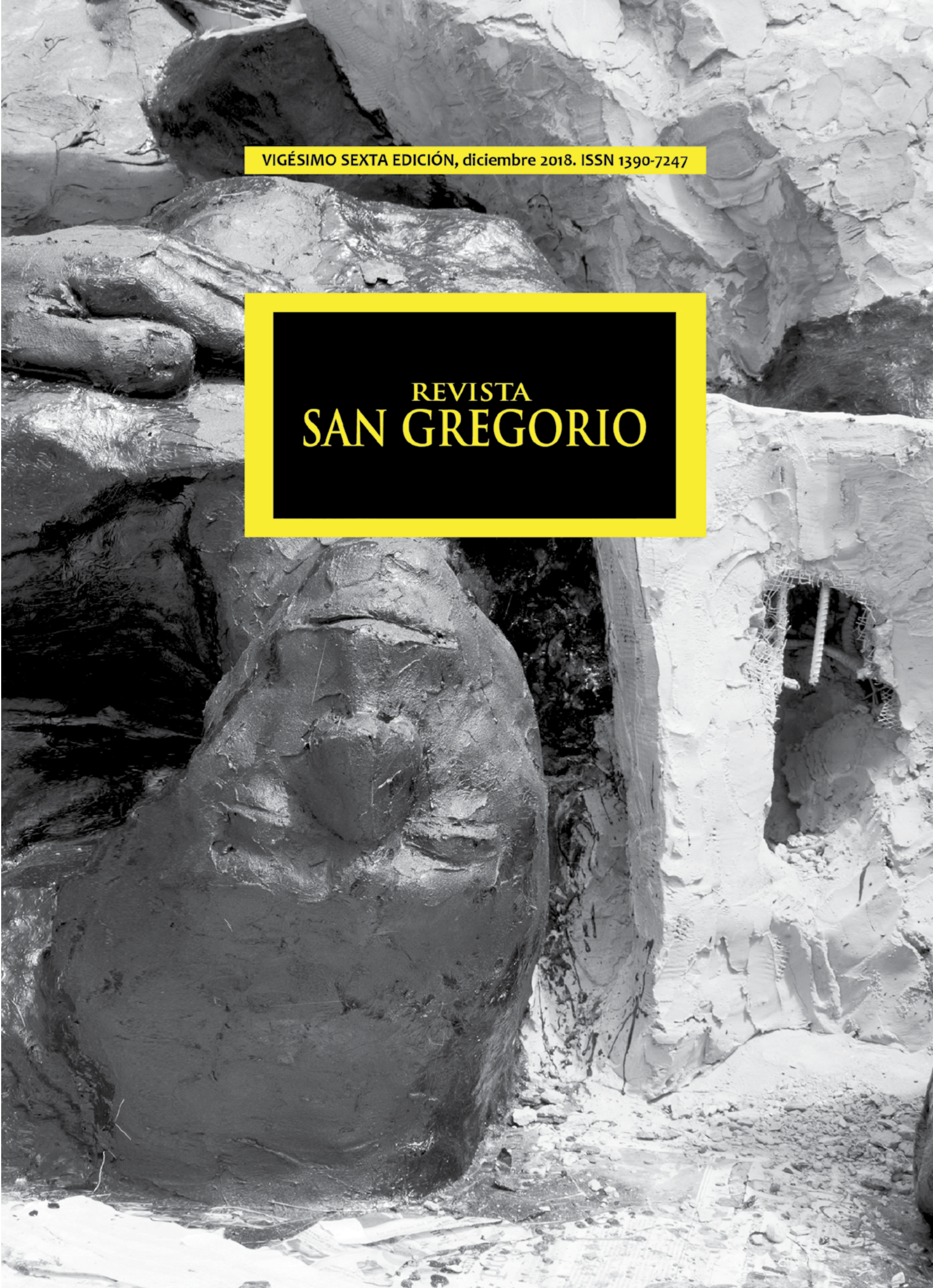


VIGÉSIMO SEXTA EDICIÓN, diciembre 2018. ISSN 1390-7247

REVISTA
SAN GREGORIO



**LAS OPINIONES EXPRESADAS EN LOS ARTÍCULOS DE ESTA REVISTA SON RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LA REVISTA SAN GREGORIO NI DE SU CONSEJO EDITORIAL**

CONSEJO EDITORIAL

Abinzano, Roberto Carlos , Ph.D. Universidad Nacional de Misiones (Argentina)
Borrotto Cruz, Radamés, Ph.D. Universidad San Gregorio de Portoviejo (Ecuador)
Farfán Intriago, Marcelo , Ph.D. Universidad San Gregorio de Portoviejo (Ecuador)
Fernández de Rota y Monter, Antón, Ph.D. Universidad de A Coruña (España)
Pérez Taylor Aldrete, Rafael, Ph.D. Universidad Nacional Autónoma de México (México)
Prieto del Campo, Carlos, Ph.D. New Left Review. (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alarcón de Andino, Lyla. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador
Alarcón Zambrano, Jaime Alfredo, Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador
Alfonso Bouhaben, Miguel. Escuela Politécnica del Litoral. Ecuador
Alfonso Manzanet, José Enrique. Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas de La Habana. Cuba
Aliaga Sáez, Felipe Andrés . Universidad Santo Tomás. Colombia
Alonso González, Pablo. Instituto de las Ciencias del Patrimonio. España
Alvarez Sousa, Antón. Universidad de A Coruña . España
Anido Rivas, José Daniel. Centro de Investigaciones Agroalimentarias "Edgar Abreu Olivo". Venezuela
Anta Féliz, José Luis . Universidad de Jaén. España
Aparicio Gervás, Jesús María. Universidad de Valladolid. España
Ayllón, Bruno. Universidad Complutense de Madrid. España
Bersosa, Fabián. Universidad Politécnica Salesiana. Ecuador
Bolaños Florido, Leidy Paola. Universidad de los Andes. Colombia
Brandariz García, José Angel. Universidad de A Coruña . España
Bravo Morales, Gaudy Claret. Universidad del Zulia. Venezuela
Cabrera Arias, Marina Alejandra. Universidad Central del Ecuador. Ecuador
Cabrera Toledo, Lester Martín. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Ecuador.
Calle Alzate, Laura. Universidad Nacional de Colombia. Colombia
Camas Baena, Victoriano. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Ecuador
Cano Herrera, Mercedes . Universidad de Valladolid. España
Cano Ruiz, Esther. Universidad de A Coruña . España
Carabajal, José Daniel. Universidad Nacional de Santiago del Estero. Argentina
Castellanos, Rebeca. Universidad Nacional de Educación. Ecuador
Cazzaniga, Hernán. Universidad Nacional de Misiones. Argentina
Chavero Ramírez, Palmira. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador
Cruz Quintana, Sandra Margarita. Universidad Nacional del Chimborazo. Ecuador
Cuberos Mejía, Ricardo. Universidad del Zulia. Venezuela
Diz Reboredo, Carlos . Universidad de A Coruña . España
Dueñas Espinosa, Xavier. Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador
Fernández de Rota, Antón . Universidad de A Coruña . España
Fernández Sotelo, Adalberto . Universidad Nacional de Chimborazo. Ecuador
Fernández Suárez, Belén. Universidad de A Coruña . España
Ferreiro Bahamonde, Xulio. Universidad de A Coruña . España
Ferrer Muñoz, Manuel . Universidad Técnica del Norte. Ecuador
Gafas González, Carlos. Universidad Nacional del Chimborazo. Ecuador
Galindo Arranz, Fermín. Universidad de Santiago de Compostela. España
García Mingo, Elisa . Universidad Complutense. España
González de la Fuente, Iñigo . Universidad de Cantabria . España
Haz Gómez, Francisco Eduardo. Universidad de A Coruña . España
Henríquez Coronel, Patricia María. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Ecuador
Lanas Terán, Guillermo Alberto. Universidad Central del Ecuador. Ecuador
Martín Fernández, Ramón Alberto. Universidad de La Habana. Cuba
Molina Cedeño, Ramiro. Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador
Murillo Almache, Ángela Mercedes. Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador
Palacios Ramírez, José . Universidad Católica de Murcia. España
Peña y Lillo, Julio. Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina . Ecuador
Pérez Bravo, Digna D. . Universidad Nacional del Chimborazo. Ecuador
Pérez Caramés, Antía . Universidad de A Coruña . España
Piñero Martín, María Lourdes. Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Venezuela
Pini, Claudia Helena Mónica. Universidad Nacional de Misiones. Argentina
Polo Blanco, Jorge. Universidad Técnica del Norte. Ecuador
Restrepo, Eduardo. Universidad Javeriana. Colombia
Rey Fau, Rafael. Universidad de la República. Uruguay
Reyna García, Adrián Eliceo. Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador
Riadigos Mosquera, Carlos. Universidad de Vicos. Brasil
Ruiz Blázquez, José . Universidad de las Américas. Ecuador
Terán, Fabián . Universidad Iberoamericana del Ecuador. Ecuador
Trejo Peña, Alma Paola. Universidad Regiomontana. México
Vanga Arvelo, María Giuseppina. Universidad Nacional del Chimborazo. Ecuador
Vicedo Tomey, Agustín. Revista Educación Médica Superior. Cuba
Vidal Ledo, María. Revista Educación Médica Superior. Cuba
Villalba Martínez, Félix. Universidad Complutense de Madrid/instituto Caro y Cuervo de Bogotá. España/ Colombia
Zurita Solis, Myriam Katherine. Universidad Central del Ecuador. Ecuador

DIRECTOR DE LA PUBLICACIÓN

Eugenio Radamés Borrotto Cruz, Ph.D. UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO. Ecuador
radamesborrotto@gmail.com

EDICIÓN

María Elena Torrens, MsC (mariaelenatorrensperez@gmail.com)

EDICIÓN Y DISEÑO GRÁFICO

Lic. Rey Rondón Sierra, MsC (reyrondonsierra@gmail.com)

SECRETARÍA EJECUTIVA

Paola Nathaly Galarza Ortega (paodebriones@hotmail.com)

EDICIÓN: PORTOVIEJO- MANABÍ- ECUADOR

ENTIDAD RECTORA: UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

DIRECCIÓN: AVENIDA METROPOLITANA No. 2005 Y AVENIDA OLÍMPICA. PORTOVIEJO

TELÉFONOS: (593 5) 2935002/ (593 5) 2931259/ (593 5) 2932837

CÓDIGO POSTAL: 130105

La revista San Gregorio es una publicación científica, de frecuencia TRIMESTRAL, orientada a la investigación multidisciplinaria y dirigida a investigadores, estudiantes, pedagogos y comunidad científica nacional e internacional.

TODOS LOS ARTÍCULOS QUE APARECEN EN ESTE NÚMERO FUERON REVISADOS Y APROBADOS POR PARES EXTERNOS.

REVISTA SAN GREGORIO es una publicación del Centro de Investigación de la Universidad San Gregorio, de la Ciudad de Portoviejo, Manabí, Ecuador.

LOS ENVÍOS DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES SERÁN RECIBIDOS MEDIANTE LA PLATAFORMA OPEN JOURNAL SYSTEM DE LA REVISTA.

LOS ARTÍCULOS DEBEN SER POSTULADOS EN : www.revista.sangregorio.edu.ec



TODOS LOS CONTENIDOS DE LA EDICIÓN ELECTRÓNICA E IMPRESA DE ESTA REVISTA, SE DISTRIBUYEN BAJO UNA LICENCIA DE USO Y DISTRIBUCIÓN "CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International Public License" (CC-BY-NC-SA)



CONTENIDOS EN ESTE NÚMERO

4	Presentación	Jorge Luis Villacreses Palomeque
6	Análisis crítico de las teorías de la injerencia en el delito omisivo.	Ramiro J. García Falconí Ángel Orna Peñafiel
16	El concepto de cuidado en la Constitución del Ecuador de 2008.	María Paula Romo Rodríguez
30	Los derechos de la naturaleza: Una legitimación de derechos a la Pacha Mama dentro del Estado.	Marllury Elizabeth Alcivar Toala
38	El despido ineficaz y su relación con el principio de no discriminación y el derecho a la estabilidad.	Ana Jesenia Arteaga Moreira
46	Los delitos de omisión propia y el derecho penal ecuatoriano.	Jorge Luis Villacreses Palomeque
54	La regulación de la adopción en parejas del mismo sexo en Ecuador .	Ana Elizabeth Dueñas Cedeño
60	El impuesto a la salida de divisas, entre la regulación extra fiscal y la recaudación.	David Echeverría Villafuerte
68	Análisis de la ponderación desde la perspectiva de un caso.	Brenner Fabián Díaz Rodríguez
76	La soberanía alimentaria en el marco jurídico constitucional del Ecuador.	Julia Raquel Morales Loor
84	El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador.	Henry Villacís Londoño
92	El principio constitucional de proporcionalidad y la actividad legislativa penal ecuatoriana.	Tania Gabriela Villacreses Briones
102	La no sanción a la participación imprudente .	Miguel Ángel Angulo Gaona
110	Grandes empresas familiares, contexto jurídico e incidencia económica.	Patricio García Vallejo
120	NORMAS DE REDACCIÓN PARA ARTÍCULOS Y COLABORACIONES	



PRESENTACIÓN

La Carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, en el contexto institucional y del sistema mismo de educación superior en el Ecuador, ha llevado adelante durante los últimos años, con buen suceso, un arduo trabajo de reorganización y adaptación de estructuras curriculares y de todos sus sistemas de apoyo, a las nuevas realidades y desafíos de una educación superior moderna y con los más altos estándares regionales de evaluación de la excelencia académica; marco en el cual, se han superado satisfactoriamente sendos procesos de acreditación nacional, como Institución de Educación Superior, y de manera más específica, un intrincado y exigente programa de evaluación y acreditación por Carreras, de carácter también nacional, en el que objetivamente fuimos puestos frente a la realidad de todas las carreras de Derecho del Ecuador, ratificando al final, el buen momento que vivimos y la solidez de nuestro programa de pre grado; corolario de los procesos: la Carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo ha superado con creces los estándares requeridos para un eficiente proceso de enseñanza aprendizaje y la construcción de un sólido profesional humanista que aporte a la sociedad en escenarios de respeto a las instituciones democráticas y las libertades individuales como piedra angular de la convivencia armónica que se constituye en principio y fin del esfuerzo del derecho y el valor de la justicia, en conclusión: **ESTÁ DEBIDAMENTE ACREDITADA PARA LOS PRÓXIMOS CINCO AÑOS.**

Pero como aquella anhelada excelencia académica, entendida desde la visión y misión de la Carrera, debe sustentarse en valores como el de la honestidad, que le es connatural, es menester reconocer que todo el esfuerzo ha tenido en la INVESTIGACIÓN y la producción científica su punto más débil y por lo tanto, el principal eje de nuestros esfuerzos presentes y futuros.

A la luz de aquel ejercicio de honestidad académica, se han iniciado procesos de capacitación para todos nuestros docentes en el área de la investigación y de redacción jurídica; se ha contratado revisores editoriales externos que son también consultores de acompañamiento, sin perjuicio del fortalecimiento del Centro de Investigación Científica de la Universidad y el desarrollo y puesta en marcha del proyecto EDITORIAL SAN GREGORIO, así como la contratación y construcción de proyectos de investigación conjunta con renombrados tratadistas nacionales de la talla de Ramiro García Falconí y María Paula Romo, y la contratación de Profesores con Doctorados en Ciencias Jurídicas para dirigir los esfuerzos del claustro docente de la Carrera; en el área de la investigación formativa, el nuevo diseño curricular vigente tiene componentes de investigación como eje horizontal de formación en todos los niveles del constructo curricular, y proyectos de investigación integradores de saberes como requisito de promoción también en todos los niveles, haciendo efectiva la organización sistémica de los tres valores sustantivos de la formación de grado: la académica, la vinculación y la INVESTIGACIÓN.

Una de las primeras cosechas de tal esmero es el presente número monográfico especial de la REVISTA SAN GREGORIO dedicado al campo del derecho, en donde pretendemos desarrollar algunos tópicos de interés social, jurídico e ineludiblemente político (académico) como un aporte para el estudio del derecho, no como la propuesta de verdades absolutas y ni siquiera relativamente ciertas, sino como escenarios y campos de discusión y análisis en la búsqueda del conocimiento y el aporte a la academia ecuatoriana: hemos asumido con compromiso sincero el desafío de proponer y ser objeto de la crítica académica constructiva en aras del desarrollo de la discusión propositiva en la realidad jurídica nacional... el principal logro: transmutar el letargo de una inexistente cultura de investigación y escritura por una activa búsqueda de justicia social a través de la producción científica y la propuesta de una lógica del derecho que responda efectivamente a la estructura de valores que subyacen en la sociedad que la propone y la hace efectiva: La Carrera de Derecho de la Universidad de San Gregorio de Portoviejo presenta así su primer número monográfico especial de Derecho de la Revista San Gregorio con la promesa de que, la investigación y producción científica, ha llegado para quedarse...



Abg. Jorge Luis Millacreces, Mg C.P y C.

DIRECTOR CARRERA DE DERECHO, USGP



**Análisis crítico de las
teorías de la injerencia
en el delito omisivo**

S. QUINTATI AER
EPISCOPI
DE
SCHISM. DONAT

LIBR. VII.

S. P. PROSPER
OPERA

TERTULLI
OPERA

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS DE LA INJERENCIA EN EL DELITO OMISIVO CRITICAL ANALYSIS OF THE THEORIES OF INTERFERENCE IN OMISSION CRIME

RESUMEN

Las teorías de la injerencia en el delito omisivo, van desde aquellas que ven en esta una forma de cooperación negativa para la realización del mismo, hasta aquellas en las que una omisión penal impropia, es posible de forma directa únicamente mediante la puesta en marcha de una causalidad previa, es decir por acciones anteriores ejecutadas que ponen en peligro o vulneran bienes jurídicos. Para la formulación clásica de la teoría de la injerencia, la solución al problema de la omisión se encuentra en la adopción de relación causal objetiva, ya que la situación fáctica de la perpetración de un delito presupone que existe una relación de causa-efecto entre el comportamiento humano y el resultado penal.

PALABRAS CLAVE: Análisis crítico de las teorías; teorías de la injerencia; injerencia en el delito omisivo; conducta.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The theories of interference in omission, ranging from those who see in this form of negative cooperation for the realization of it, to those in which an improper criminal omission, is possible directly only through the implementation of a prior causality, that is to say for previous executed actions that put in danger or violate legal rights. For the classic formulation of the theory of interference, the solution to the problem of omission lies in the adoption of an objective causal relationship, since the factual situation of the commission of a crime presupposes that there is a cause-effect relationship between the human behavior and the penal outcome.

KEYWORDS: Critical analysis of theories; theories of interference; interference in the omission crime; conduct.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ



Universidad Central del Ecuador



ramiro_garcia70@yahoo.com



ÁNGEL ORNA PEÑAFIEL



Universidad Central del Ecuador



angelornap@yahoo.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 DE DICIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 24 DE AGOSTO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

La omisión como conducta constitutiva de un delito se discute desde la antigüedad, así en el derecho romano, por ejemplo, la construcción positiva que fundamenta la ley moral por intermedio del estado, muchas veces iba más allá del principio primitivo del derecho penal privado, por el cual el hombre, si no debe dañar a otro hombre no con intención, ni por causa de desatención o descuido, no está obligado a prestarle auxilio (Mommsen, 1999, p.63). Como consecuencia de lo anterior se incluyeron posteriormente, bajo el criterio de la “conveniencia” a ciertas conductas omisivas como delito, tal es el caso de los delitos contra el estado ¹, falsedad², homicidio de familiares y cercanos ³, así como el hurto ⁴.

En la Edad Media con referencia en la ley, la discusión jurídica y la enseñanza del derecho, solo encontramos reseñas del delito omisivo en forma de casos específicos como consta en el ejemplo del Schwabenspiegel de 1275, sobre la muerte de un preso a causa del hambre, porque el carcelero no suministro alimento. En este caso se le aplicó la pena de encadenarle a la pared de piedra hasta que sufra un resultado equivalente (Schunemann, 1984, p.288). De la misma forma, el artículo 122 de la Constitutio Criminalis Carolina también conocida como Lex Carolina de 1532, considerada como el primer cuerpo de derecho penal alemán, equiparaba la rufianería activa con el no evitarla por parte de los padres; en el mismo sentido, la conducta activa del marido o el propietario de la casa donde se ejercía la prostitución, como a la omisiva de no evitarlo y se condenaba a la misma pena.

El primer análisis de la omisión en abstracto, se lo realiza en el comentario a la Carolina, donde se señala que la pena capital puede mantener a una persona lejos de realizar un daño o mal a otra, pero de ninguna manera puede ser utilizada para obligar a alguien a hacer el bien, sin embargo de lo cual en el caso de la omisión, considera que existe una obligación jurídica de evitar la producción de un resultado lesivo (Kress, 1736).

Llegada la Ilustración, se dicta la Codificación de Prusia de 1794, en la cual no existe un antecedente que pueda considerarse semejante a la construcción de la actual posición de garante, sin embargo se pueden ubicar normas que hacen referencia a la omisión desde lo abstracto⁵, así como varios delitos en los cuales explícitamente se hace referencia a una conducta omisiva⁶. Posteriormente, el Nuevo Orden Criminal de Prusia de 1805 reguló la omisión en el marco de los tipos penales, sin que se haga referencia a alguna institución equiparable a la actual posición de garante, lo cual resulta sorprendente, tomando en cuenta lo avanzada de dicha legislación para su tiempo (Von Cullen, 2007, p.35).

En el derecho penal moderno, el delito omisivo entre otras clasificaciones, debía dividirse en positivos y negativos, siendo el primero el resultante de un acto hecho con cierto fin; y el negativo, el no haberse hecho lo que se tenía la obligación de hacer. Bajo esta posición, el negativo no inspira el mismo grado de alarma siendo muy difícil de probar, no obstante, en muchos casos debe ponerse del lado del positivo. (Bentham, 1839).

En el derecho penal alemán, la propuesta es más elaborada y en un primer momento gira alrededor del “deber jurídico”, así para (Feuerbach, 1989):

...hay un crimen omisivo (del omissionis, por oposición al delict comissionis), siempre que una persona tiene derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria

1. TERTULIANO apol. 2: ad socios, ad conscios usque inquisitio extenditur; ARCADIO C. TH. 9, 14, 3, 6. INSTITUTAS 9, 8, 5, 6, 7.

2. DIGESTO 48, 10, 9, 1: “también por esta causa queda sujeto uno a la pena de falsedad, según también determinaron los Divinos Severo y Antonino, de suerte que los tutores y los curadores, y los que habiendo dejado el cargo no restituyeron la tutela o la curatela, no puedan contratar con el fisco, y si alguno procediendo contra esta ley hubiera sorprendido al erario, será castigado lo mismo que si hubiera cometido falsedad”.

3 DIGESTO 48, 9, 6 también en 1.2.; INSTITUTAS 4, 18, 6.

4 CÓDIGO 9, 13, 1, 3. INSTITUTAS 4, 18, 8.

5. § 8. También el que libremente omitiera hacer lo que la ley le exige, comete por sí mismo un delito. § 9. Ni por actuar u omitir en algo que no se encuentre prohibido por la ley, se considerará que una persona ha cometido delito, si para él o para los demás se puede producir un real perjuicio.

6. Por ejemplo, el § 916. El embarazo “ilegítimo” será castigado, si después del alumbramiento no se notifica la naturaleza del mismo. De igual forma, el § 967. establecía que la parturienta que omitiera fraudulentamente cortar el cordón umbilical y dejare desangrarse a su hijo, sería castigada como homicida.

del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato) que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin lo cual no puede haber ningún crimen por omisión (p. 24).

Esta posición será posteriormente desarrollada por Spangenberg, quien transita el camino abierto por Feuerbach, al establecer un "fundamento jurídico específico" para que proceda la omisión en el ámbito penal, considerando que la ley, a través de su "perspectiva policial", ha incluido a la omisión (tanto la considerada actualmente propia, como la impropia) como tema a tratar (Spangenberg, 1821, pp.523-528). Luego de (Winckler, 1776), es el segundo autor en trabajar monográficamente a la omisión y en lo relacionado a lo que actualmente llamamos como "omisión impropia", funda la obligación jurídica de actuar en la relación que se produce entre ciertos grupos, como el parentesco, la tutela, la pertenencia a las fuerzas armadas, etc. (Spangenberg, 1821, p.539).

Tanto la posición de Feuerbach, como la de Spangenberg, fueron bien recibidas por la dogmática alemana de la primera mitad del siglo XIX, constituyendo entonces la posición mayoritaria (Henke, 1823; Wächter, 1825; Martin, 1829; Heffter, 1833). Vale señalar que en la construcción de Feuerbach no se hacía diferenciación alguna entre omisión propia e impropia, lo cual se mantuvo a lo largo de las once ediciones de su tratado hasta la última de 1832 (Dietrich Herzberg, 1972, p.17).

En cuanto a la legislación del siglo XIX, el Código Penal de Baviera de 1813 sin duda constituye un buen ejemplo de "código moderno" y define la responsabilidad penal desde la conducta y la omisión, así como incluye la omisión en varios tipos penales específicos (Von Cullen, 2007, p.35). Las legislaciones germanas posteriores, como el Código Penal Bávaro de 1822, el Código Penal de Hesse de 1841 o el Código Penal de Sajonia de 1855 mantuvieron a la omisión dentro de la definición de delito (Schöne, 1974, p.286). Aun cuando la omisión se encontraba dentro de la definición de delito en la parte general, quedaba reservado a los tipos penales el establecer en qué casos específicos podía considerarse a la conducta omisiva, como punible, equiparable al de acción (Schunemann, 1984, p.289); (Clemens, 1912, p.17). La discusión de si los delitos de omisión impropia riñen o no

con el Nullum crimen, en cuanto su subsunción en tipos penales diseñados para la forma conductual de acción, no se produce en el siglo XIX.

CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DEBER JURÍDICO DE FEUERBACH

En cuanto a la teoría de la Obligación Jurídica desarrollada principalmente por Feuerbach y Spangenberg, es necesario confrontar la practicidad de la misma versus la realidad jurídica de los casos reales, además de las consideraciones jurídicas predominantes en la doctrina mayoritaria de la segunda mitad del siglo XX (Welp, 1968, p.28).

La crítica ha señalado reiteradamente que es arbitrario equiparar lo que no se hace con lo que sí, justificando dicha equiparación a través de la ilegitimidad del comportamiento de determinadas personas, por la infracción de una obligación jurídica o de una ley del ordenamiento jurídico interno de un estado (Von Bar, 1871, p.28). Estas interpretaciones no deberían utilizarse, ya que los efectos de la equiparación podrían ser en parte muy extensos y a veces reducidos para cubrir los casos de interés penal (Krug, 1855, p.26). En síntesis, esta equiparación sería ilegítima al no existir delito alguno y consecuentemente falta de sanción penal (Luden, 1840, p.238). También se sostiene que la injerencia en este sistema no tiene cabida, ya que no existe una ley u obligación ciudadana que por sí misma obligue a evitar la producción de riesgos, así como ni siquiera la ficción de un contrato entre el que delinque y los afectados. La injerencia no encaja inclusive en las "situaciones jurídicas especiales" planteadas por Spangenberg, que solo establecen relaciones de solidaridad constantes (Vogt, 1950, p.201).

Sin embargo, no hay que olvidar, que de todos modos fue importante que Feuerbach en primera línea, haya planteado una armonización formal de los delitos de omisión, con su concepto de delito como una violación de la ley. Es decir, la lesión de otros derechos siempre pendientes en sentido subjetivo, lo hace también por omisión en la persona de la víctima de un "derecho a la exteriorización efectiva de nuestra realidad" (Feuerbach, 1989). Una aclaración o definición de la estructura sobre la que se construye la posición de garante, no se incluye en la obra de Feuerbach. En este sentido existe

únicamente la precisión naturalista-liberal a partir de las obligaciones civiles del contrato social, la obligación original del ciudadano y de la esfera del derecho penal va únicamente hasta las omisiones (Schröter, 1818).

LAS TEORÍAS DE LA INJERENCIA. SUS INICIOS

Si se quiere realizar un análisis de la teoría de la injerencia desde sus orígenes dogmáticos, sin delimitarla únicamente desde la perspectiva de la teoría formal, se debe partir desde los aportes realizados por (Stübel, 1828), quien en el marco de su contribución a la investigación jurídica, dio inicio a la discusión, sobre si en la omisión de evitar el cometimiento de un delito, se puede ver una cooperación negativa para la realización del mismo; esta pregunta podría ser contestada afirmativamente, únicamente cuando sea impuesta una obligación jurídica de evitar la realización de un delito a través de una ley especial positiva. Solo de forma casual y a manera de delimitación, menciona después el autor como omisiones a aquellas que por sí mismas constituyen un delito especial y que mediante las mismas se lesiona derechos. De la misma forma señala, que no obstante, que hay casos en los que alguna persona, capaz de un comportamiento especial, o por una acción previa del mismo, está obligado a una acción jurídica determinada, por ejemplo, los padres que fracasan con los cuidados necesarios para el mantenimiento y protección de la vida de sus hijos; y aquel que ha trasladado a otro a una situación en la que sin su ayuda no podría sobrellevar su vida, son culpables del delito de homicidio, por la omisión de un comportamiento especial de cuidado y protección, esperado jurídicamente de los padres con respecto a sus hijos en el primer caso, y por la omisión de una acción jurídica determinada posterior a los actos previos realizados en el segundo. Así mismo, se puede pensar el caso en el que alguien encierra a otro y omite proveerle de los alimentos necesarios e indispensables para su supervivencia (Stübel, 1828).

Los actos previos, a través de los cuales se pone a alguien en una situación vulnerable, se encuentran dentro del delito como acciones de injerencia, para la dogmática actual. Previo a esta consideración, Stübel mediante ejemplos casuísticos demuestra la importancia y el efecto de la obligación de actuar en la abstención o evitación de un delito, únicamente

cuando las acciones previas realizadas ponen en riesgo la vida. Aparecería por primera vez dentro del delito y se reconocería abiertamente la “Problemática de la Injerencia” (Stübel, 1828, p.61).

Ya lo menciona el propio Stübel en el año de 1805 en uno de los casos revisados por la Facultad de Jurisprudencia de Wittenberg, donde un terrateniente fue considerado culpable de homicidio negligente por haber empujado a uno de sus trabajadores sobre el hielo, razón por la cual este habría sufrido una fractura peligrosa o inclusive mortal sin que el acusado, por falta de experiencia o falta de medios para curarlo, lo haya asistido y debido a esto la víctima del accidente fallece. Esto tuvo una consideración dividida para Stübel, el hecho que se asocie al terrateniente como autor de la fractura sufrida por la víctima del accidente, por un lado y la falta de cuidado o el impedir la posibilidad de tratar los daños ocasionados como causas de la producción del resultado de muerte por otro (Stübel, 1828).

En la misma línea utilizando la casuística como medio para demostrar la importancia y el efecto de la injerencia, Oerstedt señala que:

... no es raro también, que se produzca un éxito delictivo a través de acciones positivas y omisivas que forman un total indivisible, es decir cuando alguien inflige una herida no mortal sobre otro y luego lo deja en un estado de indefensión en el que posteriormente, como era de esperar, este muere, no admite duda alguna en contra de que se ha cometido un asesinato premeditado intencional (Oerstedt, 1818, p.311).

Estos ejemplos demostrarían de manera suficiente que la idea de la injerencia no requiere de ningún presupuesto o construcción lógica extra para su validez y posterior consideración dentro del análisis del delito y al mismo tiempo ser inmediatamente obvia para el razonamiento casuístico.

LAS TEORÍAS DE LA INJERENCIA (TEMME, KRUG, GLASER, ADOLF MERKEL)

La insuficiente concepción planteada por Luden para demostrar la relación causal, en especial lo que respecta a la relación entre las acciones previas y las efectuadas al momento de la omisión, con la consecuente violación de bienes jurídicos, sería obvia únicamente para

una época del pensamiento causal naturalista como prueba de algo "real" (Jescheck, 1965); y, que los cambios en el mundo exterior provocados por una causalidad de la acción u omisión de un tercero requerirían aún de demostración (Engisch, 1965); en esta línea, surgieron diferentes presupuestos dogmáticos y teóricos que trataron de una forma especial al problema de la causalidad en la injerencia con respecto a la omisión. En conclusión, la teoría de Luden había expuesto entonces que la coincidencia de la acusación y la culpabilidad en los delitos de acción, se produce hasta aquí únicamente de existir una acción previa a la omisión.

El camino a la consolidación de lo que sus autores denominaron como las teorías de la injerencia, se construye en base a lo propuesto por Temme, Krug, Glaser y Adolf Merkel, cuyos supuestos comparten la búsqueda de agotar las soluciones de causalidad a la problemática de la omisión, con ayuda de la causalidad de las acciones previas (Kaufmann, 1959, p.266).

Uno de los primeros en encontrar la causalidad de la omisión fue Temme, sobre las acciones previas, en donde el éxito fáctico puede ser provocado solo a través de actividades positivas y la mera inacción no es idónea para la existencia y consideración jurídica de la inactividad; en este sentido, el caso de los delitos de omisión impropia requiere siempre de un comportamiento positivo con un trasfondo, es decir, la acción y la omisión conforman un "todo" (Temme, 1853, p.266). Sin embargo, las acciones previas peligrosas no constituirían un requisito necesario en cada comisión delictiva por omisión, sin confrontar su efecto obligatorio, sino con ayuda de una causalidad efectiva. En conclusión, no queda claro entonces considerar como un "todo" a las acciones positivas y negativas dentro de lo planteado, como señala (Welp, 1968, p.34).

El trabajo de Krug en sintonía con lo expuesto con Luden, establece la convicción de reducir el margen del problema de la causalidad en la omisión, ya que, sin relación de causalidad, a su criterio no existe posibilidad de imputación, entonces la pura inactividad no tendría valor y por lo tanto nunca podría ser causa de un éxito delictivo. En este sentido, este autor presupone que "las acciones que forman parte del éxito de un curso causal

se encuentran relacionadas entre sí", lo cual implica la pérdida de una relación con el curso causal, en una acción o actividad previa a la omisión. Esto hace posible la comprensión y complementa la omisión en sí misma, de tal manera que lo que imperaría en el "comportamiento típico", no sería el dolo del "acompañante" de la acción, sino principalmente del éxito delictivo ocasionado por la omisión en cuestión (Krug, 1855). El continuo manejo de los acontecimientos por parte del autor, justifica las relaciones jurídicas necesarias mediante las cuales la voluntad en la omisión sería dolosa (Krug, 1855, p.36), sin embargo, debido a esto, no es necesario que se relacione con el "inicio" de la misma, sino que sea determinante para la producción de un éxito delictivo.

De lo mencionado tenemos, la prueba de una causalidad material verdadera de Temme y un mayor desarrollo, con respecto a la relación de causalidad de las omisiones, en la construcción de Krug, con las acciones previas ejecutadas para asegurar el éxito de una actividad delictiva. En contraposición con lo propuesto por Feuerbach, la exigibilidad de una obligación especial de cualquier tipo se establecería de forma libre; es decir, mediante una intervención que debe ser calculada, en cuanto al caso en concreto, mediante un suceso o acontecimiento esperado de una acción positiva determinada de la obligación y que, derivado de este, sea efectuado en el momento decisivo (Krug, 1855, p.38).

Debido a que la obligación se basa en una "promesa formal de servicio o actuación", sea en un ámbito público o privado, resulta una limitación, la idea que únicamente la infracción de una obligación especial deba ser la causa de un éxito delictivo, porque el disfrute y aprovechamiento del derecho, se deriva de la obligación que solo puede darse en base a un principio de confianza de la persona comprometida u obligada para cesar con el riesgo o peligro a un bien jurídico.

La obligación de una garantía administrativa contra el riesgo público o general, puede también basarse en ciertas acciones, de las que por su naturaleza se desprende una obligación positiva especial. Estas son en principio las "acciones que constituyen un peligro público" (Welp, 1968, p.35), para quien el autor por sí mismo, debe proceder con cautela para evitar también posibles inconvenientes

o riesgos a terceras personas. Krug plantea un ejemplo para aclarar la situación de la creación de un riesgo público o general, “aquel encargado de una detonación o explosión de una mina, al preparar una cantidad de dinamita para el efecto, debe advertir y evitar cualquier posible acercamiento de otras personas debido al riesgo creado por las acciones previas ya efectuadas” (Krug, 1855, p.40). Lo mismo se aplica para las acciones previas, mediante las cuales se puede producir un peligro concreto, como por ejemplo la madre que deja a su hijo morir de hambre, mediante la consecución de diferentes actividades previas, la falta de cuidados, la incapacidad de proveer alimentos; o aquel que adquiere una vivienda cuya puerta de ingreso se abre únicamente desde el exterior y a sabiendas del estado de la cerradura, no la compone e imprudentemente la cierra, es responsable del peligro ocasionado por la situación posterior de encierro (Krug, 1855, p. 41-61).

En resumen, se establece que una omisión penal impropia, es posible de forma directa únicamente mediante la puesta en marcha de una causalidad previa, es decir por acciones anteriores ejecutadas que ponen en peligro o vulneran bienes jurídicos, o indirectamente, mediante la confianza en la actividad de quien genera un peligro concreto para evitar el mismo. Donde no existe tal relación, un sujeto no sería ni siquiera el autor del éxito delictivo, así fuera el único que lo podría evitar (Krug, 1855, p. 41).

Otro teórico de la Injerencia es Julius Glaser, quien concibió la formulación clásica de esta teoría, al ubicar la solución al problema de la omisión, en la adopción de una relación causal objetiva, ya que la situación fáctica de la perpetración de un delito presupone que existe una relación de causa-efecto entre el comportamiento humano y el resultado penal (Glaser, 1858). Una omisión entonces no entra en consideración penal delictiva, cuando la primera acción y el transcurso de una cadena de causas previas, en las que se ubica el cese del éxito delictivo, están completamente fuera de la competencia de su actividad real, sino que requiere de una causación entre el hacer y el dejar de hacer para que se produzca un resultado penal, de manera que es necesario el control real y total de la causalidad entre lo que se hace y lo que no (Glaser, 1858).

La crítica a la posición de Glaser recae fundamentalmente en el reconocimiento del *dolus subsequens*, es decir para los casos en los que el sujeto adquiere conocimiento del riesgo creado con posterioridad a este. Lo desarrollado por este autor considera que la reciprocidad entre el actuar de los individuos y el mundo exterior, es en extremo compleja, por lo que el mismo manifiesta que “estas relaciones de reciprocidad deberían someterse sin inconvenientes para el correcto y adecuado conocimiento de la compleja antítesis entre el hacer y el omitir” (Glaser, 1858, p. 296). Frente a esta antítesis, es un grave error el intentar dividir el comportamiento humano en dos grupos o esferas del actuar, ya que en términos esenciales este representa una unidad (Welp, 1968, p. 38). Al respecto de esta idea, Glaser manifiesta que a partir del momento en el que una persona entra en contacto con el objeto de una infracción, dentro de una relación real hasta aquel en donde la existencia o no de la infracción se ha convertido en totalmente independiente de su arbitrariedad, en ese lapso de tiempo, las acciones positivas y negativas representan un todo, en las que el dolo ya forma parte de las acciones previas y preparatorias realizadas, otorgando a las mismas de forma retrospectiva, una naturaleza delictiva (Glaser, 1858, p. 301). La incorporación del dolo dentro de la ejecución de acciones previas o preparatorias es uno de los principales aportes a la Teoría de la Injerencia, debe entenderse en un primer momento cuando “acontece” la infracción o lesión, es decir, cuando aún se representa una posibilidad de evitar la producción de la infracción, para el concepto constitutivo de omisión, entonces no se generaría dolo dentro de la unidad antes descrita de acciones y omisiones.

En el mismo sentido, Glaser establece la consecuencia de deducir desde un inicio la respuesta a la pregunta sobre la existencia de una obligación jurídica especial, puesto que esta deducción no intenta cambiar la naturaleza objetiva de la conducta, calificada como irrelevante. Incluso únicamente mediante mandato positivo de la ley se podría dar tratamiento a la omisión como si esta hubiera causado el éxito delictivo de la infracción, pero no se puede afirmar que en efecto lo haya provocado (Glaser, 1858, p. 309). Esto tiene cabida sobre todo en la comisión por omisión, únicamente en lo que se refiere a la obligación de una persona de actuar de una forma determinada y que su conducta no comporte

una causa delictiva, es decir, con respecto a la obligación, omitir lo prohibido.

La obligación especial de prevenir la producción de resultados delictivos, en la mayoría de los casos producto de una causalidad de acciones previas, no se realiza por accidente o casualidad. Con respecto a estos casos, Glaser afirma que no porque una persona determinada tenga el deber de evitar un accidente, se puede considerar que lo ha provocado, todo lo contrario, por la adopción de esta obligación se genera un estado de las cosas, en el que la mera omisión ya es suficiente para hacer inevitable la ocurrencia del accidente (Glaser, 1858, p. 313).

La inobservancia de obligaciones jurídicas especiales, daría como resultado casos en los que nuestro propio comportamiento previo, provoca un estado de las cosas, en el que no se estaría obligado a prestar ayuda, debido a que nuestra actuación previa genera un daño en concreto (Glaser, 1858, p. 375). Esto es aplicable sobre las acciones previas y su naturaleza de "generar obligaciones", ya que, por esta actuación previa, lo único que se establece de forma clara sería la relación causal con el éxito delictivo; sin embargo, según lo antes expuesto, el éxito delictivo se origina en nuestro propio actuar positivo previo, en donde se presentarían dificultades solo si el acto positivo se produce en un momento en el que no actuábamos con dolo.

Después de los grandes avances generados por Krug y Glaser, para consolidar la Teoría de la Injerencia tenemos a Adolf Merkel. Este autor considera que debido a que en cada delito comisivo, se asume que el daño ocasionado tiene su causa eficiente en el comportamiento realizado por el supuesto autor, la mera inacción u omisión aislada sin una relación determinante con el hecho dañoso no sería suficiente para entrar en una consideración de relevancia penal, ya que en este caso lo que aconteciere se volvería totalmente independiente y fuera de nuestra capacidad de control (Merkel, 1867). Únicamente la omisión de ciertas acciones determinantes, sin las cuales no se produciría ningún riesgo o incluso el éxito delictivo como tal, tendría relevancia dentro del análisis de un curso causal delictivo (Merkel, 1867).

A diferencia de sus predecesores, Merkel busca el peligro del *dolus subsequens* so-

lamente cuando el efecto producido por el mismo, tiene repercusión en el curso causal generado por las acciones previas ejecutadas. Dado que la prohibición de cometer delitos incluye el mandato de impedir acciones riesgosas o amenazantes que puedan afectar bienes jurídicos, serían legítimas las acciones que en sí mismas constituyan medidas preventivas de producción de riesgos y delitos. En este sentido, las acciones previas ejecutadas constituirían plenas acciones riesgosas que complementan el efecto dañoso y el éxito delictivo de la omisión (Merkel, 1867).

En un grupo social organizado, existe la idea de una responsabilidad general de cuidado de la integridad y los valores de la misma, lo que provoque una persona también le es imputado dentro de una "esfera jurídica externa", por lo que no es suficiente una relación causal para atribuirle la autoría de un comportamiento delictivo determinado a una persona, sino que se exigiría una cierta "previsibilidad" del éxito delictivo al momento de realizar las acciones previas de injerencia; Merkel al respecto considera que cuando la actividad anterior a que se produzca la omisión, es decir por la ejecución de acciones previas, tiene un grado de probabilidad de afectar intereses de terceros y poner en riesgo ciertos derechos ajenos, se debe evaluar los límites de la esfera de nuestra actuación, sin que con esto se justifique la responsabilidad legal; y descubrir ¿cómo las consecuencias de esa falta de previsibilidad podrían atribuir al actor una consideración criminal? En tal caso, la posterior omisión aparecería para el que la realiza, como indiferente jurídicamente y cada actividad positiva que realice carecería de sentido y consideración de la misma índole (Merkel, 1867, p. 110).

La limitación de responsabilidad penal planteada por Merkel esperaba salvar a la Teoría de la Injerencia de las "consecuencias imposibles" de resolución que se habían planteado y estaban presentes desde Krug y Glaser (Merkel, 1867, p. 85). Todo lo trabajado por este último autor, pretendía aclarar la causalidad en la Teoría de la Injerencia, lo que posteriormente sirvió para la recurrente y dividida discusión de la causalidad en los delitos de omisión, tal es el caso del fabricante de armas, que reconoce un rifle fabricado por él como el medio de producción de un delito o el arquitecto de la casa que construyó, que amenaza con derrumbarse después de un

terremoto; ninguno de los dos se mostraría como responsable por no evitar la producción del delito o de generar el riesgo en cada uno de los casos planteados, ya que las acciones previas realizadas por estos se efectuaron en el marco de la libertad de acción y no mantienen relación directa con la causalidad posterior, la cual sobrepasa los límites de actuación y previsibilidad al momento de efectuarlas.

El mismo autor, con respecto a la omisión señaló que no solo la causalidad y la antijuridicidad (condicionada) se desarrollarían sobre las acciones previas o de injerencia, sino también la culpabilidad. Desde su perspectiva esto ocurriría en el momento en que se requiera previsibilidad de las consecuencias de la acción (Merkel, 1867, p. 86).

A pesar de todo lo propuesto por Merkel, en el desarrollo dogmático de la(s) teorías de la injerencia en los delitos de omisión, no se ha podido establecer una obligación jurídica especial para evitar la producción de un éxito delictivo, ya que la autoría delictiva no se fundamenta en una obligación jurídica, sino en las eventuales producciones delictivas. Debido a esto no se puede tratar en primera instancia como omisión, la diferencia entre dos situaciones con diferente peso causal. Por incumplimiento de un deber se la establece en base a una vinculación legal existente al momento en el que suceden; además, sería obligatorio considerar esta diferencia y su vinculación a una ley, en el sentido de la teoría de una obligación jurídica especial de injerencia, si las consecuencias de las acciones previas efectuadas en el momento que se realizan eran previsibles; cualquier riesgo o daño posterior producido por una combinación de circunstancias accidentales de peligro, no podría formar parte de la relación causal entre las acciones previas y el resultado delictivo dañoso; sin embargo no es suficiente para justificar una obligación de evitar la producción del éxito delictivo (Merkel, 1867, p. 115).

Las Teorías de la Injerencia presentan algunos aspectos críticos que deben analizarse, comenzando con que se basa en la premisa unánime de sus representantes que un comportamiento delictivo puede ser considerado como tal únicamente si el mismo ha sido causado activamente en lo fáctico, ya que, al tratarse de omisiones basadas en acciones previas, tiene la misma estructura causal que cualquier otra acción con la misma conside-

ración. Al contrario de lo que propone (Kaufmann, 1959, p. 243) esta comprobación no debe realizarse mediante una ampliación de la causalidad en los rasgos constitutivos generales del tipo penal, sino a través de la inclusión de las características especiales que presentan las omisiones basadas en acciones previas, diferenciando para el efecto los delitos de omisión impropia de los delitos de acción, solamente por su divergente relación temporal entre la responsabilidad y la acusación del riesgo o éxito penal (Von Rohland, 1887, p. 22).

CONCLUSIONES

Las teorías de la injerencia se construyen una tras otra, consolidándose en base a los aportes de sus autores, los cuales insisten en intentar solucionar el problema de la causalidad en los delitos de omisión basados en acciones previas de injerencia que, a pesar de generar conceptos importantes para explicar la relación fáctica entre la acusación de un riesgo o afectación a un bien jurídico y la responsabilidad penal del sujeto que las efectúa, no terminan siendo suficientes para dar una respuesta clara a la relación causal en los delitos de omisión. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bentham, J. (1839). Compendio de los tratados de legislación civil y penal. Madrid: Imprenta de Jose Maria Repulles.
- Clemens, O. (1912). Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch.: Breslau: Schletter.
- Herzberg, R.D. (1972). Rolf; Die Unterlassung nim Strafrecht und das Garantenprinzip. Berlin: Walter de Gruyter.
- Englisch, K. (1965). Vom Weltbild des Juristen Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse. Heidelberg: Winter.
- Feuerbach, J. A. (1989, &24). Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, 14ta. Edición de 1847, traducción de Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi.
- Glaser, J. (1858). Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht.: Viena: Tendler .
- Heffter, A. W. (1833). Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exklusiven Landesrechte.: Schwetschke.
- Henke, E. (1823). Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Teil I. Berlin: Nicolai.
- Jescheck, H. H., & GERD, G. H. (1965). Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des directors einer englischen Limited (ZStW), (77).
- Kaufmann, A. (1959). Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen: Schwartz.
- [13] KRESS, J. P. (1736). Commentatio Succinta in Constitutionem Criminales Caroli V. Imperatoris. Art. CXIII § 4 Anm. 3.
- Krug, A. (1855). Studien zur Vobereitung einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung des Criminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen. Voigt & Günter, : Leipzieg, .
- Lduden, H. (1840). Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Band 2. Vandenhoeck und Ruprech. Göttingen.
- Martin, C. (1829). Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalrechts mit Rücksicht auf das 1813 publicirte Strafgesetzbuch für Baiern. Heidelberg.
- Merkel, A. (1867). Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Mommsen, T. (1999). Derecho Penal Romano. Bogota: Temis
- Oerstedt, A. S. (1818). Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral un Gesetzgebungsphilosophie I. : Kopenhagen: Gyldendal,.
- SchÖne, W. (1974). Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz: Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte. Köln: Heymann.
- SchrÖter, K. A. (1818). Handbuch des peinlichen Rechts, Bd. 1. Hälfte: Leipzig.
- SchÜnemann, B. (1984). Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche verantwortritchkeit für. En ZStW34. Berlin: De Gruyter.
- [Spangenberg. (1821). Neues Archiv des Criminalrechts 4. Berlin: Schwetschke.: Sohn.
- StÜbel, C. C. (1828). Über die Teilnahme mehrerer Personen an einen Verbrechen. Dresden: Hilscher.
- Temme, J. D. (1853). Lehrbuch des Preubischen Strafrechts. Berlin: Trautwein.
- Voct, A. (1950). Das Pflichtproblem der Kommissiven Unterlassungen in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 63. De gruyter.
- Von Bar, L. (1871). Die Lehre vom Casualzusammenhange im Rechte ins besondere im Strafrechte. Tauchnist: Leipzig.
- Von Cullen, S. (2007). Das "rechtliche Einstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt. Berlin. : Duncker & Humblot.
- Von Rohland, W. (1887). Die strafbare Unterlassung. Dorpart y Leipzig. : Mathiesen.
- WÄchter, C. G. (1825). Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Enthaltend die Einleitung und der allgemeinen Theil. : Stuttgard: Metzler.
- Welp, J. (1968). Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung. Berlin: Duncker & Humblot.
- Winckler, C. (1776). De crimine omissionis,; Frankfurt.



A black and white photograph of a person's face, partially obscured by a yellow rectangular frame containing text. The person's face is in profile, looking towards the left. The image is high-contrast, with deep shadows and bright highlights. The yellow frame is centered over the person's face. The background is a textured, dark surface.

**El concepto de cuidado
en la Constitución del
Ecuador de 2008**

EL CONCEPTO DE CUIDADO EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 2008

THE CONCEPT OF CARE IN THE CONSTITUTION OF ECUADOR OF 2008

RESUMEN

En la Constitución del Ecuador, vigente desde octubre del 2008 y que se enmarca en lo que se ha denominado el Nuevo constitucionalismo latinoamericano, se encuentra presente por primera vez el concepto de cuidado. Se trata de un interesante enfoque que cuestiona los paradigmas clásicos de la economía, la distribución sexual del trabajo y el valor económico y social que se asigna a las tareas que hacen posible la reproducción de la vida. En el presente estudio se parte de una caracterización de la Constitución ecuatoriana y algunos elementos generales, luego una breve revisión del componente económico para llegar al concepto al que dedicaremos mayor análisis: el cuidado. Este concepto nacido de la crítica feminista sobre la distribución del trabajo y su valoración económica, es novedoso en nuestra Carta Magna y en general en el Derecho Constitucional de la región. Luego de desarrollar algunos conceptos alrededor del “cuidado” se hace un análisis de la presencia de este concepto en el texto constitucional, en disposiciones declarativas y programáticas y también en las que tienen consecuencias jurídicas y presupuestarias concretas. A manera de conclusión se presentan reflexiones sobre los desafíos que este concepto impone tras cerca de diez años de vigencia de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Constitución y el concepto de cuidado; distribución del trabajo y valoración económica.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

In the Constitution of Ecuador, in force since October 2008 and framed in what has been called the New Latin American constitutionalism, the concept of care is present for the first time. It is an interesting approach that questions the classical paradigms of the economy, the sexual distribution of work and the economic and social value that is assigned to the tasks that make possible the reproduction of life. In this essay, we start with a characterization of the Ecuadorian Constitution and some general elements, then a brief review of the economic component to arrive at the concept to which we will devote more analysis: care. This concept, born of feminist criticism about the distribution of work and its economic valuation, is novel in our Magna Carta and in general in the Constitutional Law of the region. After developing some concepts around “care”, an analysis is made of the presence of this concept in the constitutional text, in declarative and programmatic provisions and also in those that have specific legal and budgetary consequences. As a conclusion, reflections are presented on the challenges that this concept imposes after nearly ten years of validity of the Constitution.

KEYWORDS: Constitution and the concept of care; work distribution and economic valuation

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



MARÍA PAULA ROMO RODRÍGUEZ



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



mpromo@gmail.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 DE ENERO DE 2018

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 30 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008¹

La Constitución ecuatoriana del 2008, conocida también como Constitución de Montecristi por la localidad en que la Asamblea sesionó, fue el resultado de un significativo proceso de movilización social y consecuencia de un contexto de crisis económica e institucional en cerca de una década de inestabilidad política. Se trata de una constitución extensa y reglamentaria, compuesta por 444 artículos. En ella se identifica un fuerte papel del Estado en tanto capacidad de regulación y como eje central de la planificación (obligatoria para todo el sector público y referencial para el resto de sectores). El Ecuador pasa de la división clásica de Montesquieu de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; a la organización de cinco funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y la Función de Transparencia y Control Social. El sistema de gobierno es presidencialista (característica inmutable en nuestra historia y como norma general en la región), aunque muchas de las potestades del Presidente han estado ya presentes en constituciones anteriores. Otra característica de la Constitución es que propone un paradigma distinto al tradicional de las democracias liberales al cambiar el objetivo central del bien común por aquel –asumido desde la cosmovisión indígena– del buen vivir o *sumak kawsay*²; a partir de él se organizan una serie de normas bajo la denominación Régimen del Buen Vivir, que incluye los capítulos sobre: inclusión y equidad (educación; salud; seguridad social; hábitat y vivienda; cultura; cultura física y tiempo libre; comunicación social; ciencia, tecnología, innovación

y saberes ancestrales; gestión del riesgo; población y movilidad humana; seguridad humana y transporte); además del capítulo de biodiversidad y recursos naturales (naturaleza y ambiente; patrimonio natural y ecosistemas; recursos naturales; suelo; agua; biósfera, energía urbana y energías alternativas).

El artículo 1 de la Constitución, colocado bajo el título de Elementos constitutivos del Estado, define así la estructura creada por la norma suprema:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

La norma ecuatoriana es la única en América Latina en definir al Estado como “constitucional”, lo mismo sucede con la expresión “de derechos” (Ávila, 2008). Estado constitucional que tiene como implicaciones la radicalización democrática, el control del poder, el papel central de la dignidad humana, la rigidez y supremacía constitucional, entre otros (Salazar, 2006). Por otro lado, el término “justicia” no puede mirarse como un recurso retórico, sino que debe ser entendido como un principio que estructura al Estado, incluso hay quienes sostienen que la sola expresión del Estado constitucional se compromete ya con el principio general de la justicia, sea que se encuentre expresamente nombrado en la Constitución, o no. (Häberle, 2007, p. 415).

La participación ciudadana tiene un papel central en el texto constitucional. No sólo por

1. Esta caracterización consta en: Romo, M.P. (2016). *La comunicación declarada servicio público: mecanismo para justificar el control de contenidos*. En: Romo, M.P., y Martínez, A. *Una mirada multidisciplinaria en relación a la prestación de los servicios públicos*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito

2. “En la cosmovisión andina, el *sumak kawsay*, también conocido como *allin kawsay*, es uno de los principios más importantes de la disciplina o modo de vida andino. Las frases *kichwas sumak kawsay* y *allin kawsay* guardan relación con una misma idea que ha sido asimilada en el castellano como *buen vivir* o *vivir bien*, a pesar de que su traducción literal conlleva una cierta diferencia. *Allin kawsay* significa espléndida existencia puesto que *allin* quiere decir ‘magnífico’ o ‘espléndido’ y *kawsay* se traduce como ‘vida’ o ‘existencia’, mientras que *sumak kawsay*, en cambio, tiene una connotación estética puesto que *sumak* es un adjetivo que califica lo hermoso o lo bello y, por lo tanto, significa hermosa vida o bella existencia.” Silva Portero, Carolina. ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? En *Ávila Santamaría, Ramiro*. Editor. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ministerio de Justicia del Ecuador. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. p.111-154.

la declaración inicial de que “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad” sino también por una serie de mecanismos de intervención en las decisiones de poderes públicos: desde iniciativa popular normativa y de reforma constitucional, pasando por la posibilidad de revocatoria de mandato de todos los funcionarios elegidos, hasta la creación de una Función del Estado para promover que sean los ciudadanos los principales decisores en asuntos tradicionalmente reservados al Legislativo como la designación de los órganos de control³.

Finalmente se toman las palabras de Roberto Gargarella sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano – en el que se enmarca la norma suprema del Ecuador– para subrayar que se trata de una constitución con un alto valor político, con un énfasis en combatir la “marginación político-social de los grupos excluidos”. El nuevo constitucionalismo –con claras raíces en el siglo XIX– se mostraba ansioso por ir más allá de la función negativa que se le asignaba de modo habitual, y pretendía ponerse al servicio de la construcción de nuevas realidades sociales, más igualitarias. (Gargarella, s.f.).

El mismo Gargarella plantea la posible tensión entre estas herramientas de inclusión y participación y la concentración de poder que caracteriza al híper presidencialismo (Gargarella, 2011), en efecto esa ha sido la constante en las reformas que ha sufrido (y está sufriendo) la Constitución de Montecristi: en el 2011 el Presidente Correa, entre otros temas, propuso la intervención del Ejecutivo en la Función Judicial⁴. En estos meses se discute la segunda reforma de la Constitución que entre sus puntos más importantes se encuentra la de autorizar la reelección indefinida, la calificación de la comunicación como servicio público, o la autorización para la intervención de Fuerzas Armadas en la seguridad interna.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Aunque se trata de un enfoque disciplinario tradicionalmente anglosajón es cada vez más común el realizar análisis que vinculan al Derecho Constitucional y la economía (Safar, 2009). El contenido constitucional destinado a regular las actividades o los intercambios económicos es a lo que se conoce como “Constitución económica” (Cao, 2013), esta:

(...) posee una función jurídico-ordenadora en términos de los intercambios económicos. Esto en atención a que las actividades económicas –como todas– no se encuentran ajenas al imperio de la norma suprema, que es fuente de fuentes de todo el sistema jurídico. Considerar lo contrario y desconocer la autoridad constitucional por sobre la economía implicaría reconocer que esta última puede funcionar al margen de la Constitución. (...) ninguna actividad humana puede posicionarse al margen de la norma suprema formal y material, principalmente alrededor de los derechos allí reconocidos. (Cao, 2013, p. 30).

Con una constitución casi reglamentaria como la ecuatoriana (contiene 444 artículos) existe material suficiente para extenderse en el examen de la Constitución Económica, sin embargo, en este estudio se pretende profundizar sólo en un concepto novedoso –para el Ecuador y la región–, el de la economía del cuidado, incorporado en la norma constitucional a partir del 2008.

EL MODELO ECONÓMICO: ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA

En lo que tiene que ver con la economía la Constitución ecuatoriana reconoce tres formas de propiedad: privada (y su función social), pública, y comunitaria; además de la libertad de contratación y empresa. La Ley Mayor diseña un Estado con fuerte intervención en la economía y un papel central en la planificación que es “obligatoria para

3. Se refiere al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que fue diseñado a nombre de mecanismo de participación y decisión ciudadana pero casi diez años después sobran los ejemplos para demostrar que en la realidad ha cumplido un papel que no sólo ha dificultado la participación ciudadana (al intentar institucionalizarla, regularla, autorizarla) sino que ha servido para sacar del ámbito del control político y público una serie de decisiones vitales para la democracia ecuatoriana. A enero de 2018, el presidente Lenin Moreno ha convocado a Referéndum en el que uno de los objetivos es modificar esta institución y el mecanismo de designación de sus miembros.

4. Años después de la reforma unas de las evaluaciones más interesantes se encuentran en el estudio de Luis Pásara. Ver: Pásara, Luis. (2014). *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal.

el sector público y referencial para el sector privado”. La “economía social y solidaria” reemplaza a la fórmula “economía social de mercado” de la Constitución anterior, aprobada en 1998 (León, 2009).

El valor básico de la economía, en un Régimen de Buen Vivir, es la solidaridad. Por lo tanto, se busca una economía distinta a la actual, caracterizada por la búsqueda de la libre competencia, que anima al canibalismo económico entre seres humanos y que alimenta la especulación financiera. A partir de la definición constitucional de una economía social y solidaria se aspira a construir relaciones de producción, de intercambio y de cooperación que propicien la suficiencia (más que la sola eficiencia) y la calidad, sustentadas en la solidaridad. Se habla de productividad y competitividad sistémicas, es decir medibles en avances de la colectividad y no sólo de individualidades sumadas muchas veces en forma arbitraria. (Acosta, 2010, pp.20-21).

También es característica de la Constitución de Montecristi el papel central que juega la planificación, se crea una institucionalidad dedicada exclusivamente a la planificación nacional y se prevé la existencia de Planes Nacionales de Desarrollo cuya “observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores” (Constitución del Ecuador, artículo 280).

La Constitución lleva al detalle las reglas generales para las políticas públicas en los temas económicos, productivos y financieros. A este sistema lo denomina Régimen del Buen Vivir, recuperando el concepto de “sumak kawsay” de la cosmovisión andina (al que se hizo referencia en páginas anteriores) y pretendiendo poner, en palabras de Magdalena León: “a la vida en el centro de la economía” (León, 2009, p. 64).

ECONOMÍA Y CUIDADO

El concepto del cuidado y de la economía del cuidado surge de la necesidad de “hacer visible lo que tradicionalmente la economía ha mantenido oculto: el trabajo familiar doméstico y sus relaciones” (Varela, 2005, p. 206). Las sociedades se mantienen gracias a una gran cantidad de trabajo que no sólo se realiza sin remuneración, sino que pocas veces se valora como tal. La división sexual del trabajo también tiene un componente sobre

el reconocimiento que se asigna a las tareas de cuidado, asociadas automáticamente como responsabilidades naturales de las mujeres; esta diferencia sobre el valor del trabajo se refleja en la desigualdad económica que se obtiene cuando estos servicios se prestan en el mercado, remunerados.

La teoría económica tradicional presume que el sujeto de sus análisis “no tiene niñez ni se hace viejo, no depende de nadie ni se hace responsable más que de sí mismo” (Varela, 2005, p. 209). Esto evidentemente es falso, la actuación del *homo economicus* en la sociedad y el mercado sólo es posible porque hay alguien, mujeres en casi la totalidad de los casos, que a través de su trabajo no remunerado –soporte e intermediación afectiva incluidos– hace posible su desempeño.

¿A qué se refiere el concepto de cuidado? ¿Cuál es su relación con la economía?: Es posible organizar en dos tendencias las definiciones que se ensayan alrededor del trabajo de prestación de cuidados: la primera centrada en criar y educar, en resumen: en “producir la fuerza de trabajo”. La segunda tendencia, la de la reproducción social que se refiere a aquellos trabajos para el mantenimiento de la vida y la reproducción de la próxima generación; trabajos que pueden ser mentales, manuales y emocionales. (Lamaute-Brisson, 2013).

Como resulta evidente en este punto, la relevancia de tratar lo referente a la economía del cuidado no sólo implica visibilizar tareas y ocupaciones vitales que suelen no reconocerse como trabajo; sino también analizar las implicaciones de que nuestras sociedades asignen estas tareas como una ocupación natural de las mujeres. Estas consideraciones que ayudan a comprender la dinámica compleja de la reproducción social y la producción económica, deben tener una respuesta desde el Derecho y las políticas públicas. Ahí la importancia de incorporar en el análisis –y en la Constitución– el concepto de cuidado.

TAREAS DE CUIDADO, HOGARES ECUATORIANOS, USO DEL TIEMPO

La familia es sin duda la institución que más a cambios ha sufrido en este último periodo de la historia. En el Ecuador entre 1990 y 2009 las familias han pasado de tener 5 a 4 personas por hogar. Los hogares monoparentales, de ser 21% del total se han

convertido en el 31% en el 2008 y de éstos, el 70% tienen mujeres jefas de hogar; la mayor parte de ellas están en los quintiles de menores ingresos y en la zona rural, por tanto, en sectores en donde existe menos empleo, menos educación y mayor rezago salarial (Vásconez, 2013).

Las características de los miembros de estos hogares son especialmente relevantes, pues se consideran como los mayores demandantes de cuidado a los niños y niñas de menos de 5 años, los adultos mayores, las personas con enfermedades o discapacidades, o quienes están sobrecargados de trabajo remunerado. Si bien para el 2009 los hogares en que viven hijos de menos de 5 años han pasado del 50% (1990) al 30%, el 54% de los hogares con más de 3 hijos menores de 5 años pertenecen al quintil más pobre. (Vásconez, 2013).

Empezamos esta sección caracterizando los hogares ecuatorianos para comprender mejor el uso del tiempo de los hombres y las mujeres en nuestro medio. Desde hace algunos años, varios países de América Latina cuentan con información estadística que permite cuantificar el alcance de las tareas de cuidado realizadas mayoritariamente por mujeres (CEPAL, 2010); se trata de encuestas de uso del tiempo. En el Ecuador contamos con los datos arrojados por la encuesta nacional del año 2007 (que tuvo una experiencia piloto en 3 de las 24 provincias del país en el año 2005).

La distribución de actividades domésticas y de cuidado en los hogares ecuatorianos es tan dispar que mientras las mujeres dedican en promedio 31:49 horas semanales a trabajo no remunerado; los hombres utilizan 9:09 horas en ese mismo periodo. Es decir, las mujeres trabajan 22 horas y 40 minutos más que los hombres en actividades no remuneradas⁵: la suma de las tareas domésticas y las actividades de cuidado. (INEC y Comisión de Transición, 2012). Gráfico 1. Tiempo total de trabajo (remunerado + no remunerado) (Ver Anexos).

Este gráfico nos muestra que las mujeres ecuatorianas –como en el resto del continente– dedican más tiempo total al trabajo que los hombres, sin embargo, la mayor cantidad de horas de trabajo están en tareas no remuneradas, mientras los hombres dedican mayoritariamente su tiempo al trabajo remunerado. Las más obvias consecuencias de esta distribución son, entre otras: las mujeres tienen menos ingresos y menos ahorro, por tanto, menos autonomía económica; para las mujeres es mucho más difícil el acceso a la propiedad; y, menor acceso a la protección de seguridad social, pues éste está vinculado al empleo formal.

Ahora bien, la dedicación a las actividades domésticas como preparar alimentos o encargarse de la ropa y la limpieza superan en mucho las horas dedicadas al cuidado de personas (niños, niñas, ancianos, personas enfermas o con discapacidad). Gráfico 2. Tiempo trabajo no remunerado (actividades domésticas + cuidado de personas) (Ver Anexos).

De entre las actividades domésticas, aquella que ocupa mayormente el tiempo de las mujeres es la relacionada a la alimentación. Imposible no mirar que la asignación a las mujeres de las tareas de preparación de alimentos, tienen un fuerte componente cultural:

(...) la preparación de alimentos y su servicio tradicionalmente ha sido un elemento central de la cohesión familiar, una demostración de afecto de las mujeres hacia su familia inmediata (hijos, hijas y esposo) y mediata (nietos y otros parientes), una forma de socializar, festejar, mostrar retribución y agradecimiento. Si bien las familias están cada vez más alejadas de su vivienda a las horas de comida, estos procesos siguen siendo muy relevantes, y en su mayoría se realizan en forma manual (Vásconez, 2013, p. 387).

Gráfico 3. Porcentaje de tiempo dedicado a actividades domésticas y de cuidado,

5. Trabajo remunerado: Es todo el trabajo que realiza la Población Económicamente Activa ocupada, y que se encuentra incorporado en el valor de la producción de bienes y servicios incluida en la frontera del Sistema de Cuentas Nacionales y cuya contraparte es una remuneración a los asalariados o un ingreso en dinero o en especie o mediante un beneficio. Trabajo No remunerado: Está fuera de la producción económica, pero se encuentra dentro de la frontera de la producción general que abarca la producción del Sistema de Cuentas Nacionales. Comprende el trabajo doméstico no remunerado y de cuidado familiares realizado en y para el propio hogar, como para otros hogares, las actividades comunitarias no remuneradas, y el trabajo voluntario no remunerado. (Gómez, 2010).

según tipo de actividad. Sector Urbano. (Ver Anexos).

Los datos reflejan más horas de dedicación en los sectores de menores ingresos y en los casos de mujeres con mayor número de hijos. La distribución del trabajo doméstico y las tareas de cuidado son aprendidas y enseñadas como “naturales” a través de un sinnúmero de mecanismos culturales. Esto marca el uso del tiempo de las mujeres de todos los estratos y todas las edades; condicionando así oportunidades de estudio, laborales y económicas en general:

El tiempo es un factor fundamental en la vida de las mujeres, como lo es su papel en la reproducción humana. Estos dos atributos están indisolublemente relacionados, independientemente de la localización y sus múltiples características. Aunque se podría plantear que la división sexual del trabajo se basa en la biología, muchos podrían argumentar que proviene de la combinación de la biología y las culturas patriarcales. (Jain, 2013, p. 21).

Los niños y niñas, así como los ancianos, siempre necesitarán cuidado. Todos los miembros de la familia requieren para su propia supervivencia y su desempeño contar con alimentos, condiciones de limpieza, vestimenta, descanso y cuidado en situaciones de enfermedad. Por tanto, ya que las necesidades de cuidado “no pueden ser suprimidas, no se eliminan, la discusión posible es cómo se asignan y cómo se dividen estas responsabilidades” (Varela, 2005, p. 210).

El plantear la discusión sobre cómo se dividen las actividades domésticas no es un asunto interno ni depende de la organización de cada familia; todo lo contrario, implica cambios en patrones culturales y hay que tener presente que sobre ellos actúan también como incentivos la legislación y las políticas públicas. Desde el reconocimiento exclusivo para mujeres de derechos laborales reproductivos, hasta la oferta pública de servicios de cuidado para niños y niñas de menos de cinco años, pasando por las políticas destinadas a las personas con discapacidad y sus familias; todos son factores que reproducen o fortalecen esta desigual distribución del trabajo. También inciden en esta asignación los programas de protección social que condicionan ciertos beneficios al cumplimiento de estas tareas por parte de las mujeres:

Si bien la recarga de trabajo no remunerado que recae sobre las mujeres de acuerdo a las cifras de usos del tiempo es un rasgo transversal a todos los países y sectores sociales, esta carga sería especialmente intensa en dos situaciones muy diferentes, demandando distintos tipos de actividades: en los países y sectores de mayor pobreza, y/o donde es baja la capacidad estatal de protección social y en aquellos países donde el Estado ha desarrollado una oferta importante de servicios, programas y transferencias, que aumenta el tiempo y tareas de articulación de las mujeres que ‘califican’ para recibirlos a nombre de su grupo familiar (Provoste, citada por Jain, 2013, p. 26).

La información teórica y estadística expuesta en las páginas anteriores nos ofrece una base sobre la cual comprender la importancia de la inclusión del concepto de cuidado en la Constitución ecuatoriana. Si bien estas páginas se concentran en ella, el tema del cuidado está cada vez más presente en la legislación y política pública en toda la región:

Sin dudas, el aporte de la economía feminista que ha tenido mayor impacto en América Latina ha sido la incorporación del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, o la economía del cuidado, en el análisis económico, lo que se ha reflejado en el relevamiento de información sobre el uso del tiempo, en los análisis y en el diseño de políticas sociales y de cuidado, y en la construcción de cuentas satélites de los hogares. (Esquivel, 2016, pp. 111-112).

LA ECONOMÍA DEL CUIDADO EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 2008

Nos hemos extendido en el examen teórico de estos conceptos pues son nuevos sobretodo para quien estudia el Derecho Constitucional o pretende, como en este caso, una aproximación desde el punto de vista de los contenidos de la constitución económica.

Como se señaló en las primeras líneas de este estudio, la Constitución del Ecuador fue la primera en incorporar en su texto estos conceptos en disputa con las concepciones económicas tradicionales. En concreto, las tesis sobre el cuidado se incorporan en los artículos 69, 325, 333, y 369.

En la primera mención, en el marco de los conceptos y regulaciones sobre familia cabe señalar que uno de los grandes cambios en el

derecho ecuatoriano de las últimas décadas, ha sido el paso de concebir a la familia como una unidad (lo que invisibiliza las relaciones en su interior) a mirarla como un conjunto de individualidades, en donde cada uno de los integrantes tiene derechos. En el artículo que precisamente se corresponde con este enfoque, el 69, la Constitución ecuatoriana señala:

ART. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (subrayado fuera de texto).

La siguiente mención a la noción de cuidado se encuentra en el artículo 325, en relación a las modalidades de trabajo, entre las que se encuentran las "labores de cuidado humano". Aunque puramente declarativo, este artículo representa la incorporación de lo que hasta ese entonces había sido un concepto periférico, no parte del Derecho constitucional:

ART. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores. (subrayado fuera de texto).

El contenido de este artículo, en relación al auto sustento y cuidado, se reproduce en el artículo 333 de la Constitución, esta vez como justificación de políticas públicas de un régimen laboral de conciliación entre el trabajo y la vida familiar (Arriagada, 2005), (otro concepto novedoso en el derecho laboral e íntimamente ligado a los que analizamos en estas líneas): "El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano". También en el artículo 333 se dispone una orientación para las políticas de seguridad social que "se extenderán de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar":

ART. 333.- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de auto sus-

tento y cuidado humano que se realiza en los hogares.

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley.

Finalmente, en la que constituye la disposición constitucional más clara y con efectos jurídicos/presupuestarios concretos, se encuentra la del artículo 369 que contienen la obligación del Estado de financiar con sus "aportes y contribuciones" las prestaciones de la seguridad social "para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado":

ART. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. (Subrayado fuera de texto).

Con fundamento en esta disposición, a fines de 2015, la Asamblea Nacional aprobó y expidió la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar⁶ (Ley Orgánica 483, 2015) que no ha estado exento de críticas pues no incluye cobertura de salud, la jubilación se haría efectiva luego de 240 prestaciones, es decir 20 años de aporte, y si bien el Estado subsidiaría lo correspondiente a miles de mujeres beneficiarias del Bono de Desarrollo Humano, para quienes no están en este grupo se exige el aporte del grupo familiar (hijos o esposo) lo que podría llevar a una situación de mayor dependencia a una persona que realice tareas de cuidado. Lamentablemente este proyecto de ley fue una especie de caballo de Troya a través del que se aprobaron dos disposiciones profundamente perjudiciales para el sistema de seguridad social en el país y respecto de los derechos, pues se redujeron las utilidades que recibían los trabajadores por encima de un techo determinado (lo que sería claramente inconstitucional y contrario al principio de progresividad de derechos); y se eliminó la obligación legal que hasta ese momento era clave para la sostenibilidad del régimen nacional de jubilación: el aporte del 40% de las pensiones que realizaba el Estado.

Resulta paradójico que usando como símbolo político el concepto de cuidado, un profundo cuestionamiento feminista sobre los conceptos clásicos de la economía y la distribución y valoración del trabajo, el ex presidente Rafael Correa haya impulsado la aprobación de dos reformas claramente regresivas para los derechos sociales.

MÁS ALLÁ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

La incorporación de las nociones de tareas de cuidado y economía de cuidado deben convertirse en elemento para el análisis de decisiones normativas o de política públicas. Es necesario reconocer que vivimos en sociedades que, más allá de lo que estipule la Constitución o la ley, poseen complejos sistemas de control social; que dividen y asignan tareas a hombres y mujeres; que establecen distintas condiciones o modelos de permisividad sobre ellos; y que estas estructuras tienen consecuencias concretas. El hecho de que las tareas de cuidado de otras personas y las tareas domésticas sean principalmente realizadas por mujeres representa un impacto en sus economías y sus proyectos de vida. Niñas que abandonan la educación, mujeres con menos oportunidades laborales, ancianas que luego de una vida de trabajo en sus propios hogares no se encuentran cobijadas bajo ningún sistema de seguridad social y no tienen ninguna propiedad.

Nuestras sociedades aún se organizan bajo el supuesto de una estructura familiar en que un adulto está dedicado completamente al cuidado de la familia, es forma de organización (o falta) de los servicios, los horarios, los mecanismos de ascenso laboral o remuneración, etc., terminan siendo cubiertos por mujeres⁷.

Los horarios escolares y de los servicios públicos, de hecho, no son compatibles con los de una familia en que todas las personas adultas trabajan remuneradamente. Y no se ha generado un aumento suficiente en la provisión de infraestructura y servicios de apoyo para cubrir las necesidades de niños, niñas y otras personas dependientes. “(...) Así las mujeres

6. Denominada Ley para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, fue presentada a la Asamblea Nacional por iniciativa del Presidente de la República a través del Oficio No.T.6343-SGJ-14-849. En la exposición de motivos le dedica al tema sólo dos párrafos, en el primero señala que el trabajo no remunerado del hogar es realizado fundamentalmente por mujeres, en el segundo párrafo ya se refiere a las personas que estarían fuera de la protección de jubilación usando el masculino del plural:

Por otro lado, el trabajo no remunerado del hogar, realizado fundamentalmente por mujeres, cumple una función económica y social de importancia central para la sociedad, que no ha sido objeto de reconocimiento normativo ni social.

A pesar de los muchos avances realizados hasta la fecha, la inmensa mayoría de las personas que realizan trabajo del hogar no remunerado se encuentran al margen de toda protección. Consecuencia de todo ello, un gran número de los adultos mayores, no pueden acceder a una pensión de jubilación, circunstancia que aumentarían los riesgos de exclusión social entre las personas de mayor edad. Por otra parte, la universalización del derecho a la Seguridad Social tiene como objetivo ofrecer a las personas una protección integral frente a los riesgos sociales a lo largo de toda su vida, aspiración que no podrá materializarse con las tasas de afiliación actuales.

7. En el caso de mujeres de más altos ingresos, son otras mujeres las que realizan las labores de cuidado. Hay interesantes estudios sobre migraciones de mujeres hacia países en que crece la fuerza laboral femenina. En el caso de mujeres de bajos ingresos, a falta de servicios estatales, redes de otras mujeres (abuelas, vecinas, hijas menores) se ocupan de las tareas necesarias para el cuidado o de las horas adicionales que se requieren para este trabajo.

han tenido que asumir una doble ocupación, desplazándose continuamente de un espacio a otro, superponiendo e intensificando sus tiempos de trabajo remunerado y no remunerado" (OIT-PNUD, 2009, p.66).

Los conceptos que se han explorado en este estudio y en los contenidos de las normas constitucionales no sólo pretenden visibilizar esta realidad, medirla, comprenderla, sino que cuestionan el funcionamiento del sistema económico y su interpretación, (Rodríguez, 2012, p. 28). Las ideas alrededor del cuidado debaten también con las normas de organización y disciplinamiento de nuestras sociedades, principalmente aquellas a través de las cuales se construye a las mujeres como las responsables exclusivas de lo doméstico.

CONCLUSIONES

Una Constitución tiene por objeto organizar los pilares básicos de la sociedad y el poder, y establecer los límites de la relación entre estos dos mundos. Más allá de la valoración de su conveniencia o no, en muchos de los países sudamericanos, las constituciones son además símbolos políticos, escenarios de disputa ideológica, espacio para escribir las reivindicaciones de la movilización social; por tanto, van mucho más allá del contenido básico que para ellas pretende la teoría. Mientras más detalladas y complejas las normas constitucionales, mayor la necesidad de analizarlas desde perspectivas que superen al Derecho y las Ciencias Políticas. El estudio de los componentes económicos de una constitución o lo que se ha llamado la "constitución económica" es indispensable. El derecho y la economía van de la mano; las constituciones –según la época y la ideología– contienen concepciones sobre el Estado y el poder que son inseparables de concepciones sobre la economía y el mercado. No se puede por tanto hacer una lectura o una interpretación integral de una constitución sin una cabal comprensión de su dimensión económica.

A lo anterior habría que añadir la renovada fuerza del control constitucional: la creciente tendencia a garantizar la exigibilidad de las normas constitucionales, por lo que ninguna disposición puede o debe leerse como mera declaración, sino más bien que cada concepto, cada término, alimenta el contenido global de la Constitución y a raíz de él

se interpretará la constitucionalidad de leyes, actos administrativos o incluso decisiones judiciales.

En estas páginas hemos seleccionado un solo concepto en la dimensión económica, el del cuidado, no sólo por su novedad sino por su complejidad y vinculación con tantos otros aspectos, esta noción debería alimentar los debates sobre horarios de trabajo y criterios de selección o ascenso laboral; la organización y contenido del sistema educativo –incluido el pre escolar–; las políticas públicas de protección social diseñadas para "familias" o "mujeres"; la contabilidad nacional; las regulaciones civiles sobre matrimonio, divorcio, tenencia, alimentos; el sistema de seguridad social y jubilación; entre muchos otros aspectos.

Incorporar las nociones de cuidado implica un cuestionamiento a la economía y también al derecho, es adquirir un nuevo lente para mirar una realidad compleja. Estas líneas pretenden explicar la inclusión de estos conceptos en el texto constitucional ecuatoriano y cuán amplio podría ser su impacto; procuran también señalar elementos aún desconocidos o poco integrados en los análisis constitucionales a los que estamos acostumbrados. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2011). El Buen (con) Vivir, una utopía por (re) construir: Alcances de la Constitución de Montecristi. *Otra Economía*, 4(6), 8-31.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi - Ecuador: Editorial Jurídica El Forum.
- Arriagada, I. (2005). Los límites del uso del tiempo: Dificultades para las políticas de conciliación, familia y trabajo. En: *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales-LC/L. 2373-P-2005-p. 131-148.*
- Ávila Santamaría, Ramiro. (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia, en Ávila. R. Editor. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.
- Ávila Santamaría, R. F. (2011). El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008.
- Basabe Serrano, S. (2011). Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007). Quito: FLACSO Sede Ecuador.
- Cao, C. A. (2015). Constitución socioeconómica y derechos fundamentales: estudio comparado entre los casos de España y Argentina. Ediar.
- CEPAL (2010) Tiempo total de trabajo (remunerado y no remunerado). Recopilación experiencias encuestas Uso del tiempo en los países. División de Asuntos de Género. Recuperado de <http://www.cepal.org/oig/noticias/paginas/3/38403/tiempototaltrabajo.pdf>
- Esquivel, V. (2016). La economía feminista en América Latina. *Nueva Sociedad*, 265, 103-116.
- Gargarella, R. (2011). El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, 48, 289-306.
- Gargarella, Roberto. (s.f) El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes. Recuperado de http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf
- Gómez Luna, M. E. (2010). Directrices y referentes conceptuales para armonizar las encuestas de uso de tiempo en América Latina y el Caribe. documento presentado en la Reunión Internacional Estadísticas sobre el Uso del Tiempo y Políticas Públicas, México, DE, 30.
- Häberle, Peter. (2007). El estado constitucional. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- INEC Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, y Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres, (2012). *Uso del Tiempo 2012, Presentación de Principales Resultados.* Recuperado de http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Uso_Tiempo/Presentacion_%20Principales_Resultados.pdf
- Jain, D. (2013). Incorporación de la perspectiva de género en el progreso económico. En: *Redistribuir el cuidado: el desafío de las políticas.* Santiago: CEPAL, 2013. p. 19-51. LC/G. 2568-P.
- Lamaute-Brisson, N. (2013). Redistribuir el cuidado: para un nexo de políticas públicas. En: *Redistribuir el cuidado: el desafío de las políticas.* Santiago: CEPAL, 2013. p. 69-118. LC/G. 2568-P.
- León, M. (2009). Cambiar la economía para cambiar la vida. *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, 63-74.
- Ley Orgánica 483/2015, de 20 de septiembre, para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, R.O. Tercer Suplemento, de (2015).
- OIT, P. (2009). Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación, con corresponsabilidad social. Recuperado de línea: http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/documentos/trab_familia [OIT-PNUD]. pdf.
- Pásara, L. (2014). Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto de Defensa Legal.
- Rico, M. N. (2006). Las mujeres latinoamericanas en la migración internacional. documento presentado en el seminario internacional Las mujeres trabajadoras inmigrantes y sus aportes al desarrollo del país de acogida y de origen, en el marco del segundo Foro social mundial de las migraciones, Madrid, 22.
- Rodríguez Enríquez, C. (2012). La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico? *Revista Cepal*.
- Romo, M.P. (2016). La comunicación declarada servicio público: Mecanismo para justificar el control de contenidos. En: Romo, M.P., y Martínez, A. *Una mirada multidisciplinar en relación a la prestación de los servicios públicos.* Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Safar, Mónica. (2009). Análisis económico del derecho Constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública. En *Revista Derecho del Estado*, 23, 175-190.

Salazar Ugarte, Pedro. (2006). La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México.

Silva Portero, C. (2008). ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? Ávila Santamaría, R., La Constitución del 2008.

Ullmann, H., Maldonado Valera, C., & Rico, M. N. (2014). La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado.

Valenzuela, M. E., & Mora, C. (2009). Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente. Santiago: Organización Internacional del Trabajo.

Vásconez Rodríguez, Alison (2013) Protección social y trabajo no remunerado. Redistribución de las responsabilidades y tareas del cuidado: el caso del Ecuador. En Calderón Magaña, Coral (Coordinadora). Redistribuir el Cuidado. El desafío de las políticas. CEPAL, Cuadernos de la CEPAL, 101. Santiago.

Varela, Nuria. (2005). Feminismo para principiantes. Barcelona



ANEXOS

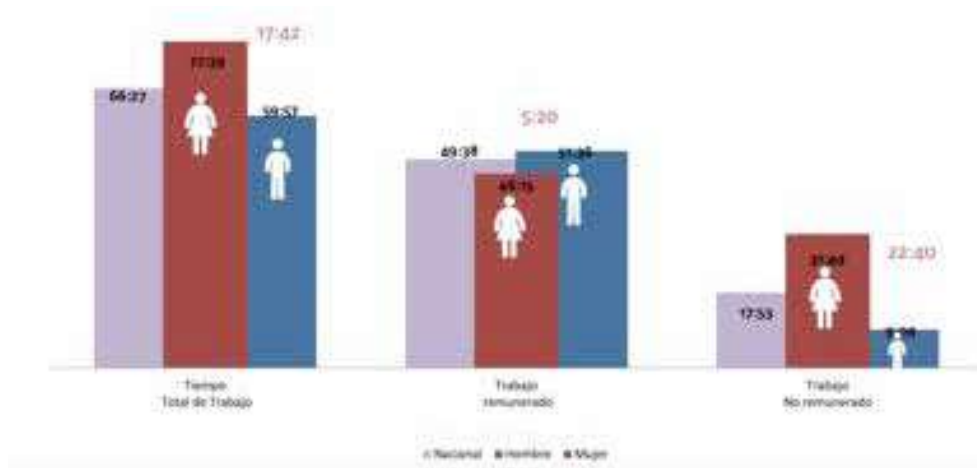


Gráfico 1. Tiempo total de trabajo (remunerado + no remunerado)
Fuente: EUT (INEC y Comisión de Transición, 2012).

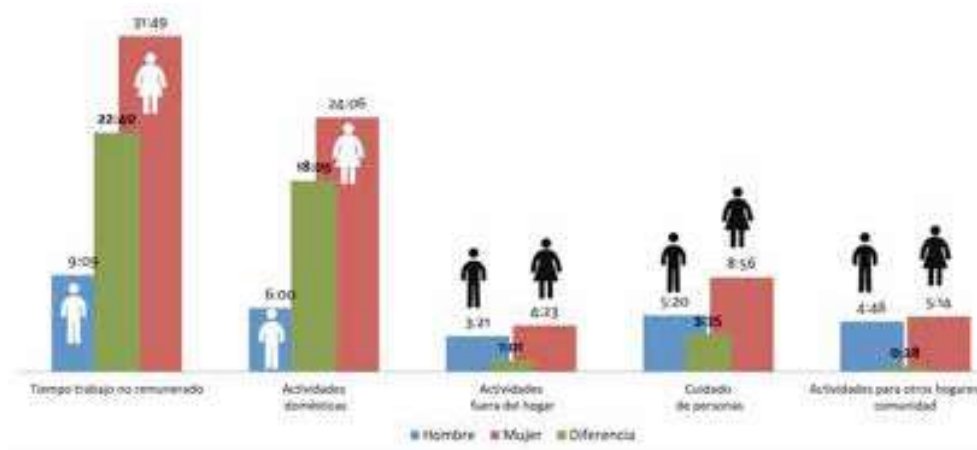


Gráfico 2. Tiempo trabajo no remunerado (actividades domésticas + cuidado de personas)
Fuente: EUT (INEC y Comisión de Transición, 2012)

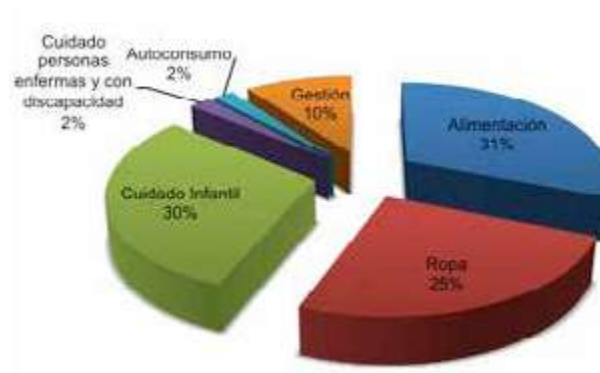



Gráfico 3. Porcentaje de tiempo dedicado a actividades domésticas y de cuidado, según tipo de actividad. Sector Urbano.
Fuente: INEC, Encuesta Nacional de Uso del Tiempo, 2007. Elaboración propia





**Los derechos de la naturaleza:
Una legitimación de
derechos a la Pacha Mama
dentro del Estado**

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: UNA LEGITIMACIÓN DE DERECHOS A LA PACHA MAMA DENTRO DEL ESTADO

THE RIGHTS OF NATURE: A LEGITIMATION OF RIGHTS TO PACHA MAMA WITHIN THE STATE

RESUMEN

En el presente trabajo se ofrece una discusión jurídica sobre la naturaleza como sujeto de derechos dentro de la normativa constitucional ecuatoriana. Se intenta una definición de naturaleza junto con una reseña del desarrollo de la noción de la misma como sujeto de derechos. Luego se presenta el tratamiento de la naturaleza en la constitución ecuatoriana que trasciende su estatus jurídico de objeto a sujeto, junto con los derechos que le reconoce y garantiza. Se aborda el tratamiento procesal de la naturaleza, por medio de la figura de la representación o tutela, para finalizar con la interrogante sobre quién ha ejercido dicha representación con base en un caso concreto. En suma, el trabajo constituye un estudio normativo con elementos doctrinarios dentro de un abordaje descriptivo y analítico.

PALABRAS CLAVE: Naturaleza; derechos; sujeto de derechos; representación.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work offers a juridical discussion on the nature as subject of rights within the Ecuadorian constitutional norm. A definition of nature is attempted together with a review of the development of the notion of it as a subject of rights. Then the treatment of nature in the Ecuadorian constitution that transcends its legal status from object to subject, along with the rights it recognizes and guarantees. The procedural treatment of nature is addressed, by means of the figure of representation or guardianship, to end with the question about who has exercised such representation based on a specific case. In short, the work constitutes a normative study with doctrinal elements within a descriptive and analytical approach.

KEYWORDS: Nature; rights; subject of rights; representation.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



MARLLURY ELIZABETH ALCIVAR TOALA



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



mealcivar@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana de 2008, por primera vez en la historia, la naturaleza se convirtió en sujeto de derechos en un texto constitucional. Si bien ya existían antecedentes en el ordenamiento jurídico boliviano, el rango supremo fue obra del constituyente ecuatoriano.

Dicha consagración aseguró a la naturaleza el derecho al respeto integral de su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, así como a la restauración. Derechos cuyo ejercicio en instancias procesales supone (por sus propias características) el uso de la figura de la representación, tal y como se aplica respecto de las personas incapaces.

En el presente trabajo ofreceremos un acercamiento a las nociones sobre naturaleza, los antecedentes históricos de su tratamiento jurídico que desemboca en su reconocimiento como sujeto de derechos, para luego abordar las implicaciones procesales de dicho reconocimiento; y finalizar con el cuestionamiento sobre quien ejerce o debiera ejercer su representación.

LA NATURALEZA – PACHA MAMA

Para definir a la naturaleza es menester tener en cuenta que actualmente existe una visión conservacionista, que la sitúa en un marco de protección en virtud del cual se espera un desarrollo sustentable de los elementos físicos para mantener la biósfera del planeta Tierra. En este sentido la Carta Mundial de la Naturaleza, estableció como principio general que: “Se respetará la naturaleza y no perturbarán sus procesos esenciales” (Naciones Unidas, 1982).

Según Pérez, el contenido de esta Carta se enfoca en la conservación del medio en que se desarrolla la vida, determinando que:

Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan. (Pérez, 2012).

De igual manera, la Carta Mundial de la Naturaleza reconoce a los seres humanos como parte de la naturaleza. De este modo, si se toman en cuenta sus pronunciamientos, se podría definir a la naturaleza como el conjunto de sistemas naturales en los que viven y se desarrollan las diferentes especies que habitan el planeta.

La doctrina no ha logrado concordar una definición única de naturaleza, por lo que, para llegar a comprender de forma general esta noción, resulta necesario dejar a un lado la visión bio-centrista y analizarla desde su contenido, alcance y finalidad.

Pérez (2012) afirma, “*que la naturaleza es sin duda el medio en que se desarrolla la vida y, finalmente esta concepción, constituye las verdaderas manifestaciones de la vida como la sensación, intuición, razonamiento y espíritu del hombre en la naturaleza*”. (p. 11).

En el ámbito regional andino, los movimientos ecologistas han potenciado la noción de pacha mama o Madre Tierra como la denominan los indígenas, sosteniendo que la naturaleza es el lugar donde se integran, desarrollan y relacionan las comunidades humanas, los animales, los vegetales, bajo un mismo código de reglas de conducta en pro de la conservación ambiental y cultural.

Desde un punto de vista jurídico, la naturaleza y su definición (en Ecuador) responden a un régimen de derechos que la hacen sujeto de los mismos, pero que por su condición debe ser representada a la hora de hacerlos justiciables.

ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN A LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

El reconocimiento de derechos a la naturaleza es producto de una historia tan larga como difusa. Según Zaffaroni, “en el caso de los animales, en la Edad Media se asistió a una verdadera manifestación del poder eclesial y

laico a través de los denominados juicios a los animales" (2011, p.112). Tales manifestaciones de reconocimiento formal de derechos a animales no humanos, únicamente se relacionaban a procedimientos en los que se cautelaba el derecho a la defensa, es decir a un juicio justo.

A pesar de que estas manifestaciones no constituyeron propiamente prácticas, ni instituciones jurídicas permanentes, ellas dan cuenta de un importante antecedente sobre un primigenio reconocimiento de los derechos a la naturaleza.

Ya en la Edad Moderna, no es posible identificar un régimen de protección jurídica a la naturaleza, debido en gran parte al pensamiento predominante que propugnaba el imperio de la razón, donde la naturaleza era tratada como un objeto al servicio del hombre y de ninguna manera podía ser considerada como un sujeto de derechos.

Ahora, pasando al contexto latinoamericano actual, encontramos países como Bolivia y Ecuador que, en su ordenamiento jurídico han incorporado la noción de derechos de la naturaleza. Bolivia lo ha hecho vía infraconstitucional por medio de dos leyes; la Ley de Derechos de la Madre Tierra y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Buen Vivir. Por su parte, Ecuador lo ha hecho por vía constitucional, a partir del 2008.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR

La constitucionalización de los derechos de la naturaleza en 2008, ha constituido un hito histórico que ha cambiado el estatus jurídico la naturaleza de objeto a sujeto.

En este sentido, Prieto ha resaltado que:

A partir del reconocimiento que se hizo de los DDN en la Constitución de 2008, hemos visto un aumento considerable en el número de documentos que se produjeron en Ecuador con relación al nuevo tema constitucional, entendiéndose por tal el cambio de paradigma en cuanto a la posición de la naturaleza frente al hombre. (2013, pp.19 -20).

El reconocimiento sobre el cual se ha hecho referencia se encuentra contemplado en la Constitución ecuatoriana en su artículo uno,

inciso segundo que señala que, la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. Esos derechos son; el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y el derecho a su restauración (Asamblea Constituyente, 2008).

Con estas disposiciones constitucionales se definieron conceptos claves dentro de la configuración de estado constitucional de derechos y justicia, abandonando las tradicionales tesis liberales, según las cuales el Estado tenía únicamente la función de asegurar derechos a los seres humanos, en un enfoque antropocéntrico, dentro del cual, la naturaleza solo puede fungir el rol de objeto.

El objeto de tutela jurídica a la naturaleza constituye la protección jurídica de la vida por encima de los intereses económicos o conceptos utilitarios, y es expresión de una ética validada por el Derecho donde prevalece la conservación de la diversidad biológica por su valor per sé.

LA NATURALEZA COMO SUJETO PROCESAL

Uno de los problemas trascendentales que supone el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, dice relación con su tratamiento como sujeto procesal. Evidentemente, al no poder actuar por sí misma, debe hacerlo bajo el mismo sistema aplicable a las personas incapaces, es decir, vía representación. En este sentido, Ramiro Ávila ha señalado que, lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al status de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina representación legal o tutela. (2011, p.200).

Las personas naturales o jurídicas que actúan como representantes de la naturaleza en un proceso no podrán reclamar en el mismo caso sobre sus derechos individuales o colectivos, puesto que lo que se persigue, es el beneficio del sujeto que representan. En definitiva, el fin de la acción es hacer efectivo el derecho a la restauración que se encuentra reconocido en el Art. 72 de la CRE.

Una cuestión importante dentro de los juicios por daño ambiental, es que en ellos opera el denominado principio de responsabilidad

objetiva, el cual se encuentra claramente reconocido en el Art. 396 de la Constitución, es decir, que el autor del daño debe repararlo sin que pueda poner como excusa su grado de la responsabilidad, lo que si sucede cuando se trata de responsabilidad subjetiva en la que debe probarse que el daño guarda un nexo causal con el agente. Sumado a ello, la citada norma constitucional prescribe que todas las acciones que se sigan para sancionar y perseguir daños ambientales son imprescriptibles.

¿A QUIÉN CORRESPONDE LA REPRESENTACIÓN DE LA NATURALEZA? ¿A LA COMUNIDAD O AL ESTADO? EL CASO YASUNÍ ITT

El 15 de agosto de 2013 ex presidente de la República Rafael Correa firmó Decreto Ejecutivo No. 74, en el cual solicitó a la Asamblea Nacional la aprobación de la explotación del Yasuní ITT por emergencia económica, petición contrapuesta a la norma constitucional que determina que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad (Art.398).

De este modo, el 15 de agosto del 2013 el ex presidente manifestó:

Con profunda tristeza, pero con absoluta responsabilidad con nuestro pueblo y con la historia, he tenido que tomar una de las decisiones más difíciles de mi gobierno, he firmado el decreto ejecutivo para la liquidación de los fideicomisos Yasuní-ITT y con ello poner fin a la iniciativa” (Presidencia de la República, 2013, p.7).

La Iniciativa Yasuní-ITT, fue presentada al mundo el año 2007, proponiendo al planeta mantener indefinidamente inexploradas las reservas petroleras del Bloque Ishpingo– Tiputini–Tambococha (más conocido como ITT). Para este fin, la comunidad internacional debía contribuir con al menos 3.600 millones de dólares, que representaban en ese entonces, cerca del 50% de lo que percibiría el Estado si explotaba el ITT. Pero la iniciativa no prosperó (Presidencia de la República, 2013, p.2).

En dicha zona habitan pueblos indígenas en aislamiento voluntario, como los Tagaeri y Taromenane, además de otros, sí contactados como los Waorani, Kichwas, Shuar, colonos y mestizos. Tanto su presencia en dichos te-

ritorios, como la garantía de sus derechos, constituyeron fundamentos principales tras el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

Por otra parte, la propia Constitución prohíbe la extracción petrolera en territorios en los que permanecen los grupos en aislamiento voluntario, es decir, le otorga el carácter de intangible al Yasuní, el cual está constituido por un área de 700.000 hectáreas que fue delimitada en 1999 como protegida con el fin de conservar la vida de estos pueblos de las catastróficas actividades extractivas.

Sin embargo, y excepcionalmente, la Constitución prevé que dichos recursos puedan ser explotados a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular (Asamblea Constituyente, 2008).

De este modo la propuesta del presidente fue remitida a la Asamblea Nacional y, en virtud de ello, el órgano legislativo elaboró un informe considerando que:

Una política de interés nacional alude aquellas decisiones públicas que tocan transversalmente las demandas, intereses y derechos de todos y todas en el corto, mediano y largo plazo se trata de aquellas cuestiones que están conectadas directamente con la idea del bien común y que, por tanto, trasciende los intereses particulares y las demandas de coyuntura (Asamblea Nacional, 2013, p. 11).

Hasta este punto, la Defensoría del Pueblo no ejerció ningún tipo de acción que impugnara el Decreto Ejecutivo No. 74 ni el informe de la Asamblea Nacional; aun cuando la propia CIDH en el 2006 ya había dictado medidas cautelares para proteger a los Tagaeri y Taromenane, en las que solicitó al Estado ecuatoriano:

[...] que adopte medidas efectivas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenani, en especial adopte las medidas que sean necesarias para proteger el territorio en el que habitan, incluyendo las acciones requeridas para impedir el ingreso a terceros. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p.11).

Por lo tanto, la representación a cargo de un órgano público creado por la Constitución con el fin de defender los derechos garantizados en ella, no se hizo efectiva. Por el contrario, una serie de colectivos por la defensa de la naturaleza, especialmente el colectivo Yasunidos, iniciaron acciones con el fin de impedir la explotación del ITT.

Fue así como el 22 de agosto de 2013 y en virtud de lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución, presentaron su propuesta de pregunta ante la Corte Constitucional para que ésta emitiera su dictamen, a fin de convocar a una consulta popular por iniciativa ciudadana, para decidir si se debía mantener inexplorado el petróleo en el Yasuní. La pregunta era la siguiente:

¿Está usted de acuerdo en que el Gobierno ecuatoriano mantenga el crudo del ITT conocido como bloque 43 indefinidamente bajo el subsuelo? Sí o No

La iniciativa no tuvo éxito, pues según el Consejo Nacional Electoral, Yasunidos no logró reunir la cantidad de firmas necesarias para convocar a consulta popular por iniciativa ciudadana.

Este caso nos demuestra cómo, dentro de una configuración estatal de derechos y justicia, en el contexto de una Constitución que reconoce por primera vez en el mundo a la naturaleza como sujeto de derechos, quienes efectivamente ejercieron su representación para precautelar esos derechos, no fueron las instancias estatales llamadas a hacerlo, sino la sociedad civil.

CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico de la naturaleza ha evolucionado a lo largo de la historia, lo que ha significado su paso de ser concebida como un objeto a disposición del ser humano, a ser considerada como sujetos de derechos que incluye al ser humano dentro de sí.

Ecuador ha sido el país pionero en consagrar los derechos de la naturaleza a nivel constitucional, teniendo como antecedente el caso boliviano que, a nivel infraconstitucional ya había reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos.

El carácter de sujeto de derechos supone que la naturaleza puede reclamar la violación de los mismos en la vía jurisdiccional, pero, por sus propias características dicha reclamación representa un desafío jurídico que hasta ahora se ha solucionado mediante la aplicación de la figura de la representación o tutela, como se lo hace en el caso de las personas incapaces.

Uno de los sucesos que puso a prueba la consagración de la naturaleza como sujeto de derechos, fue la autorización de la explotación de parte del Yasuní ITT por parte del Estado ecuatoriano. Dicha coyuntura puso en duda el papel de ese mismo Estado como garante de los derechos de la naturaleza, pues los órganos llamados a su defensa no lo hicieron, sino que fue la sociedad civil quien ejerció dicha labor (sin éxito), cuestión que pone en duda la efectividad de esta creación del constituyente ecuatoriano. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial 449 de 29 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional. (2013). Informe para segundo debate de la propuesta de resolución sobre la solicitud de declaratoria de interés nacional para la explotación petrolera de los bloques 31 y 43 situados dentro del parque nacional Yasuní. Quito: Asamblea Nacional.

Ávila, R. (2011). El derecho de la naturaleza: Fundamentos. En A. Acosta, & M. Esperanza, La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política (págs. 173 - 283). Quito: Abya Yala.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Informe No. 96/14, Petición 422-06. Admisibilidad. Pueblos Indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani Ecuador. Washington: CIDH.

Naciones Unidas. (28 de octubre de 1982). Carta Mundial de la Naturaleza. Washington, EEUU: ONU.

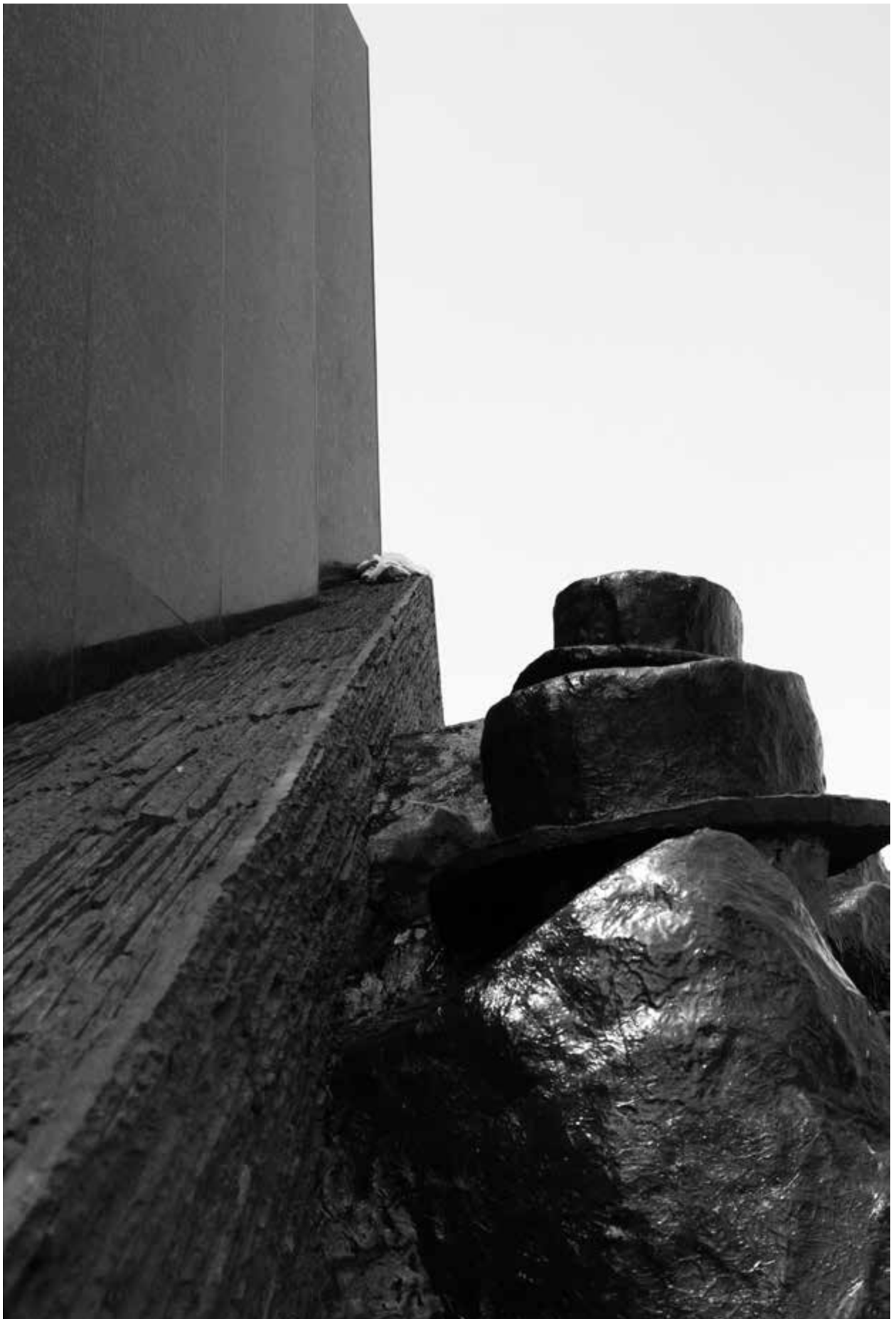
Pérez, E. (2012). Derecho Ambiental. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.


Presidencia de la República. (15 de agosto de 2013). www.presidencia.gob.ec. Recuperado de <http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/08/2013-08-15-AnuncioYasuni.pdf>

Prieto, J. (2013). Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Zaffaroni, E. (2011). La pachamama y el ser humano. En A. Acosta, & E. Martínez, La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política (págs. 25 - 137). Quito: Abya Yala.







**El despido ine-ficaz y su
relación con el principio
de no discriminación y el
derecho a la estabilidad**

EL DESPIDO INEFICAZ Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD

THE INEFFECTIVE DISMISSAL AND ITS RELATION TO THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION AND THE RIGHT TO STABILITY

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es estudiar la figura del despido ineficaz y su relación con el principio de no discriminación y derecho a la estabilidad, para ello se realizó un análisis de los diversos conceptos contenidos tanto en textos bibliográficos como normativos. Así como un abordaje analógico con figuras similares existentes en la legislación comparada. Se logró evidenciar como el principio de no discriminación sirvió de base fundamental para la instauración de esta figura, así como la afectación que genera la terminación abrupta de la relación laboral en el derecho a la estabilidad que adquiere el trabajador una vez cumplidos ciertos requisitos legales. En definitiva, el estudio realiza un análisis y revisión normativa, tanto nacional como comparada dentro del contexto jurídico con un enfoque descriptivo y expositivo de las figuras descritas.

PALABRAS CLAVE: Despido ineficaz; discriminación; trabajador; vulnerabilidad; estabilidad.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907. ©

ABSTRACT

The main objective of this work is to study the figure of ineffective dismissal and its relation to the principle of non-discrimination and the right to stability, for which an analysis of the various concepts contained both bibliographical and normative texts was carried out. As well as an analogous approach with similar figures in comparative legislation. It was demonstrated how the principle of non-discrimination served as a fundamental basis for the establishment of this figure, as well as the affectation that generates the abrupt termination of the employment relationship in the right to stability that acquires the worker once certain legal requirements have been met. The definitive, the study carries out a normative analysis and revision, both national and comparative within the legal context with a descriptive and expositive approach of the described figures.

KEYWORDS: Ineffective dismissal; discrimination; employee; vulnerability; stability

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907. ©



ANA JESENIA ARTEAGA MOREIRA



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



ajarteaga@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, es una rama del Derecho cuyos principios y normas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Siendo su objetivo principal, atenuar la desigualdad existente en la relación obrero-patronal o trabajo versus capital.

Para este cometido, el derecho del trabajo se vale de una serie de normas, entre las cuales encontramos el principio de no discriminación e igualdad, que en el Ecuador toma fuerza a raíz de la vigencia de la Constitución del 2008, que en su Artículo 11 establece que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”; de igual manera en nuestra Carta Magna también se aplica este principio en el ámbito laboral en lo relativo a la mujer embarazada cuando el Art. 43 determina que el “Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia el derecho a no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral”. Sobre las organizaciones de trabajadores la norma constitucional reza:

(...) se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores (Asamblea Constituyente, 2008).

En lo relacionado a la discriminación en materia laboral, el tema no estuvo plenamente incorporado al Código del trabajo, sino a partir de la expedición de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial No. 483 del 20 de abril de 2015. Por medio de esta ley, se crearon las figuras del

despido ineficaz aplicado a mujeres embarazadas y dirigentes sindicales, así como las injurias discriminatorias contra el trabajador en caso de terminación de la relación laboral por medio visto bueno.

Ambas instituciones serán el objeto de análisis del presente trabajo, en relación con el principio de no discriminación y derecho a la estabilidad del que gozan los trabajadores ecuatorianos.

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

En Ecuador la relación laboral inicia mediante un contrato individual de trabajo. Existen innumerables definiciones de contrato de trabajo, por lo cual, cada tratadista del derecho laboral ha emitido su concepto y/o los elementos esenciales de relación laboral. En efecto, todo contrato de trabajo, en cualquiera de sus formas, expreso o tácito, verbal o escrito, de la naturaleza de los determinados en el Código del Trabajo ecuatoriano, debe reunir tres requisitos esenciales, como son prestación de servicios lícitos y personales, subordinación o dependencia y remuneración (Bustamante, 2010).

Si nos remitimos a nuestro Código, éste lo define como: “el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre” (Código del Trabajo, 2005).

Uno de los conceptos más completos, es el desarrollado por Guillermo Cabanellas (1994) cuando manifiesta que el contrato de trabajo:

(...) es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes (patrono) da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional o de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una compensación equitativa de aquél que obtiene sus beneficios (p. 41).

La interrogante sería, si así inicia la relación laboral ¿cómo termina entonces?, la respuesta está en los artículos pertinentes del Código del Trabajo que analizaremos para llegar al tema de este estudio.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El Código del Trabajo ecuatoriano en su artículo 169 establece nueve formas genéricas para concluir la relación laboral. De manera más específica, las causales de despido por voluntad del empleador o del trabajador, se encuentran detalladas en los artículos 172 y 173 del mismo código, a través de un procedimiento denominado visto bueno, y que se refiere a causales específicas que cada parte puede imputar a la otra para dar por terminada la relación laboral (Ley Organica, 2015). Su equivalente en la legislación comparada argentina, se denomina despido por justa causa y se encuentra regulado en Título XII que trata "De la extinción del contrato de trabajo" (Congreso de la Nación Argentina, 1974).

Ahora, prosiguiendo con el análisis del artículo 169 y en relación con nuestro tema sobre "discriminación laboral", el numeral 8 de dicho artículo determina el procedimiento de visto bueno cuando éste, es solicitado por el trabajador según las causales del Art.173 del mismo código. Este artículo establece tres causales según las cuales el trabajador puede solicitar la terminación de la relación laboral, por un motivo imputable al empleador. Las causales dicen relación con injurias proferidas por el empleador, la disminución o falta de pago y el cambio de labores convenidas en el contrato.

La reforma introducida en 2015 agregó, a la ya existente causal de injurias, la variante de injurias discriminatorias, de acuerdo al siguiente texto: "en caso de que el trabajador reciba injurias discriminatorias, la indemnización será igual a la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código" (Ley Orgánica, 2015) (es decir, con el valor correspondiente a un año de remuneración).

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación en Ecuador se encuentra consagrado en la Constitución de la República en el Capítulo Primero que trata sobre los principios de aplicación de los derechos, y prescribe:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (Asamblea Constituyente, 2008).

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Asamblea Constituyente, 2008).

El principio de no discriminación, es de trascendental importancia para la defensa de los derechos laborales, debido a que el trabajador, en el espacio laboral, como en cualquier otro espacio social, podría ser objeto de discriminación por cualquiera de las categorías de sospecha enumeradas en el citado artículo 11. De allí se desprende el deber del legislador de constitucionalizar las normas laborales en virtud de este principio, cuya aplicación tiene, además, estrecha relación con el derecho a la estabilidad laboral.

En virtud de dicha necesidad de constitucionalizar la legislación laboral y en relación a este principio, la reforma de abril del 2015 consideró pertinente incluir las "injurias discriminatorias" en el artículo 173, agregándose que, en caso de que el empleador, sus familiares o sus representantes infieran injurias graves contra el trabajador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, esto no solo da derecho al trabajador a terminar la relación laboral, sino que agrega la reforma: "En caso de que las injurias sean discriminatorias la indemnización será igual a la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código." (Ley Organica, 2015). Es decir, el trabajador tendrá derecho a una doble indemnización, tanto la que contempla el código para el despido intempestivo, como otra equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, lo que da cuenta de una protección reforzada al trabajador, en virtud del principio de no discriminación.

Para mayor ilustración en el tema, debemos considerar qué se entiende, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua española por injuria. La RAE define a la injuria como “la imputación a alguien de un hecho o cualidad en menoscabo de su fama o estimación” (Real Academia Española, 2002).

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

El derecho a la estabilidad laboral en Ecuador (con la reforma de 2015 que eliminó el contrato a plazo fijo) se adquiere desde el momento que el trabajador supera el periodo de prueba de 90 días establecido por ley; luego de lo cual podrá decirse que ha adquirido condición de estabilidad laboral y, por lo tanto, permanecerá en su puesto de trabajo, en tanto no opere alguna causal de terminación de la relación de trabajo.

La protección a la estabilidad laboral en nuestra legislación está configurada por una serie de normas que regulan las formas de terminación de la relación laboral, que suponen que, para que opere la separación del trabajador, debe haber una causa justificada, imputable al trabajador y en caso de no haberla, se imponen una serie de indemnizaciones que suponen la imposibilidad por parte del empleador, de poner fin a la relación laboral de manera arbitraria.

Con el fin de reforzar dicha protección, la Ley de Justicia Laboral incorporó a la legislación del trabajo la figura del reintegro (relacionada con el despido ineficaz del que hablamos en líneas posteriores) de tal manera que el trabajador despedido tenga la posibilidad (en casos y supuestos específicos) de recuperar su puesto de trabajo y que le sean reconocidos aquellos valores que dejó de percibir mientras estuvo desempleado, conservando además la continuidad laboral.

Arias en su artículo titulado “La Estabilidad Laboral” asegura que: *El sentido de la estabilidad es proteger al trabajador de los despidos arbitrarios. A través del régimen de estabilidad se pretende limitar la libertad incondicional del empleador evitando despidos arbitrarios que provoquen inseguridades y problemas al trabajador, cuya única fuente de ingreso es su trabajo* (Arias, 2012, p.1).

DESPIDO INEFICAZ

Como se indicó en líneas anteriores, esta figura aparece recién en abril del 2015, e implica un reforzamiento a la protección ya existente, tanto a la mujer embarazada y en periodo de lactancia, como al dirigente sindical, lo novedoso de la reforma radica en la incorporación del “reintegro” al puesto de trabajo y el pago de los valores que dejó de percibir mientras duró el cese del trabajo; que se suma a la indemnización que ya contemplaba el código.

PROCEDIMIENTO

Se requiere una acción ante el juez competente en el plazo máximo de treinta días, admitida la demanda se cita al empleador en el plazo de veinticuatro horas y en la misma providencia, el juez podrá dictar medidas cautelares que permitan el “reintegro” -figura que no existía en el Código del Trabajo Ecuatoriano- inmediato del trabajador afectado. En la misma providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la citación, tratando de buscar una conciliación, si esta se diera, será autorizada por sentencia. En caso de que no hubiera acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas por las partes; corresponde al juez dictar sentencia en la misma audiencia, sobre este fallo cabe recurso de apelación, pero con efecto devolutivo. (Congreso Nacional, 2005).

Declarada la ineficacia del despido, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el 10% de recargo; y, si el accionante decide no continuar con la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. En cualquier caso, de despido por discriminación, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional referida anteriormente, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad, esta será indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

Negarse o impedir el reintegro del trabajador es sancionado con pena privativa de la

libertad de 1 a 3 años, por delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

Es importante señalar que el procedimiento para la sustanciación de la acción de despido ineficaz es en esencia célere y está concebido para que dure pocos días contados desde la fecha de calificación de la demanda, sin embargo, el escenario ecuatoriano no es muy esperanzador en cuanto al cumplimiento de los plazos legales.

Esta nueva figura jurídica podría asemejarse a lo que la legislación colombiana denomina despido ilegal que conlleva además de la indemnización el derecho al reintegro al puesto de trabajo, no así el despido injusto que solo acarrea el pago de la indemnización según el Art. 64 del código sustantivo del trabajo colombiano. (Legislación colombiana, 1950).

CONCLUSIONES

El derecho laboral es una de las ramas del derecho social que busca proteger al ser humano que presta sus servicios lícitos y personales dentro de una relación laboral, en busca de equilibrar de la relación desigual que existe entre trabajo y capital.

Dos instituciones jurídicas que están en directa relación con la protección del trabajador dentro de la relación laboral, son los de no discriminación y el derecho a la estabilidad laboral, ambos de jerarquía constitucional.

En virtud de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, la Ley Orgánica para la justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar de 2015, incorporó dos figuras en relación al principio de no discriminación y derecho a la estabilidad, se trata de las injurias discriminatorias y el despido ineficaz.

Las injurias discriminatorias constituyen un reforzamiento a la protección al trabajador en virtud del principio de no discriminación, dentro de las causales de visto bueno imputables al empleador y supone una indemnización adicional a la prevista para el despido intempestivo.

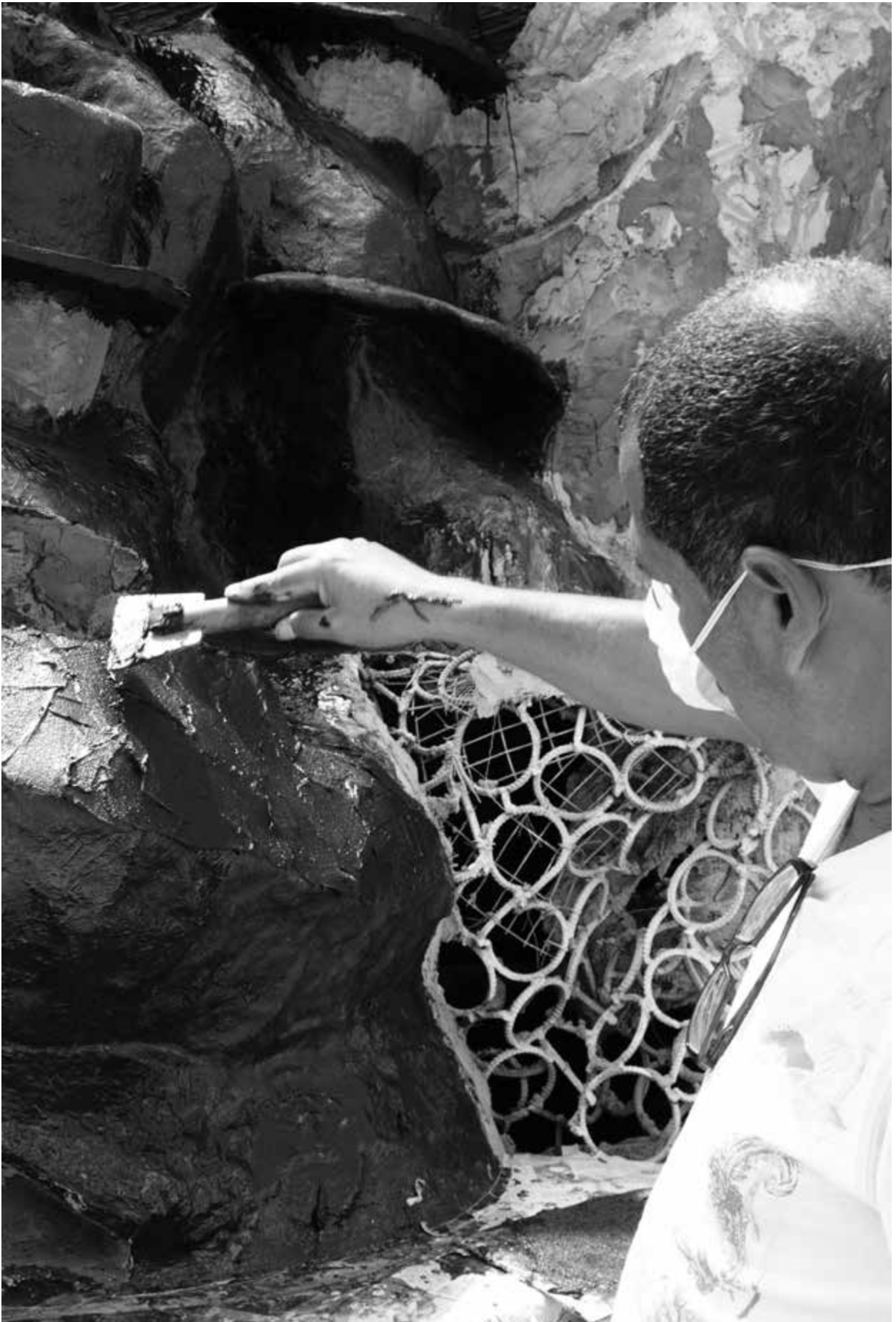
El despido ineficaz, por su parte, afianza la protección a las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia, y a los dirigentes sin-


dicales en atención a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran dentro de la relación de trabajo, prescribiendo la posibilidad de reintegro más indemnización en caso de despido. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias, R. (2012). La estabilidad laboral. Recuperado de <http://www.correolegal.com.ec/bdcs/tsm93/tl000016.pdf>.
- Asamblea Constituyente. (29 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449.
- Bustamante, C. (2010). Manual de Derecho Laboral: El contrato individual. Teoría y práctica. Quito: Editorial jurídica del Ecuador.
- Cabanellas, G. (1949). Tratado de Derecho Laboral. Vol. II. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica.
- Congreso de la nación argentina. (27 de julio de 1974). Ley de contrato de trabajo. Buenos Aires: Boletín Oficial 23003.
- Congreso Nacional. (16 de noviembre de 2005). Código del Trabajo. Quito, Ecuador: Registro Oficial 167.
- Legislación colombiana. (9 de septiembre de 1950). Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 2663. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 27.407.
- Ley Orgánica 483/2015, para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Tercer Suplemento. Ecuador.
- Real Academia Española. (2002). Diccionario de la lengua española (Vol. 22ª edición). Madrid.







**Los delitos de omisión
propia y el derecho
penal ecuatoriano**

LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA Y EL DERECHO PENAL ECUATORIANO

THE CRIMES OF OWN OMISSION AND ECUADORIAN CRIMINAL LAW

RESUMEN

El presente trabajo constituye un tratamiento dogmático y normativo de la omisión propia dentro del derecho penal. Se abordará el origen de la omisión como forma de conducta punible y su desarrollo a través de distintas corrientes teóricas del derecho penal. Se analizarán las diferencias entre la omisión propia e impropia, destacando los elementos constitutivos de los tipos penales correspondientes a ambas figuras, para culminar con una breve referencia a la omisión propia dentro de la normativa penal ecuatoriana. En suma, el trabajo presenta un abordaje teórico normativo de la omisión dentro de un perfil analítico y descriptivo en el marco de las ciencias jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Conducta; omisión; tipo penal; mandato.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work constitutes a dogmatic and normative treatment of the own omission within the criminal law. The origin of the omission will be addressed as a form of punishable behavior and its development through different theoretical currents of criminal law. The differences between the own and improper omission will be analyzed, emphasizing the constitutive elements of the criminal types corresponding to both figures, to culminate with a brief reference to the own omission within the Ecuadorian penal normative. In short, the paper presents a normative theoretical approach to omission within an analytical and descriptive profile within the legal sciences.

KEYWORDS: Conduct; omission; criminal type; mandate.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



JORGE LUIS VILLACRESES PALOMEQUE



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



joluovvipa@yahoo.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto analizar la institución jurídica de la omisión propia en el derecho penal ecuatoriano, a través de un marco conceptual, dogmático y normativo. Dentro de la estructura del Derecho Penal esta figura ha sido objeto de cambios significativos, tanto en su concepción como en su valoración jurídico-penal¹.

Se abordarán sus orígenes a través de lo que llamamos concepción general de conducta, o como se le denomina en esta investigación “teoría del acto,” pasando luego por su evolución histórica y las formas de ejecución de la omisión. Así mismo, se mostrará una perspectiva acerca del uso que se le da a esta institución, procurando aportar a la unificación de criterios para su aplicación, en beneficio de la seguridad jurídica necesaria en los procesos de transformación de las estructuras normativas penales del Ecuador. El problema en cuestión se explica por la diversidad de enfoques desde donde se resuelven los delitos de omisión en la realidad ecuatoriana.

Dentro de la discusión teórica se formulan una serie de interrogantes respecto al tema, tales como: ¿Cuándo nos encontramos frente a un delito omisivo?; ¿Cuándo un sujeto responde por una conducta omisiva? o ¿Cuáles son los requisitos o estructuras de este tipo de delitos? Todas ellas intentarán ser respondidas en la presente investigación.

LA TEORÍA DEL ACTO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

En el estudio del derecho penal y de la propia teoría del delito, se suele enseñar que todo análisis de caso parte, o debería partir, de un acto y/o conducta, puesto que, por conocimiento general, los pensamientos no constituyen delitos. Dentro de este contexto cabe

entonces, examinar los requisitos necesarios para determinar cuándo se verifica o no una conducta y, especialmente, las modalidades de realización de esta.

En el lenguaje ordinario y tomando como referencia a Velásquez, la expresión conducta designa las formas de actuar, el comportamiento o, los diferentes modos como los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones (2004, p. 232). Un intento de definición general y válida, en el que podemos notar, se incluye la existencia de diversidad de formas dentro de la denominación de conducta.

La teoría del acto determina los modos en que se exterioriza un comportamiento o conducta y la necesaria consecuencia en la alteración del mundo exterior, pudiendo ser esta referida manifestación, dinámica, a través de una acción, como la misma manifestación corporal de movimiento; o, estática, a través de la inacción o falta de movimiento; es decir, la falta de manifestación corporal no genera necesariamente una ausencia de acto o conducta, pudiendo ser si, una de las formas de esta, por lo tanto, y en ese escenario, define, limita y cumple una función clasificatoria, donde se engloba y diferencia las hipótesis de conducta.

La idea de acto supone, entonces, una manifestación de voluntad y por manifestación se entiende toda forma de expresión, exteriorización hecha por medio de la palabra o de acciones o por la omisión de un deber jurídicamente exigible (Von Liszt, 1994, p. 134).

En virtud de aquello, las normas penales sancionan conductas (acción y omisión) a través de normas prohibitivas (delitos de acción) y normas prescriptivas (delitos de omisión), lo último, en caso de tratarse de una omisión propia, objeto de una clasificación de la que se tratará más adelante.

LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

A. LA ACCIÓN

De acuerdo a Von Liszt (1994), se entiende a la acción o comisión como la manifestación de la voluntad que se expresa aquí, con un movimiento corporal voluntario (p. 225). Acción

1. Cuando se menciona la concepción de la omisión como tal, se hace referencia a su definición; mientras que, cuando se hace referencia a la valoración jurídico penal, se remite al fundamento de la punibilidad de este tipo de delitos.

es, entonces, todo movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad, entendida esta como toda conducta que, libre de fuerza mecánica o fisiológica, estuviere motivada por representaciones (Welzel, 1976, p. 61).

En criterio de (García Falconí, 2014) desde la perspectiva de la norma de determinación de conductas, los tipos penales de acción son la base de las infracciones (p. 300). Prohibitivamente hablando, tal hecho responde a la potestad que se le otorga al legislador de definir conductas como delitos, determinadas por un verbo rector y revestidas de un sinnúmero de circunstancias, donde se representaría de forma clara, la expresión de un proceso fenomenológico en sus nociones de acto, suceso o estado (Velásquez, 2004, p. 264).

B. LA OMISIÓN

La omisión, o los delitos por omisión, son aquellos que se verifican, no por la realización de una conducta prohibida por la norma, sino por la abstención de un comportamiento que el imperio de la ley exige que se realice; radican en no ejecutar o cumplir la expectativa legítima de un actuar (manifestación de la voluntad de forma corporal) que es normativamente exigible.

Para autores como (Von Liszt, 1994) la omisión consiste en no impedir, voluntariamente, un resultado. Supone que el resultado causado hubiera sido evitado por la acción, que, a pesar de ser posible por el autor, y esperado, fue omitido por este (Von Liszt, 1994, p. 315), definiciones propias de la escuela causal donde el resultado era la base donde se asienta su teoría.

Según Kaufmann (2006) la omisión se entiende como, el no llevar a cabo una acción esperada por otro o a lo menos percibida como de posible acaecimiento, cuya realización está dentro del poder volitivo del omitente (p. 49).

Por su parte, (Zaffaroni, 2006) manifiesta que:

En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que la omisión no es el puro y simple no hacer (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo

cual el concepto de omisión es necesariamente normativo (p. 444).

Necesario resulta anotar, que la conducta omisiva como manifestación de voluntad que causa consecuencias en el mundo fenomenológico, no está ligada a la concepción de la culpa como sustrato teórico de la tipicidad subjetiva, definida como falta del deber objetivo de cuidado, puesto que el no actuar conforme a las expectativas del ordenamiento jurídico bien puede tener como elemento adicional el conocimiento de los elementos tipológicos del delito, pasando aquel acto omisivo a la égida del Dolo en la referida tipicidad subjetiva.

Zaffaroni, referente del derecho penal en Latinoamérica, se ha sumado a la opinión mayoritaria de la doctrina que ya no se acepta una concepción de la omisión puramente natural, sino definiciones jurídicas-penales que respondan a construcciones normativas.

CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL

C. LA OMISIÓN EN EL CAUSALISMO NATURALISTA

La omisión empieza a tener sus esbozos en el Derecho Penal durante esta etapa, en el último tercio del siglo XIX (Silva Sánchez, 2006, p. 19) cuando se realizan las primeras explicaciones y definiciones de lo que se podría considerar como omisión en el derecho penal.

Uno de los primeros autores en establecer concepciones naturalistas acerca de la omisión fue (Belling, 2002) quien concebía a los delitos por omisión como aquellos que, pueden cometerse solamente por medio del correspondiente no hacer (p. 98). Sin embargo, este tipo de definiciones resultaron inapropiadas, puesto que, bajo la teoría de este autor, sería muy difícil encontrarse en una situación de inactividad corporal absoluta.

D. LA OMISIÓN EN EL CAUSALISMO VALORATIVO

Ante la necesidad de dotar de precisión y fundamentos claros a los delitos de omisión, se le atribuyeron a la omisión otros caracteres, dentro de las llamadas teorías de la negatividad y la transitividad. La primera, apegada al causalismo natural de total inacción y

negación indefinida, mientras que la segunda consistía en un no hacer una acción previamente determinada. (Silva Sánchez, 2006, p. 24).

Para esta nueva concepción, la omisión dependerá de una acción que debe encontrarse normada y/o reglamentada, en observancia al principio de legalidad. “Omitir no es “no hacer nada” sino, “no hacer algo” (Von Liszt, 1994, p. 300).

E. LA OMISIÓN EN EL FINALISMO

Kaufmann es el principal referente de la omisión desde la perspectiva finalista, para él, omite quien no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción (Kaufmann, 2006, p. 14), por lo cual, para esta teoría, no se basa solo en el no actuar, si no el no actuar en determinada dirección (García Falconí, 2014, p. 288).

Para Kaufmann, esta capacidad de acción consta de dos requisitos, estos son: posibilidad física de actuar y capacidad de conducción final (Silva Sánchez, 2006, p. 35). La posibilidad física de actuar hace referencia a datos externos, es decir, a la existencia o no de medios de auxilios para realizar la acción (Kaufmann, 2006, p. 55).

Enfrentados a la necesidad de erigir una distinción clara entre omisión y comisión, los teóricos del derecho penal han elaborado construcciones de orientación, con el fin de diferenciar entre aquellas dos formas en que puede verificarse un delito. De estas construcciones se deriva la conceptualización de la omisión que la clasifica en propia e impropia.

LA OMISIÓN COMO CONSTRUCCIÓN NORMATIVA. LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA

F. LA OMISIÓN IMPROPIA

Se entiende a los delitos de omisión impropia, como aquellos que no se encuentran contenidos en un tipo penal como tal, sino que el resultado típico se imputa a un garante que no ha evitado la realización de un hecho tipificado como delito, es decir, “como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo” (Jescheck, 1981, p. 835) así, la omisión se equipara a la comisión. La omisión impropia, resulta de la interpretación de tipos penales de comisión

y se consideran consumados con la producción del resultado típico (Jescheck, 1981, p. 851).

Sujeto activo de este tipo de delitos será el que ostente la posición de garante, aquel que tiene un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. Este cometerá el delito de omisión impropia si se abstiene de cumplir con el deber específico mencionado (Gómez de la Torre, 2004, p. 235). Tanto el deber como la posición deben tener un origen normativo.

Ante los problemas planteados con respecto a la omisión impropia existen dos teorías que se plantean en el presente trabajo de forma muy breve por no resultar el objeto central de estudio:

La primera y poco aplicada, consiste en incluir dentro de la estructura del mismo tipo penal la posibilidad de modalidad de conducta por medio de omisión y comisión, lo que salvaría a primera vista la violación del principio de legalidad y los problemas del ligamento causal. (aun aquel normativamente válido).

La segunda teoría y la de mayor aceptación, es la teoría de la cláusula de equiparación, donde se propone la construcción del delito a través del establecimiento de una equivalencia de la omisión con la acción (Zaffaroni, 2006, p. 448). A esta segunda teoría adhiere el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que en su artículo 23 establece: “*No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo*” (Asamblea Nacional, Ecuador, 2014).

G. LA OMISIÓN PROPIA

La esencia de los delitos de omisión propia consiste en la infracción de un mandato (Jescheck, 1981, p. 882), mismo que se encuentra establecido como un tipo penal prescriptivo, es decir, el delito se encuentra claramente descrito, siendo el tipo el elemento básico para su comprensión.

La dogmática penal ha construido para la omisión propia una estructura distinta al esquema de los delitos de comisión; tomando como ejemplo el esquema propuesto por (Finger, 1932) donde se encuentran los requisitos de los delitos de omisión propia (p. 88).

Para esta estructura, los mandatos están siempre vinculados a determinados requisitos, por lo tanto, no se establece simplemente el precepto de obrar, sino el de obrar dentro de determinadas circunstancias (Kaufmann, 2006, p. 109).

Los requisitos según este esquema serían: "1. Que se dieran las circunstancias previstas en el mandato, 2. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo, 3. Que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida" (Kaufmann, 2006, p. 109), para esta tesis, entonces, el deber de obrar se configurará solo si previamente se verifican dichos requisitos.

Welzel, también elaboró una estructura para los delitos de omisión propia, en la que presenta la forma en la que debería articularse la tipicidad. Para el autor deben concurrir tres circunstancias: 1. Concurrencia de una situación y circunstancias determinadas, 2. No realización de una acción determinada, y 3. El poder fáctico del omitente para llevar a cabo la acción. (Welzel, 1976, p. 174). Las dos primeras circunstancias responderían a la adecuación simple a un tipo penal, mientras la tercera, corresponde a la capacidad que tenga el sujeto de ejecutar el mandato descrito con respecto a cada caso.

OMISIÓN PROPIA EN EL COIP

Las normas jurídicas y con cierto grado de especificidad los tipos penales, son el sustento jurídico del que dispone el juez para determinar, en primer término, la existencia de un delito. En el caso de la omisión propia, los tipos penales presentan una estructura que relaciona al hecho con la consecuencia jurídica, aun en una estructura normativa seudofinalista, hace depender a la tipicidad de un resultado dañoso o peligroso, (causalismo valorativo).

Dentro de la estructura típica que presenta un delito, el verbo rector determina la modalidad de la conducta, para los delitos de omisión propia, se trata de una de carácter omisivo descrita en el mismo tipo penal. Conducta omisiva que es el resultado de la infracción de un mandato o deber, mandato dirigido a un sujeto activo determinado o no, que responde a deberes contenidos intrínsecamente en el mismo tipo, (normados).

Se presenta, para efectos del análisis, un tipo penal de omisión propia contenido en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (COIP):

"ART. 218 COIP. - Desatención del servicio de salud. La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años."

Negar es el verbo rector. En este caso la modalidad omisiva se configura no solo con el significado simple de "negar", sino que resulta del incumplimiento del deber que ordena el tipo y que es: prestar un servicio de salud.

En un delito por omisión, debe existir ausencia de manifestación dinámica, o de forma corporal. Para este caso, entonces, se tiene que establecer la ausencia de atención o prestación de servicios sanitarios, para solo así determinar la existencia de la omisión.

A más de lo dicho, dentro de los delitos de omisión propia y en este tipo penal en específico, existen requisitos para configurar el delito por omisión: 1. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo. 2. El sujeto tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo prescrito y 3. Tener la posibilidad física real de aplicar los medios elegidos y ejecutar actos.


CONCLUSIONES

Las Instituciones jurídicas que construyen los códigos penales latinoamericanos merecen profundos análisis teóricos que permitan una adecuada contextualización y adaptación a las realidades ecológicas, culturales y académicas de cada país, permitiendo el cumplimiento de los fines y objetivos mismos del derecho en búsqueda de armonía para la sociedad; esa anhelada y abundantemente mencionada seguridad jurídica no solo formal, en la pre existencia de reglas claras y estrictas, sino material, en la correcta aplicación de aquellas normas a través de una sólida hermenéutica aplicativa, son una verdadera necesidad en los países de la región.

En esos contextos, la presente exploración descriptiva confirma la complejidad desde la cual debe mirarse una institución que, tomada desde la visión del causalismo

naturalista, es necesariamente retenida por el derecho penal para sistematizar y construir sus fundamentos teóricos: la omisión propia, como arista de la omisión, y esta, como una de las manifestaciones de la conducta, circunscritas en la teoría del acto, proponen la carilla más simplificada y sencilla de un cuaderno, que desde la visión del autor, no ha comenzado aún a escribirse de manera seria y sistémica.

La omisión como acto, constitutiva de conductas punibles, ha tenido un abordaje teórico que ha evolucionado por medio de diversas escuelas del pensamiento jurídico penal en el mundo occidental, entre ellas el causalismo, en sus vertientes naturalista y valorativa, el finalismo y la construcción normativa, todos estos momentos evolutivos, ajenos al pensamiento y realidades ecuatorianas, y de estas dos últimas, se deriva la distinción entre omisión propia e impropia que delimita el presente trabajo.

La omisión propia en el Ecuador se encuentra reducida a unos pocos tipos penales cuya construcción descriptiva no obedece a una línea clara en cuanto a su formación teórica ni a la línea doctrinal de la teoría del delito contenida en ella, haciendo necesaria una revisión que permitiendo tal claridad, asegure una correcta aplicación y ejecución en aras de la seguridad jurídica y de la institucionalidad normativa tan necesarias en nuestros países; y, como corolario, la omisión impropia y su análisis, es un compromiso asumido para un próximo esfuerzo en cumplimiento de la obligación académica de contribuir, en la medida de lo posible, al nacimiento de un derecho penal de sello propio, al menos en la contextualización aplicativa en el aparato judicial ecuatoriano. 

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional, Ecuador. (2014). "Código Orgánico Integral Penal". Quito: Registro Oficial N° 180.

Belling, E. (2002). Esquema del Derecho Penal la doctrina del Delito Tipo. Buenos Aires: El Foro.

Finger, A. (1932). Derecho Penal Tomo I. Berlin.

García Falconí, R. (2014). "Código Orgánico Integral Penal Comentado". Quito: Latitud Cero Editores.

Gómez de la Torre, I. (2004). Curso de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L.

Jescheck, H. (1981). Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II. Barcelona: Bosch.

Kaufmann, A. (2006). Dogmatica de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons.

Silva Sánchez, J. (2006). El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Montevideo: BdeF.

Velásquez, A. (2004). Manual de Derecho Penal. Bogota: Temis S.A.

Von Liszt, F. (1994). Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Madrid: Instituto Editorial REUS, S. A. Preciados.

Welzel, H. (1976). "Derecho Penal Aleman, Parte General". Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R. (2006). Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Ediar.



**La regulación de la
adopción en parejas del
mismo sexo en Ecuador**



LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

THE REGULATION OF ADOPTION IN SAME-SEX COUPLES IN ECUADOR

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla la figura de la adopción como institución jurídica, sus antecedentes históricos, su evolución en el Derecho y sus orígenes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Analiza la preponderancia que tiene el principio del interés superior del niño/a con otros principios constitucionales en el proceso de adopción. Se justifica la importancia del proceso de adopción por parejas de un mismo sexo, profundizando el alcance de los derechos constitucionales que tienen tanto los niños, como dichas parejas desde un punto de vista constitucional. Se trata de una investigación jurídico normativa, analítica y descriptiva con componentes de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Adopción; discriminación por orientación sexual; derechos; familia; parejas del mismo sexo.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

In this research work develops the figure of adoption as a legal institution, its historical background, its evolution in law and its origins in the Ecuadorian legal system. Analyze the preponderance of the principle of the best interests of the child with other constitutional principles in the adoption process. The importance of the adoption process for same-sex couples is justified, deepening the scope of the constitutional rights that both children and couples have from a constitutional point of view. It is a normative, analytical and descriptive legal investigation with components of comparative law.

KEYWORDS: Adoption; sexual orientation discrimination; rights; family; Same-sex couples; gender, equality

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



ANA ELIZABETH DUEÑAS CEDEÑO



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



aeduenas@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 8 DE AGOSTO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Los cambios socioculturales en la segunda mitad del siglo XX, coadyuvados por la ciencia y la tecnología, han incitado una transformación sustancial en la vida de las personas y de lo que entendemos por familia. Dentro de este contexto, las agrupaciones LGBTI y en particular las parejas del mismo sexo alrededor del mundo, han dado largas batallas por el reconocimiento constitucional y legal de su estatus y la protección de sus familias, lo que ha significado que, al 2017, veinticuatro países reconozcan el matrimonio igualitario, situación de la que se deriva, en muchos casos, la posibilidad de estas parejas de tener hijos legalmente reconocidos, sea biológicos o adoptivos.

El objetivo del presente estudio es resaltar la importancia que tiene la adopción y sus efectos, en tanto figura jurídica que busca garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a tener una familia, dentro del contexto jurídico ecuatoriano que, por mandato constitucional, la prohíbe para el caso en que los adoptantes sean parejas del mismo sexo.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ADOPCIÓN DERECHO ROMANO

En esta época se instaura en Roma un sistema adoptivo, así mismo, por motivos políticos, religiosos y para perpetuar el nombre del pater familias. Se menciona además que, en el Derecho Justiniano se distinguen dos modelos de instituciones: La *adoptio* y la *adrogatio*. “La *adoptio* el ingreso de (...) un extraño en el grupo político de la familia, y sometido a la potestad del paterfamilias, convirtiéndose por ello en *filiusfamilias* de éste” (Gayo, 99, p. 134). La finalidad de incorporar un varón bajo la patria potestad de un paterfamilias.

En el sistema *adrogatio*, una adoptada o adoptado forma parte de una nueva familia, porque la propia se extinguió, y se integra a

ella en calidad de *filiusfamilias* con su propio patrimonio y su descendencia.

EDAD MEDIA

“La recepción del Derecho Romano en la Edad Media produce el resurgimiento de la *adoptio minus plena* del Derecho Justiniano” (Corral, Talciani Hernán, 2001, p. 10). Entre finales del siglo XIX y principios del XX, se elogiaba la actitud de los padres adoptivos, pero en la prensa de esa época había una especie de contradicción: “(...) por una parte se elogiaba la actitud de los padres adoptivos como una acción caritativa, solidaria; y, por otra se hablaba de los niños adoptados como hijos de segunda, que muchas veces sufrían malos tratos (...)” (Ramil, 2013).

CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Esta institución no existía en el antiguo derecho francés, pero se considera que fue Napoleón quien tomó participación en la discusión de la materia, al referirse a la posible adopción de Eugenio de Beauharnais, quien era el hijo de su esposa Josefina. Napoleón imaginó a la adopción (magnificándola) como aquel contrato que lograría desafiar o imitar a la naturaleza, y sosteniendo que el destino de la adopción es ser ley. Ley que, se glorificaría con el “carácter sagrado”, emanado del pontífice como legislador de la época napoleónica. (Campos, Harriet Fernando, 2015, p. 7).

LOS ORÍGENES DE LA ADOPCIÓN EN EL ECUADOR

La adopción como tal, germinó a modo de un apadrinamiento. Su obligación radicaba en velar por la educación, la moral y la religión del adoptado. No existía, por lo tanto, relación legal entre el ahijado y sus padrinos. De igual forma, existían casos de familias del campo que enviaban a sus hijos a la ciudad para que se educaran, cuestión que suponía que estuvieran a cargo de otras familias.

A partir de estas prácticas se suscitaron una serie de dudas respecto de la situación legal de muchos niños y su filiación. (Acosta, 2002, p. 18). Por estos antecedentes, es recién en el año 1948 cuando se publica por primera vez en la legislación, la adopción como institución jurídica. (Simón, 2008, p. 186).

Regulación de la adopción en el Ecuador según sus modalidades y sus efectos

Según civilistas clásicos como Planiol, Ripert, Colin y Capitant citados por (Sajón, 1990, p. 439) la adopción es, un contrato solemne y de orden público.

De acuerdo a su alcance, la adopción puede clasificarse en dos tipos: la simple y la plena. La adopción simple no sustituye los apellidos de origen por los del adoptante, tampoco confiere derechos sucesorios y además es revocable. La adopción plena, por su naturaleza, debe justificarse en la solemnidad, es decir, cumplir con los requisitos exigidos por la ley y, se reconoce por su irrevocabilidad.

De ambas modalidades, la única reconocida por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, (en adelante CONA) es la adopción plena. Es así que su artículo 152 dispone: "la ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establece entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, (...). En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo".

La Convención de Derecho Internacional Privado (en adelante CDIP) en el art. 74 refiere sobre los efectos propios de la adopción, indicando que serán regulados por la ley personal del adoptante.

La Constitución de la República del Ecuador. (2008), (en adelante CRE) en su art. 68 estipula que, la unión de hecho y monogámica, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, pero, impone un candado constitucional cuando agrega, que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN

O'Donnel señala que, se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Con base en ese interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia (O'Donnel, 2009). (p.151).

Queda claro que, el ánimo de protección a la niñez, viene dado por su especial situación de vulnerabilidad y dependencia, cuestión que se acentúa cuando se trata de niños que se encuentran en situación de adoptabilidad,

es decir, cuando no existe la posibilidad que permanezcan con sus progenitores. Por ello, este principio adquiere especial relevancia en materia de adopción, pues el fin de ella, no será otro que asegurar al niño el pleno goce de su derecho a tener una familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON, LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y SU PROTECCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

La Constitución establece en su Art. 417, que en cuanto a la aplicación de derechos humanos se adoptará principios "pro ser humano" y de no restricción de derechos. Por su parte el Art. 424 de la misma norma suprema establece que: "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". De allí la especial protección que en materia de derechos humanos incorpora nuestra carta magna, con cláusulas de recepción de ordenamiento jurídico convencional que acenúan dicha protección.

La CRE señala en su Art. 67 inciso primero que: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente (...), se constituirán por vínculos jurídicos o, de hecho, se basarán en la igualdad de derechos". De acuerdo a dicha concepción y como señala Fallu, 2011:

El ser humano y la familia son antes que el Estado, por lo que, de acuerdo a la óptica contemporánea, el contexto familiar es otro, y tiene nuevos componentes y elementos que deben ser asimilados y analizados, es decir, que ya no se subsume el concepto a la relación que parte de la unión de un hombre y una mujer, sino que han de tomarse en cuenta criterios alternativos y diversos que son definitivamente diferentes en su composición o estructura. (p.14).

Bajo este contexto, el reconocimiento constitucional de la unión de hecho, sin distinción de sexos y que genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, como indica Fallu, abre la posibilidad, interpretándola

lógicamente, de que parejas del mismo sexo puedan constituirse en una familia de hecho.

Sin embargo, al establecerse que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo, a criterio del citado autor y desde un punto de vista netamente jurídico, esta negativa o limitación a las personas homosexuales “para poder adoptar niños, es inadmisibles, incoherente, y atentatoria a la ciencia del derecho (...)” además, violenta tratados internacionales de derechos humanos y al derecho de igualdad. (Fallu, 2011). (pp. 46-47).

PRINCIPIO/DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

El Ecuador suscribió la Declaración sobre los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas - ONU, 2008). Si bien es cierto, no tiene carácter obligatorio directo, significa la posición del país frente a este tema tan controversial, en coherencia con los principios constitucionales sobre la lucha contra toda forma de discriminación por igualdad formal o material. Por razones de género, se prohíbe aquellas acciones que tiendan a mantener o fomentar la supremacía de un género frente a otros. (Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2012).

En concordancia con la CRE (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), de los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 numeral 1 dispone:

Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...) en correspondencia con el artículo 11 numeral 2 segundo inciso precisa: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural (...) condición migratoria, orientación sexual,” relacionado con el artículo anterior, el numeral 4 del Art. 66 ya citado en líneas anteriores, en pocas palabras, no se puede menoscabar, el reconocimiento constitucional de estos derechos, que correspondería a una “discriminación directa”; y, cuando señala que tenga como consecuencia el dejar sin efecto el ejercicio de derechos, se establece una denominada discriminación indirecta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). (pp. 23 y 27).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Dentro de los instrumentos internacionales de la materia, se destaca la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 que en su Art. 1 establece el derecho del menor a ser adoptado y la obligación de los Estados partes a brindar un hogar y una familia al niño que los carece. (Navarro Reyes, 2013). (pp. 209-210). Cuestión importante es que, dentro de su texto no existe una limitante expresa de esta institución como derecho exclusivo de las parejas heterosexuales.

De este modo, resulta trascendental establecer la conexión directa que tiene este derecho con el de los niños a tener una familia, cuestión que el constituyente ecuatoriano debió precautelar por sobre limitaciones concebidas desde los prejuicios y que, más aun, producen una antinomia evidente dentro del texto constitucional, que contrapone al principio-derecho de igualdad y no discriminación, al derecho de los niños a tener una familia, versus la prohibición de adopción por parte de parejas del mismo sexo.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana (2015) se ha referido a este particular resolviendo que:

(...) excluir como potenciales adoptantes a las parejas del mismo sexo genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (Demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo, 2015).

CONCLUSIONES


La adopción es una figura jurídica que tiene sus orígenes en épocas remotas y su evolución histórica ha obedecido, en principio, a la necesidad de asegurar los derechos de filiación y el patrimonio hereditario, para convertirse hoy en una institución que busca asegurar el interés superior de los niños y su derecho a tener una familia.

La Constitución ecuatoriana, a pesar de consagrar el principio y el derecho a la igualdad, tanto formal como material y a la no discriminación, junto con el reconocimiento a las uniones de parejas del mismo sexo, a las cuales otorga los mismos efectos que el matrimonio. Al mismo tiempo establece una diferenciación discriminatoria cuando limita la adopción a parejas de distinto sexo.

Si bien la adopción tiende a ser vista como una institución adultocentrista, lo cierto es que, su finalidad principal no es otra que precautelar el derecho de niños, niñas y adolescentes a tener una familia, en directa aplicación del principio de su interés superior, que supone que la garantía de sus derechos está por sobre las demás personas. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, M. (2002). Guía básica para la familia adoptiva. En M. Acosta, Organización de familias adoptivas del Ecuador (pág. 18). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi - Ecuador. : Editorial Jurídica El Forum.
- Campos, Harriet Fernando. (12 de 02 de 2015). Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. IX - Año 1969 - N° 9. Obtenido de Aspectos del Código Napoleon (Segun las versiones de Antoine Guillois y de Lanfrey). Recuperado de: http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D3292%2526ISID%253D256,00.html
- Castillo, A. d. (2010). El sistema familiar romano de época clásica y la condición social de la mujer casada en el contexto del mundo antiguo. En UNED, Espacio, Tiempo y Forma (págs. 177 - 179). Madrid - España: Serie II, t. 23.
- Corral, Talciani Hernán. (2001). El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile. Revista Chilena de Derecho, 9-46.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2012). Compendio de los casos más relevantes en relación al Derecho, a al Igualdad y no discriminación, tramitados por la Defensoría del Pueblo en el período 2009-2012. Quito -Ecuador: s/e.
- Demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo, C-683/15 (Corte Constitucional de Colombia 4 de noviembre de 2015).
- Fallu, J. P. (20 de septiembre de 2011). Tesis de Pregrado . Carácter Discriminatorio del Artículo 68 de la Constitución del Ecuador respecto de la Adopción, 13. Quito, Pichincha, Ecuador. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de repositorio.uisek.edu.ec/.../Carácter%20discriminatorio%20del%20articulo
- Gayo. (99). Institución I. Verona: Biblioteca de Verona.
- Navarro Reyes, L. R. (04 de julio - diciembre de 2013). Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología. Recuperado el 10 de marzo de 2016, de Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr7.pdf>
- O'Donnel, D. (2009). www.juridicas.unam.mx. Recuperado el octubre de 13 de 2017, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas - ONU. (18 de diciembre de 2008). Declaración sobre los Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de Género . Recuperado el 19 de febrero de 2016, de UV Mex.: <http://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Declaracion-Sobre-Ortientacion-Sexual-e-Identidad-de-Genero-de-las-Naciones-Unidas.pdf>
- Ramil, A. (30 de junio de 2013). La adopción a lo largo de la historia. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de La opinión A Coruña. Recuperado de <http://www.laopinioncoruna.es/sociedad/2013/06/30/adopcion-historia/737653.html>
- Sajón, F. (1990). Derecho de Menores. Buenos Aires - Argentina: Abelado - Perrot.
- Simón, F. (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia. En F. Simón, De la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales (pág. 186). Quito: Cevallos editora jurídica.



El impuesto a la salida de divisas, entre la regulación extra fiscal y la recaudación

EL IMPUESTO A LA SALIDA DE DIVISAS, ENTRE LA REGULACIÓN EXTRA FISCAL Y LA RECAUDACIÓN

THE TAX ON THE EXIT OF FOREIGN CURRENCY, BETWEEN THE EXTRA-FISCAL REGULATION AND THE COLLECTION

RESUMEN

Los impuestos son transferencias obligatorias al fisco que tienen objetivos sociales como: el financiamiento de los bienes públicos, el funcionamiento del Estado, la redistribución de los ingresos y de la riqueza; y, generar incentivos o desincentivos para el consumo de algún bien, por ejemplo, los cigarrillos, o comportamientos que un país estima necesarios para el bien común, como los impuestos sobre la emisión de dióxido de carbono. Además de los aspectos técnicos fundamentales, para que haya un buen sistema tributario¹, los impuestos deben responder a realidades sociales, culturales, políticas y coyunturales de cada país. La política tributaria genera tensiones entre los distintos actores, debido a que sus lineamientos podrían responder, o no, a las necesidades de los ciudadanos, grupos de poder privados o públicos, entre otros.

PALABRAS CLAVE: Impuesto y salida de divisas; regulación extra fiscal; recaudación.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

Taxes are compulsory transfers to the treasury that have social objectives such as: the financing of public goods, the functioning of the State, the redistribution of income and wealth; and, generate incentives or disincentives for the consumption of some good, for example, cigarettes, or behaviors that a country considers necessary for the common good, such as taxes on the emission of carbon dioxide. In addition to the fundamental technical aspects, for there to be a good tax system, taxes must respond to social, cultural, political and conjunctural realities of each country. The tax policy generates tensions among the different actors, because their guidelines could respond, or not, to the needs of citizens, private or public power groups, among others.

KEYWORDS: The tax and exit of currencies; extrafiscal regulation; collection.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



DAVID ECHEVERRÍA VILLAFUERTE



Universidad Central del Ecuador. Ecuador



dhecheverria@gmail.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 DE DICIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 6 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

1. *Eficiencia económica, simplicidad administrativa, flexibilidad, sensibilidad política, justicia* (Stiglitz, 2010)

Los impuestos son el precio que pagamos por una sociedad civilizada.

Oliver Wendell Holmes

INTRODUCCIÓN

La Constitución del Ecuador de 2008, el Art. 300 deja muy claro los principios que deberá cumplir nuestro sistema tributario:

El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos. La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables. (Asamblea Constituyente, 2008).

Durante los últimos diez años se ha vivido un proceso político que trajo cambios significativos en casi todos los ámbitos, los cuales estuvieron acompañados de una política tributaria bajo continuas modificaciones. Para ser precisos durante los mandatos del expresidente Rafael Correa se dieron 22 reformas tributarias (El Comercio, 2016). Uno de los tributos creados fue el impuesto a la salida de divisas (ISD), el cual ha cobrado tal relevancia que actualmente es el tercer impuesto que más recauda, superado tan solo por el impuesto al valor agregado (IVA) y el impuesto a la renta (Más adelante se mostrará esto en detalle).

En el presente documento se analiza el origen del ISD y su naturaleza, posteriormente se muestra su evolución legal y económica; a continuación, se da cuenta de sus efectos y, finalmente, se pone en consideración algunas conclusiones que motiven un debate plural e

inclusive sirvan de incentivo para futuras investigaciones.

En el año 2000 la economía ecuatoriana adoptó como moneda de curso legal al dólar estadounidense, lo que significó que la política fiscal cobrara mayor importancia en el mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, al eliminarse los principales instrumentos de política monetaria y cambiaria. La economía del Ecuador, al tener una estructura productiva basada en actividades primarias y extractivas (Banco Central del Ecuador, 2010), se ha mantenido vulnerable a choques externos, debido principalmente a los cambios en el precio del petróleo, así como también, a la disminución de las remesas, al aumento de tasas de interés y la reducción en el flujo de capitales. El impacto de estos choques, puede causar efectos adversos en las finanzas públicas dependiendo de la política fiscal que adopte el Gobierno de turno (Dávalos, 2013).

En este contexto, el Ecuador debía crear un mecanismo para desincentivar la salida de divisas e inclusive la entrada de capitales golondrina², sin que ello signifique dejar de trabajar en temas relacionados con la competitividad, cambio de la matriz productiva, mejores niveles de educación, entre otros, que permiten justamente generar una balanza de pagos superavitaria. Adicionalmente, sin moneda propia, no hay herramientas que permitan contrarrestar los embates de las devaluaciones de las monedas de países vecinos, lo cual es otro punto crítico para un país dolarizado. Las autoridades de turno decidieron crear el ISD que entró en vigencia el 29 de diciembre de 2007 a través de la Ley para la Equidad Tributaria del Ecuador (Paz y Miño, 2015). La Ley establece lo siguiente como hecho generador del ISD:

La transferencia, envío o traslado de divisas que se efectúen al exterior, sea en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, retiros o pagos de cualquier naturaleza, inclusive compensaciones internacionales, sea que dicha operación se realice o no con la intervención de las instituciones que integran el sistema financiero. (Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, 2007).

El ISD ha sido clasificado como un impuesto directo. Un impuesto directo se grava sobre

2. Son capitales que entran a un país, permanecen durante un corto tiempo mientras rentabiliza su inversión y sale nuevamente. Generalmente están vinculados de negocios que carácter especulativo.

el patrimonio o ingreso de un agente económico y está directamente relacionado con su capacidad económica. En tanto que un impuesto indirecto se grava sobre el consumo y no toman en cuenta la capacidad gasto del agente, estableciendo una tarifa única, es el caso del IVA. En el ISD se grava de forma indirecta un consumo en el exterior, también se puede decir que penaliza la salida de divisas sin tomar en cuenta el nivel de ingresos o patrimonio, y su alícuota es única, con lo cual se podría enmarcar el ISD como un impuesto indirecto. El artículo 300 de la Constitución señala que; "Se priorizarán los impuestos directos y progresivos", (Asamblea Constituyente, 2008) lo que podría llevar a pensar que estadísticamente es bastante conveniente para la gestión tributaria ponerlo dentro del grupo de impuestos directos. En el mismo artículo 300 se menciona que "La política tributaria promoverá (...) conductas ecológicas, sociales y económicas responsables" y es plausible decir que el ISD correspondería a ese tipo de comportamientos sobre todo en épocas de recesión cuando los dólares son escasos. Adicionalmente se debe recordar el "rol macroeconómico, al penalizar la salida de capitales "golondrina", posibilitando que las divisas provenientes de las actividades económicas se inviertan en territorio nacional" (Servicio de Rentas Internas, 2012, p. 298). Es un debate que debería nutrirse con la amplia participación de la academia, ciudadanía y autoridades.

El incremento de la alícuota del ISD ha sido continuo y significativo. Empezó con 0,5 % sobre las divisas que salen del Ecuador en diciembre de 2007, al cabo de un año pasó al 1 %, en diciembre de 2009 se incrementó al 2 % y finalmente en noviembre de 2011 se fijó en 5 %, es decir, su porcentaje de aplicación se incrementó 10 veces (Servicio de Rentas Internas, 2012, pp. 127-128). Entre 2007 y 2011 el precio promedio anual del barril de petróleo alcanzó los 73 USD por barril, y en 2011 fue de 97,3 USD por barril (Banco Central del Ecuador, 2017). En ese mismo periodo el producto interno bruto (PIB) real registró un crecimiento anual promedio del 4 %; y el año 2011 fue el que registró el mejor desempeño económico de los últimos diez años del país, alcanzando un crecimiento anual del 8 % (Banco Central del Ecuador, 2017). De to-

das maneras, los promedios esconden información relevante y es importante también hacer memoria que en el último trimestre de 2007 la economía global colapsó tras la crisis económica-financiera de los EE. UU. que fue la más importante luego de la de 1929, representó un verdadero punto de inflexión para el mundo entero y puso en entredicho los postulados de la economía moderna. En efecto, el año más complicado para el Ecuador fue el 2009 cuando se registró decrecimientos del PIB real en términos trimestrales durante los tres primeros trimestres del año; y el precio promedio del barril de petróleo durante el primer trimestre de 2009 fue de 29,9 USD por barril³(Banco Central del Ecuador, 2017). Además, tanto Colombia como Perú venían devaluando sus monedas desde el 2008. Estos acontecimientos exigían que la política tributaria promoviera conductas económicamente responsables para mantener a flote la dolarización. Al mismo tiempo, las depreciaciones de las monedas colombiana y peruana afectaron a la economía ecuatoriana, que depende del flujo de divisas. En 2009, con el objetivo de atenuar los shocks externos, el ISD subió al 2%. Con relación al incremento del 5 % de ISD el ex presidente, Econ. Rafael Correa, en el enlace ciudadano N° 248 informó que esto afectaría a la importación de productos suntuarios.

El ISD pasó de recaudar 31,4 millones de USD en 2008, a 964,65 millones de USD en 2016, es decir, que en 2016 la recaudación se multiplicó aproximadamente 30,7 veces con respecto a 2008. Su pico de recaudación fue en 2014 cuando alcanzó 1.259,7 millones de USD. Es el impuesto que ha mostrado el mejor desempeño de todos los impuestos, logrando un crecimiento promedio anual entre 2008 y 2016 del 94 %, hay que tomar en cuenta que tanto 2015 como 2016 fueron años complicados en general para la economía; lo que se evidenció en la recaudación tributaria, así el total efectivo de impuestos registró una variación de -13% y -12% respectivamente. Gráficos 1 y 2 (Ver Anexos).

Con relación a los otros impuestos el ISD ha cobrado mucha importancia. Pasó de representar 0,5 % del total efectivo de los impuestos recaudados en 2008, al 7,6 % en 2016. El punto más alto de participación fue en 2013

3. El segundo precio promedio trimestral más bajo entre 2007 y el 2016, el menor precio se registró durante el primer trimestre de 2016 donde se alcanzó los 23,9 USD/barril.

cuando alcanzó el 10,3 %, y en promedio la participación entre 2008 y 2016 fue del 6,4 %. Su participación en el total de impuestos directos ha sido aún más importante, es así que, pasó de representar 1 % de los impuestos directos en 2008 al 14 % en 2016. Su pico se ubicó en el año 2013 cuando registró una participación del 23 %, y en promedio entre 2008 y 2016 ha logrado una representación del 14 %⁴. Gráficos 3 y 4 (Ver Anexos).

Con respecto a la inversión extranjera directa (IED) y la liquidez, dos estudios con metodologías diferentes concluyen que no hay una relación estadísticamente significativa entre el aumento de la alícuota del ISD y la captación de IED⁵, además se concluye que tampoco tiene relación lineal directa con las fluctuaciones de la liquidez (Arévalo. V, Solano. K, Moreno. M, 2013) y (Santander. M, 2014). Es importante señalar que la Ley de Equidad Tributaria apunta a proteger a los inversionistas, y en una de sus exenciones se los libera de este tributo por concepto de dividendos y en el caso de las Zonas Especiales de Desarrollo las importaciones relacionadas a su actividad económica se encuentran exentas⁶.

Con relación al ISD generado por las importaciones de materias primas, bienes de capital e insumos para la producción local de bienes y servicios, en noviembre de 2011 a través de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado, se modificó la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, posibilitando que los pagos realizados por concepto de impuesto a la salida de divisas en la importación de las materias primas, insumos y bienes de capital con la finalidad de que sean incorporados en procesos productivos, puedan ser utilizados como crédito tributario, para el pago del impuesto a la renta del propio contribuyente durante los 5 últimos ejercicios fiscales. Las materias primas, insumos y bienes de capital a los que hace referencia este artículo, serán los que consten en el listado que para el efecto establezca el Comité de Política Tributaria. Esto genera un alivio tributario para una parte del sector productivo, en 2015 el gasto por crédito tributario del ISD para el pago del

impuesto a la renta alcanzó 362,5 millones de USD (SRI, 2017). Pero como se afirma en las conclusiones de dos trabajos de investigación, existe una afectación a la liquidez inmediata de las empresas; y los trámites de devolución de impuestos no son particularmente ágiles, esto dicen los estudios de Jara (2017) y Marroquín (2015).

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), en el Art. 24 establece la exoneración del ISD para pagos realizados al exterior por la amortización de capital e intereses generados sobre créditos otorgados por instituciones financieras internacionales. Es decir, que tanto el sector financiero nacional, así como los inversionistas extranjeros no tendrían perjuicios en caso de requerir créditos del exterior por tasas de interés o plazos más interesantes. En 2015 el fisco dejó de percibir por esta exoneración 6,5 millones de USD. (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 2016).

Al término de la redacción de este artículo, el presidente de la república, Lenin Moreno, hizo el anuncio de su plan económico y con relación al ISD mencionó lo siguiente:

Es necesario recordar que el ISD (Impuesto a la Salida de Divisas), evita la salida de divisas que debilitan la dolarización. ¡Vamos a defender la dolarización! No olvidemos que, actualmente, los pagos de capital e intereses de créditos a más de un año, no pagan impuesto a la salida de divisas. ¡Tampoco lo pagan las utilidades enviadas al exterior! (Presidencia de la República del Ecuador, 2017).

CONCLUSIONES

Se concluye que la posición oficial es que el ISD es un impuesto regulador debido a que contribuye al mantenimiento de reservas en dólares que, en un contexto de dolarización, constituye el eje de la política monetaria, incentiva el consumo y la inversión nacional, disuade la llegada de inversiones oportunistas (capitales golondrina) y coadyuva con la estrategia de sustitución selectiva de importa-

4. Se tomó en cuenta como parte del total de impuestos directos los intereses por mora tributaria, multas tributarias fiscales y otros ingresos desde 2008. El SRI tomó en cuenta estos rubros para el cálculo del total de impuestos directos desde el 2011.

5. Es importante señalar que son otros factores los que afectan al incremento de la IED, por caso se puede señalar el tamaño del mercado, los niveles de corrupción, cambios constantes en las políticas tributarias, nivel de capacitación y educación de la mano de obra local, entre otros.

6. Para ver en detalle puede revisar la lista de exenciones del ISD publicado en la página web del SRI: <http://www.sri.gob.ec/de/519>

ciones. Por otro lado, desde finales de 2007 el mundo entero enfrentó los embates de una crisis económica e inclusive civilizatoria, lo cual invita a pensar que el alza de la alícuota no se debió a temas exclusivamente recaudatorios; dichos incrementos no han tendido una relación estadísticamente significativa en la IED. En varios análisis y trabajos de investigación se menciona que este impuesto no ha impedido la salida de capitales, y busca desincentivar, no prohibir la salida de divisas, constituyéndose también en un instrumento de política monetaria gravando al capital y a las personas que tienen la posibilidad de movilizarlos hacia el exterior. El nacimiento del ISD proviene de una imperiosa necesidad de mantener reservas en dólares en un país con nulo margen de maniobra en política monetaria. Es fundamental plantearse ¿Qué ofrece el país para que no se vayan los capitales y sobre todo vengan bajo la forma de IED? También es prioritario que la política tributaria sea estable, de esta forma los actores extranjeros y nacionales tienen una idea clara de las reglas del juego y pueden planificar en el mediano plazo sus estrategias empresariales. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Constituyente. (29 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449.
- Banco Central del Ecuador BCE (2010). La Economía Ecuatoriana Luego de 10 Años de Dolarización. Recuperado de <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Notas/Dolarizacion/Dolarizacion10anios.pdf>
- Banco Central del Ecuador BCE (2017), Cuentas nacionales trimestrales del Ecuador No. 100. Recuperado de <https://contenido.bce.fin.ec/home1/estadisticas/cntrimestral/CNTrimestral.jsp>
- Banco Central del Ecuador BCE (2017), Serie Cifras Petroleras 2007-2017. Recuperado de <https://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/756>
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI (2016), Ley 0, RO Suplemento 351, 29 de diciembre de 2010
- Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, RO 449, 20 de octubre de 2008
- Dávalos, X. (2013). Credibilidad de la política fiscal en el Ecuador. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- El Comercio (15 de agosto de 2017), SRI y Fiscalía investigan a empresas fantasmas, algunas son contratistas del Estado. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/sri-fiscalia-investigacion-empresas-fantastas.html>
- El Comercio (16 de noviembre de 2016), 22 reformas tributarias en casi una década en Ecuador. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/impuestos-ecuador-economia-sri-terremoto.html>
- Jara, A (2017), Análisis del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) como impuesto extra fiscal y regulador de la salida de capitales (Tesis de maestría), Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/123456789/13032>
- Ley de Fomento Ambiental y Optimización de ingresos del Estado, verde, Ley 0, RO Suplemento 583, 24 de noviembre de 2011
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria. (2007). Suplemento 242/2007, 29 de diciembre. Última modificación: 21-ago.-2018.
- Marroquín, N (2015), Efectos del impuesto a la salida de divisas en el costo de los productos importados (Tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4270>
- Paz y Miño, J (2015), Historia de los impuestos en el Ecuador, Quito, Ecuador, SRI, PUCE-THE
- Presidencia de la República del Ecuador (11 de octubre de 2017), Medidas económicas apuntan a reactivar la producción y fortalecer la dolarización sin paquetazos. Recuperado de <http://www.presidencia.gob.ec/medidas-economicas-apuntan-a-reactivar-la-produccion-y-fortalecer-la-dolarizacion-sin-paquetazos/>
- Santander, M (2014), Efecto del Impuesto a la Salida de Divisas en la Inversión Extranjera Directa (Tesis pregrado), Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/6916>
- Servicio de Rentas Internas SRI (2012), Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir. La equidad como soporte del pacto fiscal. Recuperado de https://cef.sri.gob.ec/pluginfile.php/16812/mod_page/content/58/Nueva_politica_fiscal.pdf
- Servicio de Rentas Internas SRI (2015), La Nueva Economía en la Nueva Constitución del Ecuador. Recuperado de <https://cef.sri.gob.ec/mod/page/view.php?id=10441>
- Servicio de Rentas Internas SRI (2017), Manual de Gasto Tributario 2015. Recuperado de https://cef.sri.gob.ec/pluginfile.php/16951/mod_page/content/32/Manual%20de%20Gasto%20Tributario%202015.pdf
- Servicio de Rentas Interno. (2017). Estadísticas Generales de Recaudación. Recuperado de <http://www.sri.gob.ec/web/guest/estadisticas-generales-de-recaudacion>
- Stiglitz, J (2000), Economía del sector público, Barcelona, España, Antoni Bosch, editor, S.A.



ANEXOS



Gráfico 1. Evolución del ISD 2008-2016
Fuente: (Servicio de Rentas Interno, 2017). Elaboración propia.

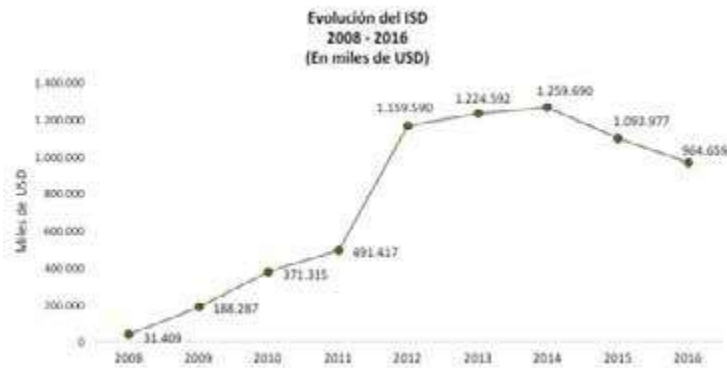


Gráfico 2. Evolución del ISD 2008-2016
Fuente: (Servicio de Rentas Interno, 2017). Elaboración propia.

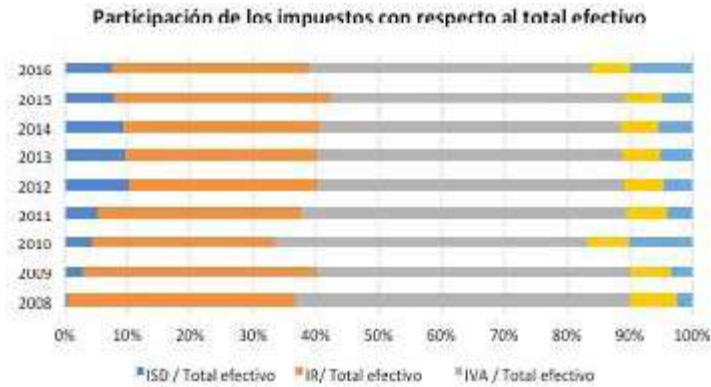


Gráfico 3. Participación de los impuestos con respecto al total efectivo.
Fuente: (Servicio de Rentas Interno, 2017). Elaboración propia.



Gráfico 4. Participación de los diferentes impuestos directos con respecto al total de los impuestos directos.
Fuente: (Servicio de Rentas Interno, 2017). Elaboración propia.

**Análisis de la
ponderación desde la
perspectiva de un caso**



ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE UN CASO

ANALYSIS OF THE WEIGHING FROM THE PERSPECTIVE OF A CASE

RESUMEN

El presente trabajo expone un acercamiento teórico y empírico a la teoría de la ponderación del alemán Robert Alexy. Por medio del análisis de un caso práctico se explica a breves rasgos sus tesis para la resolución de conflictos entre principios. Se presentarán críticas a la ponderación motivadas fundamentalmente por la carga subjetiva que implica asignarle peso a un principio en sacrificio de otro. Por último, se reseñará la alternativa a la ponderación presentada por el autor Leandro Vergara por medio de su tesis del desarrollo de los derechos. En suma, el presente artículo postula un análisis acompañado de elementos críticos a la ponderación como método jurisprudencial de resolución de casos difíciles.

PALABRAS CLAVE: Ponderación; principios; fórmula de peso; desarrollo de derechos

Copyright © Revista San Gregorio 2018 ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work exposes a theoretical and empirical approach to the theory of the weighing of the German Robert Alexy. By means of the analysis of a practical case, the thesis of Alexy for the resolution of the conflict between principles is explained briefly. Criticisms will be presented to the weighing motivated fundamentally by the subjective burden that implies assigning weight to one principle in sacrifice of another. Finally, we will review the alternative to the weighing presented by the author Leandro Vergara through his thesis on the development of rights. In short, this article proposes an analysis accompanied by critical elements to the weighing as a jurisprudential method of solving difficult cases.

KEYWORDS: Weighing, principles, weight formula, development of rights

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



BRENNER FABIÁN DÍAZ RODRÍGUEZ



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



bfdz@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 1 DE FEBRERO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Derecho Constitucional generó un cambio de escenario sustancial en la resolución de conflictos, se rompe con el paradigma positivista y se retoma la concepción iusnaturalista (en su vertiente racionalista) del derecho, que lo concibe unido a los principios morales. Este salto implica que el juzgador puede usar estas normas para la resolución de conflictos, especialmente aquellos denominados casos difíciles.

En el derecho contractual también se evidencia este fenómeno, incorporando una serie de principios que derivan de la libertad e igualdad, ellos son: la autonomía de la voluntad, la buena fe, la conservación del contrato, la equivalencia de las prestaciones, la confianza, la razonabilidad, la prohibición del abuso del derecho y el orden público.

El jurista Alemán Robert Alexy propuso el método de la ponderación, por medio del cual y, teniendo como base una fórmula de pesos, es posible (en los casos que impliquen conflictos entre dos principios), evaluar la relación que se establece entre el grado de lesión de un principio y el grado de satisfacción del otro. La teoría jurídica que adhiere a este sistema se ha denominado neoconstitucionalismo. Esta corriente ha impregnado la cultura jurídica de Alemania, España, Italia y algunos países latinoamericanos, pero también ha ganado un gran número detractores (Manfredi, 2014).

Ponderación aplicada al caso ANVISA – NEECBB

ANTECEDENTES

Las terapias de células madre constituyen hoy en día, una esperanza para la curación de numerosas enfermedades. El conflicto a analizar se presentó entre la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria de Brasil ANVISA y la NECBB (New England Cord Blood Bank) de Massachusetts, Estados Unidos. Ciudadanos brasileños celebraron contratos con la compañía estadounidense para la preservación de células madre con el propósito de un futuro uso terapéutico. Según el laboratorio estadounidense, en Brasil no existía un sistema eficaz para dicho propósito, por lo que se hacía necesario remitir la sangre extraída del cordón umbilical a Estados Unidos.

El conflicto se generó cuando ANVISA obstaculizó (mediante la aplicación de un tributo o sellado) la recolección y transporte de las células madres provenientes de cordón umbilical de brasileños a otro país, aduciendo la relevancia pública del objeto del contrato que, extrapolaría los límites de la libertad individual. Por su parte, para la Vigilancia Sanitaria y Epidemiológica y la Salud del Trabajador de Brasil, el acto de la ANVISA estaba legitimado por la Ley 10.205 o Ley de Sangre, que se rige por los siguientes principios y directrices:

Se prohíbe la donación o exportación de sangre, componentes y hemoderivados, excepto en casos de solidaridad internacional o cuando haya excedentes en las necesidades nacionales en productos acabados, o por indicación médica con finalidad de elucidación diagnóstica, o aún en los acuerdos autorizados por el órgano gestor del SINASAN para procesamiento u obtención de derivados por medio de alta tecnología, no accesible o disponible en el país (Art. 14.XII.1°) (Brasil, Poder Legislativo, 2001)¹.

Es decir, desde la publicación de la ley se encontraba gravado (y por tanto limitado) el envío de sangre de cordón umbilical y placentario hacia el exterior, con el objetivo de almacenar células madre en bancos públicos o privados instalados fuera del territorio nacional brasileño, a menos que se tratara de uno de los casos de excepción.

1. Texto original Lei 10.205. Art. 14.XII.1°. É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DEL CASO BAJO LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE ALEXY

De acuerdo con Alexy las decisiones judiciales deben ser justas y razonables, sobre la base de discursos racionales. El autor incorpora la teoría del discurso conceptualizada como una teoría procedimental de la práctica racional. Presupone que una proposición sería verdadera solamente si se deriva de un discurso racional, en ese caso sería una teoría procesal de corrección práctica.

En este contexto y, con base en los antecedentes del caso, se haría necesaria la institucionalización de un sistema jurídico que superpone, prima facie, los fundamentos sustanciales presentados. Para el caso presentado, consideramos que el empleo del método de la ponderación permitiría resolver la colisión entre la libertad de contratar y la preservación del patrimonio genético brasileño.

De este modo y siguiendo a Alexy, corresponde explicar brevemente el método de la ponderación:

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ley de la ponderación y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (P_i) y la importancia concreta del principio contrario (P_j) (Alexy, 1997). (p.56).

La ponderación supone la verificación de los siguientes puntos: a) subprincipio de idoneidad o de adecuación, que significa que la elección del principio con mayor peso debe hacerse de forma adecuada. b) subprincipio de necesidad, que implica que la elección del principio se ha hecho de un modo que resulta la mejor alternativa posible, entre varias y c) principio de proporcionalidad en sentido estricto que supone que, las ventajas de la realización de un principio superan las desventajas del sacrificio del otro.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal arguyó:

[...] la inexistencia de ofensa al interés público, una vez que de acuerdo con la Resolución 153/2004 de la ANVISA la regla es el descarte del cordón umbilical después del parto, no se vislumbra así la utilidad de la sangre a la población nacional (Apelación en orden de seguridad, 2007).

Es decir, no encontró razones para que, la alegada preservación del patrimonio genético brasileño (soberanía, seguridad nacional, interés público) reclamada por ANVISA, tuviera tal peso, que hiciera jurídicamente justificable el sacrificio de la libertad de contratación, en este caso, para el envío de la sangre con células madre, a un laboratorio fuera del país.

APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN AL CASO CONCRETO

La ley de la ponderación "alexiana" señala que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Vergara, 2016). De esa manera se justifica, según la tesis de Alexy, el sacrificio de un principio (derecho) por otro en un caso concreto, pues es imposible establecer una jerarquización de principios de manera abstracta.

Según (Vergara, 2016)

[...] la ponderación alexiana es una fórmula que se concreta en tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy, además, le atribuye a la afectación de los principios un determinado valor numérico, una medida de peso. La divide de acuerdo a cómo se percibe la carga: leve, media o intensa (p.9).

Ahora, aplicando dichos valores a nuestro caso concreto, podemos establecer, primero, que el sellado impuesto por ANVISA para contratar con bancos de crioconservación extranjeros alcanzó el grado máximo de limitación a la libertad de contratación. En la escala del modelo triádico, se podría decir que la actitud de la Agencia consistió en la más seria de las interferencias, traducida por el sellado o no satisfacción de dicho principio.

En el segundo lugar, evaluando la importancia de la satisfacción del principio de la supremacía pública, de la salud pública, de la seguridad nacional y de la integridad del patrimonio genético brasileño (Berumen Campos, 2015). Se pone de relieve que se trata de conceptos abiertos. Se refiere únicamente a las cuestiones vinculadas a la soberanía de los países, que, desde hace mucho, por lo menos desde la década de los ochenta, no tienen el mismo significado, principalmente por la globalización y la apertura de las fronteras.

En este sentido, se considera lo que sería, en el modelo triádico, la interferencia de los contratos en cuestión con los principios colisionados por ANVISA. Una interferencia a la salud que podría considerarse grave sería, por ejemplo, la aparición de una epidemia a nivel nacional. Ilustrativamente, situaciones de ese tipo constituirían una interferencia a la salud pública que justificaría la afectación de derechos (como la libertad de contratar) por parte de ANVISA o cualquier otra institución pública de la forma en que lo hizo en el caso analizado.

Dicho de otra manera, el envío de sangre de cordón umbilical hacia el exterior (por medio de un contrato) no estaría incluido en el grado grave del modelo triádico, concluyendo que, o está en el grado leve o moderado de interferencia en el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, el último paso definido por Alexy sería determinar si la importancia del principio satisfecho, justifica, a su vez, el sacrificio o la no satisfacción del otro principio (Fernandes de Azevedo Souza, 2010). Sobre este punto no se hace necesario ahondar más.

CRÍTICA AL MÉTODO

Aparentemente, el uso de la teoría y método de ponderación de Alexy permitió solucionar el conflicto que representa la colisión de principios dentro de casos concretos, sin embargo, esta fórmula, a nuestro juicio, presenta elementos que le dotan de un alto grado de subjetividad.

Realizando un nuevo análisis del caso, está claro que la libertad de contratación ha sido seriamente afectada por el gravamen impuesto por ANVISA. Asumamos que en Brasil existen instituciones que permiten la crioconservación y el manejo de células madres, pero

que los contratos con laboratorios extranjeros han provocado que la demanda por laboratorios nacionales disminuyera ostensiblemente. Por lo tanto, la contratación del servicio en el extranjero no afectaría el patrimonio genético brasileño, sino el desarrollo de la biotecnología en el país. En este caso un juez no estaría del todo desacertado si considerara grave la afectación del segundo principio, lo que no quita veracidad al análisis previo.

Según la ponderación de Alexy es necesario otorgarle un valor matemático (20, 21, 22) al grado de satisfacción de un principio y de lesión de otro, pero esa cuantificación se realiza de acuerdo con los valores morales de los que juzgan, luego el resultado no sería muy diferente al que se obtiene preguntando directamente qué principio se considera que debe prevalecer. (Beade, 2011).

La teoría de Alexy es considerada como el desarrollo en el plano jurídico del concepto económico “óptimo de Pareto”. Pero si se analiza el modelo económico en el cual se obtiene toda la mejoría que se puede lograr para un individuo sin que se afecte la situación de otro; queda claro que no sucede lo mismo con el método de Alexy, en el cual la prevalencia de un principio justifica el sacrificio o la lesión de otro, por consiguiente, no se trataría de una situación calificable como óptima.

En este sentido Gorra señala que:

Lo que podemos advertir es que dependerá de la subjetividad y arbitrariedad del juez o tribunal a cargo de la ponderación, el de considerar que determinadas expresiones pueden llegar a no a ser violatorias del derecho fundamental a la personalidad. A pesar de esta observación, Alexy considera que esto no implica irracionalidad por parte de la ponderación. Lo que explica Alexy es que basta con la justificabilidad de las premisas para demostrar la racionalidad y objetividad. Con ello la ponderación se erige como una forma de argumentación jurídica (Gorra, s.f).

Los juicios de valor no son ni serán concreciones matemáticas, no adquieren rango de constante, sino que se trata de variables que dependerán del sujeto que las emite. En el contexto de los valores, la incógnita no es el peso matemático del valor, sino las posiciones relativas de las entidades a las que le asignamos la cualidad de valor. Por tanto, en el proceso

lo único que se obtiene es la percepción del valor que se analiza. El resultado del proceso depende en única instancia de la valoración moral de los jueces ya que no existe ninguna forma determinar una jerarquía que no sea la ponderación del que juzga. (Beade, 2011).

Como alternativa a la ponderación (Vergara, 2016) propone:

Entonces, mejor que postular una derrota, corresponde aludir a un supuesto de desplazamiento por inaplicabilidad. La aplicación de un sistema normativo coherente y bien estructurado no sufre derrotas, sólo aplica la norma correcta al caso concreto. No hay en esto medios y fines. La utilización de una regla no implica un costo ni una derrota de la regla que no se aplicó. (p.6).

En el caso previamente descrito esta solución es factible, por cuanto se puede partir de la premisa de que nunca estuvo comprometida la seguridad nacional o la herencia genética brasileña, por lo tanto, nunca hubo colisión con la libertad de contratación. Pero en el caso supuesto, ¿Cómo se establece el desplazamiento por inaplicabilidad? A nuestro juicio, nuevamente se presenta la dificultad que supone la aplicación de los juicios de valor provenientes del bagaje de creencias y conocimientos de quien juzga.

En todo caso, la propuesta de Vergara supone construir reglas a partir de los principios, de manera que, una vez obtenidas dichas reglas y aplicadas al caso concreto, el uso de la una no trae como consecuencia la derrota de la otra, sino que simplemente la última no fue aplicable. Cuestión que supondría alcanzar un argumento que asuma la corrección, es decir, una interpretación que supere epistemológicamente el razonamiento del costo-beneficio (Vergara, 2016) que es, en definitiva, la tesis de Alexy.

CONCLUSIONES

El establecimiento del Estado constitucional supuso una derrota al iuspositivismo en su versión más ortodoxa e implicó el retorno a las tesis del iusnaturalismo que consideran que los principios forman parte del derecho y que, como norma jurídica, son perfectamente aplicable por los jueces a la hora de administrar justicia.

La inclusión de los principios dentro del concepto de Derecho, supone que estos puedan ser considerados como normas que, sin embargo, de gozar de igual jerarquía, pueden colisionar en casos concretos, dejando al juez la labor de determinar en aquellos casos difíciles cuál principio debe primar por sobre el otro.

Para responder a la solución de los denominados casos difíciles en los que se ven enfrentados dos principios, el jurista alemán Robert Alexy ha propuesto su denominada teoría y método de ponderación, que supone que, por medio de la asignación de pesos a los principios, es posible determinar, en el caso concreto, cuál de ellos debe ser sacrificado para la satisfacción del otro.

A pesar de que las tesis de Alexy han encontrado una gran acogida en la jurisprudencia internacional, también han sido objeto de críticas en el sentido que, a pesar de que, a primera vista, pareciera tratarse de un método lógico matemático, la asignación de pesos a los principios en conflicto, obedece en último caso a la apreciación subjetiva del juzgador.

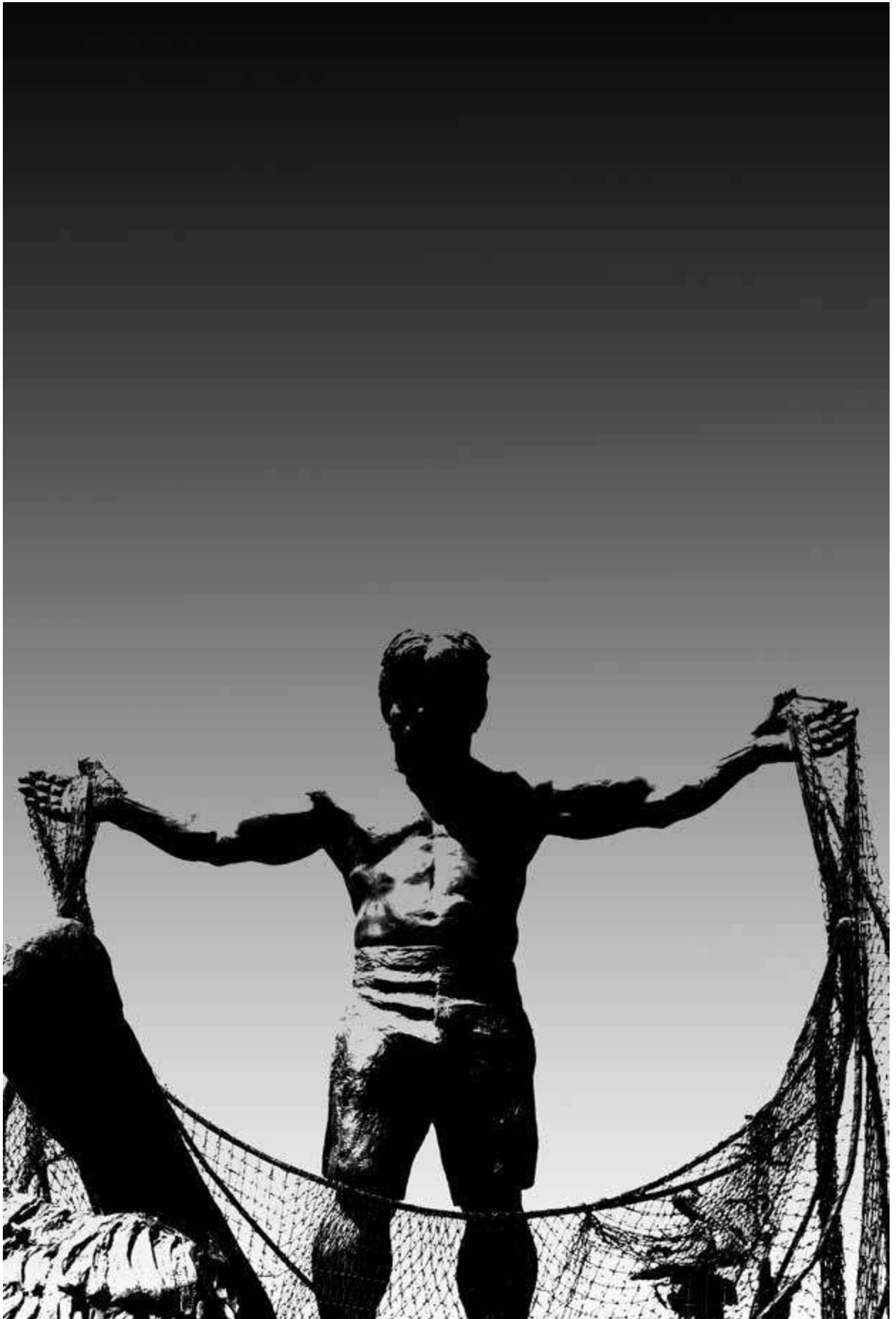
En el caso analizado, los principios en conflicto eran la libertad de contratación y el patrimonio genético (interés público). Aplicado a dicha colisión el método de Alexy, resulta derrotado el segundo, pues el destino de la sangre de cordón no utilizada era el ser desechada, por lo cual, el peso del patrimonio genético cede ante la libertad de contratación.

A propósito de las críticas de las que han sido objeto las tesis de Alexy, el autor Leandro Vergara, sugiere reemplazar la ponderación (por lo que significa sacrificar un principio por otro) por el desarrollo de derechos, es decir, a partir de los principios se podrían construir reglas, cuestión que superaría el riesgo de colisión, pues las reglas no colisionan entre sí, sino que, para el caso concreto, una es aplicable y la otra no. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1997). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEC.
- Apelação em mandado de segurança, AMS 11040 DF 2005.34.00.011040-7 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 7 de mayo de 2007).
- Beade, G. (2011). El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana. Bogotá, Colombia. Recuperado el 16 de septiembre de 2017. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-beade-castellano.pdf>
- Berumen Campos, A. (2015). (2015). Ponderación de principios y tónica jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado, 48(143), 531-546. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000200002
- Brasil, Poder Legislativo. (21 de marzo de 2001). Lei 10.205. Lei do sangue. Brasília, Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - Eletrônico - 22/3/2001, Página 1.
- Covarrubias Cuevas, I. (2015). El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere. Revista de derecho (Valparaíso(45), 261-287. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200010>
- Fernandes de Azevedo Souza, S. (2010). Liberdade de contratar vs. Proteção à saúde da coletividade: uma ponderação à luz de Robert Alexy. REVISTA DE DIREITO DOS MONITORES DA UFF, 3(9). Recuperado de <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/viewFile/106/67>
- Gorra, D. (s.f.). www.miguelcarbonell.com. Recuperado el 14 de septiembre de 2017, de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf
- Manfredi, L. N. (2014). La resolución por principios: casuística en materia de contrato de servicios. Cartapacio de Derecho, 25. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1449/1878>
- Vergara, L. (2016). El desarrollo de los derechos. En J. García Amado, Razonar sobre derechos (págs. 81 - 115). España: Tirant lo Blanch.





A black and white photograph of a coastal landscape. In the foreground, a concrete ledge is visible. The middle ground shows a sandy beach with sparse vegetation and a small tree. The background features a large body of water with several small boats, and a range of hills or mountains under a clear sky.

**La soberanía alimentaria
en el marco jurídico
constitucional del Ecuador**

LA SOBERANÍA ALIMENTARIA EN EL MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

FOOD SOVEREIGNTY IN THE CONSTITUTIONAL LEGAL FRAMEWORK OF ECUADOR

RESUMEN

La presente investigación proporciona un acercamiento jurídico normativo al concepto de soberanía alimentaria como derecho humano y, a su vez, obligación de los Estados. Se aborda su surgimiento dentro del ordenamiento jurídico convencional. Se muestra la influencia de esta noción dentro del contexto constitucional ecuatoriano, tanto en los derechos del buen vivir, como en el régimen de desarrollo. Por último, se realiza un acercamiento a esta figura dentro del contexto del derecho comparado, con las legislaciones de Paraguay y Bolivia. En definitiva, este trabajo constituye un estudio documental dentro de una óptica jurídica de tipo eminentemente descriptivo con componentes analíticos.

PALABRAS CLAVE: Soberanía alimentaria; seguridad alimentaria; derecho; alimentación sana; buen vivir.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present investigation provides a normative legal approach to the concept of food sovereignty as a human right and, in turn, the obligation of States. Its emergence within the conventional legal system is addressed. It shows the influence of this notion within the Ecuadorian constitutional context, both in the rights of good living, and in the development regime. Finally, an approach to this figure is made within the context of comparative law, with the legislations of Paraguay and Bolivia. In short, this work constitutes a documentary study within a legal perspective of an essentially descriptive type with analytical components.

KEYWORDS: Food sovereignty; food safety; law; healthy food; good living.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



JULIA RAQUEL MORALES LOOR



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



jrmorales@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 30 DE AGOSTO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

La soberanía alimentaria se ha constituido en un tópico de gran relevancia, no solo en el Ecuador, sino a nivel mundial. En nuestro país, por mandato constitucional, tiene un doble carácter, es objetivo estratégico y obligación del Estado, que tiene como finalidad garantizar a las personas comunidades y pueblos, la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados para el Buen Vivir.

En el texto constitucional, la soberanía alimentaria se traduce en el compromiso del Estado de garantizar el derecho de las personas y colectividades a una vida digna, a la salud, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc. Del mismo modo, implica responsabilidades para el Estado como fortalecer y diversificar las tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria, promoviendo y recuperando la agro biodiversidad y los saberes ancestrales.

En el presente trabajo se inicia por las nociones básicas y antecedentes de este concepto, para luego arribar a su consagración y regulación a nivel constitucional y finalizar en un acercamiento mediante legislación comparada a su regulación en Bolivia y Paraguay.

NOCIONES BÁSICAS SOBRE SOBERANÍA ALIMENTARIA

Según Yupa, la soberanía alimentaria nace de la necesidad de satisfacer las carencias alimenticias de la población humana y esta forma parte de las políticas públicas del buen vivir (Yupa, 2014, p. 2). En este sentido, resulta coherente que la Constitución de 2008 la haya considerado como una obligación del Estado, bajo el marco del Estado constitucional de derechos y justicia.

De acuerdo al estudio elaborado por (Stedile & Martins de Carvalho, 2011):

En los diversos documentos y declaraciones elaboradas colectivamente, el concepto de soberanía alimentaria fue agregando al conjunto de derechos de los pueblos de definir sus propias políticas de agricultura y de alimentación, que incluye proteger el medio ambiente y los recursos naturales, reglamentar la producción agrícola y el comercio agrícola interno para el desarrollo sustentable, proteger los mercados locales y nacionales contra las importaciones y limitar el dumping social y económico de productos en los mercados. (p.13).

De aquello se desprenden dos puntos relevantes: el primero, que la soberanía alimentaria constituye un derecho para las personas, en el caso ecuatoriano, en directa correlación con obligación del Estado que la define. Y, segundo, la soberanía alimentaria no tiene una finalidad que invalide al comercio, por el contrario, tiene como uno de sus objetivos principales fomentar la formulación de políticas públicas que fortalezcan toda la cadena de producción de alimentos que, además de sanos, guarden relación con las tradiciones históricas y geográficas en concordancia con todas las formas de organización económica.

En opinión de Escribano, el problema del hambre tiene dimensiones políticas y económicas fundamentales, que deben ser conocidas por la sociedad y abordadas por sus representantes en los foros correspondientes (Escribano, 2010). Entre esos foros se encuentra la Cumbre Mundial sobre la Alimentación realizada en 1996, a la cual se convocó a los Estados y otros participantes, para analizar lo que se denominó como “seguridad alimentaria”, en dicha instancia se manifestó que:

Seguridad alimentaria, a nivel de individuo, hogar, nación y global, se consigue cuando todas las personas en todo momento tienen acceso físico y económico a suficiente alimento, seguro y nutritivo, para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, con el objeto de llevar una vida activa y sana (Naciones Unidas, FAO, 1996).

Este es el antecedente más remoto a nivel internacional sobre el tema, el cual sería tratado propiamente como soberanía alimentaria en el año 2001 en la Habana, Cuba, en el denominado Primer Foro Mundial de Soberanía Alimentaria, donde se la definió como:

El derecho de los pueblos a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación para toda la población, con base en la pequeña y mediana producción, respetando sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos, pesqueros e indígenas de producción agropecuaria, de comercialización y de gestión de los espacios rurales, en los cuales la mujer desempeña un papel fundamental. (Naciones Unidas, 2001).

En el ámbito ecuatoriano y según la constitución, la soberanía alimentaria es un eje estratégico y obligación del Estado, para garantizar que los pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente (Asamblea Constituyente, 2008).

SOBERANÍA ALIMENTARIA EN RELACIÓN AL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El derecho a la alimentación, como derecho humano, se encuentra claramente reconocido en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano, entre ellos se encuentran: La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la alimentación en su Art. 25, al estipular que:

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, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad [...] (Naciones Unidas, 1948).

En concordancia con aquello, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1976) establece "El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento a la alimentación adecuada o a medios para poder obtenerla". De allí nace la obligación para los Estados, incluido el Ecuador, de proteger a las personas del hambre y la desnutrición, para lo cual será imprescindible la adopción de políticas públicas direccionadas a fortalecer los

sectores agroalimentario, pesquero y comercial a todo nivel, de manera de disminuir en lo posible la dependencia de las importaciones, fortaleciendo la autosuficiencia y la conservación de las costumbres ancestrales. De modo que el ejercicio de la soberanía alimentaria asegure el ejercicio de otros derechos, como son el derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, al agua, a vivir en un medioambiente sano, a lo largo de todo el ciclo vital.

Una vez expuesto el marco internacional respecto del derecho individual a la alimentación, es necesario desarrollar el fundamento jurídico internacional desde la perspectiva de los derechos de los pueblos a desarrollar actividades productivas. En este sentido, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 32 contempla que: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

Esta declaración tuvo su fundamento histórico en el Convenio N.º 169 de la OIT, en el cual se reconoció el derecho de los pueblos a mejorar sus condiciones de vida y de trabajo mediante la ejecución de planes de desarrollo económico en los territorios en donde habitan, determinando en su Art. 19 que:

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen. (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

Es a través de este fundamento internacional que la soberanía alimentaria encuentra su sustento dentro de los derechos fundamentales de los pueblos y campesinos, que en un principio fueron reivindicados con el fin de recuperar su identidad, pero que hoy juegan un rol principal en la recuperación de costumbres y prácticas (y en algunos casos, territorios) que cumplen una función esencial dentro del régimen de la soberanía alimentaria.

SOBERANÍA ALIMENTARIA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Con la constitución de 2008, Ecuador supera lo recomendado en las directrices y en instrumentos internacionales respecto de la soberanía alimentaria. En ese sentido, Borja sostiene que, “[...] la Constitución de 1998 se refería a la alimentación, como una garantía para una vida digna; y, no la reconocía como un derecho en sí mismo, como lo estipula el artículo 13 de modo específico la norma constitucional actual”. (Borja, 2009). (p.103).

De esta manera, y de acuerdo al Art. 13 de la Constitución ecuatoriana (2008):

Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria.

Por su parte, el Art. 281 de la carta magna contempla el régimen constitucional de la soberanía alimentaria, en el cual se especifican las responsabilidades del Estado que deberán plasmarla, entre otras encontramos:

- i. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera;
- ii. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias para evitar la dependencia de importaciones de alimento;
- iii. Fortalecer la producción agropecuaria;
- iv. Promover políticas redistributivas;
- v. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento;
- vi. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales;
- vii. Precautelarse que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable;
- viii. Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados y otros.

Del mismo modo, la soberanía alimentaria forma parte del denominado “Régimen de desarrollo” que, como lo describe la propia constitución en su Art. 275, es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

Finalmente, cabe recordar que la constitución vigente consagra una serie de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, gran parte de ellos relacionados con la propiedad y uso imprescriptibles de sus territorios ancestrales, con la conservación y promoción de sus conocimientos y prácticas en materia de biodiversidad, así como con la mantención, protección y desarrollo de sus saberes ancestrales, que incluyen, entre otros, los relacionados con la agrobiodiversidad. Cuestiones trascendentales para la consecución de la soberanía alimentaria.

SOBERANÍA ALIMENTARIA EN EL DERECHO COMPARADO

A nivel latinoamericano, además de Ecuador, existen otros países que han adoptado a la soberanía alimentaria dentro de sus ordenamientos jurídicos, sea a nivel constitucional o infraconstitucional. Ejemplo de ello, son Paraguay y Bolivia.

SOBERANÍA ALIMENTARIA EN PARAGUAY.

Si bien, la actual Constitución del Paraguay, promulgada en el año de 1992, no contempla a la soberanía, ni a la seguridad alimentaria, existe un programa denominado PLANAL, que es el Plan Nacional de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional del Paraguay de 2009.

Según el gobierno paraguayo, este plan:

[...] es una respuesta a: las condiciones de vulnerabilidad de cerca de 40% de la población del país, los elevados índices de prevalencia de la desnutrición, malnutrición y enfermedades de base alimentaria, el clima de inseguridad en el campo, los indígenas en situación de calle y mendicidad, las 150.000 fincas campesinas con bajo retorno económico al trabajo familiar, las miles de familias del campo y las ciudades que no ven garantizada su alimentación durante el año, y la dispersión de esfuerzos y recursos institucionales públicos y de la cooperación externa para la promoción del desarrollo sostenible y el

cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo del milenio (ODM). (FAO; Paraguay, Presidencia de la República, 2009). (p.5).

A partir de este plan, surgen tres nuevos programas para su implementación:

i. Programa Nacional de SSAN para la Agricultura Familiar: producción de alimentos de alto contenido nutricional, control de agroquímicos, organización de servicios de apoyo, promoción de la asociatividad, desarrollo de tecnologías y sistemas productivos apropiados.

ii. Programa Nacional de Seguridad Alimentaria y Desarrollo de la Agricultura y Economía Indígena: producción familiar y comunitaria de alimentos nutritivos, rescate de productos tradicionales, tecnologías y saberes ancestrales, fomento de la artesanía y servicios ambientales, construcción de conocimientos apropiados con enfoque participativo.

iii. Programa Nacional de Fomento de la Producción Orgánica y Agroecológica: desarrollo de productos, mercados y sistema de certificación de productos orgánicos, ordenamiento territorial, plan de incentivos, incluyendo apoyo técnico y crediticio, fortalecimiento de asociaciones de productores, desarrollo de cadenas agro productivas y comerciales, plan de concienciación y difusión de producción y consumo de productos orgánicos, apoyo a la política de competitividad sectorial. (FAO; Paraguay, Presidencia de la República, 2009). (p.5).

SOBERANÍA ALIMENTARIA EN BOLIVIA

La Constitución Política de Bolivia hace referencia tanto a la seguridad como a la soberanía alimentaria. De este modo, se consagra el derecho al agua y a la alimentación, con la correlativa obligación del Estado de garantizar la seguridad alimentaria, por medio de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población (Art. 16). (Bolivia, Asamblea Constituyente, 2009).

Por su parte, tanto la seguridad como la soberanía alimentaria constituyen principios de obligatoria observancia para la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales (Art. 255.II.8). (Bolivia, Asamblea Constituyente, 2009).

Del mismo modo, se plantea el logro de la soberanía alimentaria como uno de los ob-

jetivos de la organización económica estatal, junto con la promoción de la democracia económica (Art. 309.4). (Bolivia, Asamblea Constituyente, 2009).

Y, por último, se enfatiza en la soberanía alimentaria a propósito del desarrollo rural integral sustentable, como parte fundamental de las políticas económicas del Estado boliviano (Art. 405). (Bolivia, Asamblea Constituyente, 2009).

CONCLUSIONES

La concepción de soberanía alimentaria, nace de la necesidad, a nivel global, de asegurar una alimentación sana, sustentable en armonía con la agrobiodiversidad y las costumbres y saberes ancestrales de cada país, de manera que ella garantice una serie de derechos humanos, como a la vida, la alimentación, la salud, etc.

El concepto de soberanía alimentaria se ha ido construyendo desde el ordenamiento jurídico convencional con la participación activa de movimientos sociales, hasta llegar a su caracterización tanto como derecho individual y colectivo, que haga frente al gran problema del hambre y desnutrición en el mundo.

En el contexto constitucional ecuatoriano, la soberanía alimentaria representa tanto un objetivo estratégico como una obligación del Estado, cuestiones que se traducen en una serie de responsabilidades relacionadas especialmente con objetivos como eliminar la dependencia de las importaciones de alimentos, salvaguardar el patrimonio de la agrobiodiversidad y la recuperación y fortalecimiento de las costumbres, prácticas y saberes ancestrales.

A nivel latinoamericano, Bolivia también ha consagrado a la soberanía alimentaria como objetivo del Estado, eje articulador de la política económica, y principio frente al ordenamiento jurídico convencional. Paraguay, por su parte, ha implementado un plan nacional en procura de asegurar tanto la soberanía como la seguridad alimentaria. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (29 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449.

Bolivia, Asamblea Constituyente. (7 de enero de 2009). Constitución Política del Estado. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.

Borja, P. (2009). Las directrices sobre el derecho a la alimentación y su correspondencia con la Constitución del Ecuador. AFESE, 103 - 119.

Escribano, S. (febrero de 2010). Situación y perspectivas de la soberanía alimentaria: Una revisión bibliográfica. Zaragoza, España. Recuperado el 12 de septiembre de 2017, de http://base.socioeco.org/docs/21_soberania_alimentaria_v2_escribano_01_1_1.pdf

FAO; Paraguay, Presidencia de la República. (junio de 2009). Plan Nacional de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutrición del Paraguay PLANAL. Asunción, Paraguay: Gobierno de Paraguay.

Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. París: Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas, FAO. (13 al 17 de noviembre de 1996). Cumbre mundial sobre alimentación. Roma, Italia: ONU.

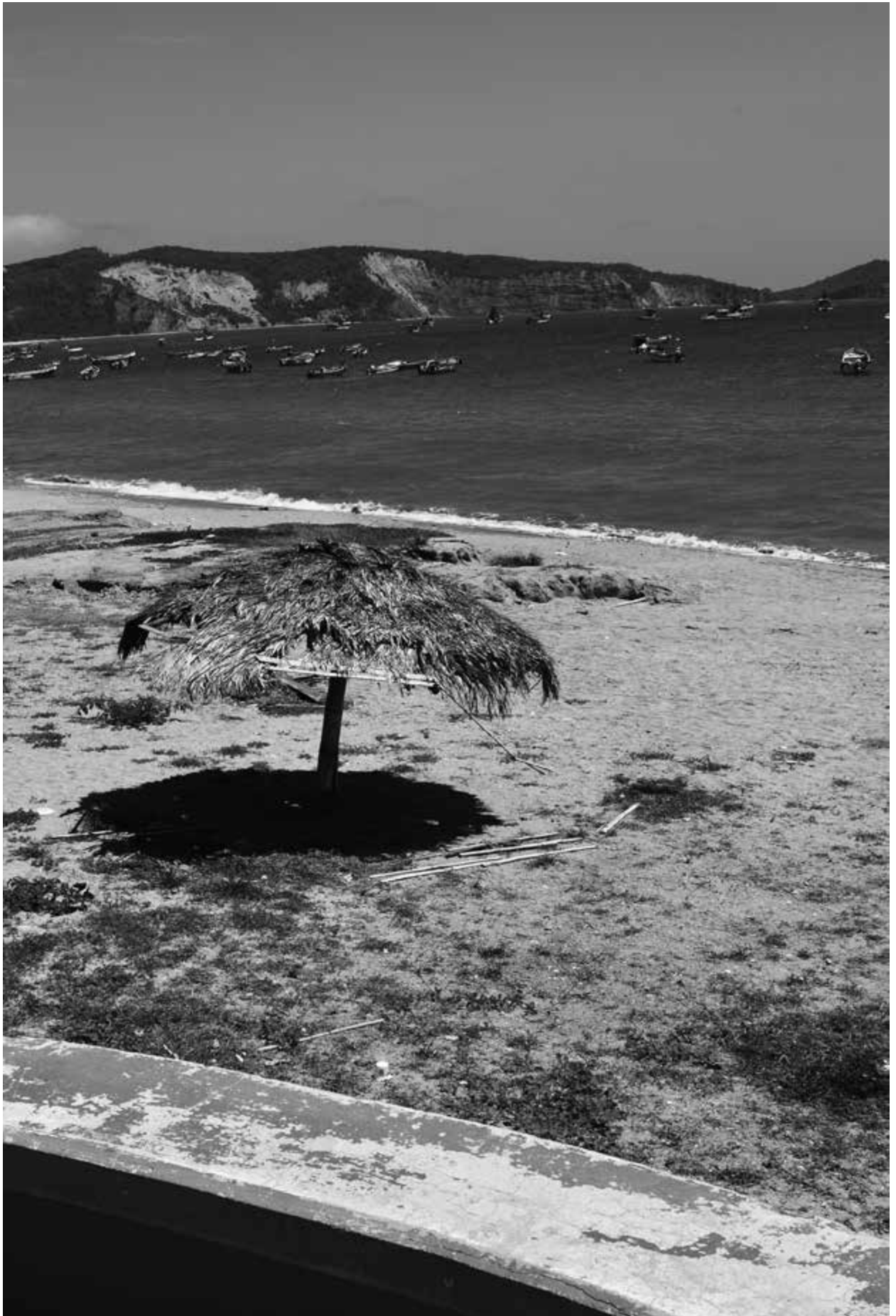
Naciones Unidas. (2001). Primer Foro de Soberanía Alimentaria. Habana, Cuba: el Foro de ONG/OSC junio de 2002.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 de la OIT. Ginebra: Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

Stedile, J., & Martins de Carvalho, H. (abril de 2011). Soberanía Alimentaria: Una necesidad de los pueblos. Brasilia, Brasil. Recuperado el septiembre de 10 de 2017, de <https://www.alainet.org/images/SOBERANIA%20ALIMENTARIA%20es.pdf>

Yupa, Fanny. (2014). Derecho a la soberanía alimentaria. Principios jurídicos para desarrollar un sistema sostenible y sustentable en el Ecuador. Quito: Universidad Central del Ecuador.







**El control de
convencionalidad y su
aplicación en Ecuador**

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN ECUADOR

CONTROL OF CONVENTIONALITY AND ITS APPLICATION IN ECUADOR

RESUMEN

El presente trabajo presenta una aproximación teórica y jurisdiccional a la figura del control de convencionalidad, en sede internacional y nacional, como mecanismo que permite verificar y precautelar la correspondencia del actuar de los estados y de su normativa interna, con la Convención Americana de Derechos Humanos. Se aborda el origen del concepto de control de convencionalidad, radicado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la clasificación del control, tanto en relación al órgano que lo realiza, como al tipo de normas sobre las cuales recae. Por último, se analiza la aplicación del control de convencionalidad en Ecuador por vía de la analogía con el control constitucional. En suma, este estudio realiza un abordaje a partir del análisis documental dentro de un enfoque jurídico de índole mayormente descriptivo y explicativo.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad; derechos humanos; control constitucional; derechos humanos.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work presents a theoretical and jurisdictional approach to the conventionality control figure, in international and national headquarters, as a mechanism that allows to verify and protect the correspondence of the actions of the states and their internal regulations, with the American Convention of Human Rights. The origin of the concept of conventionality control, based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, as well as the classification of control, both in relation to the body that carries it out, and to the type of rules on which it is based. Finally, the application of conventionality control in Ecuador is analyzed through the analogy with constitutional control. In sum, this study makes an approach based on documentary analysis within a legal approach of a largely descriptive and explanatory nature.

KEYWORDS: Control of conventionality; human rights; constitutional control; Human Rights

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



HENRY VILLACÍS LONDOÑO



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



hsvillacis@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 DE DICIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 8 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), a propósito de su tarea de verificar la correspondencia de la actuación de los Estados y su normativa interna con el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mas, este control es exclusivo de la Corte Interamericana, este examen también se realiza dentro de la esfera particular de cada Estado, con el fin de asegurar la concordancia de sus normas internas, con la Convención y otros instrumentos conexos.

Para el caso ecuatoriano, su Constitución vigente desde el año 2008 contiene una serie de normas que receptan gran parte del ordenamiento convencional, cuestión que permite al Estado incorporar dichos instrumentos, otorgándoles, además, rango constitucional.

La presente investigación comienza con un abordaje conceptual e histórico del control de convencionalidad, para luego dar paso al análisis de dos de sus clasificaciones. La primera, en relación con el órgano que lo ejerce y que da origen a dos tipos de control de la convencionalidad, el concentrado y el difuso. La segunda, en relación con el objeto del control, es decir, las normas nacionales, y que lo divide en control concreto, cuando dichas normas han sido aplicadas a un caso concreto, y control abstracto, cuando son analizadas sin relación a un caso concreto.

Por último, se aborda el control de convencionalidad en Ecuador, su relación y paralelismo con el control de constitucionalidad, bajo la teoría del juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mc-Gregor, que nos permite comprender el alcance de dicho control en nuestro país, tanto en sede jurisdiccional como no jurisdiccional.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (Carbonell, 2013). En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente (Pelayo, 2013).

Esta concepción del control de convencionalidad (tradicional o básica), en principio concentrada en un tribunal internacional, se ha visto complementada con una concepción “transnacional”, en donde el acatamiento y aplicación de la Convención Americana y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configura, en palabras del Juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como un “control judicial interno de convencionalidad” (Pelayo, 2013).

Este control judicial interno comprende un mecanismo a través del cual, los jueces de cada Estado, cotejan el derecho local y el supranacional, “con la finalidad de que se vele por el objeto útil de los instrumentos internacionales, sea este derivado de los tratados, del *ius cogens* de la jurisprudencia de la CIDH; tarea que luego debe ser ejercida por la CIDH en caso de controversia” (Hitter, 2009). (p.12).

El control de convencionalidad supone, a nivel local, según la Corte IDH, que los órganos jurisdiccionales deben ejercer un control entre las normas de su derecho interno, que aplican al caso concreto, y la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual no solo observarán la Convención, sino también la interpretación que de ella ha hecho la propia Corte. (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006).

Pero el alcance de este control a nivel local no se ha mantenido en la esfera jurisdiccional, la propia Corte IDH ha expandido su doctrina del control de convencionalidad a todos los órganos del Estado, en el entendido que todos ellos poseen la obligación de velar por el efecto útil del pacto. Cuestión a la cual sumó la obligación de los jueces de realizar este control de oficio. (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010).

TIPOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO

De acuerdo al órgano que realiza el control de convencionalidad, es posible clasificarlo en control de convencionalidad concentrado y control de convencionalidad difuso.

El control concentrado o en sede internacional, lo realiza de manera exclusiva la Corte IDH, dentro del ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El segundo, hace referencia al "control difuso de convencionalidad realizado por los Estados a través de las autoridades de sus diferentes niveles en el ámbito de sus competencias" (Luchietti, 2008). (p.51).

En virtud del control concentrado, la Corte IDH revisa que los actos del Estado no sean contrarios a la Convención Americana, disponiendo, en caso de contradicción, la responsabilidad del Estado en cuestión y no solo del órgano responsable, en cuyo caso la Corte tiene la facultad para declarar que el acto es contrario a la convención y solicitar su modificación o reparación (Sagues, 2006). (p.41).

En definitiva, el control concentrado que realiza la Corte IDH, comprende la naturaleza misma de su función, cuando ejerce su competencia contenciosa, por medio de la cual llega a determinar la responsabilidad internacional del Estado, por la violación de derechos consagrados en la Convención Americana y otros instrumentos conexos.

Ahora, respecto del control difuso este "[...] emana del ámbito de competencia de la Corte Interamericana para insertarse en el ámbito de competencia de cada uno de los Estados parte de la Convención Americana" (Castilla, 2012), (p.41), en virtud de que, las disposiciones de la Convención forman parte del derecho interno, por medio de las cláusulas constitucionales de recepción que obligan a los Estados a ajustar su normativa interna al ordenamiento jurídico convencional.

El control de convencionalidad difuso o en sede nacional puede adoptar distintos mecanismos, dependiendo del grado de intensidad de control que aplique cada Estado. De esta manera el juez en ejercicio de su control difuso, posee varias alternativas, es decir, podría

inaplicar una norma, expulsarla o bien darle una interpretación conforme, que permita conservar la norma de derecho interno, pero adecuada al tenor de la Convención.

A este control local en sede judicial, se debe agregar el control difuso que, por criterio de la propia Corte IDH, deben hacer todos los órganos de la administración pública, es decir, todos los órganos públicos tienen el deber de velar que, en el ejercicio de sus competencias se observe y respeten las normas de la Convención.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCRETO Y ABSTRACTO

En relación al objeto sobre el cual recae el control de convencionalidad, es posible clasificarlo en control concreto y abstracto, ambas formas hacen referencia al control que se realiza respecto de dos tipos de normas, por lo tanto, el control concreto es el que se realiza en relación a normas o leyes aplicadas que se han aplicado a casos específicos y que han dado origen a una violación al orden jurídico convencional vigente. En tanto que, el control abstracto, se refiere a la posibilidad de que la Corte Interamericana realice un examen sobre normas o leyes que, sin haber sido aplicadas a casos concretos, por su simple configuración suponen una violación al marco convencional.

Este tipo de control tuvo su origen en el voto disidente del juez Cançado Trindade en el caso El Amparo vs. Venezuela, en el cual la Corte había resuelto no conocer el caso, en virtud de que las disposiciones de la ley impugnada no habían sido aplicadas a ningún caso en particular, sin embargo, el voto disidente sostuvo que:

[...] la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a las personas representada por la situación creada por dicha ley. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1996), (p.18), (Énfasis añadido).

De acuerdo al argumento del control abstracto, entonces, no es necesario que la nor-

ma se aplique para determinar que esta es contraria a los derechos humanos, “porque al esperar que exista una lesión de los derechos, se está dejando a un lado el deber de prevención, en consecuencia al control abstracto una ley puede ser contraria a la convención por su propia existencia” (Nogueira, 2013), (p.5), (Énfasis añadido).

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ECUADOR

El marco constitucional del Ecuador ha re-ceptado de manera amplia el orden jurídico convencional internacional. Dicha recepción se encuentra en una serie de normas, es así que, el artículo tres numeral uno, consagra como deber del Estado ecuatoriano, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Del mismo modo, el principio de aplicación directa de las normas constitucionales, abarca también aquellas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, estos instrumentos, constituyen un límite a la jurisdicción indígena. Por otra parte, y en materia de garantías jurisdiccionales, la acción por incumplimiento se erige como un mecanismo de exigibilidad de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. Y, finalmente, en virtud del principio de supremacía constitucional, la carta magna homologa en jerarquía a los instrumentos internacionales que reconozcan mejores derechos que los garantizados en ella.

Bajo este contexto, y en virtud de lo expresado en los párrafos anteriores, el control de convencionalidad que les compete realizar a las instituciones públicas ecuatorianas, tanto en sede jurisdiccional como no jurisdiccional, es el control difuso de convencionalidad, como una responsabilidad emanada no solo de los compromisos internacional adquiridos por el Estado ecuatoriano, sino como un deber de orden constitucional. Lo que nos queda por dilucidar es cómo se ejerce ese control en Ecuador.

Para abordar este tema, recurriremos a lo que Ferrer Mac-Gregor se refiere como intensidad en el control de convencionalidad, no-

ción que tiene, a su vez, relación directa con el tipo de control constitucional que se ejerce en cada Estado. Como sabemos, en Ecuador el tipo de control constitucional que se ejerce es concentrado, lo ejerce privativamente la Corte Constitucional (a pesar de que existen opiniones encontradas respecto al tema) y así lo ha afirmado el propio órgano en una de sus sentencias (001-13-SCN-CC, 2013)¹.

Teniendo esto en cuenta y según lo explica Ferrer Mac-Gregor, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” es menor en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

Sin embargo, eso no significa que los jueces ecuatorianos no puedan hacer control de convencionalidad, sino que lo harán de la misma forma en que realizan el control de constitucionalidad, por lo tanto, lo que no están permitidos de hacer es inaplicar una norma convencional (en directo paralelismo al impedimento que tienen de hacerlo con el resto de normas vía control de constitucionalidad), pues para ello tienen el mecanismo de consulta de norma, establecido en la Constitución, en su artículo 428.

Por lo tanto, la herramienta con que cuenta el juez ecuatoriano es la de la interpretación conforme, que, además, constituye un principio transversal dentro de nuestra Constitución, a propósito de la masiva incorporación del orden jurídico internacional. Por lo tanto, la labor del juez ecuatoriano, en virtud del control de convencionalidad será interpretar la norma, de la manera en que más se ajuste a la Convención y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos, labor que se hace extensiva a todos los órganos del Estado, en virtud de la extensión del control difuso que hemos explicado.

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad constituye una doctrina emanada y desarrollada por la Corte IDH, que supone el examen de las normas nacionales de cada Estado a la luz de la

1. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.001-13-SCN-CC: “En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” p.4

Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos aplicables.

El concepto control de convencionalidad ha evolucionado por medio de la propia jurisprudencia de la Corte, que lo ha proyectado desde ámbito internacional, a la obligación de todos Estado de velar por la adecuación del ordenamiento nacional a la Convención, en primer término, como labor de los jueces, para luego hacerla extensiva a todos los órganos del Estado.

El control de convencionalidad, según el órgano que lo ejerce, puede clasificarse en control concentrado o en sede internacional y en control difuso o en sede nacional. Y según las disposiciones sobre las cuales recae, es posible clasificarlo en concreto y abstracto, sea que las normas en cuestión se hayan aplicado a un caso concreto o no.

El control de convencionalidad difuso depende del tipo de control constitucional que se ejerza en cada Estado, de manera que, si el control de constitucionalidad es concentrado, menor será la intensidad con que se pueda ejercer el control de convencionalidad por parte de jueces y demás órganos del Estado y viceversa.

En el caso ecuatoriano, el control de convencionalidad difuso es de baja intensidad, en razón que, el control de constitucionalidad es de naturaleza concentrado, privativo de la Corte Constitucional. De este modo, el control de convencionalidad que pueden aplicar jueces y demás órganos del Estado, es la interpretación conforme de las normas locales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almonacid Arellano vs. Chile (Corte IDH 26 de Septiembre de 2006).
- 001-13-SCN-CC, 0535-12-CN (Corte Constitucional del Ecuador 6 de febrero de 2013).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Corte IDH 26 de Noviembre de 2010). Recuperado el 13 de octubre de 2017
- Carbonell, M. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Porrúa.
- Castilla, C. (2012). *El control difuso de convencionalidad*. México: Fundap.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de 09 de 1996). Caso El Amparo vs. Venezuela. Recuperado el 15 de 09 de 2016, de Voto disidente del juez Cançado Trindade.: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_19_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de 09 de 2006). Caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile. Recuperado el 14 de 3 de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales online*, 9, 531-622. Recuperado el 14 de octubre de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014
- Hitter, J. (2009). *Control de constitucionalidad y convencionalidad*. México: Estudios Constitucionales .
- Luchietti, A. (2008). *Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Nogueira, H. (11 de 6 de 2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 12 de 5 de 2016, de http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm#seis
- Pelayo, C. (4 de junio de 2013). El surgimiento y desarrollo de la doctrina de "Control de Convencionalidad" y sus implicaciones en el Estado Constitucional. Recuperado el 13 de octubre de 2017, de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml
- Sagues, N. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis.







**El principio constitucional
de proporcionalidad y
la actividad legislativa
penal ecuatoriana**

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA PENAL ECUATORIANA

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ECUADORIAN CRIMINAL LEGISLATIVE ACTIVITY

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es determinar y aclarar los preceptos de la Constitución ecuatoriana que consagran el programa penal que debe guiar la actividad legislativa ecuatoriana en relación al principio constitucional de proporcionalidad, dentro de una estructura garantista como imperativo de cualquier medida legislativa penal que se proponga. Las consideraciones conceptuales que se presentarán aquí, así como los artículos constitucionales a citar, deberán ser consideradas como las premisas valorativas, que guíen la comprensión, análisis y aplicación del principio de proporcionalidad en la actividad legislativa en cuanto a la producción de normas, como canon de constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Proporcionalidad; legislación penal; necesidad penal; idoneidad; pautas de constitucionalidad.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The purpose of this paper is to determine and clarify the precepts of the Ecuadorian Constitution that enshrine the criminal program that should guide the Ecuadorian legislative activity in relation to the constitutional principle of proportionality, within a guarantee structure as an imperative of any proposed criminal legislation. The conceptual considerations that will be presented here, as well as the constitutional articles to be cited, should be considered as the primary premises, which guide the understanding, analysis and application of the principle of proportionality in the legislative activity regarding the production of norms, such as canon of constitutionality

KEYWORDS: Proportionality; criminal legislation; criminal necessity; suitability; constitutionality guidelines.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



TANIA GABRIELA VILLACRESES BRIONES



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



villacresesgaby@gmail.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 DE OCTUBRE DE 2018

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Nos decidimos por el presente tema de investigación, pues en el contexto del Estado constitucional democrático de derechos y justicia que rige a Ecuador, donde es el principio de mínima intervención penal -como tratado de política criminal- el que establece los hilos conductores de la potestad punitiva estatal a nivel legislativo, interpretativo y de aplicación, el principio de proporcionalidad cobra una especial trascendencia.

Resulta entonces necesario y es objeto de nuestra investigación, conceptualizar y aproximarnos a la clarificación de las líneas constitucionales conductoras que guíen la comprensión, análisis y aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito legislativo, generando ciertas pautas para su estudio y aplicación, más allá del terreno de lo jurisdiccional en la actividad judicial; y aproximarnos a los estudios de proporcionalidad en el espacio de producción y creación de normas penales.

Determinaremos la complementariedad del principio constitucional de proporcionalidad con el principio de mínima intervención penal, lo que dota de mayor obligatoriedad al principio de proporcionalidad, como mandato de razonabilidad para la actividad parlamentaria penal en el ejercicio de su poder.

Para aquello, describiremos las premisas valorativas, que son base para el estudio y descubrimiento de las pautas de proporcionalidad en el ámbito legislativo, es decir, cómo encontramos el principio consagrado constitucional y normativamente y a qué tipo de medidas conduce en el ámbito jurídico parlamentario ecuatoriano.

Es necesario acotar que dentro del presente trabajo hemos considerado referirnos a la observación y sometimiento al principio de proporcionalidad en sede legislativa, a manera de: “estudio de proporcionalidad”, como parte del

análisis a realizar dentro de la fase de producción de normas en el Parlamento ecuatoriano, y como mandato constitucional que vincula a todos los poderes públicos, adquiriendo un sentido propio dentro del proceso de creación normativa.

Con todo esto de base, podremos pasar a estudiar los contenidos específicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, del principio en estudio, y su utilidad en el ámbito parlamentario.

DESARROLLO

Hacer una ley o plantear una reforma a esta, implica la redacción de un texto que debe resultar claro y comprensible para sus destinatarios y a la vez “debe ser lógicamente consistente tanto en su estructura interna como respecto de los principios y reglas preexistentes en el ordenamiento jurídico (Vega, 2015).

Si uno de los actuales problemas en la situación jurídica ecuatoriana y regional es la falta de estándares jurisdiccionales de racionalidad, en el ámbito legislativo el panorama es aún más oscuro y la necesidad de seguimiento de pautas y niveles de racionalidad en el proceso de producción de leyes que las valide constitucionalmente se vuelve indispensable.

Resulta innegable que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o las conductas que consideran producen el daño social que desea evitar (Rojas, 2009) apegados a los principios constitucionales, que deben determinar su actuar.

Es aquí donde el principio de proporcionalidad asume un rol protagónico, mismo que subyace de la propia redacción de la ley y puede suponer la construcción de categorías dogmáticas como es el caso específico del área del Derecho penal.

El principio de proporcionalidad ha tenido un extraordinario desarrollo en los estudios relativos a la definición de los límites de los derechos fundamentales, y en el Derecho penal al ser esta una rama cuya naturaleza, por sí, limita el goce de estos derechos.

Tradicionalmente, en el Derecho penal, el principio de proporcionalidad se ha definido a partir de la comparación entre pena y delito (Feijo, 2007); entre pena y culpabilidad; entre

pena y afectación del bien jurídico, entre pena y daño ocasionado con el delito o entre pena y finalidades socialmente admisibles (Arias, 2012).

Sin embargo, este último planteamiento "básico" se queda corto, e incluso suelen considerarlo ya como una formulación arcaica de la función punitiva del Estado y los límites con la que se encuentra revestida, en razón de que fundamentan la sanción en una equivalencia relativa y simple entre conducta y pena, creando sanciones con referencia a la ley del Talión (Gonzales, 2017).

El principio en estudio pasa en esta rama, a ser considerado no solamente como el principio rector del justo equilibrio entre delitos y penas, sino a servir también de esquema de razonamiento referido a los límites materiales del *ius puniendi* (Prieto, 2006), en la actividad legislativa; así, toda ley penal producida, debe ser el resultado de un complejo estudio en el que estén incorporados distintos tipos de balances sobre la base del principio de proporcionalidad.

Entendemos por "proporcionalidad" en sentido amplio al principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la "finalidad" perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos, es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles (Barnes, 2009).

Todo esto dentro de la línea de la mínima intervención penal y en sentido estricto, por derivarse de aquélla, más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades pues, la acción estatal debe ser útil, necesaria y proporcionada (Barnes, 2009).

Dentro de las perspectivas formuladas, el estudio de las razones de proporcionalidad aboca además a un examen jurídico-constitucional de eficacia y eficiencia de las medidas legislativas penales que se proponen en un Parlamento, que justifiquen la pertinencia de estas, en referencia a la conducta que la medida penal busca evitar, a través de tipos de penales de acción u omisión.

En este examen integral de constitucionalidad, se deberá observar también la concepción de democracia constitucional, como la configuración de Estado base de nuestra sociedad ecuatoriana, donde existen garantías de libertad, que obligan a las autoridades a justificar su actuar a la hora en la que se toman las decisiones, para este caso en particular a la hora de intervenir legislativamente.

Así, las intervenciones legislativas deberán, además de guardar coherencia con todo el sistema jurídico, ser razonables y posibilitar la afirmación de que se han respetado todos los puntos de vista y posiciones, observando la diversidad de la sociedad y no solo un actuar bajo la regla de mayorías, como anteriormente se planteaban los discursos democráticos.

En Ecuador, el Parlamento y todo órgano con potestad normativa tiene la obligación por mandato constitucional en el artículo 84, de adecuar y desarrollar las leyes a los principios y derechos establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales.

Así, el legislador no reforma, crea y define las leyes a su discrecionalidad, sino que, al hacerlo, debe someterse a los lineamientos previos constitucionales y evaluar, valorar y sobre todo justificar su actuar.

La legitimación constitucional del Estado, como el origen de las potestades públicas y sus límites, controles y fundamentos, se encuentra sujeta al principio de obligatoriedad, que caracteriza al Derecho público, a más de esto, en caso del Derecho penal esta potestad debe ser formalizadas a través de los Códigos Penales proporcionados y últimos.

El poder legislativo debe escoger medios de intervención en las conductas de la sociedad que se encuentren revestidos de razonabilidad como resultado de la necesidad de legitimar la acción estatal, para lo cual debe determinarse el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública (Bernal, 2006).

A partir de la fuerte consagración del constitucionalismo después de la segunda posguerra, en Alemania se reconoce la principal evolución en el desarrollo de los derechos fundamentales precisamente, en la intensifi-

cación de su vigencia frente al legislador (Medina, 1998).

Suele coincidirse en señalar que ha sido determinante el “descubrimiento” del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales (Medina, 1998).

Alemania es el país que destaca, al ser el creador de la doctrina que luego es extendida por el resto del mundo; su Tribunal Constitucional, en la aplicación y estudio del principio de proporcionalidad, lo utiliza para regular los actos de los poderes públicos que pongan en riesgo los derechos fundamentales (Bernal, 2009), de tal modo, no solo regula la acción jurisdiccional, sino, todos los actos emanados por el poder público.

El artículo 76, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, determina que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” consagrando así de forma expresa el principio de proporcionalidad en su básica y amplia concepción.

La Constitución ecuatoriana es relativamente nueva, se encuentra en vigencia a partir del mes de octubre del año 2008 y presenta esquemas de planteamientos de mínimos jurídicos en cuanto a Derecho Penal se trata, además de consagrar a Ecuador como un: “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático.” (Constituyente, 2008)

Ante lo evocado, la interpretación constitucional ecuatoriana se vio obligada a redefinir sus lineamientos a la perspectiva de la apertura a los principios objetivizados en la norma suprema, que adquirirían, bajo este esquema, la característica de la justiciabilidad, es decir, directa e inmediata aplicación, legislativa, jurisdiccional o administrativa, sin necesidad de regla expresa y aun en contra de alguna que pudiere contrariar, en abstracto o en concreto, su efectiva supremacía.

El contenido garantista de la Constitución ecuatoriana, se refleja en la parte general del Código Penal ecuatoriano, así, en su artículo 3 establece que la intervención penal solo está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas, constituye el último recurso, y debe

intervenir solo cuando no sean suficientes los mecanismos extrapenales.

En el sistema jurídico ecuatoriano estos límites al ejercicio del poder punitivo del Estado y su potestad legislativa, no solo se encuentran sometidos a lo que determina la Constitución y su concepción de Estado, sino también, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, a los que la misma Constitución en su artículo 525 les reconoce jerarquía constitucional e inmediata y directa aplicación; encontrándonos de esta forma sometidos y vinculados a la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José.

Por lo antes dicho, Ecuador no solo se encuentra sometido al mencionado tratado, sino que, a su vez, a las decisiones y/o resoluciones que en razón del mismo tratado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite.

Bajo la anterior premisa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterio tanto para delitos específicos como resultado del conocimiento de casos concretos, así como en resoluciones consultivas respecto a la actividad legislativa en materia penal relacionada con las finalidades que legítimamente se pueden perseguir con la asignación de las penas y la calidad de las penas que resultan admisibles en un Estado democrático de Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos además, ha expuesto juicio respecto a las conductas que pueden ser penalmente perseguidas, “la forma como se han de ejecutar las penas establecidas por el legislador, el deber de tipificar ciertos comportamientos como delitos a lo que se conoce como mandato de tipificación, y la obligación de asignar penas a dichas conductas, mandato de penalización (Cita, 20017), todo esto como parte del principio rector de proporcionalidad que se encuentra latente en el Derecho penal.

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL DERECHO PENAL

El principio de mínima intervención penal, como criterio superior constitucional, determinativo e invasivo de la actividad penal en todos sus ámbitos, se divide a la vez en dos sub principios: subsidiariedad y fragmentariedad,

que revisten de carácter a los límites del Derecho penal.

Dentro del principio de mínima intervención penal, el subprincipio de subsidiariedad, nos conduce a concebir al Derecho penal, como aquella rama del derecho que solo interviene una vez que se ha comprobado el fracaso de las restantes ramas del ordenamiento jurídico; cuando se determina que, no es posible proteger eficazmente un bien jurídico a través de las medidas propias de las otras ramas del derecho, sin que esto suponga falta de autonomía del área penal.

El legislador debe estudiar y justificar que otros medios menos lesivos han fallado en la protección de los bienes jurídicos. No significa que se encuentra el Derecho penal subordinado al resto de ramas del derecho, sino que, se utilizará en última instancia.

Dentro de esta guía conductora de la actividad penal debemos recurrir a la creación de regulación penal, exclusivamente cuando se ha demostrado y justificado que otros medios y ramas del derecho no han resultado eficaces.

El segundo subprincipio, el carácter fragmentario, constituye por defecto la base a la que debe someterse la creación de la parte especial de los Códigos Penales, es decir tipificación de delitos; que determina que, solo deben ser tutelados por el área penal, los bienes jurídicos frente a las formas más graves en que estos pueden ser vulnerados.

Las conductas que pueden ser consideradas antijurídicas para otras ramas del derecho, para el Derecho penal, solo lo serán, si adquieren un nivel especial de peligrosidad.

Con esto, la conocida afirmación del Derecho penal y su exclusiva y necesaria protección de "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención y regulación del Derecho penal (Mir Puig, 1998).

Aguado Correa, considera que, el olvido del respeto del principio de fragmentariedad por parte del legislador conduce a tal inflación punitiva que provoca la degradación de la función de la pena (Aguado, 1999) pues

no solo inciden consideraciones utilitaristas, como ocurre fundamentalmente con el principio de idoneidad y de subsidiariedad, sino que también inciden en consideraciones del principio mismo de proporcionalidad en todos sus sentidos.

Por tanto, el principio de fragmentariedad penal, no solo forma parte del principio constitucional rector de la actividad penal que es el principio de mínima intervención penal, sino que compone al principio de proporcionalidad, y a la inversa, complementando uno al otro, pues en casos donde el legislador penal no se ciñe a los lineamientos del principio de fragmentariedad, tampoco estará realizando un correcto estudio de proporcionalidad.

EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Está claro que, de las constituciones se derivan los principios y reglas que rigen el proceso penal, la imputación de las conductas y el fin de la pena, lo que ha hecho que lo denominen como Derecho Penal Constitucional (Arroyo, 1997).

La Constitución de la República del Ecuador, determina las pautas que regulan y limitan el poder punitivo del estado, conteniendo en sí misma, un programa penal, que no es más que un esquema de derechos sobre la cual debe aterrizar la legislación penal, y del que debe partir y tener de base para ser considerada legítima.

La Constitución ecuatoriana, en sus principales artículos respecto al tema consagra lo siguiente:

Art. 1. El Ecuador se consagra como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático. Con esto, el reconocimiento de todo lo que encierran y configuran las democracias constitucionales.

Art. 11.3 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.

Art. 51. Se reconoce a las personas privadas de la libertad un sinnúmero de derechos,

entre ellos, el reconocimiento como grupos de atención prioritaria, lo que implica que tanto la ley como las políticas públicas deben establecer medidas penales proporcionales, que eviten el encierro prolongado de las personas privadas de libertad (Pazmiño, 2015) reconociéndoles además como individuos que requieren una atención especial.

Art. 76. Se confirma el enfoque del Estado sobre el debido proceso, legislación y juicios justos a través de la reproducción de estándares internacionales.

Art. 76.6. Se dispone a la actividad legislativa y judicial la aplicación del principio de proporcionalidad.

Art. 93. Abre nuevas vías de control constitucional.

Art. 195. Determina que la aplicación del poder punitivo es de carácter excepcional. Es decir, la regulación penal, cabe solamente en lo residual.

Dentro de los artículos citados, nos inscribimos así, en un programa penal constitucional mínimo, sujeto a las características del garantismo penal y como imperativo de cualquier medida legislativa penal.

Se maximiza el Estado de Derecho y se reconoce como riesgo que es posible dejar fuera de persecución penal conductas reprochables, pero jamás limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sin fundamentos válidos dentro del límite de la mínima intervención penal y de los estudios de proporcionalidad planteados.

Analizando la exposición de motivos del actual Código Penal ecuatoriano, este alude a la materia como protectora de bienes jurídicos, pero como norma cuya finalidad principal, es limitar el poder punitivo del Estado.

A la vez, determina que, la intervención del Derecho penal debe darse solo cuando sea estrictamente necesario y sea el último recurso que tiene el estado para proteger el bien jurídico afectado o puesto en riesgo.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha afirmado que el principio de proporcionalidad se establece como estudio “del propósito que

se persigue y si éste es constitucional y legítimo (Chávez, 2010).

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD (MOMENTO LEGISLATIVO)

La proporcionalidad en el ámbito legislativo, como método, y no solo como principio consagrado constitucionalmente, es el resultado del examen de varios elementos que lo conforman, como hemos visto en el desarrollo de la investigación, y de la interpretación del programa constitucional de cada país.

Cuando los parlamentos crean reglas que regulan la vida de las personas que conviven en un estado, realizan un estudio de proporcionalidad, que legitima y fundamenta la intervención legislativa con respecto a un derecho fundamental y en relación a algún fin a alcanzar.

Los jueces como administradores de justicia subsumen las reglas creadas por el legislador y ponderan principios constitucionales cuando no existe una regla que actúe como premisa mayor creada de forma previa, por esto la creación de cualquier tipo de regla por parte del parlamento lleva de fondo un importante estudio de proporcionalidad.

Lo último, con mucha mayor medida, en el área penal, donde se determinará la creación de tipos penales resultado de un balance de principios y derechos constitucionales, donde el último paso dentro del actuar jurídico aparece formalizado por la subsunción judicial.

Por lo que es preciso destacar los beneficios de la precisión legislativa y los grandes perjuicios de la indeterminación y ampliación de los delitos, por la mayor dificultad para tomar en cuenta las peculiaridades de los casos concretos (Endicott, 2001) y en pro del pleno progreso de los derechos constitucionales.

Los derechos fundamentales sufren afectaciones negativas de parte de la administración de justicia al momento de tipificar delitos, donde una norma legal penal priva de un derecho fundamental adscrito, por ejemplo el derecho constitucional a libre circulación, como consecuencia del menoscabo al status de las propiedades o situaciones pertenecientes a los derechos fundamentales de un tercero (Bernal, 2005), por esto, debe justificarse que la creación de esta norma es idónea y ne-

cesaria para persuadir los actos atentatorios al desarrollo de los derechos fundamentales.

La justificación de proporcionalidad en la tipificación de delitos que se menciona en el párrafo anterior, entra a cobrar un espacio, siempre y cuando, previamente la medida legal haya transitado por el filtro de constitucionalidad de forma satisfactoria.

Se ha criticado el uso de los estudios de proporcionalidad, especialmente en sentido estricto, en el ámbito judicial, pues la consideran un juicio arbitrario y salomónico (Habermas, 1998) y que ninguna instancia del poder judicial tiene la legitimación democrática suficiente como para realizarla.

Ante esto consideramos, apartándonos de emitir en este momento criterio sobre su uso en el ámbito judicial, que, a diferencia del ámbito judicial, el ámbito legislativo no solo se encuentra revestido de toda esa legitimación democrática, si no que pasa de verse como un mecanismo arbitrario, a considerarse parte de un estudio de justificación del quehacer público.

La idoneidad, como "subprincipio" o también llamado por algunos autores como estudio de "adecuación" se desarrolla a la vez, en dos partes para poder determinar la legitimidad de la intervención en un derecho fundamental, se establece, en primer lugar, si la medida legislativa debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo (Sanchez, 2008).

Es decir, solamente si de antemano se ha determinado que los fines que persigue la medida legislativa son constitucionalmente legítimos, podremos pasar a analizar si los medios por los que se opta son idóneos para cumplir los fines perseguidos.

Para García Amado, el juicio de idoneidad es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada (García, 2014), pues será tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne a la norma; y tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin, es decir un estudio de racionalidad pragmática y teleológica que analizamos con anterioridad.

Para pasar el canon de idoneidad de una medida legislativa, esta debe ser susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella (TC España, 2011) y se considerará inidónea aquella medida que no es capaz de alcanzar por completo el fin (Aguado, 1999).

Cabe resaltar que no se requiere que se haya alcanzado efectivamente el fin pretendido, por ejemplo, si fuera el caso, en el momento de que un Tribunal Constitucional analice la proporcionalidad del medio, pues el hecho de que en ese momento no se haya alcanzado aún, no lleva por sí sólo a declarar su carácter contrario a la Constitución (Aguado, 1999) pues se requiere, como vimos, un análisis de los distintos espacios de racionalidad que integran el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, tiene una gran dimensión empírica pues se orienta a investigar la comprobación del cumplimiento de los fines.

Complementario a la idoneidad, tenemos el eslabón o subprincipio de la necesidad, que examina que el medio adoptado por el legislador sea necesario para conseguir el fin perseguido cuando el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida (Alexy, 2012) lo que relacionamos a la vez con el principio de fragmentariedad de la mínima intervención penal.

Aguado Correa, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, considera que, en este subprincipio, al igual que en el examen de idoneidad (Aguado, 1999):

Se declarará que un medio es innecesario para conseguir el fin pretendido cuando en virtud de un juicio ex ante se constata que el legislador podría haber adoptado otro medio igualmente eficaz pero menos lesivo; o bien cuando en virtud de un juicio ex post llegue a la conclusión de que el medio elegido, en comparación con otros, conlleva una restricción más grave de derechos fundamentales (p.75).

Es decir, no se examina si la medida legislativa es necesaria o no, sino, si es la indicada, para alcanzar los fines que se persiguen.

De no realizarse esta dimensión del estudio de proporcionalidad, la medida legislativa examinada sería claramente ilegítima, pues

intervendría en un derecho fundamental, sin justificar su actuar, lo que es clave en el quehacer público, acerca de la falta de existencia de otra medida menos perjudicial con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone (Sánchez, 2008).

A partir de los estudios de idoneidad y necesidad, se analiza el principio de proporcionalidad en sentido estricto; se trata pues, de la parte del examen que compara la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin (Bernal, 2001).

Con este principio nos encontramos ante un verdadero límite a la intervención legislativa penal. Aquí compararemos, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la intervención legislativa, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia de los bienes, del interés estatal o colectivo que se trata de proteger, pues cuanto mayor sea la gravedad de la injerencia en el ámbito de los intereses particulares mayor habrá de ser la importancia de los intereses colectivos que la justifican (Aguado, 1999).

CONCLUSIONES

El derecho penal, como hemos visto, tiene una doble función, por un lado, protege derechos y por otro los restringe, por ello la necesidad de determinar los esquemas y pautas para no caer ni en venganza privada pero tampoco en impunidad.

Como vimos, el principio de proporcionalidad en el caso ecuatoriano, es un principio explícito consagrado en el artículo 76.6 de la Constitución ecuatoriana.

El legislador ecuatoriano deberá argumentar y motivar su intervención, de acuerdo al mandato constitucional contenido en el literal l, numeral 7 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana, que ordena motivar toda intervención pública.

Es esta motivación la que deberá ser guiada por todas las pautas, derechos, principios constitucionales, convencionales y conceptuales que hemos desarrollado en este trabajo de acuerdo al artículo 84 de la Constitución ecuatoriana que citamos en el trabajo, que ordena a desarrollar y adecuar las leyes de acuerdo a los preceptos constitucionales. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguado, T (1999). El principio de proporcionalidad y el derecho penal. Madrid: EDER.SA.
- Alexy, R. 2012, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Madrid, Trotta.
- Arias, D (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho InDret, Volumen 3, N° 38, pág. 142-171.
- Arroyo, L (1997). Derecho Penal Económico Y Constitución. Madrid: Revista RP, Volumen 1, N° 13, pág. 13.
- Asamblea, C (2008). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 180.
- Barnes, J (2009). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. Revista de Administración pública. Volumen 1. N°135. pág.12.
- Bernal, C (2006). La razonabilidad de la ponderación. Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743. Volumen 1, N° 77, pág. 20.
- Bernal, C (2005). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Editorial CEPC.
- Chávez, J (2010). El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional. Repositorio académico de la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Cita, Antonio (2017). La Proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Bogotá. Grupo editorial Ibáñez.
- Corte C (2009). Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial N. 180.
- Endicott, T (2001). Law is necessarily vague, Legal Theory, Bogota. Risma Editorial.
- Feijo, B (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. Revista para el análisis del derecho InDret. Volumen 3, N°31, pág. 9.
- Gonzales, I (2017). La proporcionalidad de las penas en el derecho penal colombiano. Revista del observatorio de política criminal. Volumen1, N°25. Ministerio de Justicia y derecho, pág. 31.
- García, J (2014). El Juicio De Ponderación Y Sus Partes. Revista Jurídica de la Universidad De León. Volumen 1, N° 16, Pág. 18.
- Habermas, J (1998). Facticidad Y Validez. Madrid: Trotta.
- Medina, Manuel (1998). Cuadernos de Derecho Público. N°5, Universidad de Sevilla.
- Mir Puig, S (2010). Constitución y principios del derecho penal. Valencia: Tiran Editorial.
- Mir Puig, S (1998). Derecho Penal Parte General. Barcelona: 5ª edición 2ª reimpresión, Marcial Pons.
- Pazmiño, E (2015). Código Orgánico Integral Penal, hacia su mejor comprensión y aplicación. Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Prieto, L (2006). Observaciones sobre la ponderación y su rendimiento como límite constitucional a la ley penal. Pág. 5.
- Prieto, L (1997). Constitucionalismo y Positivismo. Ciudad de México: Fontamara Ediciones.
- Prieto, L (2009). El juicio de ponderación en Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid: Trotta.
- Rojas, I (2009). La proporcionalidad de las penas y el derecho penal. Lima: Ares.
- Roxin, C (1999). Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Barcelona, Marcial Pons.
- Sánchez, R (2008). El principio de proporcionalidad. Ciudad de México, Rial Ediciones jurídicas.
- Tribunal Constitucional Español (2013). Conferencia trilateral España, Italia, Portugal, Roma.
- Vega, Jesús (2015). Legislación, racionalidad y argumentación legislativa en Aristóteles. Revista iberoamericana de argumentación. Volumen 1, N°13, Universidad Complutense de Madrid, pág. 18.





**La nª sanción a la
participación imprudente**

LA NO SANCIÓN A LA PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE

THE NON-SANCTION TO IMPRUDENT PARTICIPATION

RESUMEN

El presente trabajo se desarrolla en torno al tema de la participación en un delito. Sin duda este tema es álgido en el derecho penal debido a su gran discusión dogmática y las consecuencias penales que tienen las diferentes formas de participación, sin embargo, se debe discutir con mayor sutileza cuando estas formas de intervención tienen una carga subjetiva imprudente, pues la diferencia de pena entre los comportamientos dolosos y culposos es abismal como consecuencia jurídica, por ende, la oposición de este trabajo a la punición de esta clase de comportamientos se lo realizará desde el ámbito normativo, político criminal y dogmático para que el lector se oriente respecto de cada uno de estos fundamentos.

PALABRAS CLAVE: Autoría y participación; imprudencia; imputación objetiva; formas de participación; prohibición de regreso.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present research is developed around the cases of participation in a crime. Undoubtedly, this issue is critical in criminal law due to its great dogmatic discussion and the penal consequences that the different forms of participation have. However, it should be discussed with greater caution since these forms of intervention have an inconvenient subjective burden. This subjectivity is linked to the abysmal difference of the legal consequences or penalties between the intentional and negligent behavior. The opposition criteria of this work to this kind of punishment will be structured from the normative, political, criminal and dogmatic scope, in order to guide the reader across each one of these foundations.

KEYWORDS: Authorship and participation; imprudence; objective imputation; forms of participation; return ban.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA



CEDPAL Universidad de Gottingen-Alemania y Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (IEDPIC). Ecuador



migue_51190@hotmail.com

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 DE DICIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 2 DE FEBRERO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

se ven envueltas en una problemática mayor al momento de su distinción, sin embargo en la jurisprudencia (y en la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos) el problema se da cuando los Tribunales se centran más en el merecimiento de la pena y no en la diferenciación de la conducta de cada interviniente lo cual ha cambiado paulatinamente en los últimos años por la influencia dogmática de autores relevantes¹.

INTRODUCCIÓN

La autoría y participación en el Derecho Penal es uno de los temas con más discusión teórica y en el cual se necesita de un análisis prolijo de los conceptos dogmáticos desarrollados hasta el momento, más aún cuando surgen las dudas respecto de las diferentes formas de autoría o participación, como la recordada discusión de los años sesenta sobre la autoría mediata, en los aparatos organizados de poder desarrollada por Roxin, o la distinción entre las formas de participación en cuanto a la cooperación necesario o complicidad, para lo cual Gimbernat dio la solución más adecuada con su teoría de los bienes escasos (Gimbernat, 2006). Como se ve los problemas son varios, pero la directriz es ir superando estas discusiones no estando exentos a presentar nuevas dudas y posibles soluciones como es el caso de la participación imprudente en un delito (lo cual es materia de este trabajo).

UN ENFOQUE DESDE LO NORMATIVO, LO POLÍTICO-CRIMINAL, DESDE LOS PROPIOS PRECEPTOS DE LA PARTICIPACIÓN Y DESDE DOGMÁTICA

Si bien el Código Orgánico Integral Penal establece de forma expresa la intención dolosa en la complicidad y en la coautoría (artículos 43 y 42.3 respectivamente), lo cierto es que según la redacción de estos artículos las conductas de los autores y los partícipes en este ordenamiento jurídico llevan un contenido doloso en su configuración por lo que no

La postura adoptada en cuanto al tema es una objeción a la sanción de la participación imprudente, cabe decir que la pretensión del presente estudio no solo consiste en sustentar la posición del autor desde la restricción normativa del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), sino abordarlo desde puntos político criminales, desde los conceptos de participación y por último desde un punto dogmático.

EN CUANTO A LO NORMATIVO

El Código Penal alemán desde lo normativo da una carga dolosa a los partícipes en un delito², pues parten de un concepto extensivo de autor³, a diferencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano que no hace una alusión directa a la intencionalidad de todas las diferentes formas de participación en un delito, sin embargo la limitación se fundamenta en la restricción normativa del artículo 27 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014)⁴, el cual se podría asociar de manera directa con el principio de legalidad, sin embargo existen autores que interpretan a este artículo como sobrante, pues determinan que no es más que una ratificación del artículo 18, entonces, afirmar que solo las acciones u omisiones imprudentes son punibles sería una ratificación innecesaria del artículo 18, pues bastaría una operación lógica para determinar qué conductas pueden ser sancionadas (Mir Puig, 1980). Si se toma al artículo 27 desde esa crítica se podría concluir en que efectivamente su redacción es superflua, sin

1. Algunas de las obras influyentes en este ámbito son: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice En Derecho Penal*, Editorial Bodet, Montevideo, 2006, otras obras relevantes son, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La Autoría en Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

2. El Código Penal alemán respecto a los partícipes en un delito determina: "§ 26. Instigación (inducción a delinquir) Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico; § 27. Complicidad (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1."

3. De acuerdo al concepto extensivo de autor se dice que todos los intervinientes son autores, sin embargo, que por respeto a los preceptos que contienen los Códigos penales en cuanto a la participación, se debe distinguir entre los intervinientes, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La Autoría en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 253, en este sentido JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 695.

4. Código Orgánico Integral Penal: Artículo 27: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código"

embargo concuerdo con la postura de Pérez Manzano al interpretar este artículo desde la prohibición de sancionar delitos imprudentes que no hayan sido tipificados en la ley ya que de esta manera se extiende la norma de determinación al ámbito de imputación subjetiva (Pérez Manzano, 1999).

La norma de determinación es aquel mandato que exige una precisión en la descripción de los elementos de las conductas punibles en la parte especial (Mir Puig, 2005), entendiendo esto se puede afirmar que las acciones u omisiones a las que se refiere el artículo 12 son precisamente las descritas en la parte especial, por lo tanto partiendo desde este límite, el aspecto subjetivo de la imprudencia es un elemento que debe aparecer individualmente en los tipos penales para ser sancionada, se afirma entonces que el sistema vigente de tipificación en el ordenamiento jurídico español es el de *numerus clausus* en donde se excluye de punición a las conductas imprudentes que constan en la parte especial.

Según esta interpretación la participación imprudente en delitos imprudentes y dolosos son formas de intervención atípicas (Luzón Peña, 1996), pues para el autor, el artículo 12 debe interpretarse desde el ámbito material, es decir, desde la idea en que el CPE sanciona los delitos dolosos y de manera excepcional los delitos imprudentes por lo que esta cláusula de restricción debe tomarse en cuenta también respecto de la autoría y de la participación y de esta manera abarcar las normas de carácter general y especial del Código.

En relación a las cláusulas generales me refiero a las disposiciones extensivas de la punibilidad, las cuales de manera unánime la doctrina determina que son tres, los actos preparatorios, la tentativa y la participación (Maurach, 1962). Respecto de la participación y conforme al concepto restrictivo de autor que se maneja en España, no se discute que la participación de un sujeto se construye de manera extensiva a partir del comportamien-

to del autor en determinado delito de la parte especial, conjuntamente con las reglas de la parte general que regulan la participación delictiva⁵.

LA NO PUNICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Desde este punto se entiende que uno de los aspectos tomados en cuenta para la restricción del artículo 27 en cuanto a los delitos imprudentes es el respeto a la mínima intervención penal pues la forma imprudente se valora con menos gravedad que la dolosa, resulta lógico que el tratamiento de los intervinientes en estos delitos también sean valorados con menor gravedad (Luzón Peña, s.f). Si se relaciona el carácter mínimo de intervención con el concepto restrictivo de autor que trata como atípica a la participación imprudente, es natural pensar en que la participación como forma de extensión de la tipicidad está influenciada por este principio limitador, más cuando se toma en cuenta la fragmentariedad⁶ del Derecho penal, la menor gravedad de los hechos imprudentes y que las formas de participación son figuras subordinadas al hecho principal.

LOS CONCEPTOS DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN COMO FUNDAMENTO PARA LA NO PUNICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE

En la descripción del COIP respecto a los intervinientes en los artículos 42 y 43 no consta en su totalidad criterios de imputación subjetiva del partícipe como si lo hace el Código penal alemán en sus artículos 26 y 27 en los cuales se da una carga de dolo a todas las conductas de participación (Benítez Ortúzar, 2007) por lo que quedan excluidas las conductas imprudentes que no se encuentran tipificadas⁷. En el OIP no se da esta característica subjetiva pero lo que si hace es plantear las formas de participación que son abarcadas desde un concepto restrictivo de autoría, es decir, que autor es el que realiza el tipo y tomando en cuenta las formas de extensión de la tipicidad es posible castigar al

5. Se refiere también a la participación como una forma de extensión de la punibilidad Feijoó, en FEIJOÓ, Bernardo, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de lege lata y lege ferenda)*, CPP, 1997, nota 36.

6. Según Velásquez no es factible utilizar al derecho penal en toda situación, pues solo debe hacérselo en hechos determinados; el derecho positivo no puede sancionar todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos sino solo las más lesivas y las más graves, lo contrario sería entrar en el terreno de la arbitrariedad, en VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, p. 43.

7. Debe decirse que la doctrina alemana en materia de imprudencia considera un concepto extensivo de autor, en donde todos los intervinientes de un suceso imprudente pueden ser castigados como autores, pero matizando su intervención y aporte en el hecho, puede verse en WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 143 y 144.

partícipe considerando su actuación desde la accesorio al comportamiento del autor (Peñaranda López, 2015).

En su artículo 42 y 43 el COIP se refiere a la inducción a la cooperación y a la complicidad como formas de participación, en los cuales da una pequeña descripción a cada una de ellas, pero cabe decir que las posiciones doctrinales no difieren demasiado una de otra.

DE LA INDUCCIÓN

Respecto de la inducción se determina que es inductor quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar un delito (Díaz y García Conlledo, 2008), es decir el inductor sabe y quiere que el autor realice determinado delito. Para concatenarlo con la redacción del COIP se puede decir que la inducción represente desde una perspectiva ex ante un incremento de riesgo con proyección a un resultado específico para que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita, en consecuencia de este planteamiento se configura el requisito que se encuentra redactado en la ley, de que la inducción sea directa pues debe haber una conexión inmediata entre el inductor y el inducido (Muñoz Conde, 2004). En esta forma de participación es preciso que el autor directo no esté decidido a realizar el delito, pues, precisamente es menester que la actividad del inductor de lugar a que el autor decida realizar el hecho delictivo (López Barja de Quiroca, 1996).

Una de las características más importantes que contiene esta forma de participación, y por la cual en mi opinión se marca una barrera para poder ser valorada desde una óptica de la imprudencia es que la misma debe ser directa, es decir una inducción a las claras ya que no es suficiente con meras sugerencias de la realización de un delito (García Conlledo, s.f), adicionalmente debe ser dirigida a una persona determinada y a un hecho determinado, no puede ser abstracta o de tipo general (Busto Ramírez, 1993).

DE LA COOPERACIÓN NECESARIA

Es necesario distinguir la cooperación necesaria de la coautoría, pues se puede confundir los conceptos que se redactan en el artículo 42 del CPE respecto de la realización conjunta (refiriéndose a la coautoría) y la cooperación para la ejecución (refiriéndose al cooperador), ya que en el dominio del hecho no basta con que se cumpla el aporte para la realización del delito, sino que también debe valorarse el momento en el que el aporte esencial se produce. Por esta razón, si la aportación se produce en actos previos a la ejecución, no existirá tal dominio del hecho y por lo tanto debe valorarse una participación y no una coautoría (Gómez Tomillo & Gómez Rivero, 2015).

Ahora bien, la cooperación necesaria o también llamada complicidad necesaria a grosso modo es una forma de favorecimiento o facilitación para realizar un delito. Se determina que la cooperación es la contribución en fase anterior a la ejecución para que el autor o autores realicen un delito, adicionalmente se exige que tal cooperación debe ser dada para un delito en concreto (Córdoba Roda & García Arán, 2011). Reforzando este argumento cabe decir que el aporte debe ser necesario ya que sin ese aporte el delito a realizarse no se hubiese concretado, de ello deviene la diferenciación entre la cooperación necesaria y la complicidad⁸, asunto que repercute directamente en cuestiones penológicas.

DE LA COMPLICIDAD

La complicidad es una forma de participación que en sentido general al igual que la cooperación necesaria es un favorecimiento para la ejecución de un delito. La complicidad consiste en contribuir con actos anteriores o simultáneos pero en ningún caso esta forma de conducta puede ser considerada como autoría, inducción o cooperación necesaria (Muñoz Conde, 2004), esto no significa que cualquier aportación sea merecedora de pena a título de complicidad. Esta forma de participación consiste en el apoyo a otra persona en su hecho típico y antijurídico, cuya aportación puede ser desplegada desde la índole intelectual, o con un aporte material, previo, simultáneo o posterior al proceso.

8. Según Gimbernat para determinar si un medio es escaso, se debe realizar un juicio general y provisional para posteriormente realizar un juicio definitivo tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, es decir, desde el un punto de vista general no pueden ser escasos algunos medios pero desde esta habitualidad se debe plantear una calificación provisional a cada medio tomando en cuenta tiempo y lugar, finalmente el juicio definitivo para contemplar la escasez se debe realizar teniendo en cuenta los factores especiales en la persona que recibe el medio; en GIMBERNAT, Enrique, *Autoría y Participación en el Derecho Penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 131.

De acuerdo a esto la doctrina mayoritaria sostiene que la complicidad debe ser necesariamente dolosa⁹, es decir se debe conocer y querer realizar una participación respecto de un hecho típico concreto ejecutado por otra persona (Muñoz Conde, s.f), inclusive (se argumenta una posición similar a lo que sucede con la inducción) para la complicidad se requiere un doble dolo, por un lado un conocimiento de la propia acción y, sobre las circunstancias principales que ejecuta el autor, es decir sobre su despliegue en el tipo y el resultado querido¹⁰.

En conclusión y tomando las palabras de Bustos Ramírez, las formas de participación presuponen la decisión de participar en un hecho delictivo (Ramírez Bustos, s.f), se considera entonces a la conducta del partícipe como atípica por no existir esa voluntad dirigida a participar en la realización de un resultado lesivo (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999), concluyendo que el partícipe deberá conocer y de manera voluntaria realizar cualquiera de las conductas de participación en cuanto a un hecho en concreto, consecuentemente no guarda una coherencia con la culpa que como fundamento tiene la infracción a un deber de cuidado.

EN CUANTO AL FUNDAMENTO DOGMÁTICO

SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Sin duda una de las instituciones que ha presentado más evolución dogmática es la prohibición de regreso a tal punto que en la actualidad se la considera como uno de los criterios más importantes para limitar la participación criminal. La teoría tradicional de la prohibición de regreso fue formulada inicialmente por Frank, quien en el ámbito de la causalidad sostiene que es impune cualquier forma de favorecer imprudentemente a una conducta dolosa. Para este autor no pueden ser consideradas causas del resultado las condiciones en las cuales el autor del delito doloso o culposo de manera libre y consciente se

sirve de ellas. (Frank, 1925). Desde este punto de vista, si se toma en cuenta que la imprudencia y el dolo son estructuras totalmente diferentes no es posible romper el título de imputación respecto de una participación que se puede calificar como imprudente respecto de la realización de un delito doloso (Cuerda Riezu, 1992), puesto que se quebranta la accesoriidad de la participación que se construye a partir del tipo ejecutado por el autor.

En un sentido más actual, la prohibición de regreso se fundamenta en la libertad del sujeto que realiza la acción típica, al cual se lo denomina autor, éste al realizar una acción típica configura un nuevo comienzo de una cadena de causas que pueden ser independientes con las condiciones preexistentes (Hruschka, 2005), se puede añadir que en ciertos caso se considera que determinadas causas pueden ser demasiado lejanas respecto de la acción del sujeto que realiza el hecho delictivo.

Ahora bien desde un sentido normativo se sostiene que quien realiza un comportamiento inofensivo no quebranta su rol como ciudadano, aun cuando el sujeto realizador del tipo haya direccionado esa actuación para aprovecharse de ella y realizar un delito, en este caso habría una prohibición de regreso frente al comportamiento habitual e inofensivo y no constituiría una forma de participación (Jakobs, 2007). Por ello, conforme a lo que se viene afirmando, la prohibición de regreso se basa en la idea en que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación inofensiva y que solo por la conducta de terceros puede orientarse a un sentido dañoso (Jakobs, 1997), consecuentemente esta teoría desde el punto de vista político criminal tiene como objetivo frenar una extensiva responsabilidad "hacia atrás" (Feijóo Sánchez, 2002), lo que es aceptado de modo general en la dogmática y, demuestra una vez más que la causalidad es insatisfactoria para la resolución de casos específicos¹¹.

9. En el mismo sentido, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, T. III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 529; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2da Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 529; JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 744.

10. Sentencia del Tribunal Supremo No. 1531/2002 de 27 de septiembre; También puede verse en GÓMEZ TOMILLO, Manuel y GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, Artículo 28, en *Comentarios Prácticos al Código Penal*, op. cit., p. 447.

11. En el ámbito jurisprudencial peruano se dio el caso en el que un taxista que transportó a unos delincuentes, quienes, en el lugar de destino, deciden perpetrar un delito patrimonial. N° 4166-99-Lima emitida por la Corte Suprema de Justicia

Desde estas consideraciones se puede delinear los ámbitos en los cuales esta teoría puede operar, en primer lugar, es claro que la prohibición de regreso no se orienta a determinar los riesgos permitidos en la sociedad, sino que, su objetivo es verificar si se puede vincular una conducta inocua o inofensiva a una posterior conducta ejercida por un sujeto que cometa un delito (Melía, 2001) y, en segundo lugar, abarca las consideraciones sobre el principio de confianza (Feijóo Sánchez, s.f), es decir, éste opera cuando se constata que la conducta de un sujeto es jurídicamente desaprobada, entonces, es ahí cuando se valora si para el sujeto que aporta inicialmente le era permitido confiar en las actuaciones de las demás personas.

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Para determinar si el sujeto con su conducta infractora de un deber de cuidado favoreció para que un tercero cometa un delito ya sea imprudente o doloso, será necesario constatar que con su actuación inicial creó un riesgo prohibido, y que ese riesgo tuvo influencia para que se configure un resultado (Muñoz Conde & García Arán, 2004). Se sabe que para realizar una imputación objetiva a un sujeto es necesario que el autor haya producido a través de términos causales la producción de un resultado, en tanto que dentro de esos términos causales se encuentren condiciones necesarias para la producción de un resultado, adicionalmente se exige que se haya creado un riesgo que se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico y finalmente el riesgo debe haberse realizado en el resultado (Frisch, 2015). La creación de un riesgo no permitido debe suponer por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro en un resultado específico y que es resultado este dentro del fin de la protección de la norma, de esta manera es posible imputar a una persona un resultado lesivo (Muñoz Conde, s.f).

Partiendo de esta acepción y trasladándolo al tema de la participación debo decir que los acontecimientos causales ejecutados por el autor pueden ser varios de los cuales se vale para realizar un resultado, entre ellos, puede existir un aporte de causalidad ejecutado por un partícipe, y en este punto se puede decir

que el aporte causal generado por el partícipe también debe ir dotado de ese incremento de riesgo y debe reflejarse también en el resultado, pues según lo considerado anteriormente no basta con la mera casualidad, es necesario la presencia de un riesgo peligroso, la constatación de ese riesgo en el resultado y que se ajuste al fin de protección de la norma.

Como forma de sustento quiero referirme al conocido caso Vinader, en el cual un periodista publicó una serie de datos y circunstancias referentes a una serie de personas, que posteriormente fueron asesinadas por miembros de ETA, en el cual se mantuvo una existencia de relación de causalidad entre las publicaciones y los asesinatos. Sin embargo, en referencia a párrafos anteriores en donde se dejó claro que no basta con una simple relación causal se puede afirmar en este caso que es cierto la existencia de una relación causal entre la publicación y los actos realizados por ETA, y aún más, es cierto que existe un riesgo en cuanto a la primera acción y la producción del resultado, pero, ello debe excluirse de existencia de un nexo objetivo entre la primera acción y el resultado, por dos razones, en primer lugar por la acción de publicar no cumple la conducta típica, es decir el publicar información no es matar y, en segundo lugar, porque las acciones de los miembros de ETA, el asesinato y las agresiones, no pueden ser objetivamente imputadas a la acción del periodista (Córdosa Roda, s.f). Dentro de esta línea el Tribunal Supremo establece que en la imputación objetiva debe existir una relación adecuada entre la causa y resultado, para que se pueda derivar un responsabilidad penal, pero que esta relación se ve afectada y debe analizarse de modo más prolijo cuando en ella intervienen acciones imputables a sujetos distintos¹².

CONCLUSIONES

- La participación imprudente no puede ser punible debido a los presupuestos del principio de mínima intervención penal.

- Según lo que se ha desarrollado a nivel dogmático, los conceptos de participación en sus diferentes formas de intervención, necesitan una carga subjetiva dolosa, ya que los intervinientes deben tener el pleno conocimiento y voluntad de realizar las

12. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1989

conductas que servirían como aportación para la provocación del resultado lesivo.


•La prohibición de regreso se constituye como una sólida teoría argumental para determinar que los actos realizados por determinadas personas de una manera imprudente, no pueden ser imputados a estos agentes, si estos son tomados por una persona ajena para realizar una conducta penalmente relevante.

•La imputación objetiva, respecto de la finalidad de la norma, lo cual se constituye como el último escalafón del análisis de esta teoría para determinar si se ha realizado el tipo objetivo de una conducta, debe estar ligada directamente con el resultado y el tipo, pues no debe asociarse la falta al deber objetivo de cuidado de un tipo imprudente al resultado lesivo provocado por la realización de un tipo doloso. ¶



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (2007). La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995. Madrid : Dykinson.
- BUSTO RAMÍREZ, J. (1993). Derecho Penal. Parte General. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- COBO DEL ROSAL, M. y. (1999). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro oficial 180, de 10 de febrero. Asamblea Nacional. Quito: Registro Oficial.
- CÓRDOBA RODA, J. G. (2011). Comentarios al Código Penal. Parte General. Barcelona: Marcial Pons.
- CUERDA RIEZU, A. (1992). Estructura de la autoría de los delitos dolosos, imprudentes y de omisión. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2008). Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia, No 10.
- Feijó Sánchez, B. J. (2002). Imputación objetiva en Derecho penal. Lima: Grijley.
- FRANK, R. (1925). El Código Penal para el Reich Alemán. Tübingen.
- Frisch, W. (2015). La imputación objetiva del resultado. Barcelona: Atelier.
- GARCÍA CONLLEDO, M. (s.f). Teoría General del Delito. Parte General.
- GIMBERNAT, E. (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. Buenos Aires: BdeF.
- GÓMEZ TOMILLO, GÓMEZ RIVERO, M. D. C. (2015). Artículo 28, en Comentarios Prácticos al Código Penal, op. cit., p. 447.
- HRUSCHKA, J. (2005). Prohibición de regreso y concepto de inducción, consecuencias, en Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (2007). La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. Lima: Ara Editores.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1996). Autoría y Participación. Madrid: Akal.
- LUZON PEÑA, D. M. (1996). Cursos de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Universitas.
- LUZON PEÑA, D. M. (s.f). Cursos de Derecho Penal. Parte General.
- MAURACH, R. (1962). Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Ediciones Ariel .
- Melía, C. (2001). Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo.
- MIR PUIG, S. (1980). Observaciones al Título Preliminar y Primero del Anteproyecto del Código Penal . Barcelona: RFDUC.
- MIR PUIG, S. (2005). Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Repertor.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (s.f). Derecho Penal. Parte General.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2004). Derecho Penal. Parte General. Madrid.
- PEÑARANDA LÓPEZ, A. (2015). La participación en el delito y la accesoriadad . Buenos Aires: BdeF.
- PÉREZ MANZANO, M. (1999). Autoría y Participación Imprudente en el Código penal de 1995. Madrid: Civitas.
- RAMÍREZ BUSTOS, J. (s.f). Manual de Derecho Penal. Parte Genera.



**Grandes empresas familiares,
contexto jurídico e
incidencia económica.**

GRANDES EMPRESAS FAMILIARES, CONTEXTO JURÍDICO E INCIDENCIA ECONÓMICA

LARGE FAMILY COMPANIES, LEGAL CONTEXT AND ECONOMIC INCIDENCE

RESUMEN

El presente trabajo expone un acercamiento teórico y empírico a la figura de la empresa familiar y específicamente a la gran empresa familiar, como institución social, jurídica y económica que tiene gran incidencia en las economías locales e internacionales. Desde el punto de vista jurídico se analizará a las sociedades mercantiles y específicamente a la sociedad anónima, que es el estatuto que, al menos en Ecuador, tienden a adoptar estas grandes empresas. Se desarrollarán las principales características y notas distintivas de la empresa familiar y sus variantes, así como las cifras que demuestran su importancia a nivel local y global. En suma, el presente trabajo constituye un estudio analítico y descriptivo desde el enfoque de las ciencias jurídicas y la economía.

PALABRAS CLAVE: Empresa familiar; sociedad anónima; economía; grandes empresas familiares

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

The present work exposes a theoretical and empirical approach to the figure of the family business and specifically the large family business, as a social, legal and economic figure that has a great impact on local and international economies. From the legal point of view, we will analyze the figure of commercial companies and specifically that of the corporation, which is the statute that, at least in Ecuador, these large companies tend to adopt. The main characteristics and distinctive notes of the family business and its variants will be developed, as well as the figures that demonstrate its importance locally and globally. In short, the present work constitutes an analytical and descriptive study from the perspective of legal sciences and economics

KEYWORDS: Family business; limited company; economy; large family businesses

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



PATRICIO GARCÍA VALLEJO



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



pgarcia@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 DE DICIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 7 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

De manera general, se puede definir a las empresas, como organizaciones o instituciones fundadas con el propósito de desarrollar una actividad comercial o mercantil, ya sea para propiciar la producción y comercialización de bienes, o la prestación de servicios que contribuyan a la satisfacción de las necesidades del mercado de una determinada sociedad, procurando el obtener beneficios económicos para los dueños o propietarios de la empresa básicamente.

Las empresas constituyen agentes económicos de vital importancia que aportan de manera fundamental a la creación de plazas de trabajo, al desarrollo tecnológico, a la recaudación fiscal mediante los tributos que causan y pagan, así como al impulso de nuevos emprendimientos que permiten actualizar la oferta de acuerdo a la demanda del mercado.

Muchas empresas de las que hoy se consideran a nivel nacional y global, grandes empresas, han nacido de emprendimientos familiares que, con el paso del tiempo y el esfuerzo mancomunado de un grupo familiar, han conformado importantes grupos económicos que influyen en sus economías locales y otras, incluso se han convertido en compañías transnacionales.

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un estudio jurídico y económico de las grandes empresas familiares, comenzando por el análisis de la figura societaria más utilizada por este tipo de corporaciones, cual es la sociedad anónima, para luego estudiar la naturaleza de las empresas familiares, sus características y su incidencia en la economía mundial, para terminar con el abordaje de la influencia de las cuatro grandes empresas familiares del Ecuador, por medio del análisis de su ubicación en los rankings de las grandes empresas ecuatorianas elaborados por la

Superintendencia de Compañías Valores y Seguros y el Servicio de Rentas Internas.

LAS EMPRESAS (COMPAÑÍAS) EN ECUADOR, RÉGIMEN JURÍDICO

De conformidad al marco jurídico de nuestro país, la Constitución en su artículo 283 inciso segundo, establece que, el sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine (Asamblea Constituyente, 2008).

En el plano de lo privado (que es el que le compete a este estudio) las actividades mercantiles se ejercen, por regla general, por medio de una persona jurídica, una empresa o compañía. El estatuto que las rige se encuentra (principalmente) en la Ley de compañías que, en su artículo 1, define al contrato de compañía como; aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades (Congreso Nacional, 1999).

La misma Ley establece los tipos de compañías de comercio que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que son;

- La compañía en nombre colectivo;
- La compañía en comandita simple y dividida por acciones;
- La compañía de responsabilidad limitada;
- La compañía anónima; y,
- La compañía de economía mixta. (Congreso Nacional, 1999).

Todas ellas constituyen personas jurídicas según la Ley de Compañías. Es decir, son entes que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones por medio de su representante legal, habida cuenta de que las sociedades son relativamente incapaces. (Cevallos, 2016, p. 40). Como veremos más adelante, las empresas familiares pueden adoptar diversas formas de asociación, incluso aquellas que pertenecen al régimen de la Economía Popular y Solidaria. Mas, el estudio que nos compete, dice relación con las empresas familiares y específicamente con las grandes empresas familiares. Y a nivel local, estas empresas adoptan,

por lo general, la figura de la compañía o sociedad anónima.

La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones (Congreso Nacional, 1999).

Según (Cevallos, 2016) de esta definición se pueden extraer las siguientes notas:

a. Que la compañía anónima es una sociedad de capital, pues lo importante en ella es el capital, y la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus acciones.

b. No es un contrato que se celebra en consideración a la calidad de las personas (Intuitu Personae).

c. Las acciones son libremente negociables.

d. Que los anónimos son los accionistas de la compañía, toda vez que es indiferente la responsabilidad de éstos, por ello estas sociedades se identifican o actúan mediante una denominación objetiva. (pp. 260-261).

Todas las normas relativas a su constitución, capital, acciones, administración, cesiones, derechos y obligaciones de los accionistas, fundadores y promotores, partes beneficiarias, fiscalización, balances y demás aspectos de esta clase de compañías, se encuentran contenidas en la ley de la materia y en las resoluciones de la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, a cuyo control se encuentran sujetas.

Si bien, de las características de la compañía anónima se podría deducir que para este tipo de sociedad el rasgo fundamental se encuentra más en el capital que en las personas, las grandes empresas familiares toman la forma de sociedades anónimas, justo por su envergadura, pero conservan para el grupo familiar la mayor participación accionaria, de manera que, el control de estas empresas no sale de la esfera familiar.

GRANDES EMPRESAS FAMILIARES

A. EMPRESAS FAMILIARES

Según Saiz-Álvarez, (2011) una empresa familiar puede definirse en los siguientes términos:

Organización de carácter económico o social liderada por un emprendedor cuyo objeto principal es la producción o comercialización de bienes o servicios siempre que una familia o un grupo de familias controle el proceso de decisiones dentro de una corporación, al estar situados el fundador y sucesores en puestos claves de la organización. (p. 57).

De esta definición, resalta un rasgo que ya hemos advertido, a propósito de las empresas familiares como compañías anónimas, y es que, si bien el capital accionario puede estar dividido entre accionistas que no son parte del grupo familiar, sin embargo, éste controla con su paquete accionario las decisiones de la compañía.

A las características citadas en la definición, (Salinas, 2014) le suma que se prevea la transferencia de la propiedad a las siguientes generaciones, es decir, un proceso de sucesión (p. 238). Por lo tanto, un rasgo característico de las empresas familiares es su propósito de permanencia en el tiempo, aún después de la desaparición de sus fundadores.

En un sentido más metodológico, Fernández y Llach, (2015) precisan que existen varias aproximaciones a la empresa familiar, sea con dicha denominación, o como grupo empresarial familiar y familia empresaria. Y proponen sus definiciones:

1. Empresa familiar, indica un negocio jurídicamente independiente donde la propiedad y gestión es controlada estratégicamente por una o varias familias a lo largo de por lo menos dos generaciones;

2. Grupo familiar, tiende a identificar la participación parcial o total en la propiedad de varias empresas jurídicamente independientes en las que se controla estratégicamente la dirección, y

3. Familia empresaria, es un concepto por el que se define a familias con diverso grado de lazo de parentesco sanguíneo o espiritual que a lo largo de varias generaciones tiende

a realizar inversiones productivas en distintos negocios en los que no necesariamente se controla ni propiedad ni gestión, con el objetivo de hacer perdurar los valores y la continuidad de dicha familia en el tiempo. (p. 19).

Es decir, la conformación de las actividades empresariales en torno a la familia es diverso y constituye, a su vez, un pilar fundamental dentro de la economía a nivel mundial y local. En este sentido, Salinas precisa que, tanto en España como en el resto del mundo, las empresas familiares son el elemento fundamental de la actividad económica; y que se ve reflejada en su importantísima participación en la generación de riqueza y empleo. (Salinas, 2014, p. 233).

B. DATOS A NIVEL MUNDIAL

Tal como se ha señalado, la empresa familiar constituye un factor fundamental dentro de la economía mundial y las cifras, así lo reflejan. Según Salinas citando a Casado, a nivel mundial las empresas familiares representan dos tercios del total mundial (Salinas, 2014, p. 234).

De acuerdo al mismo autor, la empresa familiar dentro de la Unión Europea supera los diecisiete millones de empresas, mismas que dan empleo a más de cuarenta y cinco millones de personas y representan el 75% del total de las empresas de la UE. (Salinas, 2014, p. 233).

Según un estudio elaborado por el Centro de Empresas Familiares de la Universidad de St.Gallen, denominado "El Índice Global de los Negocios Familiares" (Global Family Business Index) conformado por las 500 empresas familiares más grandes del mundo, Estados Unidos es el país con más volumen de empresas familiares en la clasificación (101 del total de 500) y además una treintena de ellas consiguen situarse dentro de las cien primeras. (Instituto valenciano para el estudio de la empresa familiar, 2015).

A nivel latinoamericano y según la consultora Exaudi, el 85% de las empresas privadas latinoamericanas son de propiedad familiar fundadas en las dos últimas décadas con una media entre 11 y 50 empleados y con ventas anuales de unos tres millones de dólares. (Fernández, 2015, ps. 79 - 80).

A continuación, un cuadro con las cinco empresas familiares más importantes del mundo según la revista Forbes. (Ver Anexos)

C. LA REALIDAD ECUATORIANA

Ecuador no se encuentra ajeno a esta realidad mundial referente a las empresas familiares en cuanto a su conformación e impacto en el mercado, sus ingresos, contribución económica y contribución al fisco.

En nuestro país existen muchas empresas cuyos orígenes son familiares, y/o cuya participación accionaria se encuentran concentrada en un grupo familiar, las cuales además son líderes en el mercado, importantes generadoras de plazas de trabajo y grandes contribuyentes.

Si bien, según la Superintendencia de Compañías Seguros y Valores, en el Ecuador las empresas constituidas y consideradas como MIPYMES representan más del 80%, específicamente en sectores de servicios (Superintendencia de compañías seguros y valores, 2017, p. 14), la incidencia en las utilidades es inversamente proporcional, pues, según el mismo órgano, en 2015, las grandes empresas alcanzaron \$3430,74 millones USD, con una participación del 79%, mientras que las MIPYMES generaron \$904,50 millones USD y una participación del 21% (Superintendencia de compañías seguros y valores, 2017, p. 16). Y dentro de esas grandes empresas tienen una incidencia fundamental las empresas familiares

A continuación, veremos las cifras con las que la Superintendencia de Compañías Seguros y Valores y el Servicio de Rentas Internas, nos muestran la incidencia de este tipo de empresas en la economía nacional.

Grandes empresas familiares en el ranking de las mil empresas más importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores. (Ver Anexos)

Grandes empresas familiares según sus ingresos en el ranking de las mil empresas más importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores. (Ver Anexos)

Grandes empresas familiares según sus utilidades en el ranking de las mil empresas más

importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores. (Ver Anexos)

Grandes empresas familiares dentro de los quinientos mayores contribuyentes según el Servicio de Rentas Internas. (Ver Anexos)

De las cifras expuestas es posible apreciar la incidencia de las grandes empresas familiares en la economía ecuatoriana, permaneciendo siempre dentro de las cien primeras plazas dentro de los rankings consultados, reflejando su importancia en materia de ingresos, utilidades y aporte fiscal por medio del Impuesto a la Renta. Esta realidad, nos muestra que la actividad de las grandes empresas familiares ecuatorianas, no dista mucho de sus equivalentes en el mundo entero.

CONCLUSIONES


Las empresas familiares constituyen un fenómeno social, económico y jurídico que está presente alrededor del mundo y que se configura como uno de los factores más trascendentales dentro de la economía global.

Si bien, en nuestro país se reconocen diversas formas de asociación para el emprendimiento de actividades mercantiles, por regla general, las grandes empresas (entre ellas las familiares) se constituyen como sociedades anónimas, es decir, aquellas donde prevalece el capital y el control de las decisiones por medio del dominio de dicho capital.

Las empresas familiares se caracterizan por la presencia de un emprendedor, por el control accionario y, por lo tanto, de las decisiones por parte de una familia o grupo de familias; y, por su propósito de permanencia en el tiempo, es decir, estas empresas continúan en propiedad de una misma familia o grupo familiar por dos o más generaciones.

A nivel mundial, las empresas familiares representan un significativo porcentaje del total de empresas, mientras para la Unión Europea representan el 75% del total de empresas, en Estados Unidos y América Latina la situación es similar, siendo estas grandes generadoras de fuentes de trabajo y de ingresos para las arcas fiscales.

En Ecuador, el fenómeno de la empresa familiar es transversal, sin importar el tamaño de la empresa, pero tratándose de las grandes

empresas, destacan cuatro empresas familiares que, en los diversos rankings abordados conservan siempre posiciones de incidencia económica en relación a su importancia, ingresos, utilidades e Impuesto a la Renta causado y que adoptan, en todos los casos, el carácter de sociedad anónima. 

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (29 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449.

Cevallos, V. (2016). Nuevo Compendio de Derecho Societario. Quito: CEP.

Congreso Nacional. (5 de noviembre de 1999). Ley de Compañías. Quito, Ecuador: Registro Oficial 312.

Fernández, P. L. (2015). Familias empresarias y grandes empresas familiares en América Latina y España: una visión de largo plazo. . Bilbao: Fundación BBVA.

Instituto valenciano para el estudio de la empresa familiar. (10 de julio de 2015). <https://www.ivefa.com/>. Recuperado el 20 de octubre de 2017, de <https://www.ivefa.com/component/k2/itemlist/tag/familias%20empresarias?start=10>

Saiz-Álvarez, J. M. (2011). Factores clave de éxito en la internacionalización de la empresa familiar: una aplicación a la Pyme. *Economía industrial*, 57 - 62.

Salinas, F. (2014). El papel de la empresa familiar en el Estado de bienestar. Políticas públicas. En J. M. Saiz, & J. Gámez, *La empresa familiar ante la crisis. Nuevas ideas nuevas estrategias* (págs. 230 - 266). Bogotá: Unisalle.

Servicio de Rentas Internas. (2013). 500 Empresas: Mayores contribuyente por Impuesto a la Renta Causado 2013 - Sociedades Privadas. Quito: Servicio de Rentas Internas.

Superintendencia de compañías seguros y valores. (2017). Estudios sectoriales: MIPYMES y Grandes Empresas. Quito: Superintendencia de compañías seguros y valores.

Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. (2013). Ranking empresarial . Quito: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Vistazo. (2016). 500 mayores empresas del Ecuador. Vistazo, 156.



ANEXOS

Empresa	País	Familia	Ingresos	Empleados
Walmart	Estado Unidos	Walton	476.300.000.000	2.200.000
Wolkswagen	Alemania	Porsche	261.600.000.000	572.800
Berkshire Hathaway	Estados Unidos	Buffett	182.200.000.000	330.745
Exor	Italia	Agnelli	151.100.000.000	301.441
Ford	Estados Unidos	Ford	146.900.000.000	181.000

Tabla 1. Las cinco empresas familiares más importantes del mundo según la revista Forbes.
Fuente: <https://www.forbes.com.mx/las-25-empresas-familiares-mas-grandes-del-mundo/>
Elaboración: Propia

Empresa	Familia	Lugar en el ranking	Rubro
Corporación Favorita C.A.	Wright	1	Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos automotores y motocicletas.
Corporación El Rosado S.A.	Czarninski	3	Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos automotores y motocicletas.
Procesadora Nacional de Alimentos C.A PRONACA	Bakker	4	Industrias manufactureras.
La Fabril S.A.	González	18	Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos automotores y motocicletas.

Tabla 2. Grandes empresas familiares en el ranking de las mil empresas más importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores.
Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. Ranking empresarial 2013 – Revista Vistazo. Elaboración: Propia

Empresa	Familia	Lugar en el ranking	Ingresos (USD)
Corporación Favorita C.A.	Wright	1	1.755.908.806,43
Corporación El Rosado S.A.	Czarninski	3	1.052.901.490,33
Procesadora Nacional de Alimentos C.A PRONACA	Bakker	5	870.120.648,78
La Fabril S.A.	González	16	473.065.420,01

Tabla 3. Grandes empresas familiares según sus ingresos en el ranking de las mil empresas más importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores.
Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. Ranking empresarial 2013 – Revista Vistazo.
Elaboración: Propia

Empresa	Familia	Lugar en el ranking	Utilidades (USD)
Corporación Favorita C.A.	Wright	4	132.656.094,71
Procesadora Nacional de Alimentos C.A PRONACA	Bakker	10	53.019.906,38
Corporación El Rosado S.A.	Czarninski	20	33.929.035,86
La Fabril S.A.	González	86	9.368.349,08

Tabla 4. Grandes empresas familiares según sus utilidades en el ranking de las mil empresas más importantes la según Superintendencia de Compañías Seguros y Valores.
Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. Ranking empresarial 2013 – Revista Vistazo
Elaboración: Propia

Empresa	Familia	Lugar en el ranking	Impuesto a la renta causado (USD)
Corporación Favorita C.A.	Wright	5	35.853.390
Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA	Bakker	18	12.113.961
Corporación El Rosado S.A.	Czarninski	28	9.470.308
La Fabril S.A.	González	60	5.070.820

Tabla 5. Grandes empresas familiares dentro de los quinientos mayores contribuyentes según el Servicio de Rentas Internas.
Fuente: Servicio de Rentas Internas – Revista Vistazo
Elaboración: Propia







**NORMAS DE REDACCIÓN
PARA ARTÍCULOS Y
COLABORACIONES**

CONSIDERACIONES GENERALES

Los artículos serán admitidos desde la plataforma de OJS (Open Journal System), desde: <http://revista.sangregorio.edu.ec>, donde serán procesados y el autor inscribe el documento señalando el cumplimiento de:

- Textos originales e inéditos,
- Que el envío no haya sido publicado previamente, ni se haya sometido a consideración por ninguna otra revista (o se ha proporcionado una explicación al respecto en los Comentarios al editor/a).
- El archivo de envío está en formato OpenOffice, Microsoft Word, RTF o WordPerfect.
- Siempre que sea posible, se proporcionan direcciones URL para las referencias.
- El texto tiene interlineado sencillo; 12 puntos de tamaño de fuente; se utiliza cursiva en lugar de subrayado (excepto en las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas se encuentran colocadas en los lugares del texto apropiados, en vez de al final.
- El texto se adhiere a los requisitos estilísticos y bibliográficos resumidos en las Directrices del autor/a.
- Si se envía a una sección evaluada por pares de la revista, deben seguirse las instrucciones en asegurar una evaluación anónima.
- No existen controversias entre autores de los artículos escritos en co-autorías.
- Un autor no podrá publicar dos artículos en el mismo número.
- Deben ser registrados los Metadatos de todos los autores y colaboradores que hayan trabajado en el Artículo.

Es responsabilidad total de los autores el cumplimiento y observancia de estas normas.

Los artículos postulados serán sometidos a evaluaciones por pares.

1.- TIPOS DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

ARTÍCULOS ORIGINALES: Presenta los resultados de una investigación que parte de una pregunta, que se intenta responder a través de un

método estructurado y reproducible. Se refieren a resultados de investigaciones originales y que no hayan sido publicados parcial o totalmente, relacionados a los objetivos de estudio. Su extensión será hasta 4,000 palabras.

ARTÍCULOS DE REVISIÓN: Presenta los resultados de un trabajo de selección, organización, integración, sistematización y evaluación crítica de investigaciones científicas realizadas en un área, con el propósito de conocer e informar sobre el estado actual de la investigación de un problema determinado, su progreso, contradicciones y tendencias. Su extensión será hasta 4.500 palabras.

ARTÍCULOS DE POSICIÓN O REFLEXIÓN: Es una forma de composición escrita, cuyo propósito es intentar responder una pregunta o resolver un problema específico por medio de argumentos o afirmaciones lógicamente expresadas y debidamente respaldadas, que intenta demostrar la validez de lo afirmado. Se utiliza como forma de incentivar el juicio crítico e independiente de los autores. Su extensión será hasta 4.000 palabras.

RESEÑAS DE LIBROS: Se refiere a reseñas, reseñas de libros, traducciones y actualización de artículos y temas de interés científico en general que tengan que ver con aspectos metodológicos, resultados experimentales o divulgación científica. Su extensión será 1.000 palabras.

Para el caso de reseñas de libros se debe adjuntar foto de portada, ISBN, año, autor, editorial y lugar. Se aceptarán reseñas de libros publicados en los últimos 5 años.

ARTÍCULOS TEÓRICOS: Presenta los resultados de un proceso de análisis de la estructura de una teoría o de algunos de sus conceptos, con el fin de enriquecer, refinar y ampliar las construcciones y bases teóricas de un problema objeto de estudio. Su extensión hasta 3,000 palabras.

ESTUDIO DE CASO: Se presentan y describen los resultados de un estudio sobre una situación particular, dando a conocer las experiencias técnicas y metodológicas y el material obtenido al trabajar con un individuo, organización o situación específica, para describir un problema o indicar cómo resolverlo. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos. Es importante que contenga una descripción detallada del caso y una discusión sobre el mismo. Su extensión hasta 3,000 palabras.

SISTEMATIZACIÓN DE PRÁCTICAS PROFESIONALES: Los artículos de sistematización de

prácticas profesionales, permite construir y explicar los saberes que han sido o están siendo producidos en una determinada experiencia por diferentes sujetos, mediante el análisis y valoración de las acciones desarrolladas. Su extensión hasta 4,000 palabras.

2.- NORMAS

El autor en su artículo debe atender las siguientes normas básicas

- a- **Proporcionar un título en español e inglés**
- b- **Colocar un resumen en español e inglés**
- c- **Proporcionar hasta 5 palabras clave, o frases clave en español e inglés.**
- e- **Declarar la filiación de cada autor y las direcciones de correo electrónico.**

A) FORMATO

- Papel: tamaño carta (21.59 cm x 27.94 cm (8 1/2" x 11")).
- Los márgenes de 2.54 cm por todos los lados de la hoja.
- Sangría: Al iniciar un párrafo debe aplicarse sangría en la primera línea de 5 cm, con respecto al borde de la hoja. No colocar espaciado entre párrafos.
- Letra Times New Roman tamaño 12pt.
- La alineación del cuerpo del trabajo científico debe estar hacia la izquierda y con un interlineado doble.
- La numeración deberá iniciar en la primera hoja del trabajo escrito y la ubicación del número debe estar en la parte superior derecha.
- Títulos de figuras y tablas deben hacerse coincidir con la distancia horizontal del texto y aparecer en el cuerpo del texto, serán de tamaño 12 de puntos y a espacios de 1,5 cm.
- Las tablas y figuras, deben ser enviadas en archivos adjunto como "archivo complementario", en la plataforma de la revista. En adjunto (Archivos complementarios) deben enviar en formato Word a página entera cada una de ellas. Se admiten hasta dos tablas y un gráfico o figura.
- Las fotografías deben tener una resolución de 300 dpi en tamaño A4. Los títulos y fuentes deben ser claros y concisos; y la información debe ser necesaria para ayudar a la lectura. En caso de ser necesaria alguna autorización para la publicación del material, esta corre por cuenta de quien escribe el artículo.
- Las notas al pie de página serán de tamaño de 12 puntos y no deben exceder de 5 líneas (40 palabras), de excederse deben ser explicadas en el cuerpo del texto. En el caso de existir notas al pie de páginas, se admiten hasta 5.

B) APARTADOS

PRIMERA PÁGINA. Debe contener los siguientes apartados:

-Título. En español e inglés, minúsculas. Justificación centrada. No exceder de 15 palabras, debe ser analizado por el editor, que responda al contenido del texto, por lo que puede modificarse contando con el autor.

-Datos del Autor o Autores. Minúsculas. Justificación centrada. Debe aparecer: nombres y apellidos completos, categoría profesional, filiación institucional (nombre completo, por ejemplo, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador), correo electrónico y ORCID. Es obligatorio indicar el grado académico

-Resumen en español. Se redacta en un solo párrafo. No debe exceder las 200 palabras. Debe contener la importancia y actualidad del tema, objetivos perseguidos, contexto temporal y espacial de la investigación, metodología utilizada, avance de hallazgos, conclusiones, objetos y sujeto de estudio. Se debe escribir de manera impersonal: «El presente estudio se analiza...». No se admiten citas en el resumen.

Resumen en inglés (ABSTRACT). Se redacta en un solo párrafo. No debe exceder las 200 palabras y debe expresar el mismo contenido del resumen en español, la traducción debe ser redactada con estilo, se sugiere no utilizar traductores automáticos, al igual que para el título, y las palabras clave,

Palabras clave en español e inglés. Cinco palabras o grupos de frases, ordenadas alfabéticamente, la primera con mayúscula inicial, el resto en minúsculas, separadas por punto y coma (;), deben presentarse en español e inglés (KEYWORDS).

Cuerpo del Artículo. Ha de contener los siguientes apartados, todos ellos justificados a la izquierda, en negrita y minúsculas:

-Introducción. Debe dejar claros los antecedentes, fundamento y el propósito del estudio, objetivos y problemática tratada, así como la metodología a emplear, utilizando citas bibliográficas, así como la revisión de la literatura más significativa del tema a nivel nacional e internacional.

-Metodología. Debe estar presentada con suficiente claridad y detalle de tal forma que otro/a investigador/a pueda replicar el estudio. se describirá la muestra y las estrategias de muestreos, así como se hará referencia al tipo de análisis estadístico empleado.

-Resultados. Deben presentarse los datos de forma clara y sucinta. No debe existir redundancia entre el texto, las tablas y las figuras. El análisis debe ser coherente con el tipo de datos, los cuales han de estar bien ejecutados e interpretados.

-Discusión. Los resultados han de estar ubicados con el marco de la investigación presentados en la introducción. Se debe manejar apropiadamente la literatura, siendo adecuadas y suficientes las citas.

-Conclusiones. Deben venir expresadas de forma clara y en relación con los objetivos, datos, interpretación y discusión. No se admiten citas.

-Referencias Bibliográficas. Todas las obras citadas en el cuerpo del texto deben aparecer en el apartado de referencias por orden alfabético. Se parte del estilo APA 6ª edición (<http://normasapa.net/normas-apa-2016/>). Debe contener al menos 15 referencias académicas actualizadas. En el caso de los artículos de revisión, deben tener como mínimo 30 referencias. Todas las referencias con url deben aparecer entre aspas (< >).

Citas –

Citas de menos de 40 palabras: se escribe inmersa en el texto, entre comillas y sin cursiva, debe poner la cita y todos los datos, incluyendo el número de página.

Citas de más de 40 palabras: se escriben en párrafo aparte, sin comillas y sin cursivas, con sangría de 0,5 en todo el párrafo, y puede presentarlo con una letra de un puntaje inferior a la letra del texto principal si desea. La organización de los datos puede variar según donde se ponga el énfasis (en el autor, en la obra, o en el año, etc.). El punto se coloca después de los datos de la cita y del número de página.

3.- ENVÍOS

La gestión editorial de la Revista San Gregorio se realiza desde la plataforma OJS, los autores deben postular sus textos en <http://revista.san-gregorio.edu.ec/index.php/RSANG/index>, en la opción: Envíe una propuesta.

4.- CONTACTO

Para cualquier consulta o inquietud referente a la revista, así como el seguimiento de un texto enviado puede contactar con:

revista@sangregorio.edu.ec.






NORMATIVAS DEL ARBITRAJE Y EVALUACIÓN EXTERNA DE LOS TRABAJOS

El Comité Científico remitirá los artículos sin el nombre del autor a DOS (2) evaluadores externos que funcionarán como pares ciegos, en caso de existir correcciones o sugerencias se devolverán a los autores para que consideren su incorporación, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. Si hay dudas, el trabajo puede ser remitido a un tercer evaluador. El Comité Científico no podrá designar como evaluador de un artículo a quienes tengan nexos de hasta tercer grado de consanguinidad y hasta segundo grado de afinidad con el (los) autor(es).

El Comité Científico podrá hacer solicitudes de colaboración, las cuales deberán cumplir con los requerimientos que se señalan en las normas de publicación emanadas del Consejo Editorial, éste notificará por escrito a los autores, previa a la publicación de la Revista, la decisión de aceptación o no de la publicación de un artículo.

Las decisiones de los miembros del Comité Científico serán respetadas por el Consejo Editorial y por el autor o los autores, siempre y cuando, no pretendan cambiar la esencia expresada por el autor o autores. En este último caso, el autor o los autores deben comunicar su posición ante el Consejo Editorial con un informe razonado y válidamente sustentado. La decisión final sobre la publicación se sustentará en la opinión mayoritaria del Consejo Editorial. 









UNIVERSIDAD
SAN GREGORIO

www.revista.sangregorio.edu.ec