

ECUADOR Y LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

Íñigo Salvador CRESPO

Sumario: I. *Ecuador ante la CIDH y la Corte IDH.* II. *La doctrina del margen de apreciación. Aspectos teóricos sobre su aplicación en el sistema interamericano de derechos humanos.* III. *El Estado ecuatoriano y el margen de apreciación. La práctica en el sistema interamericano.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. ECUADOR ANTE LA CIDH Y LA CORTE IDH

1. Principales casos en los que se ha visto envuelto el Estado

Ecuador tiene ocho casos que han sido resueltos por la Corte IDH. Sin embargo, estos no son los únicos casos en los que se determinó responsabilidad del Estado en la violación de derechos humanos. Se han realizado 27 acuerdos reparatorios firmados ante la CIDH. El siguiente cuadro recoge algunas estadísticas del Estado de Ecuador durante 2008 en el marco del SIDH.¹

Total de denuncias recibidas por la CIDH	Total de peticiones transmitidas al Estado de Ecuador	Total de casos y peticiones pendientes ante la CIDH	Casos en trámite ante la Corte IDH	Casos en etapa de cumplimiento	Medidas provisionales vigentes
50	47	127	1	7	1

* El autor agradece la colaboración de Mélanie Riofrío Pichet para la investigación previa a la redacción de este trabajo y de María José Rodríguez Montañón para su edición. También agradece la colaboración de Mélanie Riofrío Pichet para la investigación previa a la redacción.

¹ Informe Anual de la CIDH, Capítulo III, *El Sistema de peticiones y casos individuales*, 2008, <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/cap3.sp.htm#Estad%EDsticas>.

A continuación se exponen los principales hechos de casos que serán tratados en el transcurso del presente informe:

- a) Caso Benavides Cevallos *vs.* Ecuador, sentencia del 19 de junio de 1998. La señora Consuelo Benavides, profesora en Esmeraldas, fue arrestada y detenida ilegalmente, torturada y asesinada por agentes de Infantería de la Marina del Estado ecuatoriano durante un operativo de persecución del movimiento “Alfaro Vive”. La Corte determinó la violación de los artículos 3o., 4o., 5o., 7o., 8o. y 25 de la CADH por parte del Estado de Ecuador.
- b) Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia del 21 de noviembre 2008. El señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la fábrica Plumavit (fábrica de hieleras para transporte y exportación de distintos productos). Durante la “Operación Antinarcótica Rivera”, oficiales de policía antinarcóticos incautan un cargamento de pescado en refrigeradores que contenían cocaína y heroína. Sospechosos de pertenecer a una organización internacional delincuencia dedicada al tráfico internacional de narcóticos, el señor Chaparro fue arrestado, junto con su compañero de trabajo, el señor Lapo Íñiguez, de nacionalidad ecuatoriana. Los sujetos mencionados fueron detenidos sin debido proceso, no fueron informados de su derecho de solicitar asistencia consular, ni tampoco el motivo de su detención, quedando incomunicados por más de cinco días. La Corte resuelve la violación de los artículos 7o., 8o., 5o. y 21 de la CADH por parte del Estado de Ecuador.
- c) Caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador, sentencia del 6 de mayo 2007. El inmueble de la señora Salvador Chiriboga fue expropiado por el municipio de Quito. Frente a este hecho, la señora Salvador interpone un recurso subjetivo o de plena jurisdicción en las cortes locales, el cual no fue resuelto en un plazo razonable, careciendo, por tanto, de toda efectividad. La Corte determinó que el Estado no había respetado los requerimientos necesarios para restringir el derecho a la propiedad, por lo cual declaró la violación de los artículos 21, 8o., 25 y 1o. de la CADH por parte del Estado de Ecuador.
- d) Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007. Los hechos del caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador se desarrollan en el marco de la declaración de un estado de emergencia nacional decretado el 3 septiembre de 1992, por el presidente de la República, Sixto Durán Ballén. El decreto núm. 86, por el cual se decretó

el estado de emergencia, estaba fundamentado en la causal de “grave conmoción interna” en una “época de alta delincuencia y de confrontación de grupos terrorista”. Los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña fueron ejecutados extrajudicialmente durante el operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador “realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinentes”. Se presentó ante la CIDH una denuncia que fue llevada ante la Corte. Esta última resolvió sobre la violación de los artículos 1o., 8o., 25 y 27 de la CADH por parte del Estado de Ecuador.

2. Principales cambios introducidos en la Constitución para adecuarla a la CADH

El 28 de septiembre de 2008, Ecuador participó en un referéndum constitucional que tuvo por objetivo la aprobación del proyecto de nueva Constitución redactada por la Asamblea Nacional Constituyente en 2007. Esta Constitución entró en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial núm. 449, año II del 20 de octubre 2008.

Dado que Ecuador se encuentra en medio de un proceso inconcluso de reformas legislativas y para no extendernos en este punto, que no es el tema principal del informe, se tomará en cuenta únicamente las principales reformas constitucionales que permiten armonizar la legislación nacional con la CADH. A breves rasgos, la nueva Constitución presenta una ampliación del catálogo de derechos, el ámbito de garantías sociales y las responsabilidades gubernamentales. A continuación se presentan los principales cambios introducidos en la Constitución ecuatoriana para adecuarla a la CADH. Para ello se tomará en cuenta las garantías jurisdiccionales, los derechos políticos, los derechos civiles y los fueros militares.

A. Principios de aplicación de los derechos establecidos en la CADH

La nueva Constitución dispone la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos en su artículo 11, número 3:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Este artículo se apoya en los artículos 172, 424 y 426 de la misma Carta Política:

Artículo 172. Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley;

Artículo 424. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público;

Artículo 426. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, *aplicarán directamente las normas constitucionales* y las previstas en los *instrumentos internacionales de derechos humanos* siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.²

B. *Garantías jurisdiccionales*

a. La acción por incumplimiento

Uno de los cambios fundamentales de la nueva Constitución Política del Ecuador es la creación de la “acción por incumplimiento”, dispuesta en su artículo 93:

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el *cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos*, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.³

La acción por incumplimiento juega un importante rol en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH, siempre y cuando la obligación exigida sea de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.⁴ Esta acción se presenta

² Énfasis añadido.

³ Énfasis añadido.

⁴ Las sentencias de la Corte IDH deberán contener obligaciones claras (esto es, que no den lugar a equívocos y que identifiquen plenamente el deudor y el acreedor,

con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.⁵

b. La acción de habeas corpus

El Estado ecuatoriano adecuó a los parámetros de la CADH su normativa constitucional, la cual regula la acción de *habeas corpus* en el artículo 89, de manera que se deje de confiar al alcalde el conocimiento en primera instancia del recurso⁶ y pase a ser resuelto por un juez constitucional conforme a lo establecido en los artículos 7.5 y 7.6 de la CADH.⁷ Con esta reforma, la presente acción será conocida por funcionarios judiciales,

la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan), expresas (que en el documento se encuentre plasmada y delimitada la obligación, que haya certeza respecto de su contenido, términos, condiciones y alcance), y exigibles (que no medie plazo ni condición para el pago de la misma) para poder ser garantizadas mediante la acción por incumplimiento.

⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 436, núm. 5, referente a las atribuciones de la Corte Constitucional.

⁶ La Constitución de 1998 disponía en su artículo 93 que el *habeas corpus* se “ejercerá... por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, *ante el alcalde bajo* cuya jurisdicción se encuentre” (énfasis añadido).

⁷ CADH, ratificada por el Estado de Ecuador el 28 de diciembre de 1977. Ecuador aceptó la competencia de la Corte IDH el 24 de julio de 1984.

Artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Artículo 7.6: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido”.

ante las Salas de la Corte Provincial de Justicia (anterior Corte Superior de Justicia).⁸

c. Los fueros militares y policiales

Considerando la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el artículo 8o. de la CADH, se establece en la Constitución la prohibición del uso de fueros, ya sean policiales o militares, para investigar y enjuiciar a los responsables de violaciones a derechos humanos como el asesinato, la tortura, la desaparición forzada o la detención ilegal.

El artículo 187 de la Constitución de 1998 determinaba que “los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones de carácter policial o militar. En caso de infracciones comunes, estarán sujetos a la justicia ordinaria”, mientras que el artículo 188 de la actual Constitución dispone que:

En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento. En razón de la jerarquía y responsabilidad administrativa, la ley regulará los casos de fuero.

C. *Derechos políticos: se amplía la población con capacidad de sufragar*

Con respecto a los derechos políticos determinados en el artículo 23 de la CADH, la nueva Constitución reconoce en su artículo 62 el derecho al voto a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, el voto facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años

⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 89: “La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. Inmediatamente de interpuesta la acción, la *jueza o juez* convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida... La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia... Cuando al orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia”. Énfasis añadido por el autor.

de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las que habitan en el exterior; los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y las personas con discapacidad, así como las personas extranjeras residentes en Ecuador, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años. A diferencia de la anterior Constitución, que facultaba el voto a los ecuatorianos que hayan cumplido dieciocho años de edad y se hallen en el goce de los derechos políticos.⁹

D. *Derechos civiles: el derecho a la integridad personal*

Con respecto al derecho a la integridad personal determinado en el artículo 5.2 de la CADH,¹⁰ se incluyen los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El artículo 23.2 de la Constitución de 1998 disponía que: “Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía”, mientras que la Constitución de 2008 reza en su artículo 80 que: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, *lesa humanidad*, *crímenes de guerra*, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía”.¹¹

E. *Otros cambios*

a. Prohibición de ceder bases militares

El artículo 5o. de la reciente Constitución dispone que “el Ecuador es un territorio de paz. No se permitirá el establecimiento de bases militares extranjeras ni de instalaciones extranjeras con propósitos militares. Se prohíbe ceder bases militares nacionales a fuerzas armadas o de seguridad extranjeras”.

⁹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 26, inciso final: “Los extranjeros no gozarán de estos derechos”; artículo 27, inciso 2: “Los miembros de la fuerza pública en servicio activo no harán uso de este derecho...”.

¹⁰ CADH, artículo 5.2: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

¹¹ Énfasis añadido por el autor.

Esta prohibición constitucional determinó que Ecuador denunciara con efecto a partir de noviembre de 2009 el tratado por el cual se había cedido el uso de la Base Aérea de Manta, en la costa ecuatoriana del Pacífico, a la Fuerza Aérea de los Estados Unidos.

b. Servicio militar voluntario

El artículo 161 menciona que el servicio cívico-militar es voluntario. Se prohíbe toda forma de reclutamiento forzoso.

A través de la implementación de estos nuevos principios e instituciones en la última Constitución ecuatoriana, se evidencia la influencia de la corriente actual de la llamada constitucionalización del derecho internacional y, a su vez, la desnacionalización o internalización del derecho constitucional; por lo que varios doctrinarios pronostican que en el futuro el derecho internacional se instaure efectivamente en las legislaciones de los Estados a fin de crear determinados parámetros uniformes para la defensa y promoción de los derechos humanos a nivel mundial.

II. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN.
ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE SU APLICACIÓN
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. *El fundamento de la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos y en el Estado de Ecuador*

A. La obligación del Estado de adaptar su legislación a la CADH

Es importante determinar, en primer lugar, la relación que existe ente el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, los Estados se comprometen a adoptar medidas conforme a la CADH. Este deber se encuentra consagrado tanto en el escenario internacional mediante el artículo 2o. de la CADH, como en el nacional con el artículo 84 de la Constitución de Ecuador.

El artículo 2o. de la CADH dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De allí el deber de los Estados contratantes de adoptar disposiciones de derecho interno que estén acordes a la CADH. Asimismo, el artículo 84 de la Constitución Política del Ecuador establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

B. *La complementariedad del derecho internacional con el derecho nacional*

El Prólogo de la CADH dispone que los:

Derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza *convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos* (énfasis añadido).

De esta premisa se puede desprender el sustento de la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos, el cual tendría una función contributiva con el derecho interno. En esta línea de ideas, se reconoce la importancia de comprender y tener presente las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional.¹²

¹² En este sentido, Pettiti, Louis Edmond *et. al.*, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, París, Economica, 1995, p. 51.

Asimismo, puede citarse algunas normas de remisión a la ley interna de cada Estado en ciertos artículos de la CADH, como el artículo 7 y el artículo 21:

Art. 7. Derecho a la Libertad Personal... 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, *salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas...*¹³

Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.* 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y *según las formas establecidas por la ley.*¹⁴

De estos antecedentes se desprende que la doctrina del margen de apreciación deriva naturalmente del entendido original de que la Convención debería servir como un sistema complementario a los sistemas nacionales.¹⁵ Es viable, en esta forma, observar el sustento que la doctrina encuentra en el principio de subsidiariedad.¹⁶

2. *La aplicación del margen de apreciación en el sistema latinoamericano de derechos humanos y el Estado de Ecuador*

El margen de apreciación permite honrar el constante desarrollo de la situación jurídica y la dinámica de la política latinoamericana; no obstante, el siguiente informe muestra que la aplicación de esta doctrina se torna difícil en los casos del Estado de Ecuador ante la Corte IDH. A continuación se exponen ciertos problemas en cuanto a la aplicación del margen de apreciación en relación con los casos en los que Ecuador ha sido parte.

¹³ Énfasis añadido.

¹⁴ Énfasis añadido.

¹⁵ Arai-Takashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality of ECHR*, Antwerpen-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002.

¹⁶ Brems, Eva, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 56, 1996, pp. 240-314.

A. *El deber de deferencia y la delimitación de jurisdicciones*

La “deferencia” es definida, según el Diccionario de la RAE, como “condescendencia, consideración, *adhesión a lo que hace o dice alguien, por respeto; muestra de respeto o de cortesía*” (énfasis añadido). En este sentido, el deber de deferencia, aplicado a nuestro caso, es el deber de los tribunales internacionales de adherirse o respetar la apreciación de los tribunales nacionales, ya que la doctrina deja un margen de libertad de actuación a los Estados en los siguientes ámbitos:

(a) apreciar las circunstancias que ameriten la aplicación de medidas en situaciones de emergencia, (b) limitar el ejercicio temporal de unos derechos para el resguardo de otros derechos comunitarios, (c) definir el contenido de los derechos en el ordenamiento interno de un Estado, (d) el margen de apreciación para definir el sentido del derecho interno, (e) el margen de apreciación para determinar la forma de aplicación de una resolución de un organismo internacional.¹⁷

Sin embargo, ningún instrumento internacional define claramente el deber de deferencia ni determina los límites y parámetros para su aplicación. Este hecho envuelve otro inconveniente que se traduce en la falta de delimitación clara de jurisdicciones. ¿Hasta dónde llega la jurisdicción nacional y hasta dónde la internacional? De ello deriva la dificultad de aplicar la doctrina del margen de apreciación que responde a una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas.

Ello dificulta la aplicación del margen de apreciación dado que no existe instrumento alguno que permita su regulación, las bases para su aplicación y los límites necesarios que deben imponérsele. En esta línea de ideas, la aplicación del margen de apreciación tendrá necesidad del constante monitoreo de un órgano de control supranacional que supervise su uso y evite el excesivo margen de discrecionalidad y su abuso por parte del Estado, el cual podría eximirse de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la CADH, so pretexto del margen de apreciación. “La aplicación del margen de apreciación no significa de modo alguno que se hayan

¹⁷ Véase Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional, la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derecho humanos”, en el presente volumen.

borrado los límites de la tutela internacional... los Estados deben actuar de buena fe al utilizar este margen de discrecionalidad de las decisiones nacionales y su conformidad con los objetivos de la medida”.¹⁸

B. *La necesidad de armonizar las normas*

Como se mencionó previamente, los Estados tienen un espacio de maniobra y control propios para cumplir sus obligaciones internacionales. Así, los resultados jurisprudenciales presentarán una variación según la legislación de cada país. A diferencia del sistema europeo de derechos humanos, en el cual los miembros de la Unión Europea deben regirse bajo los parámetros establecidos en el Tratado de Lisboa, lo cual otorga una suerte de homogeneidad al sistema en su conjunto,¹⁹ en el SIDH los recursos internos y las soluciones procesales pueden modificarse según la legislación del Estado en cuestión, por lo cual el fondo de las sentencias tendrán un amplio grado de variación de Estado a Estado. El SIDH no presenta normas armonizadas y uniformes que permitan delimitar un estándar en el cual pueda ser viable la aplicación de la doctrina del margen de apreciación y el resultado de su aplicación no tendrá soluciones homogéneas y podrá incentivar su aplicación arbitraria y desmesurada.

Además, si trasladamos el mismo concepto a nivel nacional, igual problema se reproduce en el seno mismo del Estado ecuatoriano.

La doctrina del margen de apreciación es una medida de discrecionalidad permitida a los países miembros con el fin de que puedan implementar los estándares referentes a los derechos humanos en un contexto nacional y cultural específico.²⁰ Por lo tanto, la aplicación del margen de apreciación dependerá del contexto espacio-temporal, es decir, la sociedad y el tiempo en el que se aplique. En el caso de Ecuador esta tarea se vuelve algo más complicada por su realidad pluricultural y multiétnica.

¹⁸ Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *European Journal of International Law*, núm. 16/5, 2006, pp. 907-940.

¹⁹ El Tratado de Lisboa fue celebrado por los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Este acuerdo internacional sustituye a la Constitución para Europa tras el fracasado tratado constitucional de 2004.

²⁰ Shany, Yuval, *op. cit.*

Conviene recordar que Ecuador se compone aproximadamente de 6.8%²¹ de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que gozan de derechos garantizados en el artículo 57 de la Constitución de 2008:

Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y forma de organización social; 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de la mujeres, niñas, niños y adolescentes.

La justicia indígena encuentra reconocimiento jurídico en la Constitución Política del Ecuador, y se posiciona de forma paralela a la justicia ordinaria, abriendo la posibilidad de conflictos de aplicación de ley. El artículo 171 de la Constitución de 2008 determina que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas *ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán *normas y procedimientos propios* para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.²²

La Constitución reconoce y garantiza a las comunidades indígenas el ejercicio de las funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones an-

²¹ Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, División de Población de la CEPAL Fondo Indígena, *Porcentaje de población indígena*, Ecuador, 17 de octubre de 2008, <http://www.risalc.org:9090/portal/indicadores/ficha/query.php>. Asimismo, consúltese Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Población Indígena-Ecuador*, 2001, http://www.inec.gov.ec/web/guest/publicaciones/estudios/soc/pob_indu_ecu.

²² Énfasis añadido.

cestrales y su derecho propio. El problema se presenta cuando el derecho consuetudinario prevé castigos, por ejemplo, azotainas con látigos y ortiga como una forma de purificación, los que se contraponen directamente a las disposiciones de la CADH.

Resulta complicado conjugar la justicia ordinaria y la justicia indígena en el seno de un Estado pluricultural, en el que conceptos como bueno y malo, injusto y justo pueden recibir interpretaciones flexibles que originen conflictos de legitimidad. Dada la práctica altamente discrecional e imprecisa del margen de apreciación, su aplicación en Ecuador puede originar una peligrosa inseguridad jurídica y su uso indiscriminado por parte del Estado, en este campo en particular.

La teoría del margen de apreciación implica respeto al pluralismo de base territorial y a la diversidad cultural de las naciones, pero debe considerar las diferentes “sociedades” y la heterogeneidad de las normas para encontrar equilibrio y no coartar ningún legítimo derecho. En este contexto, en la práctica se coarta el universalismo en la comprensión de los derechos humanos mientras se constata la necesidad de homologar las bases para la aplicación de la doctrina.

C. Otras dificultades para la aplicación del margen de apreciación en el sistema interamericano

a. El artículo 29 de la CADH en oposición a la doctrina del margen de apreciación

El artículo 29 de la CADH establece las normas de interpretación y determina que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Si se acepta que, en cuanto a:

técnica de interpretación, la doctrina del margen de apreciación nacional opera fundamentalmente para limitar derechos (*v. gr.*, restricciones por razones

de utilidad pública, moral pública, interés público), e incluso para suspender derechos (así, los casos de conmoción interior, de peligro público, seguridad nacional, etc.),²³

la disposición del artículo 29 de la CADH caería en contradicción con la doctrina del margen de apreciación.

b. El corte civilista de los jueces

Las normas relacionadas con derechos humanos estarán meramente en la Constitución y en algunas normas secundarias. La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades y, en las que la tienen, será marginal. *La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista.*²⁴

El operador de justicia latinoamericano, de perfil civilista, tendrá inconvenientes para aplicar el margen de apreciación dada la naturaleza de esta doctrina.

A este respecto, es posible considerar el cambio fundamental introducido en la Constitución Política de Ecuador de 2008, que se menciona a continuación, como un avance o una suerte de pilar para la aplicación del margen de apreciación nacional. El Estado ecuatoriano pasa de ser un Estado social de derecho a constituirse en un Estado constitucional de derecho en el cual “el juez tiene un rol fundamental: ser garante de la Constitución y los derechos... Los jueces dejan de ser ‘boca de la ley’ y se convierten en interpeladores de la misma y creadores del contenido de los derechos”. Por lo tanto, los jueces dejan de lado la aplicación mecánica y la neutralidad, y utilizan herramientas de argumentación jurídica convirtiéndose en críticos. Es este elemento crítico el que permitirá al administrador de justicia poder aplicar la doctrina del margen de apreciación, haciendo valer conceptos como la moral, la seguridad pública y el orden público y así preservar una sociedad democrática. La legitimación de esta doctrina se afirma en la democracia y el pluralismo, ya que es bueno comprender las

²³ Sagüés, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Jus et Praxis*, núm. 9/1, 2003, p. 219.

²⁴ Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neonstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 38 (énfasis añadido).

realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los órganos nacionales, que son los más próximos y autorizados para evaluar, en cada caso concreto, los problemas de aplicación que puede suscitar la sentencia de un tribunal internacional.²⁵

“Si se acepta que el mundo jurídico no solamente se compone de normas, sino también de realidades y de valores, el jurista debe tener muy en cuenta la armonización interpretativa que debe haber entre los tribunales locales y los supranacionales sobre los derechos humanos”.²⁶

Estos son ciertos inconvenientes que podrían presentarse para la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en Ecuador en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos. Sin afán de extendernos en este tema se revisará ahora la aplicación de la doctrina en cuestión en los fallos de la Corte IDH en los cuales el Estado de Ecuador actuó en calidad de demandado.

III. EL ESTADO ECUATORIANO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN. LA PRÁCTICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. *La invocación del derecho nacional o de conceptos como moralidad, orden público, seguridad pública por el Estado de Ecuador*

A. Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador, y el instituto jurídico de la prescripción

Determinados sectores de una sociedad nacional pueden considerar que ciertos derechos enunciados en un convenio internacional no son necesariamente ‘buenos’ para el ámbito local, o que ciertas interpretaciones que de ellos hagan los órganos de la jurisdicción supranacional, no resultan axiológicamente aceptables en esa comunidad local.²⁷

Un ejemplo de ello es el tema de la prescripción, considerada como una institución fundamental en Ecuador, pero no acogida por la Corte IDH en este fallo.

En la sentencia dictada en el caso Benavides Cevallos *vs.* Ecuador, el 19 de junio de 1998, la Corte IDH resolvió por unanimidad que era proce-

²⁵ Shany, Yuval, *op. cit.*

²⁶ Sagüés, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, núm. 9/1, 2003, p. 206.

²⁷ *Idem*, p. 208.

dente el allanamiento del Estado de Ecuador a las pretensiones formuladas por la CIDH y aprobó el acuerdo entre el Estado ecuatoriano y los familiares de la víctima respecto de la naturaleza y monto de las reparaciones, así como la perennización del nombre de Consuelo Benavides Cevallos. La Corte también requirió al Estado que continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de la violación de los derechos humanos de la víctima.

En ejercicio de sus atribuciones de supervisión de cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 64, 67 y 68.1 de la CADH, el artículo 30 del Estatuto y los artículos 25 y 29.2 del Reglamento, la resolución de la Corte IDH, en cumplimiento de sentencia del 27 de noviembre 2003, dispuso que el Ecuador había cumplido con el pago de la indemnización dispuesta en la sentencia de la Corte y con la perennización del nombre de Consuelo Benavides Cevallos; pero que no había cumplido la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violación a los derechos humanos declaradas por la Corte.

El Estado reiteró a este respecto que la:

Corte Suprema de Justicia, mediante auto motivado de fecha 7 de agosto de 1998, declaró prescrita la acción penal en contra del sindicato Fausto Morales Villota, argumentando que el delito por el que fue sindicado [el señor Morales] está sancionado con pena de reclusión, por lo que prescribe en diez años desde que se dicta el auto cabeza de proceso, [y que,] “en virtud de este auto motivado emitido por la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la legislación vigente en aquella época, el proceso penal seguido en contra de los miembros de la Armada Nacional... ha[bía] terminado, y por tanto, no se [podía] iniciar un nuevo juicio por estos mismos hechos.”²⁸

En este caso el Estado invoca un auto dictado por la Corte Nacional de Justicia (actual Corte Suprema de Justicia) en la cual se menciona una norma de derecho interno referente a la prescripción.

La Corte finalmente estableció que, en su jurisprudencia constante, es inadmisibles la invocación de cualquier instituto de derecho interno, entre los que se encuentra la prescripción, cuya pretensión sea impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de la violación grave de los derechos humanos.²⁹

²⁸ Corte IDH, caso Benavides Cevallos vs. El Estado de Ecuador, sentencia del 27 de noviembre de 2003 (cumplimiento de sentencia), párrs. 3, 6 y 9.

²⁹ *Ibidem*, párr. 18.

Además, que la obligación de cumplir con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben atender sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y que no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida,³⁰ considerando que la Convención es un conjunto de reglas a las que los Estados acuerdan someterse para la revisión de sus resoluciones o casos de omisiones que vulneren los derechos reconocidos en dicho instrumento.

La Corte, órgano de jurisdicción internacional, al momento de decidir sobre el cumplimiento de la sentencia, no tomó en cuenta la invocación al derecho interno sobre la prescripción que hizo Ecuador. Tampoco se respetó la interpretación que de estos derechos hizo la Corte Suprema de Justicia, por lo cual no cumplió con su deber de deferencia y no aplicó la doctrina del margen de apreciación cuando debió hacerlo. Pese a lo dispuesto en el artículo 2o. de la CADH, que afirma la posibilidad de que cada Estado elija el modo en que desarrollará y aplicará las disposiciones de la Convención de conformidad con sus procedimientos constitucionales, esto en concordancia con la observación general núm. 3 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,³¹ a partir de lo cual se concluye que las instituciones nacionales encargadas de cumplir los derechos reconocidos en las Convenciones se configuran de acuerdo a las circunstancias particulares de cada Estado y que son las autoridades de estas instituciones las únicas legitimadas para realizar la valoración de las circunstancias materiales que justifiquen la pertinencia de la limitación de los derechos o aplicación de medidas cautelares, de acuerdo a su mismo ordenamiento, siempre y cuando se garantice el derecho de defensa del procesado y se aplique el principio de la motivación.

B. *Caso Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador y la institución del arbitraje*

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, en cuya sentencia dictada el 21 de noviembre de 2007 la Corte IDH resolvió por una-

³⁰ *Ibidem*, párrs. 10 y 6 del punto resolutivo.

³¹ Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 3 sobre el artículo 2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, 1981.

nimidad que acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional del Estado y dispone las reparaciones que éste debe realizar. Entre ellas se dispone la adecuación de su legislación, dentro de un plazo razonable, a los parámetros de la CADH. Asimismo, la Corte determina que el Estado ecuatoriano y el señor Juan Carlos Chaparro Álvarez deberán someterse a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes al daño material.

El 18 de enero de 2008, el Estado presentó una demanda de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida en este caso el 21 de noviembre de 2007. En su demanda, el Estado se refirió a la medida de reparación que ordena constituir un “tribunal arbitral” para la determinación del porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión de la fábrica Plumavit por parte del Estado.³² El Estado expresó que “rechaza [la] medida de reparación” que consiste en la constitución de un tribunal arbitral, ya que en la reparación ordenada por la Corte “no existe sujeción a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador”,³³ ya que ésta exigiría la suscripción de un “convenio arbitral” con anterioridad al surgimiento de la controversia para la constitución de un tribunal arbitral, lo que en este caso es claramente un imposible. Sostuvo que el artículo 68.2 de la Convención exige “que el proceso de retorno del caso al ámbito interno, en su componente indemnizatorio, guarde la mínima conformidad con el derecho interno”. Alegó también que la medida ordenada, “además de ilegal, contraviene el principio básico que rige el ámbito arbitral, como es la voluntad de las partes para someterse a un arbitraje”, por lo que “se trata del desconocimiento de un principio elemental de una rama del Derecho”, cuando “resulta incontestable el hecho de que las medidas de reparación deben enmarcarse... en los principios generales del derecho, fuente del derecho internacional de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”.³⁴

³² Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs. Ecuador, sentencia del 26 de noviembre de 2008 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 1.

³³ *Ibidem*, párr. 16.

³⁴ *Ibidem*, párr. 17. El Estado también solicitó a la Corte resolver las siguientes interrogantes: “¿Cuál sería el instrumento de origen de la competencia del tribunal? ¿Qué normas de procedimiento se aplicaría a ese arbitraje interno independiente? ¿Dónde se encuentra establecida la regulación reglamentaria para la recusación de los árbitros? ¿Dónde se encuentra el acta de imposibilidad de una mediación?”.

La Corte declara inadmisibles la demanda de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas dictada el 21 de noviembre de 2007, puesto que consideró que el Estado está presentando una solicitud de revisión de la reparación determinada por el Tribunal y no de interpretación.³⁵

En ejercicio de sus atribuciones de supervisión de cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 64, 67 y 68.1 de la CADH, 30 del Estatuto y 25 y 29.2 del Reglamento, en la resolución de la Corte IDH, en supervisión de cumplimiento de sentencia, 29 de abril de 2009, la Corte determina que la obligación del Estado de Ecuador de someterse a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes al daño material del señor Chaparro todavía se encuentra pendiente.

Este tema puede compararse a casos como *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,³⁶ *Ivcher Bronstein vs. Perú*³⁷ y *Tribunal Constitucional vs. Perú*.³⁸

³⁵ *Ibidem*, párr. 20.

³⁶ Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 205. “Esta Corte ha manifestado, con relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte... dispone que el Estado deberá cubrir los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan a los trabajadores destituidos y, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, a sus derechohabientes. *El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios correspondientes, a fin de que las víctimas y en su caso sus derechohabientes los reciban en un plazo máximo de 12 meses*” (énfasis añadido).

³⁷ Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 121. “En lo que se refiere a la violación del artículo 21 de la Convención, la Corte estima que el Estado debe facilitar las condiciones para que el señor Ivcher Bronstein, a quien se ha restituido la nacionalidad peruana, pueda realizar las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., como lo era hasta el 1 de agosto de 1997, en los términos de la legislación interna (*supra* párr. 76). En cuanto al resarcimiento relativo a los dividendos y las demás percepciones que hubieran correspondido al señor Ivcher como accionista mayoritario y funcionario de dicha Compañía, deberá igualmente aplicarse el derecho interno. *Para todo ello, las peticiones respectivas deben someterse a las autoridades nacionales competentes*” (énfasis añadido).

³⁸ Corte IDH, caso del Tribunal Constitucional *vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 181. “La Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas perma-

en los cuales la Corte resolvió que es el Estado el encargado de proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes y de acuerdo con su legislación, los montos indemnizatorios.

En estos casos, las medidas de reparación hacen remisión expresa al derecho interno, otorgando a los Estados la libre decisión sobre el método para calcular el monto de la indemnización. La Corte se inhibe así de realizar calificaciones complejas para establecer los perjuicios causados por la infracción de alguno de los deberes internacionales de un Estado. Por el contrario, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, la Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrieron las víctimas como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado.³⁹ Por lo tanto, el mecanismo referente al cálculo de la indemnización es impuesto arbitrariamente y sin tomar en cuenta la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana que dispone en su artículo 4o. el requisito de firmar un convenio arbitral previo al arbitraje.

La Corte no toma en cuenta el derecho interno. En la resolución sobre la demanda de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, la Corte ni siquiera hace mención a lo solicitado por el Estado con respecto al arbitraje. Se omite entonces la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador; es decir, no toma en cuenta las normas nacionales invocadas por el Estado de la República de Ecuador, contraviniendo así su deber de deferencia y posicionándose contra el orden público ecuatoriano. La doctrina del margen de apreciación no se aplicó ni a instancia de parte ni de oficio. “La teoría del margen de apreciación puede esgrimirse, bien a instancia de parte o de oficio, para reducir el alcance del control de cortes internacionales en provecho de la decisión de las autoridades nacionales”.⁴⁰

recieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible” (énfasis añadido).

³⁹ Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, párr. 232.

⁴⁰ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Cons-*

2. Casos en los cuales el Estado ha invocado la doctrina en su beneficio

A partir del análisis de los principales casos en los que ha participado Ecuador, no se encontraron ejemplos en los cuales el Estado haya invocado la doctrina del margen de apreciación en su beneficio. Pese a ello consideramos pertinente analizar brevemente las razones por las cuales no se aplicó la doctrina o no pudo aplicarse.

El autor Walter Ganshof Van Der Meersch afirma que, según el Tribunal de Estrasburgo, el margen de apreciación nacional varía dependiendo de las circunstancias, las materias y el contexto.⁴¹ El margen de discreción nacional puede ampliarse o reducirse dependiendo de la naturaleza del derecho garantizado.⁴² Puede haber, por ejemplo, lo que Yuval Shany llama derechos *más preferidos* que presentan una cierta rigidez en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación:

There emerge certain fundamental rights which are protected by an absolute prohibition against their violation, such as the guarantee against torture in Article 3. There is also a ‘middle range’ of ‘less vital’ rights in which ‘static’ and ‘dynamic’ interpretations of the international supervisory function vie with each other. [...] Here the Due Process and Personal Freedoms groups of articles may be distinguished, the former exhibiting greater similarities among national laws less subject to rapid social change, and the latter, with their textual limitations upon guaranteed rights subject to margin of appreciation jurisprudence, requiring deference to national discretion.⁴³

titucional, UNED, núm. 20, 2007, pp. 117-144.

⁴¹ Ganshof van der Meersch, Walter, “Le caractère ‘autonome’ des termes et la ‘marge d’appréciation’ des Gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’homme”, en Matscher, Franz y Petzold, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 207.

⁴² “The national margin of discretion standard expands or contracts to condone or condemn national action pending, on a case-by-case, upon facts; upon the nature and quality of, necessity of, and proportionality of the rights restriction(s) imposed by the state; and upon the text, context, and precedential value of the Convention provision(s) invoked by the parties or by the international organs themselves”. Yourow, Howard, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 192.

⁴³ Shany, Yuval, *op. cit.*

Sobre esta base, el análisis sobre los casos en que Ecuador ha sido parte en los cuales se haya invocado el margen de apreciación tomará en cuenta la naturaleza de los derechos invocados en las sentencias de la Corte IDH.

A. *Derecho al debido proceso*

Los derechos alegados por el Estado ecuatoriano son principalmente de carácter adjetivo, esto es, con un contenido más formal. Estos constituyen normas y principios procedimentales y de enjuiciamiento que ponen en ejercicio la actividad judicial. En los ocho casos contenciosos resueltos por la Corte IDH se alegó la violación del artículo 8o. sobre garantías judiciales y en siete de los ocho casos la violación del artículo 25 sobre protección judicial.

En comparación con la aplicación del margen de apreciación en el sistema europeo de derechos humanos, los principales casos en los cuales ha tenido trascendencia esta doctrina se han basado en la discusión del respeto a los derechos sustantivos en una sociedad democrática.⁴⁴ Parecería ser que el deferendo nacional es más debatible en cuanto al respeto y garantía de derechos de fondo. Sin embargo, en lo que concierne a los derechos adjetivos dispuestos en la CADH, el margen de apreciación no pierde completamente protagonismo mientras su aplicación se atribuya estrictamente a la regulación de estos derechos. Es por esto que Javier García Roca afirma que derechos como los del proceso equitativo tienen un margen de apreciación por ser derechos con escaso contenido esencial aparente y una intensa configuración legal en su proceso por ser derechos adjetivos.⁴⁵ Pero no consideramos que la doctrina debe ser aplicada a la discusión del derecho en sí, es decir, que las limitaciones y restricciones del ejercicio de los derechos reconocidos no pueden atentar contra la sustancia misma del derecho garantizado. Recordemos que la doctrina del margen de apreciación no constituye un privilegio para que los Estados se eximan de reconocer los derechos, y por ello no puede ser absoluta.

El siguiente caso ilustra la posible aplicación del margen de apreciación en cuanto se refiere a derechos adjetivos: la doctrina se aplica a la regula-

⁴⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derecho Humanos, caso Leyla Sahín *vs.* Turquía; caso Handyside *vs.* Reino Unido e Irlanda; caso Sunday Times *vs.* Reino Unido, entre otros.

⁴⁵ García Roca, Javier, *op. cit.*

ción de los derechos, no a la sustancia misma de estos.⁴⁶ Además, es necesario el consenso para que esta doctrina se aplique en la comunidad latinoamericana, sin descartar la posibilidad de que existan versiones locales de lo universal, ya que el objetivo de la doctrina del margen de apreciación busca armonizar la jurisdicción internacional con la nacional, recordando que la jurisdicción internacional es subsidiaria y complementaria, por lo que maneja las tensiones entre lo común y lo particular, al igual que entre la unidad y la diversidad.⁴⁷

A este respecto podemos citar el caso *Lawless vs. Irlanda*, que se inserta en un contexto de derogación en caso de estado de urgencia regulado por el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Lawless*, arrestado durante un estado de emergencia en Irlanda bajo la presunción de pertenecer al IRA (Irish Republican Army), un “ejército secreto dedicado a actividades anticonstitucionales y que empleaba la violencia para alcanzar sus propósitos”. En este caso:

La Comisión señaló que tomando en cuenta la importante responsabilidad que incumbe a un gobierno de proteger a su población contra cualquier amenaza para la vida de la nación, *resulta evidente que debe dejarse a éste un cierto margen de apreciación para determinar si existe un peligro público que amenace la vida de la nación y reclama de su parte medidas excepcionales*. Dicho peligro debía ser actual o al menos inminente, lo que invalida toda restricción *adoptada con fines meramente oportunistas, especulativos o abstractos* (énfasis añadido).⁴⁸

La Corte consideró que el gobierno irlandés declaró el estado de emergencia dado que existía una emergencia pública en la República de Irlanda que amenazaba la vida de la nación y, por consiguiente, se hallaba facultada

⁴⁶ Asimismo, la Corte IDH determinó que “... De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen *un margen de apreciación* para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”. Énfasis añadido por el autor. *Cfr.* Corte IDH, *Un cuarto de siglo: 1979-2004*, 2005.

⁴⁷ Véase Núñez Poblete, Manuel, *op. cit.*

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derecho Humanos, caso *Lawless vs. Irlanda*, sentencia del 10. de julio de 1961. Resumen de casos ante la TEDH, <http://cajpe.org.pe/rj/bases/excep/esque.htm>.

do para aplicar las disposiciones del artículo 15, párrafo 1, del Convenio.⁴⁹ En relación con el artículo 15 de la Convención, la Corte afirmó que el gobierno irlandés no incurrió en violación alguna del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Finalmente, estableció que la compensación reclamada por el señor Lawless era infundada.⁵⁰

De este caso se desprende que le corresponde al Estado, con base en la doctrina del margen de apreciación, determinar si existe o no un peligro público que amenace la vida de la nación. Con el fin de aplicar esta idea a los casos del Ecuador, se propone estudiar, a continuación, el caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador.

Los hechos del caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador se desarrollaron en el marco de la declaración de estado de emergencia nacional decretado el 3 septiembre de 1992, por el presidente de la República, Sixto Durán Ballén, mediante el decreto núm. 86, fundamentado en la causal de “grave conmoción interna”.⁵¹ El 6 de marzo de 1993, durante este operativo de las Fuerzas Armadas, agentes estatales ejecutaron extrajudicialmente a los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña. La denuncia fue llevada ante la Corte, la cual resolvió la violación de varios derechos dispuestos en la CADH por parte del Estado.

El Estado alegó que el “decreto de emergencia fue expedido en un contexto de violencia nacional [y] continental”, “un contexto de alarmante inseguridad, incremento de la violencia y alarma ciudadana”, y que el decreto “tiene su razón de ser dado que en el Ecuador de aquel entonces, el grupo subversivo “Puca Inti” o “Sol Rojo” iniciaba su gestación en territorio nacional”.⁵² Esta condición específica de Ecuador debía ser tomada en cuenta para aplicar la doctrina del margen de apreciación, por ser una situación político-social excepcional por la cual pasaba el país en ese momento. Se desprende de esto la legitimidad del decreto ya que el Estado

⁴⁹ Caso Lawless *vs.* Irlanda.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Por otra parte, el Estado consideró imperativo precautelar el orden y la seguridad de los habitantes del Ecuador dado que existía “un grave estado de conmoción interna... [en] el territorio nacional... como consecuencia de ‘hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada’, que requería la adopción de medidas excepcionales”. *Cfr.* caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, párr. 44.

⁵² *Ibidem*, párr. 49.

consideraba a estos grupos subversivos como un riesgo para la seguridad nacional.

Por una parte, la Corte analiza el estado de emergencia con relación a la interpretación del artículo 27 de la Convención y establece que el estado de emergencia se aplica solamente “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”.⁵³ Se autoriza únicamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Afirma también que es obligación del Estado “ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.⁵⁴ A esto aumenta que: “*Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria*” (énfasis añadido). En este párrafo la Corte hace mención, implícitamente, al margen de apreciación nacional en el sentido de que los Estados deben controlar y realizar un seguimiento de la situación discrecionalmente. Pero que esta discrecionalidad no es ilimitada.

De esta premisa se puede colegir no sólo la aplicación del margen de apreciación en el control sobre la conformidad de los actos estatales con sus obligaciones consagradas en el artículo 27 de la Convención, sino también la discrecionalidad que tienen los Estados para determinar si una situación amerita que se dicte un estado de emergencia. En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas.⁵⁵ “Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio en mejor situación que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias”.⁵⁶

La Corte determina implícitamente que, si bien el Estado tiene un margen de apreciación nacional, éste no es ilimitado ya que debe regirse por

⁵³ *Ibidem*, párr. 43.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 47.

⁵⁵ García Roca, Javier, *op. cit.*

⁵⁶ Corte Europea de Derecho Humanos, Caso *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia del 26 de abril de 1976, párr. 48.

principios de respeto a los derechos fundamentales dispuestos en este tipo de situaciones, específicamente los determinados en el artículo 27 de la CADH.⁵⁷ Por lo tanto, un estado de emergencia no puede tener fines oportunistas, de allí un primer límite para la aplicación de la doctrina. Si bien el margen de apreciación puede aplicarse con respecto a la evaluación de la situación particular por la que estaba pasando Ecuador,⁵⁸ la Corte observa que el decreto núm. 86 no fija un límite espacial, temporal o el alcance material de la suspensión de garantías (es decir los derechos que serían suspendidos), por lo tanto, incumple los requisitos de duración, ámbito geográfico y alcance material.⁵⁹ El Estado ecuatoriano no podía invocar, en este caso, el margen de apreciación, ya que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y medidas que deben adoptarse en cualquiera de estas emergencias para ser ajustadas a “las exigencias de la situación”. Dado que el decreto no cumplía con los requerimientos, la aplicación del margen de apreciación hubiese carecido de legitimidad y sólo se hubiese interpretado como un privilegio para el Estado y no como una consecuencia de la democracia y del pluralismo que deben ser las principales motivaciones para la aplicación de esta doctrina.

En concordancia con estas afirmaciones se encuentra el caso *Vásquez Vejarano contra Perú*,⁶⁰ donde la Corte afirma que a cada Estado le corresponde determinar la necesidad para declarar el estado de emergencia al tener un conocimiento previo y pleno de las circunstancias constitutivas, pero la Corte a su vez recuerda que esta facultad no es ilimitada, ya que ella misma está encargada de supervisar el estado de emergencia en cuanto a su duración, circunstancias y derechos que afecte.

Con estos ejemplos se determina que el margen de apreciación puede aplicarse en la regulación de los derechos al debido proceso por parte del Estado tomando en cuenta su situación específica, sin embargo, la doctrina se encuentra limitada en el sentido de que el Estado no puede establecer restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho. Este derecho debe ser “accesible, *sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho*”

⁵⁷ Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, párr. 47.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 48.

⁵⁹ *Cfr.* Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, observación general núm. 29, adoptada durante la reunión núm. 1950, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

⁶⁰ CIDH, informe núm. 46/97, caso núm. 11.166, caso *Walter Vásquez Vejarano vs. Perú*, 16 de octubre de 1997.

(énfasis añadido). El recurso debe ser eficaz y no basta con su existencia formal.⁶¹ En conclusión, el Estado tiene un margen de apreciación para configurar legalmente los procesos de garantías judiciales y regular el ejercicio de las acciones y recursos al que tiene derecho toda persona, pero esta regulación no debe en ningún momento atentar contra la esencia de los derechos establecidos en la Convención.

Finalmente, otro ejemplo que permite sustentar lo anteriormente mencionado, es el caso *Kutić vs. Croacia* resuelto por el TEDH, que determinó, en su sentencia del 1o. de marzo 2002, que:

While accepting that the simultaneous lodging of a significant number of claims to large sums of money against a State may call for further regulation by the State, which enjoys a certain *margin of appreciation* in that respect, the Court concluded, with reference in particular to the lengthy period during which the applicants had had no possibility of having their claim determined, that there had been a violation of Article 6 of the European Court of Human Rights (énfasis añadido).⁶²

Es necesario hacer referencia expresa al TEDH, al ser un gran exponente de la aplicación de esta técnica en cuanto a la revisión de medidas que pueden afectar a los derechos de libertad y seguridad, proceso equitativo, respeto a la vida privada y familiar o libertad de reunión y asociación, no discriminación; así como la derogación de las obligaciones previstas en el

⁶¹ “Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”. *Cfr.* Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004.

⁶² “A different kind of impediment to access to a court was at issue in *Kutić v. Croatia*, which is a pilot case for around fifty similar applications. The cases concern an amendment to the Civil Obligations Act in 1996, which had the effect of staying all civil proceedings concerning damage resulting from terrorist acts pending enactment of new legislation (which has not yet taken place). While accepting that the simultaneous lodging of a significant number of claims to large sums of money against a State may call for further regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in that respect, the Court concluded, with reference in particular to the lengthy period during which the applicants had had no possibility of having their claim determined, that there had been a violation of Article 6”. *Cfr.* Registry of the European Court of Human Rights, *Annual Report 2002*, Strasbourg, 2003, p. 59.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de acuerdo a lo prescrito su artículo 15. Siguiendo esto, se demuestra que la Corte sí considera al derecho nacional como norma competente para determinar el contenido y alcance de un derecho, así el derecho internacional otorga esta libertad y a su vez renuncia a crear conceptos universales y homogéneos.⁶³

*B. Margen de apreciación amplio en derecho a la propiedad:
el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*

En la arena internacional, podemos citar la sentencia del 8 de julio de 2004, referente al caso *Kliafas y otros vs. Grecia*, en la cual la Corte analizó la noción de utilidad pública y determinó que “debe respetar la manera en que [el legislador] concibe los imperativos de utilidad pública salvo si su juicio se revela manifiestamente desprovisto de base razonable”.⁶⁴ Además, se reconoció que las autoridades nacionales están en mejor posición que el juez internacional para determinar qué es de utilidad pública dada la vinculación directa con la sociedad.

Por otra parte, a nivel regional la CADH dispone en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada y hace una remisión al derecho interno cuando determina que:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede* subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y *según las formas establecidas por la ley*.⁶⁵

En la sentencia del 6 de mayo de 2008 (excepción preliminar y fondo), referente al caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, la Corte menciona las restricciones al derecho a la propiedad en una sociedad democrática:

Para la prevalencia del bien común los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamen-

⁶³ Núñez Poblete, Manuel, *op. cit.*

⁶⁴ García Roca, Javier, *op. cit.*

⁶⁵ Énfasis añadido.

tales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del art. 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.⁶⁶

Dado que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, puede existir una mayor apertura para invocar la doctrina del margen de apreciación nacional. Sin embargo, en este caso, donde la expropiación se declaró legítima, eran los recursos subjetivos o de plena jurisdicción interpuestos por la señora Chiriboga en las cortes locales los que no fueron resueltos en un plazo razonable ni fueron efectivos. Por lo tanto, el Estado no respetó los requerimientos del artículo 21.2 de la CADH necesarios para privar el derecho a la propiedad. El margen de apreciación se hubiese podido invocar si se hubiese puesto en cuestión la legitimidad de la expropiación (porque el Estado tiene un margen de apreciación en la determinación de medidas restrictivas en su sociedad democrática), pero en este caso no se respetaron los recursos subjetivos de la demandante, por lo cual no cabe margen de apreciación. Es fundamental resaltar que el margen de apreciación no puede ser alegado para librar al Estado de su obligación en cuanto a la protección y las garantías judiciales, como ya fue establecido anteriormente.

C. *Margen restringido en derechos absolutos*

Siguiendo la misma clasificación de los autores García Roca y Shany, el Estado tiene un margen de apreciación muy restringido y reducido en lo que concierne los derechos absolutos o “más preferidos”.

Los casos en los que la Corte resuelve la violación al derecho a la vida como son Benavides Cevallos *vs.* Ecuador, Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, Albán Cornejo *vs.* Ecuador, no podrían dar cabida al margen de apreciación nacional dado que se trata de derechos que la Corte considera “absolutos”. A este respecto, García Roca afirma que en los derechos como el derecho a la vida, derecho contra la tortura, otros tratos inhumanos y degradantes no suele dejarse margen nacional alguno y la revisión es intensa, puesto que se trata de derechos que la Corte considera “absolutos”.

⁶⁶ Corte IDH, caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador, sentencia del 6 de mayo de 2008 (excepción preliminar y fondo), párr. 60.

IV. CONCLUSIÓN

El estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en que Ecuador ha sido parte nos muestra que la aplicación del principio del margen de apreciación se encuentra en estado embrionario. En el origen de tal incipiente se encuentra probablemente el empeño que la propia Corte ha puesto en que sus fallos se cumplan al pie de la letra, empeño propio de un tribunal que busca afianzar la vigencia de sus sentencias en un escenario geográfico sin tradición previa de una jurisdicción regional obligatoria en el ámbito de los derechos humanos.

Por otro lado, parecería razonable postular que, en tanto que el principio del margen de apreciación debe ser esgrimido por los Estados y éstos no lo han utilizado lo suficiente (al menos ese es el caso de Ecuador), pasará un tiempo hasta que el margen de apreciación se consolide en el país tanto en el alcance de su posible contenido jurídico, como en lo relativo a la forma de aplicarlo.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Doctrina*

ARAI-TAKASHI, Yutaka, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality of ECHR*, Antwerpen-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en ÁVILA, R. (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 56, 1996.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter, “Le caractère ‘autonome’ des termes et la ‘marge d’appréciation’ des Gouvernements dans l’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en MATSCHER, Franz y PETZOLD, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1988.

- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel A., “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional, la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en el presente volumen.
- PETTITI, Louis Edmond *et al.*, *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, París, Economica, 1995.
- SAGÜÉS, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, núm. 9/1, 2003.
- SHANY, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *European Journal of International Law*, núm. 16/5, 2006.
- YOUROW, Howard, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

2. *Jurisprudencia*

A. *Corte IDH*

- Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú, sentencia del 31 de enero de 2001.
- Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001.
- Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001.
- Caso Benavides Cevallos *vs.* Ecuador, resolución del 27 de noviembre de 2003.
- Caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador, sentencia del 6 de mayo de 2008.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador, sentencia del 26 de noviembre 2008.
- Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.

B. *TEDH*

- Caso Handyside *vs.* Reino Unido, sentencia del 26 de abril 1976.
- Caso Leyla Sahín *vs.* Turquía, sentencia del 10 de octubre de 2005.
- Caso Sunday Times *vs.* Reino Unido, sentencia del 26 de noviembre de 1991.