la zona de amortiguamiento de la ZITT se violan los derechos de la naturaleza, además de los derechos colectivos de las comunidades indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario que habitan la zona, con el consecuente riesgo para su salud, su alimentación y su territorio ancestral. Se trata además de una violación a los derechos colectivos reconocidos en diversos pactos, tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos de las comunidades indígenas, como es el Convenio No. 169 de la OIT,¹⁹ y una violación de la propia Constitución, que reconoce esos derechos colectivos de las comunidades indígenas, así como los derechos reconocidos a la naturaleza.²⁰

¹⁸ Registro Oficial de 12 de abril de 2017.

¹⁹ OIT, Convenio No. 169, sobre Comunidades indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁰ Acción Ecológica, *Informe sobre pueblos indígenas aislados amenazados por la tala y cacería ilegal en zona intangible del Yasuní Ecuador*, Quito, 2018.

V. Sugerencias respecto al DE No. 751

Las principales sugerencias que se derivan del estudio realizado tienen que ver con los mecanismos para evitar las afectaciones a los derechos reconocidos a la naturaleza que surgen de la exploración, explotación y procesamiento de combustibles fósiles en la zona de amortiguamiento de la ZITT, lo cual afecta también los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas que se encuentran voluntariamente aislados de la sociedad general.

En relación con el DE No. 751, para hacer recomendaciones es preciso comprender, en primer lugar, sus dimensiones técnicas en relación con la ZITT. Lo que sucedió con este Decreto es lo siguiente: la Zona Intangible inicialmente delimitada en 1999 fue ampliada en 2013 con la autorización de interés nacional aprobada por la Función Legislativa ecuatoriana. Después de la consulta ciudadana de 2018, fue reducida el área autorizada por la Asamblea, mientras del DE No. 751, a raíz de la consulta popular, redujo el área aprobada por la Asamblea Nacional, pero en un límite mayor de lo aprobado en 1999.

En consecuencia, el DE mencionado representa un punto medio entre el límite inicial y el límite aprobado por la Asamblea Nacional. El resultado de ello es que la zona permitida de exploración, explotación y procesamiento de combustibles es más amplia que la de 1999, con la agravante de que permite además el establecimiento de plataformas destinadas a la perforación y procesamiento en la zona de amortiguamiento delimitada.

En ese contexto, brevemente descrito, la sugerencia apunta en dos direcciones distintas. En primer lugar, el DE No. 751 debería ser derogado para que los límites de la ZITT quedaran delimitados en su forma original de 1999, para evitar que con su ampliación se afecten los derechos reconocidos a la naturaleza, los derechos humanos que dependen del medio ambiente y los derechos colectivos de las comunidades indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario que habitan la zona.

La segunda variante de la solución al problema planteado sería que se prohíba la exploración, la explotación y el establecimiento de plataformas de combustibles en la zona de amortiguamiento de la ZITT, como lo autoriza el DE No. 751, lo cual permitiría proteger de una mejor manera los derechos reconocidos a la naturaleza en esa zona y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en aislamiento voluntario y que habitan en ella, y sobre la cual ejercen derechos ancestrales garantizados en los documentos internacionales sobre derechos fundamentales y el texto constitucional ecuatoriano.

Otra variante que se podría utilizar es que, si se permite la realización de actividades extractivas en la zona de amortiguamiento, no se permita la construcción de plataformas y por tanto sea obligatorio el procesamiento industrial

fuera de la zona de amortiguamiento que rodea la ZITT, con lo que se podrían precautelar de mejor manera los derechos reconocidos a la naturaleza y los derechos de las comunidades y pueblos indígenas que se encuentran en aislamiento y tiene como hábitat la zona mencionada. Esta posibilidad no es novedosa, ya que estaba prevista en la declaratoria aprobada por la Función Legislativa del Estado sobre el Parque Nacional Yasuní.

Conclusiones

Las conclusiones más importantes del estudio realizado se resumen en las siguientes:

1. La naturaleza fue reconocida por primera vez en la Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 10. Como consecuencia de ese reconocimiento, en los artículos 71 y 72 se le reconocen derechos específicos a su existencia, regeneración y mantenimiento de sus ciclos vitales, así como a la restauración cuando sufre daños por la acción humana.
2. Esos derechos no pueden ser protegidos de la misma manera en todo el territorio nacional, por lo que la existencia de parques nacionales, reservas de biosfera y zonas intangibles constituyen una garantía de que al menos en esas áreas, los derechos de la naturaleza serán respetados efectivamente.
3. Al reducir el territorio de la ZITT y permitir la realización de actividades extractivas en la zona de amortiguamiento se violan los derechos constitucionales de la naturaleza y los derechos de las comunidades y los pueblos ancestrales que habitan la zona, todo ello como consecuencia de la entrada en vigencia del DE No. 751 de 2019.
4. De lo dicho se deduce que los derechos reconocidos a la naturaleza, los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas aislados voluntariamente en la ZITT y el derecho humano a vivir en un ambiente sano se ven afectados con la aplicación del DE No. 751 de 2019, según el cual, si bien se amplían los límites de la zona protegida, se autorizan las actividades extractivas en la zona delimitada de amortiguamiento, algo que estaba prohibido expresamente en la legislación ecuatoriana anterior al referido Decreto Ejecutivo.



n Reflexiones sobre Derecho Público III vuelven a unir empeño y esfuerzos un grupo de profesionales del Derecho (de Cuba y, ahora con mayor presencia en contraste con los dos libros anteriores, de Ecuador), para poner a disposición del lector análisis de actualidad, resultado de la experiencia y la labor investigativa de quienes los suscriben.

Los temas tratados en estas páginas son de perfecta actualidad, tanto para Cuba como para Ecuador e, incluso, para los interesados en conocer y apreciar sobre el Derecho público latinoamericano; sobre lo que ocupa o puede estar ocupando parte de los debates jurídicos en ese ámbito geográfico. El contenido de esta tercera entrega es variado y plural, como heterogéneas son las interpretaciones y visiones que refleja; aunque en el espectro temático que comprende, hay una marcada presencia de trabajos relativos al Derecho administrativo, lo que no es sino expresión del interés especial de seguir promoviendo el debate y el desarrollo, particularmente de las cuestiones iusadministrativas en nuestro país, tan requerido como urgido de ello.

