

Iuris Dictio.

N° 28, DIC. 2021

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinador editorial

Efraín Caravantes

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), Andrés Jakab (Univerisdad de Salzburgo, Austria), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

Comité editorial

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

Asistentes editoriales

Paula Cantos Cárdenas, Martín Cordovez, Juan Felipe Idrovo, María Paz León, Eduarda Navarrete, Ángeles Obando, Tamyra Pinos Camacho, Alicia Salgado Macías, Steven Vásconez Jácome, Miguel Ángel Villegas.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Felipe Trávez

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares

Pablo Baca, Carlos Carrasco, Percy Harold Cepeda, Alejandra Chauvin, Mario René Chicaiza, Fabeyra Curiel, Leopoldo González, Alí Lozada, Renata Medina, Álex Mora, Rafael Paredes, Catherine Ricaurte, Álvaro Roman, Emily Sampedro, Erika Segura, Vicente Solano, David Sperber, Andrés Terán, Carlos Taprani, Ivón Vallejo, Michael Veintimilla, Belén Viteri.

Licencia legal: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho.

Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdiction@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

Iuris Dictio se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

1. Política de secciones

Iuris Dictio posee cuatro secciones: dossier, miscelánea, reseñas y entrevistas.

Dossier

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 mil caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3.000 palabras y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección está destinada a la recoger entrevistas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad.

2. Proceso de revisión por pares

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio (enero-junio) y otra en diciembre (julio-diciembre). Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difundirá bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) que ahora se está implementando en la revista, intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

5. Envíos Online

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

6. Normas para autores/as

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

8. Edición de la revista

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

9. Tiempo de publicación

Juris Dictio publica los artículos, reseñas y entrevistas que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

10. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el Committee on Publication Ethics (COPE) en el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors (<http://publicationethics.org>).

NOTA EDITORIAL

Lamentamos informar que por motivos de fuerza mayor ajenos al funcionamiento del Equipo Editorial de Iuris Dictio, el dossier titulado "Actores no estatales y derechos humanos" que debía publicarse en este número 28 de la revista, será publicado en el número 29, de junio de 2022.

Por esta misma razón, el dossier titulado "La Transformación social por medio del Derecho", será publicado en el número 30, de diciembre de 2022, por lo cual se reabre la convocatoria para enviar artículos vinculados a esta temática hasta el 15 de junio de 2022. Puede encontrarse la información respecto a la convocatoria en el siguiente link:

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/announcement/view/40>

ÍNDICE

MISCELÁNEA

La Alianza del Pacífico y su relacionamiento con la Comunidad Andina y Centroamérica The Pacific Alliance and its Relationship with the Andean Community and Central America JAIME GALLEGOS-ZÚÑIGA	15
Autoría y participación en la infracción del deber: una especial referencia al delito de cohecho Authorship and Participation in the Infringement of Duty: a Special Reference to the Bribery Crime PABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ	27
Sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo: el capital laboral y el salario digno Commercial Companies in Collective Benefit: Labor Capital and the Living Wage JOSÉ ANTONIO BURNEO CARRERA	41
La desclasificación de documentos contenidos en los programas de clemencia para la obtención del resarcimiento de daños y perjuicios Disclosure of Documents Contained in Leniency Programs to Obtain Compensation for Damages VIKA MIKAELA LARA TARANCHENKO	55
Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era <i>compliance</i> en Ecuador? Un diálogo con España Corporate Criminal Liability: A New Era of Compliance in Ecuador? A Dialogue with Spain ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE Y JOSÉ ROBERTO PAZMIÑO RUIZ	73
Fundamentos epistemológicos del Realismo jurídico: Empirismo, Neopositivismo y actos de habla Epistemological Foundations of Legal Realism: Empiricism, Logical Positivism and Speech Acts ÁNGEL MANUEL MOLINA LARA Y CARLOS EDUARDO DURÁN CHÁVEZ	93
Violencia intrafamiliar: la reparación integral como un derecho en el Ecuador Domestic Violence: Comprehensive Reparation as a Right in Ecuador MERCEDES ANGÉLICA ORTEGA PÉREZ Y CRUZ XIOMARA PERAZA DE APARICIO	107
Análisis crítico a la legislación internacional sobre libertad de religión Critical Analysis Concerning International Legislation on Freedom of Religion NICOLÁS ANTONIO JIJÓN GILER	119

RESEÑAS

El fundamento de los Derechos Humanos

LUCAS MELO RODRIGUES DE SOUSA 133

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº 28, DIC. 2021

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.

 USFQ
PRESS

LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y SU RELACIONAMIENTO CON
LA COMUNIDAD ANDINA Y CENTROAMÉRICA
The Pacific Alliance and its Relationship with the Andean Community
and Central America

JAIME GALLEGOS-ZÚÑIGA¹
Universidad de Chile, Chile

Resumen

El presente estudio revisa, a partir de diferentes trabajos doctrinarios y fuentes formales de Derecho, el relacionamiento de la Alianza del Pacífico con la Comunidad Andina y algunos países de Centroamérica, a efectos de evaluar la posibilidad y conveniencia de estrechar los lazos con esas economías, atendiendo a lo recorrido en estos años y las perspectivas que se avizoran para el futuro. Tales aspectos resultan relevantes de ponderar, tomando en cuenta la incertidumbre por la que atraviesa el comercio internacional y la reconfiguración productiva que podría generarse como consecuencia de la pandemia global derivada del brote de COVID-19, concluyéndose que, como resultado de la ausencia de una política comercial común del bloque y la inestabilidad política de la región es difícil proyectar, con claridad, el devenir de tales vinculaciones.

Palabras clave

Integración económica, América Latina, Centroamérica, comercio internacional, política comercial.

Abstract

This study reviews, based on different scholar works and formal sources of law, the relationship of the Pacific Alliance with the Andean Community and some Central American countries, in order to evaluate the possibility and convenience of strengthening ties with those economies, taking into account the length of these years and the prospects that are looming for the future. Such aspects are relevant to ponder, taking into account the uncertainty that international trade is going through and the productive reconfiguration that could be generated as a consequence of the global pandemic derived from the COVID-19 outbreak, concluding that, as a result of the absence of a common commercial policy of the bloc and the political instability in the region, it is difficult to clearly project the future of such links.

Keywords

Economic Integration, Latin America, Central America, International Trade, Trade Policy.

¹ Doctor en Derecho sobresaliente cum laude y Magíster en Derecho de los Negocios internacionales, con mención de excelencia, por la Universidad Complutense de Madrid, España. Académico del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile, Chile. Correo electrónico: jgallegos@derecho.uchile.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4112-2229>.



1. Introducción

El presente estudio describe el relacionamiento de la Alianza del Pacífico con la Comunidad Andina y algunos países de Centroamérica, con la finalidad de evaluar la conveniencia de profundizar los lazos con esas economías, describiendo las circunstancias que han marcado el devenir de este nuevo ensayo de desarrollo que agrupa a Chile, Colombia, México y Perú, y proporcionando elementos para proyectar la eventual vinculación que pudiera trazarse.

La Alianza del Pacífico, tratado de libre comercio, que surge formalmente mediante el Acuerdo de Paranal de 2012, aspira a lograr una integración profunda entre sus Estados Parte, Chile, Colombia, México y Perú, para lo cual, mediante su Protocolo Comercial, celebrado en 2014, regula una serie de elementos de las transacciones entre estas economías.

Mayoritariamente (Pinto, 2014, p. 138-139) se indica que el antecedente mediato de este proyecto es la Iniciativa Arco Pacífico, instancia política diplomática informal, que operó como mecanismo de consulta y articulación (Cepal, 2008), y que reunió, entre 2007 y 2011, a Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú, con el objetivo de construir una estrategia con la cual afrontar la relación comercial con diferentes economías de Asia-Pacífico (Bueno de Lercari, 2011, p. 41-48).

Esa propuesta cesó sus funciones atendidas las incompatibilidades ideológicas de los Jefes de Estado que la conformaban, lo que tuvo como consecuencia que se estimase que se podría avanzar de forma más rápida y efectiva sólo con algunos de sus participantes (Pennetta, 2015, p. 312), pasando a la configuración de un proyecto dirigido a la apertura de mercados.

En efecto, conviene recordar que los Estados Parte de la Alianza del Pacífico presentan una orientación económica y política similar, inspirada en ideas liberales, que posicionan en un lugar preponderante al mercado en el plano económico y políticamente adoptan la democracia representativa, patrocinando un discurso que, en cierta medida, se encontraba bastante desplazado en el continente, motivo por el cual esta propuesta recibió el calificativo de club neoliberal latinoamericano (Hui, 2014, p. 70-71).

Aun cuando este bloque busca convertirse en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, y de proyección al mundo, “con especial énfasis al Asia Pacífico”, con arreglo al literal c) del artículo 3 de su Acuerdo constitutivo, desde sus orígenes, se ha pretendido un relacionamiento con países de América Latina, debiendo advertirse, con todo, que esta nueva iniciativa exhibe una institucionalidad mínima (Gallegos, 2019, p. 76-82), no cuenta con una política comercial común, y a partir de ello, sus Estados Parte mantienen su autonomía para celebrar o denunciar los tratados que estimen pertinentes.

2. La Comunidad Andina

En su momento se indicó que la Alianza del Pacífico debilitaba a la Comunidad Andina (Sánchez, 2012, p. 714), o que resultaba un “golpe final” (Ielpi, 2014, p.102) a ese proceso, dejándolo obsoleto (Santos, 2018, p. 344), menoscabándose una vez más esa iniciativa decana de la integración sudamericana, como ya había ocurrido, en su momento, por la formación, del G3, en 1994, el acuerdo entre Colombia, México y Venezuela, la firma del tratado de libre comercio entre Estados Unidos con Colombia y Perú, y el posterior abandono de Venezuela, en 2006, o luego, con ocasión de la celebración del acuerdo con la Unión Europea, que tampoco incorporó a todos sus países (Arroyave, 2016, pp. 177-178).

En este caso, la formación de la Alianza del Pacífico importa un giro de dos de los Estados andinos con políticas más liberales, que optan por un camino propio, sin abandonar el bloque que surgió en 1969, el cual subsiste con los demás integrantes, Bolivia y Ecuador,

en su momento, partidarios de tendencias anti sistémicas (Palotas y Duarte, 2014, p. 124-125), pero que en el devenir de corto tiempo, al salir de los gobiernos Evo Morales y Rafael Correa, han renegado esas posturas y han abandonado la organización icónica de esa tendencia, el ALBA y también la UNASUR, no obstante que, con la avasalladora llegada de Luis Arce Catacora a la Casa Grande del Pueblo, el país altiplánico vuelve a alinearse con las posturas de Caracas y La Habana.

No obstante el menoscabo que la Alianza del Pacífico pudiere significar en la Comunidad Andina, hay autores que postulan que es viable la coexistencia de estos esquemas y la membresía compartida de Colombia y Perú en ambos, y a tales efectos, postulan que es aconsejable se sea cuidadoso, para no provocar una colisión entre los instrumentos normativos que regulan las relaciones de los socios (Novak y Nahmías, 2015, p. 190), aspectos que los mencionados Estados precisaron en el Acuerdo Marco de la citada Alianza, suscrito en Paranal, Chile (artículo 8) y en su Protocolo Adicional (artículo 1.2), reconociendo sus membresías y obligaciones previas. En el fondo, se postula que es aconsejable actuar con pragmatismo, a fin de no perder el acervo andino construido a lo largo de los años, procurando, al mismo tiempo, aprovechar el eventual crecimiento económico que pudiere producirse de prosperar las cadenas subregionales de valor que persigue la Alianza del Pacífico (Campos, 2019, pp. 79-83).

En una línea análoga, Guzmán (2015, p. 56) estima que la Comunidad Andina debería adoptar o utilizar algunos instrumentos aprobados en la Alianza del Pacífico que se muestren como eficaces, empleando la misma lógica que se esgrimió (González, 2008, pp. 186-195) en su momento, para justificar los acuerdos que celebraron particularmente Colombia y Perú con Estados Unidos.

Desde otro punto de vista, se afirma que la Alianza del Pacífico no supone un reemplazo ni de la Comunidad Andina ni de Mercosur, pues estos bloques poseen agendas más profundas, que abordan -al menos nominalmente- un crisol más amplio de aspectos sociales, culturales, de flujos de personas, y de una gama amplia de aspectos de diferente naturaleza, teniendo en cuenta que la esfera comercial no se basta por sí sola, con los bajos niveles de intercambios intra regionales que el nuevo proyecto exhibe. A su vez, más que suprimir o superar esas otras alternativas de varias décadas de funcionamiento, debe tenerse en cuenta que en nuestro subcontinente existen problemas migratorios acuciantes, que sería aconsejable abordar en conjunto, en instancias de convocatoria amplia, como fue, en su oportunidad UNASUR (Quiliconi y Herrera-Vinelli, 2019, p. 147).

3. Ecuador

Palotas y Duarte (2014, p. 134) plantean la importancia geopolítica y estratégica de incorporar a Ecuador en la Alianza del Pacífico, socio natural del proyecto², luego del cambio de enfoque de las políticas económicas que llevara el ex Presidente Moreno, y que continuarán con el Presidente Lasso.

En efecto, Ecuador en 2018 expresó su interés en convertirse en Estado asociado, debiendo tenerse presente que, desde 2013 (durante el mandato del Presidente Correa, que se extendió entre 2007 y 2017) ocupa la posición de Estado observador, y en la actualidad, de cara a alcanzar la posición de Estado Parte (Kuwayama, 2019, p. 25), sus autoridades están desplegando una fuerte campaña interna (Gómez, Mila y López, 2019, pp. 397-405) para conseguir la venia de actores preponderantes de ese país ante ese proyecto (Quiliconi y Rivera, 2019, p. 5-8), idea que ha generado muchas expectativas en diferentes especialistas de esa

² Debe recordarse que no existen vías de transporte terrestre transitables entre Colombia y Perú que no pasen por Ecuador, teniendo en cuenta que la frontera entre esos dos países se encuentra a nivel de la selva amazónica

nación (Larenas, Rubio y Flores, 2018), quienes ven a los partícipes de la Alianza del Pacífico como potenciales fuentes de inversión extranjera (Valencia, Casares, Aguirre y Vinueza, 2020, pp. 417-425), proyectando además a esa plataforma como una vía adecuada para una mejor inserción internacional ecuatoriana. Sin perjuicio de lo cual, también se formulan algunas prevenciones en lo que se refiere a la balanza deficitaria que ese país presenta con países de la Alianza del Pacífico (Rubio, Yaselga y Aguirre, 2019, pp. 27-35).

Los acercamientos han seguido avanzando, y prueba de ello es la suscripción de los términos de referencia entre los Estados Parte de la Alianza del Pacífico y Ecuador, el pasado 11 de diciembre de 2020, durante la XV Cumbre del bloque aludido, celebrada virtualmente desde Santiago de Chile, de cara a avanzar hacia la incorporación del país como miembro asociado.

Con todo, es necesario advertir que, si bien Ecuador cuenta con una liberalización bastante avanzada con Colombia y Perú, como miembros de la Comunidad Andina, y también con Chile, en virtud del acuerdo de complementación económica en vigor³; con México, sólo cuenta con un instrumento de alcance parcial⁴, a partir de lo cual el acceso preferente es bajo, por ello, ese prerrequisito debiese abordarse, de modo prioritario⁵. Todo lo anterior, en un contexto en que la economía ecuatoriana se encuentra en una posición de rezago en materia de apertura comercial, si se le compara con los Estados Parte de la Alianza del Pacífico (Alvarado, 2019, pp. 9-23).

A su vez, no puede dejar de mencionarse que existen algunos aspectos normativos de ese país que dificultarían la incorporación al proceso, como por ejemplo, que de acuerdo con su Constitución, en su sistema de contratación pública debe darse prioridad a los oferentes locales (artículo 288), siendo que el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico establece, como regla general, el trato nacional y no discriminatorio entre proponentes locales y aquellos de otros Estados Parte del bloque (artículo 8.3.1), como también que en Ecuador parece rechazarse el sistema de arbitraje entre inversionista y Estado receptor (Fernández, 2020, pp. 116-117), a la luz de la poco clara (Marchán, 2011, pp. 207-2015) prevención del inciso segundo del artículo 422 de la Carta Fundamental de 2008, aspectos que entran en contradicción con disposiciones del Protocolo Adicional (artículo 10.16.3) de la Alianza del Pacífico.

4. Bolivia

La renuncia de Evo Morales -quien había emitido categóricos comentarios contra la Alianza del Pacífico (Alzate, 2015, pp. 40-41), y la convocatoria a elecciones en ese país, abrieron las puertas para que la nación altiplánica abandonara el ALBA, aspecto que podría mirarse como un primer paso hacia una mayor apertura de su economía y en esa hipótesis, la Alianza en análisis, podría servirle como una iniciativa para una internacionalización de sus bienes, como una incorporación en potenciales encadenamientos productivos que se generen, atendida la experiencia y desenvolvimiento que, en el primer aspecto tienen los Estados Parte del nuevo modelo subregional, que va un paso adelante (Saldaña y Rodríguez, 2018, pp. 79-86) en el ámbito de la liberalización comercial.

Debe recordarse que Bolivia mantiene relevantes flujos comerciales con Perú, y en menor medida con Colombia y Chile (Moreno, Narváz y Sancho, 2016, pp. 13-19),

³ ACE n° 65, de 2008, de ALADI, a lo cual debe sumarse el tratado de libre comercio, firmado el 13 de agosto de 2020, que aún no está en vigor.

⁴ Acuerdo de alcance parcial n° 29, de 1983, de ALADI.

⁵ Es condición para ser Estado Parte de la Alianza del Pacífico que el candidato cuente con un tratado de libre comercio con Chile, Colombia, México y Perú, según el artículo 11.1 del Acuerdo de Paranal.

relaciones que, en su caso, podría buscar incrementarse, como también con el gran mercado mexicano, con el cual posee flujos bastante reducidos.

Con todo, el aplastante triunfo de Luis Arce Catacora parece evaporar cualquier posibilidad de acercamiento con la Alianza del Pacífico, proyecto con el cual también mantiene diferencias normativas importantes en distintos campos, como en el tratamiento que debe brindarse a las inversiones extranjeras (artículo 320 de la Constitución boliviana), las cuales no deben recibir un trato preferente al de los nacionales de ese país, proscribiendo el acceso abierto a un sistema de arbitraje de inversión (Bodensiek y Peluffo, 2015, pp. 578-586), y otros aspectos, como también, porque en el nuevo bloque latinoamericano en análisis participa Chile, país con el cual ni siquiera mantiene relaciones diplomáticas, como consecuencia de un conflicto bélico que enfrentó a ambos países a fines del siglo XIX, y que aún mantiene heridas abiertas en La Paz.

Además, un acercamiento con la Alianza del Pacífico supondría una nueva capa en la superposición de propuestas en las que se incorporan los países de América Latina, lo que dista de ser lo ideal, desde luego, pero a estas alturas no puede mirarse como algo imposible de concebir, tomando en cuenta que Bolivia hace bastantes años está en proceso de incorporarse como Estado Parte de Mercosur, sin que ello suponga abandonar su membresía en la Comunidad Andina (Restivo, 2017).

5. Centroamérica

Se ha postulado que el paso natural que debiesen dar los países centroamericanos hispanoparlantes es incorporarse a la Alianza del Pacífico, al contar todos ellos con costas hacia ese Océano, además de acumular muchos años de experiencia en instancias de integración (como SICA), teniendo en consideración, además, que ese escalón les permitiría perfilarse de manera más sólida a Asia u otros bloques, adhesión que también pudiese resultar positivo para el esquema formado por Chile, Colombia, México y Perú, al incrementar su envergadura y también para aprovechar la ubicación geográfica estratégica de Mesoamérica, puente entre Europa y lejano Oriente que, por lo demás, cuenta con estructuras productivas que podrían mirarse como complementarias, en algunos aspectos (Spillan y Virzi, 2017, pp. 14-21).

Asimismo, Leiva (2016, pp. 229-233) indica que, desde un punto de vista geopolítico, las relativamente recientes relaciones diplomáticas entre esos países centroamericanos y China, se han visto acompañadas de muchos aportes del gigante asiático que, a través de diferentes donativos, está buscando persuadir a otras naciones de esa región, que siguen relacionándose con Taiwán⁶, de modo tal que la participación de tales Estados en la Alianza del Pacífico podría suponer un atractivo adicional para estrechar lazos con Beijing.

Costa Rica, Panamá y Guatemala (las tres economías más grandes de Centroamérica) han tenido acercamientos a la Alianza del Pacífico (Parthenay y Dabène, 2019, pp. 114-117) dirigidos a alcanzar el estatus de Estado Parte (Daniels, 2015, pp. 178), participando las dos primeras durante el proceso de formación del bloque en análisis (como puede apreciarse de la lectura del artículo 17 del Acuerdo de Paranál). Honduras también ha manifestado su intención de un mayor relacionamiento (Castro, 2020, p. 458) (Riveros y Domínguez, 2016, p. 101), mientras que El Salvador y la República Dominicana son Estados observadores, de modo que, de los miembros del Sistema de Integración Centroamericano, sólo Belice y Nicaragua no tienen vínculo formal alguno con el esquema de que se trata.

⁶ A nivel diplomático, mientras Costa Rica, Panamá y El Salvador cuentan con relaciones con la República Popular China, Guatemala, Honduras y Nicaragua se encuentran vinculados, a nivel de embajadas, con Taiwán.

6. Panamá

Panamá, ya en 2011, actuó como Estado observador de la Declaración de Lima y luego, en 2012, como invitado y observador del Acuerdo de Paranal, avances que hacían esperar que ese país del canal, a 2015, fuera Estado Parte de ese proyecto (Maúrtúa, 2014, p. 15). Sin embargo, el proceso de la ratificación del tratado de libre comercio con Colombia⁷, firmado el 20 de septiembre de 2013, que, como se sabe, es condición para incorporarse como Estado Parte no obstante todas las potencialidades que se han exhibido (Reina, Oviedo y Moreno, 2014) se estancó en 2016 en la Asamblea Nacional panameña (Pastrana y Castro, 2017, p. 79).

Se ha destacado lo positivo que resultaría para Panamá el incorporarse a la Alianza del Pacífico, puesto que como Estado Parte podría desplegar de mejor manera su capacidad logística, hoy subutilizada, pudiendo posicionarse como un centro de distribución de los productos elaborados por el bloque, contándose también como elementos positivos los potenciales flujos turísticos que podrían estimularse, como también, el interactuar con países que cuentan con mejores niveles educacionales, en virtud de lo cual podrían adquirirse habilidades y competencias para hacer más eficiente su sistema productivo.

Ahora bien, más allá del escollo formal de la ratificación del tratado de libre comercio con Colombia, se ha advertido (Astudillo, Diamond, Fernández, Lagarda y Linares, 2018, p. 19-61) que, el ocupar la posición de Estado Parte, supone también emprender una serie de modificaciones regulatorias conducentes a una mayor apertura para poder ejercer en el país una gama profesiones, que hoy se encuentran vedadas a los ciudadanos extranjeros, como también una eventual reforma constitucional acerca de los sujetos habilitados a desarrollar comercio al por menor dentro de esa economía, aspectos que, además del ordenamiento económico, implica alteraciones en la preceptiva de migraciones, e incluso en la normativa referente a transparencia financiera, de cara a una eventual participación en el Mercado Integrado Latinoamericano (MILA), que permite una interconexión entre las bolsas de comercio y los depósitos centralizados de valores de los cuatro Estados Parte, a fin de facilitar transacciones dentro de ese espacio, entre otros aspectos, que como puede apreciarse, no resultan asuntos fáciles de resolver.

7. Costa Rica

Costa Rica, en tanto, participó como observador de la cumbre celebrada en Chile, de 2012, en la cual se firmó el Acuerdo de Paranal constitutivo del bloque, y, en mayo de 2013, se constituyó un Grupo de Trabajo dentro de la Alianza del Pacífico, a efectos de evaluar su incorporación como Estado Parte.

En el marco de ese proceso, el 10 de febrero de 2014, Costa Rica emitió una declaración adhiriendo a los principios de esta iniciativa, manifestando su intención de suscribir el Protocolo Adicional, lo que se esperaba se concretase en pocos meses (Meacham, 2014, p. 4). Sin embargo, luego de ello, hubo una serie de discusiones internas sobre la conveniencia de esa decisión (Villarreal, 2016, pp. 2-3) que llevaron a que esta incorporación no prosperase.

En ese contexto, el sector agrícola costarricense (que ya había quedado marginado de las liberalizaciones establecidas en los acuerdos bilaterales firmados, en su oportunidad, con los Estados Parte de la Alianza del Pacífico) se ha opuesto a la participación plena en la

⁷ El tratado de libre comercio entre Chile y Panamá fue suscrito en junio de 2006, y entró en vigor en marzo de 2008; aquél con México fue suscrito en abril de 2014, y entró en vigor en julio de 2015, y el acuerdo con Perú fue suscrito en mayo de 2011, y entró en vigor en mayo de 2012.

iniciativa, lo cual impidió que se pudiera seguir avanzando con la incorporación del país al proyecto (Wong, Palma, 2018, pp. 120-127).

Es importante mencionar que Costa Rica ya cuenta con tratados de libre comercio con los cuatro Estados Parte de la Alianza del Pacífico, con Chile fue firmado en 1999 (en vigor desde 2002), con Colombia fue suscrito en 2013 (en vigor desde 2016), con México, la modernización del acuerdo previo fue firmada en 2011 (en vigor desde 2013), y con Perú fue suscrito en 2011 (en vigor desde 2013). A partir de tales convenios, a la fecha se exhibe una interesante relación cualitativa (de ciertos encadenamientos), de inversiones y turistas, fundamentalmente con México y Colombia, y en menor medida con Chile y Perú (Fonseca, Rivera y Recinos, 2020, pp. 178-185).

Asimismo debe hacerse presente el interés de ese país centroamericano por incorporarse a APEC, para lo cual, su participación en la Alianza del Pacífico pudiera verse como un buen acercamiento a ese foro y una proyección decidida a Asia Pacífico (Soto, Morales, 2014, pp. 247-250), lo que le permitiría, en su caso, abrir nuevos mercados, que se sumarían a aquellos a los cuales ya cuenta con acceso preferencial en virtud de los acuerdos de libre comercio en vigor, con China, Singapur, Corea del Sur, Estados Unidos y Canadá.

A su vez, no puede perderse de vista que el principal destino de las exportaciones de ese país centroamericano es Estados Unidos que, con las medidas proteccionistas adoptadas durante la administración del Presidente Trump (no obstante el arribo reciente del Presidente Biden) parecen hacer aconsejable una diversificación de los mercados, y para ello la Alianza del Pacífico puede servir de útil plataforma, teniendo en cuenta que al ser un mercado tan pequeño le resulta difícil negociar, en forma autónoma, con otros países o bloques de mayor envergadura, además de los mejoramientos de los estándares nacionales que puede alcanzar (Wong, Palma, 2018, pp. 115-118).

Por otro lado, la incorporación como Estado Parte de Guatemala ha sido obstaculizada por Perú (Pastrana y Castro, 2017, p. 79), país con el cual mantuvo una diferencia en la OMC por la importación de azúcar⁸.

Ahora bien, no puede dejar de advertirse la complejidad que, a su vez, produciría la incorporación como Estados Parte de Panamá, Costa Rica o Guatemala a la Alianza del Pacífico, atendida la membresía de estos países en el Sistema de Integración Centroamericana, que cuenta con un Código Aduanero propio, lo cual añadiría más elementos a la superposición de compromisos que van entrelazándose entre partícipes simultáneos de diferentes proyectos subregionales (Manfredi y Tamayo, 2015, p. 15).

No obstante la prevención anterior, nos parece interesante mencionar que Palotas y Duarte (2014, p. 134) han manifestado la conveniencia de que la Alianza del Pacífico adopte una postura proactiva, invitando a formar parte del bloque a otros países centroamericanos, como Honduras, El Salvador e incluso Nicaragua, brindándoles un trato preferente, atendida sus condiciones económicas, como el que se ha dado en otros esquemas como la Unión Europea, Mercosur y la Comunidad Andina, a sus socios menos desarrollados, aspecto que ayudaría a un relacionamiento en conjunto, y no solo de modo parcial si solamente algunas economías del sistema centroamericano se acercasen a esta nueva iniciativa.

8. El complejo escenario actual

Como ideas finales, creemos oportuno advertir que las relaciones que pueda trazar la Alianza del Pacífico se encuentran insertas en un contexto de incertidumbre global, que hace difícil

⁸ DS457: Perú — Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios.

vaticinar una construcción lineal y progresiva de las mismas, más aún tomando en cuenta que los Estados Parte de este bloque mantienen su autonomía comercial, y pueden ir particularmente avanzando más con determinadas economías, en desmedro de una actuación conjunta, que no permiten proyectar con claridad el rumbo que el bloque puede seguir, a todo lo cual se añade el creciente desencanto que México (Franzoni, 2019, pp. 275-278), que dicho sea de paso, es el principal socio de este proyecto, demuestra hacia esta propuesta.

En efecto, es recurrente leer y escuchar que la Alianza del Pacífico se encuentra atravesando una etapa de estancamiento (Pastrana y Castro, 2020), situación que demanda a sus promotores a replantear tanto sus relaciones internas, como aquellas sostenidas y por construir con países latinoamericanos, más aun en coyunturas tan dolorosas como las que se están viviendo actualmente, las cuales invitan a reflexionar sobre la conveniencia de la deslocalización productiva radicada en el lejano oriente que, a la luz de los hechos, parece no resultar tan conveniente por asuntos estratégicos, como también por aspectos de sustentabilidad, teniendo en consideración las emisiones contaminantes aparejadas a los desplazamientos transoceánicos de mercaderías.

Quizás la pandemia, derivada del brote de COVID-19 le sirva a América Latina como una nueva oportunidad (aprendiendo de las lecciones dejadas por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), los diferentes sistemas de maquila y otra serie innumerable de ensayos y errores) para proyectar y desarrollar cadenas de valor regionales, que nos aseguren con mayor inmediatez determinados bienes, y que, a su vez, permitan potenciar las industrias nacionales tan golpeadas en los procesos de reprimarización de las exportaciones que se ha producido en los últimos años en nuestra región (Salgado y Shoenmann de Moura, 2019), para lo anterior, las profundas heridas y dolores que nos deja esta traumática experiencia, debiese servirnos de especial impulso.

En efecto, se hace necesario un replanteamiento sobre la manera cómo se han concebido las distintas iniciativas de cooperación/integración en América Latina, las cuales no han resultado realmente eficientes para hacerse cargo de una crisis de la envergadura como la que azota al mundo y en especial a esta zona geográfica⁹. A raíz de lo anterior, desde Naciones Unidas (Cepal, 2020, p. 16) se ha hecho un especial llamado de atención para que se promuevan la solidaridad, la cooperación y las alianzas entre las naciones a escala regional para hacer frente a la pandemia y a sus efectos políticos y sociales.

9. Conclusiones

En momentos de incertidumbre global, agudizados en América Latina, tanto por la inestabilidad de los gobiernos de los Estados Parte de la Alianza del Pacífico, como de otros países de la región, como también por los estragos que está provocando la pandemia del coronavirus es difícil proyectar, a mediano a plazo, la manera en que pueden entrelazarse las relaciones inter regionales.

Dada la fragilidad institucional de los distintos ensayos de la zona, estos bloques no están cumpliendo eficazmente con sus objetivos en el marco de este trance histórico, y falta mucho para que se logre un actuar mancomunado para afrontar posibles catástrofes de esta envergadura, como se está haciendo en otros espacios, como el de la Unión Europea.

⁹ En otros bloque regionales, como la Unión Europea, aun cuando el manejo de la crisis provocada por la pandemia no ha estado exento de críticas, se ha observado una reacción conjunta o mancomunada, muchos más decidida (Ponte, 2020, p. 337-357), con herramientas comunitarias que permiten avizorar un mejor despegue desde las grietas económicas y sanitarias que está dejando el coronavirus.

Es de esperar que traumas de esta magnitud sirvan para extraer lecciones acerca de la conveniencia de un actuar solidario y conjunto, limando diferencias político-ideológicas y también normativas, en aras a alcanzar un bien superior común.

Referencias bibliográficas

- Alvarado, A. (2019). Análisis exploratorio de la apertura comercial del Ecuador frente a Perú y Colombia. *Economía y Política*, 15(29), 9-23.
- Alzate, D. (2015). La Alianza del Pacífico en la integración regional. Análisis y contrastes con el Mercosur. *Ratio Juris*, 3(1), 27-44.
- Arroyave, M. (2016). Impact of the Formation of the Pacific Alliance in South America and its Importance as a Platform for Relationship with ASEAN. *The Thammasat Journal of History*, 2(2), 165-195.
- Astudillo, J., Diamond, A., Fernández, M., Lagarda, G. y Linares, J. (2018). *Evaluación de la participación de Panamá en la Alianza del Pacífico*, Banco Interamericano de Desarrollo. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Bodensiek, A. y Peluffo, J. (2015). El modelo de desarrollo del Estado Plurinacional de Bolivia y su inserción en la economía global. En E. Tremolada (Ed.) *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica* (pp. 553-594). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bueno de Lercari, R. (2011). La Alianza del Pacífico: ¿Hacia dónde vamos? En KAS Perú/ IEI Universidad de Chile (Eds.) *Generación de Diálogo Chile-Perú/Perú-Chile: Aspectos económicos y comerciales* (pp. 41-56). Lima: KAS Perú/IEI Universidad de Chile.
- Campos, P. (2019). Comunidade Andina de Nações e Aliança do Pacífico. *Ílandé*, 2(3), 70-85.
- Castro, C. (2020). La regulación de la inversión extranjera y el arbitraje de inversiones en Honduras. En C. Esplugues (Ed.) *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 443-465). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cepal (2008). *El Arco del Pacífico Latinoamericano y su proyección a Asia-Pacífico*. Santiago: Cepal.
- Cepal (2020). *Pactos políticos y sociales para la igualdad y el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe en la recuperación pos-COVID-19*. Santiago: Cepal.
- Daniels, C. (2015). The Pacific Alliance and Its Effect on Latin America: Must a Continental Divide be the Cost of a Pacific Alliance Success?. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*. 37(2), 153-183.
- Fernández, E. (2020). La situación del arbitraje de inversiones en latinoamérica: base jurídica, evolución y situación presente. En C. Esplugues (Ed.) *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 111-136). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Fonseca, R., Rivera, J. y Recinos, S. (2020). Relaciones y perspectivas de la entrada de Costa Rica a la Alianza del Pacífico. *Pensamiento Actual*. 20(34), 174-187.
- Franzoni, M. (2019). La nueva alternancia en México y los impactos en las relaciones con Latinoamérica. *Pensamiento Propio*. 24 (49/50), 275-302.
- Gallegos, J. (2019). La Alianza del Pacífico, aspectos jurídicos organizacionales y de su sistema de solución de controversias. *Estudios Internacionales*. 51(194), 75-94.

- Gómez, J., Mila, A. y López, P. (2019). Análisis comunicacional de los actores políticos frente a la posible adhesión de Ecuador a la Alianza del Pacífico, *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologías de Informação*, 21, 397-405.
- González, F. (2008). Compatibilidad con la integración en la Comunidad Andina de la negociación de Acuerdos de Libre Comercio con los Estados Unidos por parte de algunos de sus miembros: apuntes preliminares. *Agenda Internacional*, 15(16), 183-198.
- Guzmán, G. (2015). Armonización de marcos regulatorios en la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Movilidad de factores productivos. En SELA (Ed.), *Marcos Regulatorios en los mecanismos de integración subregional en América Latina y el Caribe: Armonización y Convergencia* (pp. 15-56). Caracas: SELA.
- Hui, Z. (2014). Regional Cooperation of Latin America and Strategic Choice of Sino-Latin American Cooperation. *China International Studies*, 48, 61-78.
- Ielpi, J. (2014). La Alianza del Pacífico como nuevo actor regional. Evolución y perspectivas. *Densidades*, 15, 87-102.
- Kuwayama, M. (2019). *Pacific Alliance: A Latin American Version of "Open Regionalism" in Practice*. Kobe: Kobe University Research Institute for Economics and Business.
- Larenas, G., Rubio, J. y Flores, G. (2018). *La Alianza del Pacífico: consideraciones político-económicas para Ecuador*. Quito: Banco Central del Ecuador, Documento Técnico de Integración Monetaria y Financiera Regional.
- Leiva, D. (2016). La Alianza del Pacífico en el contexto de integración latinoamericana: efecto soft balancing e implicancias de la incorporación de Costa Rica y Panamá. En M. Quitral y J. Riquelme (comps.) *Integración y democracia en América Latina* (pp. 213-242). Santiago: RIL editores.
- Manfredi, L. y Tamayo, G. (2015). La Alianza del Pacífico y los retos que representan la interdependencia e institucionalización de acciones conjuntas, *Cuadernos sobre Asia y Pacífico*, 1.
- Marchán, J. (2011). El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. *Iuris Dictio*, 12 (14), pp. 203-215.
- Maúrtua, O. (2014). La Alianza del Pacífico: perspectivas de un nuevo bloque de integración orientado al Asia-Pacífico. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, 64(151), pp. 13-24.
- Meacham, C. (2014). *The Pacific Alliance and New Zealand. Latin American Origin, Global Reach*. Washington: Center for Strategic and International Studies.
- Moreno, A., Narváez, D. y Sancho, S. (2016). *El impacto de la creación de la Alianza del Pacífico en las relaciones comerciales de la Comunidad Andina*. Quito: Banco Central del Ecuador, Documento Técnico, 10.
- Novak, F. y Nahmias, S. (2015). *Alianza del Pacífico: Situación, perspectivas y propuestas para su consolidación*. Lima: PUCP – KAS.
- Palotas, L. y Duarte, C. (2014). ¿Cómo hacer la Alianza del Pacífico amigable para la región?, *Revista Lebrer*, 6, 115 -141.
- Parthenay, K. y Dabène, O. (2019). Régionalisme pragmatique en Amérique centrale. *Études internationales*, 50(1), 95-120.
- Pastrana, E. y Castro, R. (2020). *Auge y estancamiento de la Alianza del Pacífico*. Madrid: Análisis Carolina, 7.
- Pastrana, E. y Castro, R. (2017). La Alianza del Pacífico: un Eje Articulador del Interregionalismo pos-TPP. *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Caribe*, 14, 71-94.

- Pennetta, P. (2015) Ancora un'esperienza associativa in America Latina: l'Alleanza del Pacifico. Considerazioni compárate con l'Unione europea. En E. Tremolada (Ed.) *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica* (pp. 307-342). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinto, J. (2014). La Alianza del Pacífico como síntoma de la necesidad de una reformulación del proyecto sudamericano brasileño hacia una Sudamérica hemisférica. En M. Leví (Ed.) *La Unión Europea y América Latina: Relaciones entre bloques regionales e integración regional* (pp. 137-151). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional.
- Ponte, M. (2020). La Unión Europea frente a las emergencias de salud pública mundial. La crisis de la COVID-19. *Araucaria*, 22(45), 337-357.
- Quiliconi, C. y Herrera-Vinelli, L. (2019). El retorno al regionalismo abierto: ¿Alianza del Pacífico como alternativa del menú regional latinoamericano? En J. Altmann (Ed.) *América Latina frente a la reconfiguración global* (pp. 135-152). San José: FLACSO.
- Quiliconi, C. y Rivera, R. (2019). *La elipsis de la política exterior en Ecuador: Del regionalismo autonómico al neoliberal*. Madrid: Análisis Carolina, 23.
- Reina, M., Oviedo, S. y Moreno, J. (2014). *Colombia y Panamá: Una complementariedad económica creciente*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Restivo, S. (2017). *La adhesión como Estado Parte del Estado plurinacional de Bolivia al Mercosur*. La Plata: Instituto de Integración Latinoamericana.
- Riveros, E. y Domínguez, C. (2016). Chile and the Pacific Alliance. En M. Torres y J. Violante (Eds.) *Emerging Markets. The Pacific Alliance Perspectives & Opportunities for Latin America* (pp. 97-112). Salamanca: European Institute of International Studies.
- Rubio, J., Yaselga, E. y Aguirre, I. (2019). *La Alianza del Pacífico: una nueva perspectiva económica y comercial para Ecuador*. Quito: Banco Central del Ecuador, Documento Técnico de Integración Monetaria y Financiera Regional.
- Saldaña, R. y Rodríguez, V. (2018). Libre comercio e integración comercial en la Alianza del Pacífico y la Comunidad Andina. *Quipukamayoc*, 26(52), 79-86.
- Salgado, B. y Shoenmann de Moura, R. (2019). De la Ilusión de las Commodities a la Especialización Regresiva: América del Sur, China y la nueva etapa de la dependencia en el Siglo XXI. *Papel Político*. 24(2), s/n.
- Sánchez, A. (2012). El nuevo mapa político y económico de América Latina: Alianza Pacífico versus UNASUR. *Estudios Geográficos*, 73(273), 703-719.
- Santos, J. (2018). Latin America's Decentred Economic Regionalism: From the FTAA to the Pacific Alliance. *Contexto Internacional*, 40(2), 339-359.
- Soto, W. y Morales, M. (2014). Centroamérica y la Alianza del Pacífico: los tratados de libre comercio con México y Perú. En W. Soto (Ed.) *Política Internacional e Integración Regional Comparada en América Latina* (pp. 233-255). San José: FLACSO/Universidad Nacional de Costa Rica.
- Spillan, J. y Virzi, N. (2017). *Business Opportunities in the Pacific Alliance*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Valencia, G., Casares, M., Aguirre, J. y Vinuesa, J. (2020). Retrospectiva del impacto económico en las negociaciones internacionales del Ecuador y la Alianza del Pacífico, *FIPCAEC*, 5 (16), 408-427.
- Villarreal, M. (2016). *The Pacific Alliance: A Trade Integration Initiative in Latin America*. Washington: United States Congressional Research Service.

Wong, S. y Palma, C. (2018). Market Access Challenges for Costa Rica in the Process of Accession to the Pacific Alliance. En: P. Sauvé, R. Polanco y J. Álvarez (Eds.) *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements Lessons in Comparative Regionalism* (pp. 113-133). Cham: Springer.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA INFRACCIÓN DEL DEBER: UNA ESPECIAL
REFERENCIA AL DELITO DE COHECHOAuthorship and Participation in the Infringement of Duty: a Special
Reference to the Bribery CrimePABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ¹
Investigador independiente, Ecuador**Resumen**

En el presente artículo se estudiará el complejo y discutido tema de la autoría y participación delictiva, que aparentemente ya ha sido solucionado con la aparición de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, a esta teoría se le ha cuestionado su aplicación en ciertos delitos, que, en virtud del principio de legalidad, exigen una calidad especial a su autor. Estos tipos de injusto se denominan “delitos especiales” que tienen una construcción dogmática propia y tienen como base la infracción de un deber especial encomendado a su autor. Por lo que se analizará dogmáticamente al delito de cohecho en este sentido, contrastándolo con los delitos de infracción del deber, y demostrando su presencia y fundamento en la legislación ecuatoriana. Además, se estudiará la imputación objetiva y problemas específicos en temas de autoría y participación en estos delitos.

Palabras clave

Autoría y participación, infracción del deber, delitos especiales, cohecho.

Abstract

In this article, the complex and controversial issue of criminal authorship and participation will be studied, which apparently has already been solved with the appearance of the domain theory. However, this theory has been questioned about its application in certain crimes, which by virtue of the principle of legality, require a special quality from their author. These types of unjust are called “special crimes” that have their own dogmatic construction and are based on the violation of a special duty of their author. Therefore, the crime of bribery will be dogmatically analyzed in this sense, contrasting it with the crimes of the infringement of duty, and its basis in Ecuadorian legislation. In addition, other specific problems presented by these types of crimes will be studied.

Keywords

Criminal Authorship and Participation, Infringement of Duty, Special Crimes, Bribery.

1. Introducción

Han sido pocos los trabajos que realmente se han preocupado por estudiar la relevancia de la teoría de los delitos de infracción del deber en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido

¹Alumni de la escuela de derecho de la Universidad del Azuay. Correo electrónico: pabloleontul77@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>.



a que nunca antes había ocupado una palestra importante en ningún caso de interés nacional. Sin embargo, recientemente en la sentencia del denominado caso “Sobornos 2012-2016 (17721-2019-00029G)”, el Tribunal hizo una especial mención al cohecho como un delito de infracción del deber en su apartado 8.6, cuando se refería a la autoría y participación.

En este apartado el Tribunal resalta concretamente que: “En el caso de delitos de funcionarios y concretamente del cohecho, lo fundamental de acuerdo a esta posición teórica, por la que se decanta este Tribunal de primera instancia, es la infracción del deber de funcionario [...]” (Corte Nacional de Justicia, 2019, p. 380). Pero la asunción hecha por el Tribunal con respecto al cohecho, dogmáticamente, conlleva una serie de consecuencias en la forma de imputación y fundamentación en nuestro derecho, lo cual no ha sido desarrollado, dejando un vacío en la discusión sobre su aplicación y fundamentación en nuestra legislación. Por lo que el objetivo del presente trabajo, será resaltar algunos de los fundamentos teóricos esenciales que sirven de sustento para la infracción del deber en nuestra legislación, teniendo como base al delito del cohecho, que es el delito de corrupción por antonomasia y la figura central de los delitos contra la administración pública.

Para brindar un adecuado tratamiento a este estudio será necesario realizar una revisión de los delitos especiales y su fundamento teórico más importante: la infracción del deber. Claro está que no es un tema nuevo, pues su contenido ya se ha venido desarrollando desde hace más de un siglo, y se reabrió su discusión en la dogmática con “[...] la conocida y célebre obra de Claus Roxin: Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft) de 1963” (Schünemann, 2018, 95).

Por lo tanto, será necesario partir de algunas líneas dogmáticas y aclaraciones con respecto a los delitos especiales en referencia al delito de cohecho, para posteriormente revisar la dogmática de los delitos de infracción del deber, su influencia en la autoría y participación, su imputación objetiva y el problema de la intervención delictiva del *extraneus*, para finalmente arribar a la comprensión de por qué son tan importantes estos delitos en nuestra legislación. Todo esto se realizará con el objetivo de que sirva como una herramienta conceptual para los operadores de justicia.

2. El delito de cohecho ¿Un delito especial propio?

El delito de cohecho es el delito de corrupción más importante dentro de los delitos contra la administración pública. En la mayor parte de legislaciones se ha reconocido esta afirmación a tal punto de que se tipifica la intervención del particular en este delito. Cada ordenamiento jurídico lo ha tratado de acuerdo a su enfoque criminal, reconociendo distintos tipos de cohecho con distintos nombres, dependiendo de la política criminal adoptada en su lucha contra la corrupción, y se han otorgado ciertas variables clasificatorias para la comisión de cada uno de estos tipos de cohecho: propio, impropio, activo, pasivo, genérico, específico, agravado, transnacional, de facilitación, subsiguiente, antecedente, etc.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano actual no aborda ninguna clasificación del delito de cohecho, sino que se limita a describir un tipo de injusto que intenta abarcar todas las conductas o tipos anteriormente mencionados, dejando de lado algunas contenidas en otros tipos penales.

El artículo 280 del COIP que contiene lo referente al delito de cohecho, prescribe lo siguiente:

Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o

por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

La persona que ofrezca, dé o prometa donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a un funcionario público extranjero, a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o en una empresa pública, o cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero o, para que ese funcionario que en relación con el cumplimiento de deberes oficiales actúe o se abstenga de hacerlo, será sancionado con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

También se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Para empezar el tratamiento de los delitos especiales, cabe mencionar que la discusión dogmática ha solucionado ciertos problemas con respecto a la intervención delictiva en algunos tipos penales, arribando a determinar y categorizar los delitos en: comunes y especiales. En los delitos comunes cualquier persona puede ser autor, y en los delitos especiales solo puede ser autor quien tiene las calidades exigidas por la norma, es decir son aquellos “[...] que, en contraposición a los delitos comunes, solo pueden ser cometidos por determinadas clases de sujetos” (Vázquez, 2003, p. 315).

Dentro de los delitos especiales existe otra clasificación dada por la doctrina: propios e impropios. Los delitos especiales propios solo pueden ser cometidos por sujetos calificados (autores) por la misma norma y no tienen conexión o relación con un delito común, “[...] es decir, si este [sujeto activo] no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común” (Rebollo, 2000, p. 135).

Los delitos especiales impropios, en palabras de Muñoz Conde, si tienen relación con un delito común, y según Creus tienen la particularidad de que en caso de que no se realice el delito por quien tiene la calidad exigida por la norma (autor), el delito igual se comete tomando la forma de uno distinto. Para entender mejor este particular cabe proponer un ejemplo:

El artículo 84 del COIP tipifica la desaparición forzada (delito especial) en la que existe privación de libertad de una persona seguida de la falta de información, y este delito solo puede ser cometido por sujetos calificados por el tipo: agentes del Estado, quienes actúen con su consentimiento y grupos armados organizados. En caso de que la privación de libertad de una persona seguida de la falta de información, sea cometida por algún sujeto activo distinto a los exigidos por el tipo desaparición forzada, la conducta recaería en el artículo 163.1, desaparición involuntaria (delito común).

De la lectura del tipo penal, para que se configure el delito de cohecho deben intervenir dos sujetos, un sujeto activo genérico (A) y un sujeto calificado (B); por lo que, se puede deducir con facilidad que desde la perspectiva del sujeto activo calificado (B), el cohecho pertenece a los delitos especiales propios, pues solamente pueden cometerlo quienes siendo autores tengan la calidad exigida por el tipo (funcionarios públicos), y su cometimiento no tiene correspondencia o conexión con ningún delito común. Al respecto cabe señalar lo mencionado por Bustos y Hormazábal, quienes resaltan que en este tipo de delitos el sujeto activo calificado tiene una especial relación con el bien jurídico que la norma intenta proteger, y ese es su fundamento. De tal manera que, si no existiese esa relación funcional requerida el injusto no se configura y la conducta es atípica.

Cabe recordar que al sujeto activo al que se refiere el delito especial propio es el funcionario público o servidor público (autor especial propio), que tiene una especial relación funcional con el bien jurídico protegido.

El problema surge cuando en los delitos especiales intervienen varios sujetos, con calidades distintas (*intraneus* y *extraneus*). Con esto se pone de relieve que en un delito especial, muchas veces el hecho punible lo comete (dominio del hecho) quien no tiene la calidad exigida por la norma, lo que deriva en la posible atipicidad de su conducta y la impunidad de todos los intervinientes. En estos casos, “La autoría del *intraneus* no es evidente, pues este no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que este no tiene la cualificación exigida para la autoría.” (Pariona, 2011, p. 71).

3. Revisión dogmática de los delitos de infracción del deber

La discusión que ronda en torno la autoría y participación en el cometimiento de una infracción, es un debate que ha durado muchos años, y quizá nunca termine con las nuevas formas de criminalidad que se presentan actualmente. Aunque existen varias teorías que fundamentan la autoría, para un breve repaso se puede mencionar las más importantes.

Una de las primeras teorías que intentó explicar este problema fue la teoría subjetiva de la autoría, que postula que:

“[...] será autor quien, realizando una aportación causal, cualquier sea su contribución al hecho, lo haga con voluntad de autor [...] y, será partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquier que sea su entidad, lo hace con voluntad de partícipe” (Sota, 2012, p. 5)

Esta teoría resultaba evidentemente insuficiente en el plano práctico por su inconsistencia objetiva. Siguiendo a Donna, otra de las teorías que surgió posteriormente fue la teoría del dominio del hecho, que según Bacigalupo era una variante de la teoría objetiva que subsanaba

las deficiencias que tenían sus antecesoras. Posteriormente, de la mano de Roxin se pone de relieve la teoría de la infracción del deber para ciertos delitos, que también ha sido desarrollada por Günther Jakobs desde su óptica normativista.

Previo a iniciar con la teoría cabe realizar una aclaración inicial, pues una pregunta que siempre surge con respecto a la infracción del deber es: ¿Se puede aplicar la teoría en cualquier modelo social? Para brindar una respuesta cabe partir de una idea importante planteada por el autor Figueroa, que resalta que esta teoría se aplica desde una perspectiva normativa que se fundamenta en una prevención general positiva con un fin social, consolidada en la pena como comunicación negativa del delito, reafirmando la vigencia de la norma. El mismo autor, cuando estudia a los delitos de infracción del deber, cita a Bacigalupo y da una respuesta a esta pregunta: “[...] la teoría de la prevención general positiva tiene a su favor no adscribirse a un determinado modelo de sociedad, puede aplicarse en cualquier contexto social” (Figueroa, 2009, p. 22).

3.1. Teoría del dominio del hecho vs. la infracción del deber

García Conlledo explica que según la teoría del dominio es autor quien tiene el dominio del hecho y cómplice es aquel interviniente que aporta en cierta forma al ilícito, pero no tiene el dominio del hecho. Según esta teoría cada quien es responsable de la organización de su comportamiento y del fundamento del resultado que produce, derivándose también la coautoría y la autoría mediata. El dominio del hecho particularmente está presente en los delitos comunes dolosos, ayudando a determinar la autoría y participación en los casos en que no se requieran otros criterios alternativos de autoría. Por eso resaltan algunos estudiosos que: “[...] una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos.” (Welzel, 1956, p. 105).

Bacigalupo, refiere que sucede distinto con los delitos especiales, pues en virtud del principio de legalidad solo pueden cometerlos ciertas personas con calidades exigidas por la norma, por ejemplo: si en el cometimiento de algún delito contra la administración pública participan varias personas y todas tienen el dominio funcional del hecho, solamente podrán ser autores quienes tengan la calidad exigida por el tipo penal, es decir los funcionarios o servidores públicos, y el resto alcanzarán solamente al grado de cómplices. ¿Cómo se explica esto?

La explicación correcta dogmáticamente a esta interrogante ronda en torno a la infracción del deber especial encomendado al funcionario.

3.2. La infracción del deber en la dogmática jurídico penal

Roxin desarrolla la idea de que por regla general existen deberes que nos competen a todos los individuos (deberes penales) que son fundamento de todo delito y se extraen de la norma penal. Además de estos, existen deberes especiales que les competen solamente a ciertos individuos, estos deberes especiales son llamados también “extrapenales” porque son “[...] deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas” (Roxin, 2000, p. 387). Por ejemplo, los deberes jurídico-públicos que ostentan los funcionarios o servidores del Estado. En este tipo de delitos, de acuerdo con Roxin el obligado especial resalta su participación de la de los demás por la relación especial que tiene con el tipo del injusto, pues el legislador lo ha considerado típicamente como figura central del delito.

Por esto es que Roxin excluye el dominio del hecho de este tipo de delitos, pues para fundamentar la autoría lo único que interesa es la infracción de este deber que ha sido

otorgado al funcionario especial obligado, “[...] que siempre sería autor, independientemente si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo” (Mir Puig, 2016, p. 386).

En esta línea de pensamiento, también Muñoz Conde se ha pronunciado al mencionar que “En algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene, sin embargo, que ser completado por otros criterios específicos, como la infracción del deber extrapenal, la posición de garante, etc.” (Muñoz, 2010, p. 434). Aunque se considera que en esta forma de delitos no se complementa el dominio del hecho, tal como lo menciona Muñoz Conde, sino que se lo excluye.

Por lo tanto, en una intervención delictiva, será autor necesariamente quien infringe o violenta ese deber especial; y será cómplice, el que interviene de alguna manera, incluso con el dominio del hecho, pero sin tener ese deber especial. El profesor Caro resalta que al ser tan específicos estos deberes especiales, el desarrollo a detalle le compete al legislador.

Cuando Jakobs hace una revisión dogmática de este tipo de delitos los desarrolla mucho más acorde a su postura funcionalista. Para entender el contexto de su postura, se debe partir de la idea de una sociedad regida por normas en la que las personas deben cumplir con deberes, pues según el autor “[...] la persona es la unidad ideal de deberes y derechos” (Jakobs, 2003b, p. 27). En la sociedad se desarrolla el ámbito de organización de los individuos por roles, “[...] refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas.” (Jakobs, 1997b, p. 22).

Una vez comprendido esto, se fundamenta la responsabilidad penal distinguiendo la competencia por organización y la competencia por instituciones específicas. La primera de estas competencias hace referencia a la lesión o al incumplimiento de deberes generales que competen a todas las personas “[...] siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*—” (Caro, 2003, p. 4).

El segundo ámbito de competencia, hace referencia a un deber institucional en el que “el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución [...]” (Jakobs, 1996, p. 55). De tal manera que, la infracción del rol en la competencia por organización equivale a un delito de dominio y la infracción de un deber institucional da lugar a los delitos de infracción del deber. Jakobs (2003a) propone un ejemplo:

[...] cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia”, sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir. [...] Siempre que el autor no actúa en el papel de “cualquiera”, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, es decir, con el contenido de configurar al menos en un determinado campo con otro un mundo común, ocuparse de él, no sólo no empeora su situación, sino también mejorarla, esto es, como funcionario, padre, madre, tutor, administrador de bienes, etc. (p. 43-44).

Una de las instituciones específicas a las que se hace referencia en el párrafo anterior es la institución del Estado, en la que los individuos pueden verse vinculados adquiriendo la calidad de funcionarios o servidores públicos. En este ámbito de competencia los individuos no solo responden por su organización defectuosa, sino por la existencia del bien o de la institución específica de la que forman parte, “En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer” (Jakobs, 1997a, p. 791).

El autor Caro, resalta que la diferencia más notable entre a postura de Roxin y Jakobs, es que para el primero, la infracción del deber fundamenta la autoría en la intervención en el injusto, y para el segundo principalmente fundamenta la imputación penal. Evidentemente, existen puntos de vista diversos y contrarios a los anteriormente expuestos, uno de los más importantes los da Schünemann, afirmando que se pueden encontrar respuestas para el problema de los delitos especiales buscando expresiones presentes en el dominio:

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión. (2004, p. 24).

En definitiva, volviendo a la idea central del estudio y siguiendo el razonamiento de Parma, se puede afirmar que quien actúa en división del trabajo con otro en el dominio del hecho y realiza un delito especial de infracción del deber, no por eso se lo da el tratamiento de coautor, sino que tiene que verificarse la pertenencia a una institución especial que fundamente la imputación típica.

3.3. El delito de cohecho ¿Realmente un delito de infracción del deber?

Una vez establecida la línea teórica, cabe determinar si la infracción del deber se encuentra presente en el delito de cohecho. Además, hay que tener en cuenta que el cohecho ya ha sido catalogado como un delito especial propio, pues solamente pueden cometerlo -en el cohecho pasivo- funcionarios o servidores públicos y quienes actúen en virtud de una potestad estatal.

Para explicar este punto primeramente hay que entender que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento o la eficiencia de la administración pública. Siguiendo esta línea argumentativa, cabe recordar que la teoría de la infracción del deber nos menciona que la actuación de los funcionarios públicos debe estar determinada por deberes que los vinculan a una institución estatal específica. Algunos de estos deberes a nivel general los podemos encontrar establecidos en la normativa ecuatoriana:

El deber de ejercer solamente las funciones que les son atribuidas en la Constitución y en la ley, art. 226 de la Constitución (también CR).
El deber de regirse por ciertos principios, en especial, el de transparencia (Art. 227 CR y art. 1 LOSEP).
El deber de velar por la economía y recursos del Estado (Art. 22 LOSEP).
El deber de dar conocimiento de hechos que puedan causar daño a la administración (Art. 22. LOSEP).
El deber de ejercer sus funciones con lealtad institucional y buena fe (Art. 22 LOSEP).
El deber de no solicitar, aceptar o recibir, dádivas, recompensas, regalos, etc., en razón de sus funciones (Art. 24 LOSEP).

Tabla 1. Elaborada por el autor en base a la normativa ecuatoriana.

La infracción de estos deberes da lugar a los delitos especiales, pero también da lugar a sanciones en el ámbito administrativo. ¿Cómo se diferencia el ámbito administrativo del ámbito penal en estos casos? Simplemente entendiendo que “el Derecho penal interviene en las conductas que se enmarcan en el funcionamiento de la administración pública, en tanto pretende proteger, mediante efectos preventivos, un bien jurídico-penal [...] frente a los ataques más graves en su contra” (Chanjan, 2017, p. 131). En otras palabras, el ámbito penal se reserva

para las conductas más graves, por ejemplo, lo ha hecho mediante la tipificación del cohecho. Pero cabe recordar, que el fundamento teórico radica en estos deberes extrapenales que subyacen al tipo.

En este sentido de forma general, el funcionario tiene el deber de no recibir o aceptar dádivas o beneficios económicos indebidos porque esto perjudica la institución a la que pertenece; y en caso de que infrinja este deber especial, se fundamenta la responsabilidad penal, y se fundamenta también la autoría así el funcionario no haya tenido el dominio del hecho. Pero a más de estos deberes generales en las instituciones estatales, el funcionario tiene deberes específicos extrapenales referentes a sus funciones, que también sirven de base para la imputación objetiva del delito; esto se explicará más adelante.

Entonces, es posible afirmar que el delito de cohecho es un delito especial propio de infracción del deber, pues el funcionario que interviene es responsable por su rol especial y su situación institucional específica frente al bien jurídico protegido.

De esta forma no se podrá calificar de autor a ninguna persona que no tenga la calidad exigida por la norma; en este sentido, el autor Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles resalta que esto no se da “Puesto que la cualidad de funcionario se exige expresamente, calificar como autor a un no-funcionario, incluso a un no-funcionario con dominio del hecho, resultaría una extensión de la punibilidad en desacuerdo con el principio de legalidad” (2003, 276).

4. Imputación objetiva del cohecho como delito de infracción del deber

Cuando se imputa objetivamente, se debe tener en cuenta primeramente la clase de delito que se pretende imputar. Como se mencionó en líneas precedentes, los delitos pueden ser de dominio o de infracción del deber. En ambos casos la imputación guarda ciertas similitudes, pero difiere en su contenido y en sus supuestos, por la misma razón de ser de los delitos de infracción del deber. Dentro de estos últimos, se encuentra el delito de cohecho y se deberá observar sus supuestos.

Cuando se imputa esta clase de delitos, la imputación se clasifica en: la imputación del comportamiento y la imputación del resultado. Antes de ocuparnos de cada uno de estos, cabe reconocer algunas diferencias esenciales con la imputación en los delitos de dominio.

En los delitos de dominio, en la imputación del comportamiento se debe verificar la creación de un riesgo penalmente prohibido, y en la imputación del resultado se debe verificar ese vínculo objetivo entre el comportamiento y el resultado. Sucede distinto con los delitos de infracción del deber, pues:

[...] la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto por una institución social específica, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización de un riesgo prohibido organizativamente creado o no controlado, sino como una forma de configuración de la realidad social que el vinculado institucional debió haber evitado con el cumplimiento de su deber positivo especial. (García, 2019, pp. 487-488).

4.1. Imputación del comportamiento

Como primera consideración, cabe mencionar que la mayor parte de delitos de infracción del deber están tipificados en nuestro ordenamiento como delitos de mera conducta, en los que “[...] *solo se exige la conducta del autor para su realización, sin necesidad de un hecho (suceso) separado de la misma.*” (Modolell, 2016, p. 369). El delito de cohecho encaja en este supuesto, pues es un delito complejo de mera conducta (recibir o aceptar) y de agravación por el resultado (ejecuta el acto o no realiza el acto debido).

Mediante la imputación del comportamiento se imputará la mera conducta del delito, y será necesario verificar, primeramente: ¿Quién está institucionalmente obligado?

En primer término, están obligados institucionalmente en el delito de cohecho, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal. Pero no será necesario solamente verificar la calidad de servidor o que actúe en virtud de una potestad estatal de forma general, sino también que pertenezca a una institución en específico. Por ejemplo: el sujeto (A) recibe un soborno que el sujeto (B) le está ofreciendo para que le otorgue un contrato en su beneficio.

Aquí no se deberá probar solamente que el sujeto (A) es un servidor público, sino su pertenencia específica y formal a la municipalidad de tal cantón en tal provincia, y que cumple tal función dentro de esa institución. Por eso es que el tipo penal cohecho exige que sean: “cuestiones relativas a sus funciones”.

Con respecto a este punto cabe resaltar el planteamiento de Robles:

Los llamados a ocupar posiciones de garantía institucionales (deberes positivos especiales) son, como se ha dicho, los funcionarios. De ahí que la lesión de la institución sea siempre vista como la infracción de un deber positivo y a la inversa: la infracción de los deberes positivos derivados de la asunción de una posición institucional constituyen lesión de la institución. (2013, p. 15).

Por otra parte, deberá verificarse “Que el autor de un delito lo sea no por quebrantar una prohibición sino precisamente por incumplir un deber positivo [...]” (Sánchez-Vera, 2003, p. 278). El autor, mediante el cumplimiento de este tipo de deberes evita precisamente que ocurra un hecho penalmente relevante con relación al bien jurídico.

En el mismo ejemplo anterior: el sujeto (A) recibe un soborno que el sujeto (B) le está ofreciendo para que le otorgue un contrato en su beneficio. Aquí el funcionario incumple el deber positivo de cuidar la institución mediante el ejercicio de sus funciones con lealtad y buena fe, incumple el deber de no recibir dádivas para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, y de forma más específica, el deber impuesto de seguir a cabalidad los procesos de contratación pública. Es decir, pueden concurrir varios deberes en un solo incumplimiento, eso deberá verificarse en cada tipo en específico. Para que sea punible, en el delito de cohecho, la infracción del deber debe realizarse de acuerdo a la forma prevista, cumpliendo los requisitos típicos de la normativa en cuestión, que en este caso, es la ecuatoriana.

Una vez verificado estos dos requisitos, será necesario entender los límites de esta competencia institucional. Es importante dejar en claro “[...] que el grado de institucionalización es variable. Existen instituciones con una mayor preconformación jurídica que otras, de manera que también las exigencias de comportamiento dirigidas a las partes pueden ser muy diversas.” (Robles, 2013, p. 11).

No será competente institucionalmente si el funcionario se ha desvinculado de la institución. Existen procesos formales que deben observarse para terminar su vinculación, por ejemplo, en el caso de un funcionario, la renuncia o el despido lo desvincularían. También existen formas de desvinculación parcial o temporal, por ejemplo, cuando se delega a otra persona algún tipo de trabajo, el tiempo fuera del horario laboral, o las vacaciones. Sin embargo, “[...] estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional.” (García, 2019, p. 491).

4.2. Imputación del resultado

En los delitos de infracción del deber que además se requiere imputar el resultado, se deberá tener en cuenta que, según García, esta imputación no se presenta como generalmente lo hace en los delitos de dominio, es decir, como “[...] como la realización del riesgo prohibido creado por el autor, sino como la producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión.” (García, 2019, p. 492).

En el caso del delito de cohecho, el resultado lesivo que agrava la conducta se produce cuando el funcionario ejecuta el acto para el que recibió el beneficio o no realiza el acto debido. En este caso igualmente deberá verificarse que fue resultado del incumplimiento de deberes que le impone la institución a la que pertenece.

5. Con respecto a la intervención de los sujetos activos en el delito de cohecho

Mucho se ha discutido sobre la tipificación de la intervención del particular en el delito de cohecho. Por una parte, se encuentran las posturas que conciben al delito de cohecho como un delito bilateral de convergencia, en el que se requiere una pareja delictiva, el funcionario y el particular (ambos sujetos activos). Por otra parte, están las posturas que conciben la unilateralidad del delito, en la que separan las conductas delictivas del funcionario (cohecho pasivo) y el particular (cohecho activo). Con respecto a la unilateralidad, algunos autores han señalado que: “No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge con el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autónomamente castigados.” (Muñoz, 2015, p. 840).

Sin entrar en mayores detalles sobre el fundamento dogmático de una u otra postura, a entender del autor, es el direccionamiento adoptado por el legislador en la construcción del tipo penal el que orienta a la bilateralidad o a la unilateralidad del cohecho. Por ejemplo, el Código Penal Español tiene muchos tipos delictivos referentes al cohecho, algunos se refieren solamente a los actos del funcionario (solicitar o recibir), y otros a los actos del particular (ofrecer o entregar). Al ser distintos los tipos, lógicamente sus actos no son bilaterales, sino unilaterales y autónomos.

En la legislación ecuatoriana pasa distinto, pues solo existe un tipo penal referente al cohecho, que incluye los actos del funcionario y del particular a la vez en el mismo tipo; es decir, no tenemos estos actos separados como se lo hace, por ejemplo, en el Código Penal Español. Con esto se hace referencia también, a que en la tipificación en el derecho ecuatoriano los únicos actos que ha de realizar el funcionario son los de “aceptar y recibir”, dejando fuera la posibilidad de que sea el funcionario el que solicite.

Por lo tanto, nuestro COIP sigue la teoría de la bilateralidad del cohecho, mismo que ha sido definido como un delito de convergencia en el que deben intervenir necesariamente dos sujetos activos: el particular y el funcionario público (denominado autor especial propio). Existe convergencia en un delito “[...] si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección” (Rosa, 1961, p. 292).

Para que se configure el delito de cohecho en nuestra legislación, debe intervenir típicamente el sujeto (A) que es el particular que ofrece, da o promete, y el sujeto (B) que es el funcionario público que recibe o acepta. Hasta este punto todo se presenta de una forma relativamente clara, pues se ha explicado que la comisión del delito es bilateral, por una parte, la norma requiere un sujeto activo genérico (A) y por otra, un sujeto activo calificado (B). Sin embargo, el problema surge cuando intervienen más sujetos en la comisión del delito desde la perspectiva del sujeto activo calificado (B), que no tienen la calidad requerida por la norma, ¿Qué sucede con ellos?, ¿En qué calidad se les imputa? ¿Cuál es la penalidad aplicable en estos casos? Cabe realizar una pequeña tabla ejemplificativa para aclarar este punto.

Delito de cohecho	
Lo que la norma requiere	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado.
Intervención problemática de otros sujetos (<i>extraneus</i>)	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) coautor genérico.
	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) cómplice genérico + (D) cómplice genérico.

Tabla 2. Elaborada por el autor.

Con esto no se pretende restringir las formas de aparición delictiva, sino solamente ejemplificar algunas de las formas que se presentan, que generan problemas y que sirven de base para el desarrollo del presente trabajo.

5.1. El problema de la intervención delictiva del *extraneus*

Como punto de partida hay que tener claro que, resumidamente, la discusión dogmática con respecto a la intervención de un *extraneus* en los delitos especiales ronda en torno a dos posturas: (i) la teoría de la unidad del título de imputación, que postula que el partícipe responde por el delito especial al que ha asistido, aún sin tener la calidad exigida por la norma, ni infringir deber institucional alguno; y (ii) la teoría de la ruptura del título de imputación, que sostiene que por el delito especial solo responde quien es autor y tiene la calidad exigida por la norma. García resalta que en esta última teoría el cómplice no puede responder por el delito especial, simplemente porque no tiene relación institucional con el bien jurídico, ni la calidad exigida por la norma y solamente responderá por un delito común, en caso de haberlo.

Un ejemplo tomando en cuenta el delito de cohecho: (B), que es funcionario público (*intraneus*), se pone de acuerdo con (C) (*extraneus*) para que este negocie y reciba por (B), un soborno que (A) le está ofreciendo.

Delito de cohecho	
Lo que la norma requiere	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado que es el funcionario.
Intervención problemática del <i>extraneus</i> en el ejemplo	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) coautor genérico.

Tabla 3. Elaborada por el autor.

En este caso, si se sigue la teoría de la unidad del título de imputación: (B) (*intraneus*) responde en calidad de autor por el delito de cohecho, y (C) (*extraneus*) respondería por el mismo delito, pero en el presente caso también tiene el dominio del hecho, ¿Debería responder como coautor del delito? ¿Aún sin tener la calidad exigida por la norma de ser funcionario público? O ¿Debería quedar impune su conducta? En estos casos de delitos especiales de infracción del deber la solución es distinta a la requerida en los delitos de dominio, pues “No es posible seguir aquí la teoría de la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le puede imputar responsabilidad penal por una competencia institucional que no le alcanza” (García, 2019, p. 800).

Por otra parte, en caso de que se siga la teoría de la ruptura del título de imputación, (C) (*extraneus*) no respondería por el delito de cohecho, pues no tiene la calidad exigida, ni ha infringido deber institucional alguno, sino que respondería por un delito similar, pero común; y en caso de que no exista un delito común vinculado al delito especial, su conducta podría quedar impune. Reátegui, refiere que se le ha cuestionado a la teoría de la ruptura del título de imputación justamente eso, que prevé la posibilidad de dejar impunes ciertos delitos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha seguido el principio de accesoriedad, que ha llevado a que la solución sea optar por la teoría de la unidad del título de imputación. Con claridad, esto se puede determinar atendiendo al párrafo segundo del artículo 233 de la Constitución ecuatoriana (2008):

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Aunque la Constitución es concluyente con su postura, se considera que esta no es del todo correcta dogmáticamente, pues al incluir a quienes no tienen la calidad exigida por el tipo dentro de delitos especiales de infracción del deber, se está desnaturalizando esta figura convirtiéndola, tal vez, en un delito común.

Por eso es necesario traer a discusión la teoría de la infracción del deber, para proponer soluciones concretas con respecto a estos casos de intervención delictiva que son conflictivos en la práctica, y que obviamente exceden los límites de este estudio.

6. Conclusiones

En temas específicos de autoría y participación en el derecho penal actual, se ha puesto de relieve que no siempre la respuesta es la teoría del dominio del hecho, pues siguiendo estrictamente el principio de legalidad se puede notar claramente que existen ciertos delitos especiales que requieren una calidad especial del autor para su cometimiento. Este tipo de delitos no tiene un fundamento cualquiera, sino un especial deber otorgado al autor que lo ha vinculado de manera importante y directa con el bien jurídico protegido. De tal manera que, la infracción de este deber fundamenta la imputación y la autoría en este tipo de delitos, denominándose delitos de infracción del deber.

Estos delitos han estado presentes por mucho tiempo en la legislación ecuatoriana, sin un tratamiento dogmático adecuado. Recientemente, en uno de los casos más emblemáticos del país, se ha puesto de relieve la importancia dogmática que realmente tienen.

Por su parte, el delito de cohecho es un delito en el que interviene una pareja delictiva, y ha sido catalogado como un delito de corrupción por antonomasia. Ha estado presente en casi toda la historia legal de la humanidad, sus particulares características han obligado al legislador a otorgarle una tipificación especial, incluyendo específicamente al particular que interviene en el ilícito. En el presente trabajo, se ha abordado este delito y se lo ha contrastado con la dogmática penal para determinar y aclarar su pertenencia a los delitos especiales de infracción del deber, justamente porque tienen deberes específicos que los vinculan con la administración pública estatal, y tienen la obligación de organizar su conducta, de tal manera que no solo no perjudique a la institución (ejecute el acto), sino que la mejore y la proteja

(no realizar el acto debido). También, se ha planteado uno de los problemas más importantes que ha tomado cabida en la discusión dogmática, que abre pautas para su discusión y análisis en nuestra legislación con respecto a la intervención problemática del *extraneus* en los delitos especiales de infracción del deber.

A pesar de que este estudio ha sido fructífero, existen temas de importancia que merecen ser abordados y que no se les ha dado un tratamiento dogmático adecuado en nuestra legislación: la autoría mediata, la tentativa, la coautoría y el dolo como conocimiento y voluntad en los delitos especiales de infracción del deber.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional. *Ley Orgánica del Servicio público*. Registro Oficial del Ecuador N. 16 del 12 de mayo de 2005.
- Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador N. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional. *Código Organico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180 de 14 de febrero de 2014.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis SA, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta.
- Caro, J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho penal*, 1.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Chanjan, R. (2017). El Correcto Funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de Inculpación de los Delitos vinculados a La Corrupción Pública. *Derecho Penal y Criminología*, 38, 121. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>
- Corte Nacional de Justicia (2019). Sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito. Sentencia de primera instancia. Proceso 17721-2019-00029G.
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, 10.
- Donna, E. (2005). *La autoría y la participación criminal*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Figuroa Ortega, Y. (2009). Delitos de infracción de deber. Dykinson.
- García C., P. (2019). *Derecho Penal*. Lima: Ideas solución editorial.
- García C., P. (2009). La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales.
- Jakobs, G. (2003a). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. Montealegre, E. (coord.), *El funcionalismo en el derecho penal (39-57)*. Universidad Externando de Colombia.
- Jakobs, G. (2003b). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, trad. Cancio Meliá, Manuel, Feijoo Sánchez, Bernardo, España: Civitas.
- Jakobs, G. (1997a). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. M. Pons.
- Jakobs, G. (1997b). La imputación objetiva en el derecho penal. (trad. M. Cancio Meliá). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49(3), 835-874.

- Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal, parte general, 10ª edición, Ed. *Reppertor, Barcelona*.
- Modolell G., J. L. (2016). El tipo objetivo en los delitos de mera actividad. *Política criminal*, 11(22), 368-390.
- Muñoz C., F., & García Arán, M. (2010). Derecho penal: parte general, octava edición. Editorial Tirant lo Blanch.
- Muñoz C., F. (2015). Derecho Penal Parte especial. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pariona, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. *Gaceta Penal* N° 19, 69-83.
- Parma, C. (2016). Teoría del delito, límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas, tentativa. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago.
- Rosa, A. C. (1961). Cohecho y soborno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 14(2), 281-309. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777250.pdf>
- Roxin, C. (2000). Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Marcial Pons.
- Robles, R. (2013). Deberes Negativos Y Positivos En Derecho Penal. InDret, [en línea], 1, Núm. 4, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184>
- Reátegui Sánchez, James. (2014). Autoría y participación en el delito. *Gaceta Jurídica*, Lima.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2003). Delitos de infracción de deber. Montealegre, E. (co-ord.), *El funcionalismo en el derecho penal (271-289)*. Universidad Externando de Colombia.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal Y Criminología*, 25(75), 13-26.
- Sota, P. (2012). Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho. *Derecho y Cambio Social*, 9(27).
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general. Instituto Nacional de la Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela.
- Rebollo, R. (2000). Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales: particular referencia al delito de tortura. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 53(1), 133-168.
- Welzel, H. (1956). Derecho penal: parte general, traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

SOCIEDADES MERCANTILES EN BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO: EL CAPITAL LABORAL Y EL SALARIO DIGNO

Commercial Companies in Collective Benefit: Labor Capital and the Living Wage

JOSÉ ANTONIO BURNEO CARRERA¹
Investigador independiente, Ecuador

Resumen

La institución jurídica del salario digno es conceptualizada dentro de la normativa ecuatoriana como una medida rígida que va acorde a la canasta básica familiar. Su objetivo es la garantía de los derechos laborales más fundamentales, como lo es la remuneración. Ahora, su establecimiento como medida impuesta en calidad de mínimo, puede ser utilizados por determinadas empresas que buscan crear mejores culturas organizacionales con respecto a sus trabajadores, por lo cual nada obsta que se auto impongan obligaciones de cumplimiento que mejoran las condiciones de trabajo de sus empleados; es en ese punto donde las sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo podrían tener un papel importante.

Palabras clave

Sociedades mercantiles, responsabilidad social, remuneración razonable, salario digno.

Abstract

The legal institution of the living wage is conceptualized within Ecuadorian regulations as a rigid measure that is in accordance with the basic family basket. Its objective is the guarantee of the most fundamental labor rights, such as remuneration. Now, its establishment as a measure imposed as a minimum, can be used by certain companies that seek to create better organizational cultures with respect to their workers, so nothing prevents them from imposing compliance obligations that improve the working conditions of their employees; it is at that point where commercial companies in Collective Benefit and Interest could have an important role.

Keywords

Commercial Companies, Social Responsibility, Reasonable Remuneration, Living Wage.

1. Introducción

Dentro de la presente investigación, serán revisados aspectos relacionados con las sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo que, al criterio de este autor, podrían considerarse como herramientas para la creación de una fuerte cultura empresarial que proteja los derechos de las personas trabajadoras y que sean correlativas con los principios garantistas, en materia laboral, que entrega la Constitución de la República del Ecuador.

¹ Abogado por Universidad de las Américas (UDLA). Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Máster en Derecho. Orientación en Derecho empresarial por la Universidad de Palermo, Buenos Aires-Argentina. Correo electrónico: jaburnecocarrera@gmail.com.



Para defender esta idea, he propuesto una estructura dividida en tres apartados claramente diferenciados. En el primer apartado, serán explicados los conceptos relacionados a las sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo, específicamente con relación a su estructura legal, ahondando en su naturaleza jurídica, con el objetivo de vislumbrar si se trata de una categoría societaria distinta.

En esa misma línea, serán verificadas las herramientas normativas a través de las cuales se da vida jurídica a la figura de las sociedades en Beneficio e Interés Colectivo, misma que de forma tajante es estructurada como una obligación facultativa de las compañías que así lo decidan. Además, a partir de este análisis normativo, serán expuestos los sectores de impacto, a raíz de lo cual es posible explicar el deber ser de estas sociedades, que sirven de norte para la combinación del objeto social lucrativo de una compañía con aquel objeto autoimpuesto que tiene intereses de creación de un impacto positivo a nivel social y de la comunidad donde esta se desempeña, con un énfasis direccionado al impacto del capital laboral, como objeto primordial de este escrito. Con esta verificación, podrán ser explorados los conceptos que componen la figura jurídica de responsabilidad social de la empresa, como elemento clave para entender el trasfondo real de la existencia de las sociedades en Beneficio e Interés Colectivo.

Como segundo punto de análisis, serán presentados los principios que rodean el concepto jurídico de la remuneración. Partiendo desde su fundamentación constitucional como base de la contraprestación económica derivada del trabajo, hasta la fórmula por excelencia del abastecimiento humano para la satisfacción de las necesidades de las personas trabajadoras y sus familias. Con base en lo antedicho, además, será referido el concepto legal del salario digno, debido a que es conceptualizado por normativa especializada, como lo es el Código Orgánico de la Producción, pero a través de una formulación altamente técnica que tiene como finalidad la eliminación de ambigüedad con respecto a su cuantificación. Para entender esta cuantificación, será necesario emparentarla con la figura de la Canasta Básica Familiar, que más que ser explicada formalmente, debido a que excede al tema de esta investigación, será presentada una crítica válida sobre la correlación de esta con la institución jurídica del salario digno.

Así pues, como tercer punto de análisis, será interpretada una correspondencia lógica entre el salario digno, el salario mínimo y la figura atípica de la remuneración razonable; utilizada específicamente por la normativa creadora de la formulación de sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo. Con esta interpretación, entregaré una exposición razonable sobre la posible utilidad de las mencionadas sociedades, para con el alza sostenida de la remuneración, concatenándola con el salario digno; como herramientas plausibles de la mejora de las condiciones de las personas trabajadoras, particularmente en tanto de su remuneración, en razón una posición garantista de derechos laborales.

2. Sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo

2.1. Definición y concepto

Las sociedades mercantiles en Beneficio e Interés Colectivo (en adelante Sociedades B.I.C.) no son categorías societarias propiamente dichas. Porque en realidad es una calidad legal que una compañía decide asumir de forma voluntaria mediante la reforma de sus estatutos. Muy aparte de eso, las sociedades B.I.C. son sociedades mercantiles que tienen una composición híbrida, en lo que respecta a su objeto social; es decir, por un lado, buscan cumplir con la finalidad del lucro que le sirvió como móvil para su constitución por parte de sus suscriptores y, por otro, buscan además cumplir con objetivos de impacto y ayuda social, colectiva o me-

dioambiental, según el sector de impacto que decidan proteger y auto imponerse como obligación (Mujica, 2016, p.20). Esta simbiosis nace como un efecto subyacente de la compañía para con la comunidad en la cual se desempeña, como forma de retribuirle a la misma. Con lo cual, intentan aportar al desarrollo sostenible generalizado.

Si bien la cualidad de sociedad B.I.C. parte en esencia de una sociedad comercial, ésta, en ninguna circunstancia se ve desnaturalizada jurídicamente (Otálora, 2016). De modo que el concepto brindado por el artículo primero de la Ley de Compañías, en concordancia con el artículo 1969 del Código Civil, en el cual existe un fundamento puramente lucrativo, no se ve afectado porque los socios o accionistas de una compañía quieran autoimponerse un objeto social diversificado con objetivos o actividades netamente no comerciales. Imponiéndose a sí mismos un mayor número de obligaciones con igual jerarquía que las obligaciones primordiales; o sea, las lucrativas. Entonces, si una compañía no cumple con el objeto social con beneficio colectivo que ha decidido asumir, podría inclusive llevar a una causal de disolución si así lo dispusiese sus estatutos, ya que este último es un posible efecto subyacente de la asunción de la calidad de sociedad B.I.C.; a pesar de que el instructivo no lo mencione de manera directa.

En la misma línea, es prudente aclarar que la calidad de sociedad B.I.C. deberá ser, obligatoriamente, auto impuesta; en otras palabras, tiene carácter dispositivo, subordinado ineludiblemente a la voluntad de los tenedores del capital social, bien sean socios o accionistas (Mujica, 2016, p.28). De esta manera lo demarca el propio instructivo sobre sociedades Mercantiles de Beneficio e Interés Colectivo, emitido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante S.C.V.S.), del año 2019, que en su artículo 1 menciona:

Cualquier sociedad nacional sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de manera voluntaria, podrá adoptar la calidad de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo, sin que esto implique cambio de especie de la sociedad o creación de un nuevo tipo societario.

Dicho instructivo, fue emitido por el órgano societario de control y vigilancia con miras a entregar un nivel de armonía en la actividad societaria, modulando el fin de lucro que su propia naturaleza jurídica emana con una coparticipación con la comunidad particular que la compañía decida. Esta intención es evidente, si es analizado el considerando octavo del propio instructivo:

Que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en ejercicio de sus atribuciones de control societario, debe proveer las herramientas normativas necesarias para promover, por un lado, el fin de lucro propio de las sociedades mercantiles y, por otro, el desarrollo sustentable e inclusivo que una Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo debería observar, cumpliendo estándares sociales y ambientales.

De dicho considerando, es necesario destacar que la propia S.C.V.S. comprende el incalculable valor de la necesidad de un plan de desarrollo sustentable e inclusivo; que a su vez sea cooperativo y cuya conciencia social debe ser asumida también por las compañías; impulsando de esta manera, también el concepto de ciudadanía corporativa (Otálora, 2016, p. 305).

Aunque la calidad de sociedad B.I.C. no deriva de una normativa de orden público, es decir de obligatorio cumplimiento, ésta sí implica un acto jurídico a nivel societario tanto en cuanto así lo determine la voluntad de los tenedores del capital social. En el sentido de que la reforma de los estatutos sociales de la compañía será imprescindible en dos aspectos: el

primero, siendo relativamente obvio, el objeto social de la compañía se reformará conforme las obligaciones que los socios o accionistas hayan decidido para su compañía, con base en el área de impacto elegida; a saber: gobernanza (relativa al gobierno corporativo), impacto a la comunidad, impacto con los clientes (mejoramiento de productos y servicios con consumidores), impacto ambiental y, finalmente, el impacto de capital laboral, el cual sirve de objeto de estudio para la presente investigación. Estas áreas de impacto son mencionadas en el artículo 5 del instructivo de sociedades B.I.C., pero no de forma taxativa; sino meramente ejemplificativa con la intención de ser una guía y direccionamiento, sin limitar que las compañías busquen otras áreas de impacto de su mayor interés.

En interés de este ensayo se encuentra el impacto sobre el capital laboral, el cual desde un inicio ya posee una altísima gama de normativa de orden público que se encarga de regularla a través de mínimos (Orsini, 2010, p.502). Ahora, hay que tener presente que este no es el único aspecto de impacto, pero sí el que guarda una relación superior en lo que respecta a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras; de manera que les sean otorgadas medidas mayores de protección y una fortaleza representativa en la defensa de sus derechos laborales. Sobre lo antedicho, será realizada una perspectiva profundizada del impacto en el capital laboral de las sociedades B.I.C. más adelante.

2.2. Responsabilidad social de la empresa

“Las sociedades B.I.C. están ineludiblemente entrelazadas con el concepto de responsabilidad social de la empresa” (Sánchez, 2015, p. 131). Porque el interés social de una compañía, si bien parte de una coalición de intereses entre sus socios, va más allá del cumplimiento manifiesto de la generación de lucro. Debido a que, siguiendo la idea de Sánchez:

La compañía en sí misma representa un instrumento de afectación, en mayor o menor medida, a la sociedad en general en la cual se desempeña; en el sentido de que su responsabilidad es correlativa a la localidad donde se ven plasmadas sus operaciones (2015, p. 132).

En este sentido, teniendo en cuenta a la compañía como sujeto con vida jurídica independiente, la compañía catalogada como B.I.C., asume obligaciones tendientes al progreso sostenido y conjunto de su comunidad (Mujica, 2016). A todo esto es lo que en la actualidad es catalogado como ciudadanía corporativa. En conclusión, el concepto de responsabilidad social es un elemento imperioso de la institución jurídica de la sociedad B.I.C. (Morgestein, 2011, p.14).

Los criterios que matizan a la responsabilidad social de la empresa, como estadio anterior a la categorización de una sociedad B.I.C., están dirigidos a que las empresas, en general, adecúen su comportamiento comercial para que tengan como norte no únicamente la persecución de fines económicos sino un desempeño con la colectividad, direccionando e impulsando su desarrollo integral (Espinoza, 2014, p.5). Su carácter de disponible que implica la calidad de sociedad B.I.C. es en sí mismo una expresión de compromiso, pero eso no quiere decir que la S.C.V.S. no mantenga su función de vigilancia y control, conforme el artículo 420 de la Ley de Compañías.

A nivel interno, nuestra Constitución entrega a toda persona, incluyéndose las jurídicas, la facultad de ejercer libremente actividades económicas; así lo dispone el artículo 66 en su numeral 15. Sin perjuicio de ello, esta libertad no es ilimitada; en el sentido de que deberá ser ejercida bajo los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. En esa fundamentación es evidenciable la base de la regulación emitida por la S.C.V.S. a través

de su instructivo de las sociedades B.I.C. Sin embargo, es incorrecto interpretar esas limitaciones de forma extensiva, porque su ejecución debe ser coherente con la realidad económica de la comunidad, por lo que es un acierto que la condición de sociedad B.I.C. esté sujeta a una figura de voluntariedad, porque su carácter facultativo entregaría un incentivo positivo de cumplimiento; lo que a su vez lo convierte en un mecanismo garantista de protección de derechos en las áreas de impacto en la que se desarrolle la sociedad B.I.C., que para interés de este estudio es el impacto en el capital laboral a través de la figura del salario digno.

2.3. Área de impacto en el capital laboral

Conforme al instructivo de las sociedades B.I.C., el área de impacto del capital laboral se encuentra regulado en su artículo 6, a través del cual la misión a cumplir es que los administradores de las sociedades B.I.C. puedan tomar en cuenta los intereses de sus trabajadores. En primer plano, el instructivo utiliza un matiz muy general únicamente englobándolo como intereses de sus trabajadores, de manera que pueda dar una amplitud razonable del manejo de las compañías por parte de sus puestos administrativos.

Ahora, esta generalidad de los intereses de los trabajadores, ineludiblemente, debe contener enunciados garantistas; en lo que respecta a la remuneración. En ese sentido, el primer numeral del mencionado artículo 6 pone en consideración el aspecto de las remuneraciones razonables, que a entender de este autor podría considerarse una alusión a la figura del salario digno como carácter de medida mínima de materialización. La remuneración, conforme al artículo 8 del Código del Trabajo, es la retribución económica que obtiene la persona trabajadora por la prestación de sus servicios lícitos y personales. De modo que es el impulso primordial para que este entregue su tiempo y esfuerzo; por lo que es coherente pensar que debe recibir una remuneración acorde a su sacrificio y que sea suficiente para cubrir, al menos, sus necesidades básicas propias y de los de su familia. Entonces, tras este análisis se concluye que la remuneración es la esencia de la contraprestación laboral y base de la figura de salario digno.

A raíz de esto son destacables los compromisos en esta área de impacto, derivado de la voluntad de los tenedores del capital en obtener la calidad de sociedad B.I.C., ahora estudiada. Continuando con el primer numeral del artículo en cuestión, el compromiso de la sociedad B.I.C. por establecer remuneraciones razonables deberá basarse en diferentes variables, considerando de forma primordial la normativa de orden público sobre el salario mínimo y, también, el salario digno, mismo que será estudiado en próximos renglones. Además, deberá analizar elementos tales como: preparación académica, aptitud, desempeño, giro del negocio y cargo que ostenta. A través del análisis de estas variables, las remuneraciones podrán ser coherentes con la realidad del mercado laboral en su generalidad; además de permitir que la persona trabajadora obtenga una retribución económica justa, digna, suficiente y valedera por su trabajo, que supere los mínimos legales impuestos y que le permita no solo satisfacer necesidades básicas y primarias, como lo determina la conceptualización normativa del salario digno, sino que pueda impulsar esa cobertura de necesidad para elevar su calidad de vida (Vega y Martínez, 2002).

Pasando al segundo numeral del artículo 6 del instructivo de sociedades B.I.C., las compañías que ostenten esta calidad, se comprometen además a entregar subsidios a sus trabajadores para que tengan perfeccionamiento profesional o académico, que sirva como medio de capacitación constante. Con ello, la sociedad B.I.C. impulsa un mejoramiento generalizado de su capital humano, porque sus trabajadores serán cada vez más especializados en sus labores, lo que a su vez repercutirá en la prestación de sus servicios lícitos y personales. Este

punto es esencial para destacar la labor de las sociedades B.I.C. porque el Código de Trabajo, normativa especializada del trabajo, no contiene dentro de sus renglones ninguna especificación sobre la capacitación de los trabajadores, que vaya en línea para el mejoramiento del capital humano como tal; es decir, la normativa legal es insuficiente, por lo que la S.C.V.S. crea un mecanismo de mejoramiento del mercado laboral regulando la capacitación de capital laboral a través de instructivos, que si bien no son de obligatorio cumplimiento para quienes no han decidido formar parte del grupo de sociedades B.I.C., muestran un precedente que puede servir como punto inicial del camino a seguir para la garantía, impulso y mejoramiento de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

La lista que entrega el instructivo sobre sociedades B.I.C. no es taxativa. De modo que las compañías que eligen tomar esa calidad, pueden entregar una medida superior de beneficios en pro de su capital laboral, siempre que este pueda ser verificable y que además represente un real desarrollo y adelanto a nivel de derechos laborales. Como por ejemplo el compromiso de permitir una mayor flexibilidad en la jornada de trabajo. Con ello, el órgano contralor busca que sean implementadas modalidades de prestación de los servicios que beneficien no solo el desempeño de la empresa, sino que también sean cómodos y productivos para los trabajadores.

El capital humano en sí mismo se está tornando básico, lo que produce más trabajadores cercanos al salario mínimo (que no es en realidad un índice de satisfacción de necesidades correcto) que el de un salario digno y peor de una remuneración razonable, porque este último, a más de contener a los anteriores, depende de variables ya mencionadas que las empresas deben tener en consideración. Por ello, ser una sociedad B.I.C. puede ser una herramienta para el impulso del capital humano a través de capacitación y mejoramiento de dichas variables; además, verificar las brechas salariales que oxidan los presupuestos laborales de las empresas. Con todo esto, en conjunción con el cumplimiento de la normativa de orden público laboral y además con normativa empresarial tendiente a la sostenibilidad y mejoramiento del empleo, podremos concluir que se está en camino de la garantía de los derechos de las personas trabajadoras.

3. Derechos laborales sobre la remuneración

El desarrollo de una sociedad, en el campo humano y económico, necesita ineludiblemente de la existencia del trabajo. Primero, porque el trabajo es la representación del uso productivo del conocimiento y aptitud humana. Segundo, debido a que, más allá de su figura legal como derecho, debe considerarse también como una obligación del propio individuo; esencialmente por no entorpecer el progreso de su comunidad y, peor aún, ser una carga para ella. Finalmente, debe aclararse que el trabajo es el medio para la consecución de un desarrollo íntegro de la personalidad del individuo; como fin de la economía y sujeto de protección por el Estado. Por todo ello, es correcto considerar al trabajo, en su forma más amplia y general, como herramienta primordial e inexorable del desarrollo social, más allá de ser también un medio de impulso para la realización personal.

La garantía del respeto, protección y cautela del derecho al trabajo de los individuos, deviene en sí mismo del Estado Constitucional de Derechos; el cual es la expresión del constitucionalismo garantista (Paoli Bolio, 2016, p.28). La implicación de la existencia de una constitución que module, ordene y disponga el funcionamiento del Estado es que, en teoría, sirva como limitación al poder público. Esta Carta Magna, tendrá tres marcados enfoques de aplicación vistos de diferentes aristas, pero correlativos entre sí. El primero, un enfoque material direccionado a la protección efectiva de los derechos garantizados en la Constitución, que

en nuestro caso particular según la Constitución de la República del Ecuador (en adelante C.R.E.), serán de directa aplicación conforme lo aclara su artículo 11 numeral 3; a saber:

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 [...].

Esta cualidad de directa aplicación, inevitablemente, aplica también para los derechos de las personas trabajadoras (Reyes, 2009).

La materialización de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras se dio a partir de la constitucionalización de los así llamados derechos sociales. A través de la categorización de aquellos derechos basados en la libertad y no discriminación en el campo laboral, sin distanciarlos de su carácter de fundamentales; lo cual, si así fuese, sería un grave error porque caería en una aberración jurídica. De tal modo, los Derechos Humanos de orden social relativos al trabajo son, como se dijo, “mínimos básicos derivados de la dignidad humana e igualdad ante la ley” (Vega y Martínez, 2002, p.p. 5).

Considero que el trabajo es el bien jurídico protegido por excelencia del impulso y mejoramiento de la sociedad. En línea con Vega y Martínez, el desarrollo a nivel de derechos fundamentales no puede ser esquivo con esta categoría porque una nación que no se preocupe por la protección y fomento del trabajo, está condenada a su inminente debacle (2002). Ahora, a nivel latinoamericano, la consideración del trabajo como derecho fundamental es prácticamente homogénea; especialmente con respecto a su rango constitucional. Es así como encontramos que el trabajo es un derecho y un deber social, tal cual como lo considera nuestra Constitución, en su artículo 33 que a letra reza:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado [...].

Los principios constitucionales del Derecho del trabajo los encontramos en el artículo 316 de la C.R.E., los cuales, principalmente son: la garantía del pleno empleo y la prohibición de la subcontratación, la especificación que los derechos de las personas trabajadoras son irrenunciables, el *principio indubio pro operario*, la libertad de trabajo, de manera correlativa con el derecho de libre empresa del artículo 66 del mismo cuerpo legal, y el principio de salario digno, representado además por la garantía de a igual trabajo igual remuneración.

Para nuestro interés, habrá de resaltarse la figura del salario digno por implicar una ambigüedad de alta complejidad; más aún si son consideradas las disyuntivas por excelencia que enfrentan las relaciones de trabajo: una persona trabajadora buscará un mayor salario por la prestación de sus servicios; mientras que el empleador, consecuentemente con su figura de dirección, buscará abaratar los costos operativos de la empresa. Al enfrentar esta disyuntiva, el Derecho debe buscar medios que sirvan de vía para la consecución de un real salario digno, congruente con aspecto de escolaridad, experiencia, desempeño, funciones, operatividad y giro del negocio, sin olvidar que el mínimo legal inexcusable es el entregado por la normativa especializada que define al salario digno. No está por demás aclarar que es un error comparar el salario digno con la figura jurídica del salario mínimo, el cual responde a una idea política de precios mínimos en el mercado laboral más que en un verdadero direccionamiento e impulso del desarrollo de la persona trabajadora.

3.1 El salario digno

La figura jurídica del salario digno ha obtenido la calidad de constitucional desde la Asamblea Constituyente de octubre 2008. Debido a que en la Constitución Política del Ecuador publicada en el año 1998 no era mencionada la figura como tal del salario digno. Ya que utilizaba únicamente la institución del salario para determinar los objetivos dentro del sistema social de mercado, sistema económico vigente en aquella fecha dentro del Ecuador, que en su objetivo del numeral 10 del artículo 244 mencionaba: “Incentivar el pleno empleo y los salarios reales [...]”. Al realizar un parangón con la CRE vigente, el impulso del pleno empleo sigue siendo un objetivo primordial de la política económica, como es evidenciable en el artículo 284 numeral 6 de este último. No obstante, dentro de la CRE no es invocado la institución del salario real, porque este cuerpo constitucional utiliza la figura del salario digno, con el objeto de resaltar el garantismo, al menos en el campo laboral, que denota su esencia.

En esa misma línea, la CRE indica que un salario digno será un elemento de la remuneración justa que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora; así como de su familia. Esta disposición, entregada en el artículo 328 de la normativa en cuestión, se concatena a su vez con los conceptos entregados por la normativa de menor jerarquía, como lo es el artículo 8 del Código Orgánico de la Producción (en adelante COPCI), en el cual es conceptualizado el salario digno mensual como: “es el que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar [...]”.

De este concepto es prudente tomarse un reparo en el análisis de su redacción. Como primer punto, el artículo en cuestión deja en claro que el objeto del salario digno es la satisfacción de las necesidades básicas de las personas trabajadoras y sus familias. Para tener luces de lo que puede tomarse como una necesidad básica, cabe invocar lo postulado por Max-neef, Elizalde y Hopenhay; quienes defienden la idea del desarrollo de la sociedad a raíz de entregar medios a los ciudadanos para satisfacer sus necesidades básicas, que ellos describen como las humanas, seguridad, empleo y desenvolvimiento para con su sociedad (1986).

Avanzando con el concepto entregado por el artículo 8 del COPCI, este aclara que el salario digno será correspondiente con la canasta básica familiar. Si bien no especifica un nivel puro de equivalencia con esta, aquella amplitud de correspondencia entrega una estructura medible, tras lo cual será fijado un monto específico como salario digno; o sea un número exacto que lo represente, eliminando una posible ambigüedad sobre su cuantificación. Sin dejar de lado que es bastante discutible la forma del cálculo de la canasta básica familiar por el ente estatal correspondiente.

En palabras del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante INEC), la canasta familiar básica es un conjunto de bienes y servicios que son imprescindibles para satisfacer las necesidades básicas del hogar tipo, compuesto por cuatro miembros, con uno punto seis perceptores de ingresos, que ganan la remuneración básica unificada (en adelante RMU). Es evidente en esta definición que tampoco es entregado una profundización exacta sobre lo que debería catalogarse como necesidades básicas, lo que abre un abanico de opciones de una forma bastante generalizada; postura que comparto ampliamente; debido a que limitarla a unas determinadas necesidades podría ser un detonante de insatisfacción, porque las familias tienen tantas necesidades como colores existen en el arcoíris, por lo que la variedad de dichas necesidades obliga a que el INEC apele a su generalización.

En un marco legalista, la composición del salario digno está determinado a través de la enumeración de rubros correspondientes a la remuneración descritos en el artículo 9 del COPCI; a saber:

Artículo 9: determinar si un trabajador recibe el salario digno mensual, se sumarán los siguientes componentes:

- a. El sueldo o salario mensual;
- b. La decimotercera remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo establecido en el Art. 111 del Código del Trabajo;
- c. La decimocuarta remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo señalado en el Art. 113 del Código del Trabajo;
- d. Las comisiones variables que pague el empleador a los trabajadores que obedezcan a prácticas mercantiles legítimas y usuales;
- e. El monto de la Participación del trabajador en utilidades de la empresa de conformidad con la Ley, divididas para doce;
- f. Los beneficios adicionales percibidos en dinero por el trabajador por contratos colectivos, que no constituyan obligaciones legales, y las contribuciones voluntarias periódicas hechas en dinero por el empleador a sus trabajadores; y,
- g. Los fondos de reserva;

De más está decir que la mensualización del décimo tercero y cuarto sueldo, además de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, es únicamente por fines de cálculo.

La idea de esta figuración del salario digno es crear una media numérica que permita determinar de forma exacta si un trabajador está, o no, percibiendo aquello catalogado como salario digno, es decir un valor que le permita a esa persona y su familia tener acceso a la canasta básica familiar. En el acuerdo ministerial Nro. MDT-2021-087, emitido por el Ministerio de Trabajo, de fecha 18 de marzo de 2021, fue determinado el salario digno para el año 2020, siendo este de USD 447,41. Número obtenido con base a la canasta familiar básica emitida para el año 2021 por el INEC, la cual asciende a USD 715,24, dividida entre los 1.6 perceptores de ingresos en el hogar tipo de la sociedad ecuatoriana, a través del oficio Nro. INEC-SUGEN-2021-0020-O, de 03 de febrero de 2021 dirigido al Ministerio del Trabajo.

Un punto que resaltar sobre el tratamiento legal del salario digno y el valor dispuesto por la autoridad del trabajo es la discrepancia existente con la figura de la Remuneración Básica Unificada; que representa a la institución del salario mínimo, término económico, dentro de la normativa ecuatoriana. La RMU para el año 2021 fue fijada a través del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-249 de fecha 8 de diciembre de 2020, estableciendo el valor de USD 400,00 al igual que sucedió para el año 2020. Este estancamiento es justificable porque en el año 2020, el Ecuador sufrió un fenómeno deflacionario del 1,5%, (El Universo, 2021) lo cual no motiva a un alza del salario mínimo; no así el salario digno, que sí tuvo un alza sostenida no solo del 2020 al 2021, sino desde años pasados, sin embargo, este fenómeno excede los alcances de la presente investigación.

Conforme el artículo 81 del Código de Trabajo, el salario básico (símil normativo de la RMU), será revisado anualmente y tendrá un carácter progresivo hasta alcanzar el salario digno. Así también lo indica el sexto considerando del acuerdo ministerial MDT-2021-087, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución de la República y en el mencionado Código. Bajo ese postulado, es aplicable un razonamiento restrictivo con respecto a cómo el salario digno contiene, aún de forma abstracta, al salario mínimo o RMU; porque ambos funcionan como medios no disponibles de cálculo de mínimos remunerativos.

Ahora, la cuestión a solventar es la razón de ser de la institución jurídica del salario digno, que claramente está direccionado a la consecución del pleno empleo en los términos del artículo 326 numeral 1 de la CRE. Para ello, la normativa laboral espe-

cializada ha elaborado, ya utilizada en otras legislaciones, la efígie de la compensación al salario digno. Que implica el pago de una retribución compensatoria por parte del empleador a aquellos trabajadores que, tras el cálculo descrito en líneas pasadas tomado del artículo 9 del COPCI, no hayan recibido como remuneración mensual lo ordenado por el Ministerio de Trabajo como salario digno, específicamente una remuneración mensual bruta de USD 447,41.

La compensación para alcanzar el salario digno tiene como objetivo alcanzar la justicia social y laboral en el marco de la igualdad y equidad, procurando la disminución de la pobreza entre los ecuatorianos. Pero está subordinada a que las empresas obtengan utilidades para ser beneficiarios a dicha compensación, de modo que lo convierte en una mera expectativa más que un derecho adquirido. Conforme lo indica la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia 184-14-SEP-CC, de 12 de diciembre de 2014, donde estableció los conceptos aplicables de los términos derecho adquirido y expectativas legítimas para la justicia ecuatoriana.

La subordinación a la utilidad de la empresa para un ejercicio económico, puede no ser una media correcta de garantía de los derechos remunerativos de las personas trabajadoras. Sin olvidar que esto no obsta que los propios empleadores quieran utilizar la media de salario digno para implementar sus políticas remunerativas internas, lo que sí convertiría al valor del salario digno dispuesto legalmente, en un derecho adquirido, por la imposibilidad de disminución del salario dispuesto en el artículo 8 del Código del Trabajo, en concordancia del artículo 33 de la CRE.

4. Remuneración razonable

4.1. Visión económica

Debido a que no existe como tal una medida exacta con la cual ejemplificar en la realidad una remuneración que pueda ser considerada como razonable. Es necesario utilizar otras ramas del conocimiento, distintas al Derecho, para tomar como referencia lo que bien podría invocarse como una remuneración que cumpla con su función jurídica aquí explicada y que, a su vez, sirva como un incentivo positivo de creación de valor para las empresas.

Con base de lo analizado, está claro que la canasta familiar básica es la media mínima para considerar que una remuneración es digna. Ahora, esta cualificación de digna no necesariamente está acorde a una realidad salarial con respecto a su beneficiario. Porque las necesidades de una familia son tan cambiantes que van a requerir una mayor demanda de diferentes productos o servicios que no necesariamente son básicas, pero si complementarias para mantener un estilo de vida medio, conforme a otros factores a considerarse; en suma, de los que son estrictamente básicos.

En esa misma línea, López y Otero, argumentan que:

[la remuneración] representa en primer lugar el sustento para las familias, al ser el medio para comprar los productos de la canasta básica, que son importantes para su sobrevivencia y para resolver necesidades básicas que tienen las personas como alimentación, salud, educación, recreación etc. Las necesidades van cambiando según el nivel o estatus social de las personas y que satisfacen a través de su nivel salarial por ser fuente primordial de ingresos (2015, p. 33).

Con esto, es destacable que la remuneración razonable si toma en cuenta las necesidades básicas de una familia tipo, como tal cual lo afirma el INEC al entregar el valor de una canasta básica familiar. Pero además integra otros elementos que, si bien ya no están entrelazados únicamente con la dignidad puramente de las personas, si tienen un fuerte nexo con el de-

sarrollo de su personalidad, especialmente en lo profesional, pero sin limitarse a ello, porque esto repercutirá en su nivel de vida de manera general.

4.2. Visión jurídica

El Instructivo sobre sociedades B.I.C. en su artículo 6 numeral 1, entrega como elemento del impacto laboral, el establecimiento de remuneraciones razonables, sin ahondar de forma particular en su definición ni conceptualización. Entiendo que esto es realizado con miras a una generalización que procure una interpretación amplia, reduciéndola a cada caso particular donde fuese aplicada. Por ello, me parece acertado realizar un análisis amplio con respecto a su interpretación, partiendo desde la acepción de figura jurídica de la remuneración dispuesta en el artículo 9 del Código de Trabajo, con miras a la especificación de una institución de la remuneración razonable que contenga dentro de sí los conceptos de salario mínimo y salario digno.

Debido a su atipicidad, a pesar de estar nominado dentro de la norma, es posible considerar entonces a la figura de la remuneración razonable como un término jurídico indeterminado, que posee los mínimos descritos en el párrafo pasado, pero que no tiene un techo específico, que deja a las partes de una relación laboral mediar libremente sobre su establecimiento; sin olvidar que existe una discrecionalidad desigual con respecto a la remuneración porque es el empleador quien suele ofrecerla de manera prefijada.

Al tener en cuenta que el instructivo sobre sociedades B.I.C. es de facultativo cumplimiento; esto implica que no se trata de una norma de orden público, como fue explicado en líneas anteriores. Pero, su manejo podría ser entrelazado con la normativa emitida por el Código de Trabajo, ya que en su artículo 81 es mencionado que los sueldos y salarios se estipularán libremente, pero en ningún caso podrán ser inferiores a los mínimos legales. Es así como, bajo la lógica de libre negociación de la remuneración, con limitación de los mínimos legales, debería entenderse que la remuneración razonable es aquella que es superior al salario digno y que está basada en factores que superan la vara de las necesidades básicas de una familia tipo, sino que también considera variadas situaciones que representan una mejora de la remuneración y, en concordancia de ello, la elevación de la calidad de vida de los perceptores de esta.

5. Conclusión

Tras haber sido atendidas las cuestiones en análisis dentro de este artículo, formulo el postulado de que la utilización de la figura de sociedades B.I.C. podría ser un medio coherente y fructífero para la aplicación del salario digno; si es que la sociedad decidiese tomar como su meta de impacto, el campo laboral y la implementación con carácter general del concepto de remuneración razonable. No hay que olvidar que la imposición de esta obligación es facultativa, pero puede considerarse como un avance en la creación de mejores culturas laborales en las empresas que entiendan la compatibilidad y la importancia entre el fin de lucro y la generación de aspectos positivos para la comunidad.

El salario digno, es una media numérica que la normativa entrega para crear mínimos, con intención de mejorar las condiciones de trabajo de las personas, particularmente de la remuneración. Ahora, no es obligatorio valerse de este número, eso es correcto, pero no por ello quiere decir que exista alguna imposibilidad para aplicarlo como política de empresa. Obviamente, el análisis sobre su fórmula de cálculo y su tendencia a igualarse con la canasta básica familiar, no implica que todas las necesidades van a ser cubiertas por el número que el Ministerio de Trabajo entregue cada año o con la compensación, conforme lo mencionado en

el artículo 9 del COPCI, pero si crea una tendencia al alza de las remuneraciones, que superen el salario mínimo y además el salario digno, contenidos dentro de la remuneración razonable. Sin olvidar que las sociedades B.I.C. son posibles mecanismos de impulso de una mejor cultura laboral, mas no una inequívoca herramienta de garantismo de los derechos laborales.

Otro elemento para resaltar con relación al beneficio que se pudiese obtener si una sociedad B.I.C. decidiese tomar como política de empresa la acepción de remuneraciones razonables, aplicando como mínimo el valor correspondiente al salario digno, es que la subordinación a la obtención de utilidades para que existiese la compensación del mencionado artículo 9 del COPCI, es eliminada. De tal modo, los beneficiarios de mejores salarios serían los propios trabajadores, sin mediar un hecho futuro incierto, que bien puede no suceder; porque la obtención de utilidades no solo depende del ejercicio económico de la empresa sino también de otros factores exógenos. Así pues, considero una mejora en las condiciones laborales sin mediar normativa de orden público, sino por la voluntariedad de la sociedad, que, al entregar mejores salarios, el empresario se beneficiará de las políticas de empresa con respecto a las remuneraciones, en la medida en que cumple con estándares de responsabilidad social de la empresa y aporta una cultura empresarial fuerte y comprometida; que a su vez tendería a una creación de valor; demostrando que su único interés no es el lucro.

Referencias bibliográficas

- Canessa Montejó, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 350 -372. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32265.pdf>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2016). *Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo*. Ciudad de México: Dirección Regional Comisión Nacional de Derechos Humano. Obtenido de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Cartilla-DH-trabajo.pdf>
- El Universo. (2021). Ecuador cierra el año 2020 con inflación negativa de 1,50%, dice el INEC. *El Universo*. Obtenido de <https://www.eluniverso.com/noticias/2021/01/07/nota/9316303/inflacion-ecuador-2020-indice-negativo-enero-2021/>
- Espinoza, G. (2014). El interés social ante la responsabilidad social empresarial. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 6(9), 1 - 27. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrinal/article/view/13573>
- González Poma, R. A. (2011). *Aplicación del salario digno en el régimen de contratación privada regulado por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en concordancia con el Código del Trabajo vigentes en el Ecuador*. Quito: Universidad Internacional SEK. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/218/1/Salario%20digno%20en%20el%20r%C3%A9gimen%20de%20contrataci%C3%B3n%20privada.pdf>
- López Somarriba, M. T., & Otero Gutiérrez, M. (2015). *Subsistema de compensaciones*. Managua: Universidad Autónoma de Nicaragua. <https://repositorio.unan.edu.ni/3915/1/2752.pdf>
- Luce, S. (2012). Políticas y campañas sobre el salario digno: las enseñanzas de los Estados Unidos. En O. I. Trabajo, *Boletín Internacional de Investigación Sindical* (págs. 13 - 33). Ginebra. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---ac-trav/documents/publication/wcms_183570.pdf

- Max-Neef, M., Elizalde, A., & Hopenhayn, M. (1986). *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago de Chile: El Centro de Alternativas de Desarrollo CEPAUR. http://www.daghammarskjold.se/wp-content/uploads/1986/08/86_especial.pdf
- Melé, D. (2007). Responsabilidad social de la empresa: una revisión crítica a las principales teorías. *Ekonomiaz, revista Vasca de economía*, 2(65), 50 - 67.
- Morgestein, W. (2011). El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano. *Revista Mercatoria*, 10(2), 1 - 21.
- Moscoso-Becerra, G. (2019). La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 28(2). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/720/72062650007/html/index.html>
- Mujica, J. D. (octubre de 2016). *Universidad de Lima, facultad de Derecho*. http://200.11.53.159/bitstream/handle/ulima/3021/Mujica_Filippi_Juan.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Orsini, J. I. (2010). Los principios del derecho del trabajo. *Derecho social*, 491 - 506. <https://core.ac.uk/download/pdf/15777815.pdf>
- Otálora, E. (2016). Ciudadanía corporativa. Una nueva visión de las organizaciones en el siglo XXI. *Ediciones Universidad Santo Tomás de Aquino*, 299 -317. https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/27928/quintapartecomunicaci%C3%B3n_capitulo4ciudadaniacorporativa2020fredyalbarracin.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Paoli Bolio, F. J. (2016). *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*. Ciudad de México: Colección INEHRM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/6.pdf>
- Reyes, G. (2009). *Universidad del Azual*. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/843/1/07484.pdf>
- Sánchez, V. (2015). La redefinición del papel de la empresa en la sociedad. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*(20), 129-145. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322142550008.pdf>
- Taquía, R. (2007). *Centro de investigación social de la Universidad San Martín de Porres*. https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_resp_social/articulos/Rossana_Taquia.pdf
- Varela, R. (2013). *Administración de la compensación: sueldos, salarios y prestaciones*. Ciudad de México: Pearson. <https://cucjonline.com/biblioteca/files/original/8b6446e4bc766d7b63f03b4170474e49.pdf>
- Vega, M. L., & Martínez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_11_sp.pdf

Legislación

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional. (2010). Código Orgánico De La Producción, Comercio E Inversiones, COPCI. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.
- Congreso Nacional. (2005). Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. (2019). Instructivo de Sociedades en Beneficio e Interés Colectivo. Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2019-0021.

Ministerio de Trabajo (2020), Fijación del salario básico unificado del trabajador en general para el año 2020. Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-249.

Ministerio de Trabajo (2020), Determinar el valor del salario digno para el año 2020 y regular el procedimiento para el pago de la compensación económica. Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2021-087.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional del Ecuador (2011). Sentencia 184-14-SEP-CC. <http://portal.corte-constitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=184-14-SEP-CC>

LA DESCLASIFICACIÓN DE DOCUMENTOS CONTENIDOS EN LOS PROGRAMAS DE
CLEMENCIA PARA LA OBTENCIÓN DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOSDisclosure of Documents Contained in Leniency Programs to Obtain
Compensation for DamagesVIKA MIKAELA LARA TARANCHENKO¹
Robalino Abogados, Ecuador**Resumen**

El resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan de un ilícito anticompetitivo, en determinados casos, resulta inalcanzable. Esto se debe a la confidencialidad otorgada a ciertos documentos contenidos en el expediente administrativo que la víctima de la infracción requiere acceder, pues son determinantes para probar los elementos de la responsabilidad civil y, en la mayoría de casos, su acceso es negado. La dificultad probatoria es más evidente cuando la información a la que se pretende acceder está contenida en un programa de clemencia debido a que la confidencialidad concedida a dicho programa garantiza su efectividad. Por lo tanto, se abordarán varias soluciones para armonizar el interés público que se encuentra detrás de la confidencialidad de documentos y el interés privado de quien ejerce la acción civil.

Palabras clave

Daños y perjuicios, programas de clemencia, carteles, confidencialidad, desclasificación.

Abstract

The compensation of damages and losses derived from infringements of the competition rules, in certain cases, is unattainable. This is due to the confidentiality granted to certain documents contained in the administrative file that the victim of the offense requires access, as they are decisive to prove the elements of civil liability and, in most cases, their access is denied. This difficulty is more evident when the information that is intended to be accessed is contained in a leniency program because the confidentiality that is granted to that program guarantees its effectiveness. Therefore, several solutions will be addressed to harmonize the public interest behind the confidentiality of documents and the private interest of the person exercising the civil action.

Keywords

Damages, Leniency Programs, Cartel, Confidentiality, Disclosure.

1. Introducción

El resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan de los ilícitos anticompetitivos cumple con una doble función. La primera, está dirigida a dar vigencia al deber jurídico de no dañar

¹ Abogada Asociada del estudio jurídico Robalino Abogados, miembro del Área de Energía y Recursos Naturales no Renovables. Abogada Magna Cum Laudem por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: vlara@robalinolaw.com.



a otros, de forma que la víctima que ha sufrido daños en su patrimonio, no está obligada a soportarlos (Araya, 2015, p. 11). Así, los menoscabos sufridos por una infracción del derecho de competencia varían de acuerdo al ilícito cometido y, en todo caso, la víctima tiene derecho a obtener una indemnización (2015, p. 11).

Lo mencionado se refleja en el caso *Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, en el que el Tribunal de Justicia Europea determinó que “cualquier persona o empresa tiene derecho a interponer una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios frente a la empresa que le hubiese causado ese daño como consecuencia de una vulneración de la normativa de defensa de la competencia” (Sentencia Tribunal de Justicia Europea, 2006, *Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, párr. 7). En la legislación ecuatoriana, el principio de reparación integral está contemplado en el artículo 2214 del Código Civil que prescribe que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil, 2005, art. 2214).

La segunda función, está dirigida a proteger a la libre competencia, pues mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, se previene a que se atente en contra de ella en el futuro (Araya, 2015, p. 12). Dentro del marco normativo, la Comisión Europea, en el Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Libro Verde), ha destacado que las acciones privadas, además de compensar a los que han sufrido un daño como consecuencia de la infracción, tienen el objetivo de “asegurar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia [...], disuadiendo del comportamiento ilícito y contribuyendo así de manera significativa al mantenimiento de una competencia efectiva” (2005, p. 4).

Para garantizar aquello, se desprende que cualquier persona natural o jurídica, frente al ilícito anticompetitivo, no sólo podrá ejercer la acción pública para sancionar al infractor sino que también podrá ejercer la acción privada, lo que permite “cerrar el círculo de protección de la libre competencia” (Areeda, 2002, p. 108). En este mismo sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en su artículo 25, prescribe que “[l]as sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios” (LORCPM, 2011, art. 25).

En virtud de que en la comisión de ilícitos anticompetitivos convergen dos sistemas distintos: el público —para sancionar al infractor— y el privado —para la obtención de daños y perjuicios—, la prueba de los elementos de la responsabilidad civil se puede tornar no solo considerablemente compleja sino “verdaderamente inalcanzable” (Torre Sustaeta, 2016, p. 222). La dificultad probatoria se debe al interés de la autoridad pública de mantener la confidencialidad de ciertos documentos, mismos que resultan ser necesarios para ejercer la acción civil. (Sinovas, 2014, p. 237).

Así, con respecto a los programas de clemencia, el ejercicio probatorio para obtener la compensación de los daños y perjuicios derivados de un cartel es aún más estricto², en virtud de tres razones: (i) la confidencialidad es la garantía de la efectividad de dichos programas. En este punto, esta resulta ser un incentivo para que los miembros de un cartel delaten la infracción anticompetitiva, lo cual permite simplificar y reducir el tiempo y recursos que la autoridad de competencia invierte en la investigación y detección de los carteles; (ii) los daños producidos por un cartel son cuantitativamente mayores a otra infracción anticompetitiva,

² En este sentido, la Autoridad de Competencia Española menciona que “en la evidencia probatoria de un cartel, se acreditó la destrucción de documentación comprometedor y la adopción de medidas extraordinarias para preservar su carácter secreto” en su Resolución S/0316/10. (Autoridad de Competencia Española, 2013, p. 25).

por ello, se menciona que son la mayor preocupación de los regímenes de competencia y, por ende, requieren de una estricta protección a través de la confidencialidad (Comisión Europea, 2009, p. 3); y, (iii) la naturaleza secreta de los carteles y la destrucción de evidencias ocasionan el “aumento de la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio” (Directiva 2014/104/ UE, 2014, párr.15).

Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la problemática existente en torno al acceso de los particulares a los documentos que se encuentran en poder de la autoridad de competencia y que resultan importantes, e incluso determinantes, para probar los elementos de la responsabilidad civil. La Comisión Europea ha reconocido el problema jurídico mencionando que “[l]a dificultad particular con las acciones civiles es que a menudo la evidencia relevante no se encuentra fácilmente disponible y el acceso a dicha evidencia es la clave para hacer efectivas las reclamaciones por daños” (2005, p. 4).

Como consecuencia del problema jurídico citado, el presente trabajo pretende, en primer lugar, exponer el conflicto de intereses existente entre la efectividad de dichos programas —que se garantiza por la confidencialidad— y la obtención de daños y perjuicios. En segundo lugar, se expondrán las soluciones que se han presentado en la doctrina y en la jurisprudencia para resolver la tensión mencionada. Finalmente, se explicará que, en el Ecuador, la regulación dirigida a la desclasificación de documentos del expediente administrativo es inconsistente, lo cual magnifica el problema.

2. La prueba de daños y perjuicios en el proceso civil versus la efectividad de los programas de clemencia

Los programas de clemencia crean incentivos para que un infractor de la prohibición del cartel delate al resto de coinfractores, en lugar de seguir cooperando con ellos en la ejecución de la práctica restrictiva de la competencia (Yanes, 2015, p. 1148). De esta forma, el delator obtendrá una reducción total o parcial de la multa que se prevee para la práctica restrictiva (2015, p. 1148). Es así, que los programas de clemencia tienen como objetivo disuadir, detectar y sancionar a los carteles. Para lograr dicho fin, la confidencialidad incentiva a que las empresas presenten solicitudes de clemencia ya que la autoridad de competencia mantiene discreción sobre: (i) los secretos comerciales y demás información comercial estratégica; y, (ii) declaraciones, pruebas y otros documentos presentados junto con la solicitud (Björn, 2015, p. 15). Por lo tanto, la efectividad de los programas radica en la posibilidad de no colocar a los solicitantes de clemencia en una posición peor de la que tendrían de no haberla solicitado. De no ser por la confidencialidad, se podría conducir a que las empresas infractoras se replantearan la posibilidad de cooperar (Secretaría General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, 2016, p. 3)

El problema se genera cuando el derecho que tienen las víctimas de los carteles a ser indemnizadas por los infractores “entra en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de las normas de competencia cuando pretenden acceder a la información obtenida en el marco de un programa de clemencia” (Yanes, 2015, p. 1140). Pérez Fernandez, al analizar la contradicción entre ambos regímenes, establece que los demandantes están interesados en

[...]obtener la mayor cantidad de información de la solicitud de clemencia para disminuir su carga probatoria en la vía civil y sin embargo, el objetivo de las autoridades públicas es proteger de forma más adecuada a las empresas de las que hubiesen obtenido información (2013, p. 10).

La cuestión planteada no ha sido resuelta de manera uniforme, esto se debe a las distintas opiniones que surgen en la doctrina y en la jurisprudencia que tienden a favorecer a un régimen por sobre otro. En primer lugar, un sector de la doctrina afirma que el acceso a la documentación para solicitar los daños y perjuicios afectaría al éxito que supone la política de clemencia como medio de lucha frente a los carteles. En palabras de Cauffman, la desclasificación “puede disuadir a los participantes del cartel de solicitar clemencia, lo que obstaculizaría significativamente el descubrimiento y el castigo de los carteles, lo que, a su vez, daría lugar a un menor grado de compensación por daños de un cartel” (2011, p. 183).

En esta misma línea, el Abogado General del caso *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*, menciona que la negativa al acceso a la documentación podría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero que esta afectación “estaría justificada por la finalidad legítima de garantizar una aplicación efectiva de la normativa anticompetitiva por las autoridades competentes y también por el interés de los particulares en que los acuerdos colusorios sean descubiertos y sancionados” (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2016, p. 228).

Por otro lado, están aquellos quienes sostienen que la tutela judicial efectiva debe prevalecer, ya que el argumento de que la divulgación de declaraciones corporativas pueda hacer que los programas de clemencia sean menos atractivos, no es suficiente para rechazar el acceso a los mismos (Wils, 2009, p. 24). Además, se afirma que el derecho de las víctimas a reclamar daños y perjuicios a los infractores es el principal desincentivo en contra de los carteles. Esta postura ha sido sostenida en el caso *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan vs. Courage Ltd and Others*, en el que el Tribunal de Justicia afirmó que

[l]a existencia del derecho a indemnización refuerza el funcionamiento de las normas comunitarias de competencia y desalienta los acuerdos o prácticas, frecuentemente encubiertos, que pueden restringir o falsear la competencia. Desde ese punto de vista, las acciones por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales pueden contribuir de manera significativa al mantenimiento de la competencia efectiva en la Comunidad (2001, párr. 25).

Con respecto a las cuestiones planteadas, cabe preguntarse ¿se puede sacrificar el derecho a la tutela judicial efectiva en aras de procurar la efectividad de un programa de clemencia? ¿En qué medida debe considerarse que el interés privado de quien ejerce su derecho a obtener una tutela judicial efectiva, puede contraponerse con el interés privado del infractor que colabora en un programa de clemencia?. ¿Son intereses excluyentes o compatibles? (Torre Sustaeta, 2016, p. 238). Para resolver las interrogantes, se expondrán las siguientes soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido para el problema jurídico planteado.

3. Soluciones abordadas por la doctrina y jurisprudencia

3.1. Solución que propone la desclasificación atendiendo al contenido de los documentos

Una primera solución está dirigida a analizar el contenido de la información y así crear varios niveles de protección del expediente *antitrust* como fuente probatoria en las acciones de daños (Sanjuán, 2017, p. 160). Aquellos niveles responden a cuán sensible son los documentos solicitados. La Directiva 2014/104/UE, clasifica a los datos del expediente de una autoridad de competencia en: (i) *black list*, la cual trata de documentos que no deben ser considerados ya que pretenden la protección de terceros y así garantizar su voluntad de acudir a las autoridades de competencia. Dentro de él, se encuentran los datos aportados en los programas de clemencia y en los acuerdos de sumisión (2017, p. 160); (ii) *grey list documents*,

que son documentos que podrán ser aportados si la investigación ya terminó, por ejemplo, las pruebas aportadas por cualquier persona a un procedimiento ante la autoridad de competencia o la información elaborada por la propia autoridad; y, (iii) *white list documents*, que trata de documentos que pueden ser aportados o requeridos en cualquier momento y que no versa sobre documentos comercialmente sensibles (Consejo de la Unión Europea, 2014, párr. 38).

En la clasificación proporcionada, la Directiva incluyó a los documentos otorgados en los programas de clemencia en la denominada *black list* para garantizar la voluntad continua de las empresas de dirigirse a las autoridades de competencia (Danciu, 2016, p. 54).

La crítica que surge dentro de la solución planteada es la estricta protección hacia los documentos de clemencia. La misma imposibilita remediar el real problema que existe por los carteles: los perjuicios causados a los consumidores, por un lado, y a las pequeñas y medianas empresas, por otro³. Adicionalmente, otra crítica se basa en que la inclusión permanente en listas negras de los documentos de clemencia desvirtúa el enfoque moderno adoptado por varias cortes que han dado prevalencia al método de ponderación (Peyer, 2015, p. 25). En particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) destacó que

[l]a ponderación es necesaria porque, en el derecho de la competencia en particular, cualquier norma que sea rígida, ya sea al prever la denegación absoluta de permitir el acceso a los documentos en cuestión o al permitir el acceso a esos documentos de forma natural, puede socavar la aplicación efectiva de las normas [de libre competencia] y los derechos que dichas disposiciones confieren a las personas (2001, Caso *Courage Ltd. v Bernard Crehan and Others*, párr. 31).

A continuación, se explicará dicho método como otra solución planteada para la desclasificación de documentos.

3.2. El método de ponderación como solución al acceso de documentos contenidos en los programas de clemencia

El método de ponderación se deriva del principio de efectividad contemplado en la Directiva 2014/104/ UE. Este último principio, establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan difícil o imposible el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños (Sanjuán, 2017, p. 156). Para lograr aquello, el método de ponderación permite que, frente a una solicitud de acceso a la información, los tribunales nacionales examinen los argumentos a favor y en contra de la divulgación de documentos de clemencia y, decidir caso por caso, si debe concederse el acceso (Peyer, 2015, p. 25). Lo mencionado se refleja en el caso *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt* en el que el TJUE sostuvo que

³ En este sentido, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, ha especificado el impacto de los carteles en las PYMES: “Cuando las PYME emplean productos cartelizados como insumos, los carteles pueden aumentar el costo de producción de las PYME cobrando precios más altos por estos insumos. Entonces, las empresas pueden no estar en condiciones de asumir tales aumentos de costos en sus precios, por lo que no tienen más remedio que aceptar ingresos más bajos o salir del negocio. Estas empresas también podrían verse afectadas indirectamente por un cartel si venden insumos a los cartelistas. Los carteles aumentan los precios y reducen la producción, por lo que es probable que las PYME vean que sus ventas a los miembros del cartel disminuyen como resultado de esta conducta anticompetitiva”. El impacto de los carteles en la pobreza, Informe sobre la Junta de Comercio y Desarrollo, Organización de las Naciones Unidas, 12 de julio de 2013.

[a] examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia, formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios de otra persona que es beneficiaria de dicho programa, es necesario velar por que la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación, tal ponderación sólo puede efectuarse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional, y tomando en consideración todos los datos pertinentes del asunto (2011, s.p.).

En este mismo sentido, se encuentra el caso *Bundeswettbewerbshörde vs. Donau Chemie AG* que precisa que las normas domésticas deben incorporar un cierto margen de ponderación jurisdiccional que “permita una solución caso por caso según las circunstancias concurrentes” (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2011, Caso *Bundeswettbewerbshörde vs. Donau Chemie AG*, s.p.). Además, se añadió que “se entiende que cualquier norma rígida que deniegue en absoluto el acceso al material de clemencia [como la lista negra], puede menoscabar la aplicación efectiva de las normas de libre competencia” (2011, s.p.).

En aplicación del método de ponderación, el juez deberá realizar el siguiente análisis: (i) debe evaluar el interés en obtener acceso a los documentos en cuestión, esto es, tener en cuenta específicamente las alternativas que tiene el solicitante para acceder a la información (Peyer, 2015, p. 16). En este punto, se requiere saber si la prueba presentada por el actor es suficiente para demostrar los elementos de la responsabilidad civil (Rizzuto, 2011, p. 116); y, (ii) se debe considerar el daño potencial que puede causar la divulgación del material confidencial (2011, p. 116). Con respecto a este último parámetro, el TJUE señaló que no es razón suficiente para rechazar la solicitud el hecho de que “el acceso a las pruebas pueda socavar la efectividad de un programa de clemencia” (2011, Caso *Bundeswettbewerbshörde vs. Donau Chemie AG*, s.p.).

A pesar de que el método de ponderación se ha considerado como la solución más armonizadora entre el conflicto de intereses anteriormente expuestos, esta merece dos críticas. La primera, se refiere al gasto de recursos y tiempo que representa ya que debe analizarse la desclasificación caso por caso. La segunda crítica, se debe al incremento de la inseguridad jurídica de este método, puesto que se debe examinar cada caso de manera individual y no se proporcionan lineamientos sobre qué es lo que el juez debe considerar como “daño potencial” (Lampert y Weidenbach, 2007, p. 58).

Dicha falta de precisión conllevaría a que los jueces adopten posiciones extremas, sin considerar la posible indefensión de las víctimas de un cartel. Por ejemplo, el Juzgado local de Bonn, a pesar de que aplicó el método de ponderación, mantuvo su posición estricta de denegar el acceso a los documentos ya que sostuvo que aceptarlo “supondría a que en la práctica disminuyera de forma importante las posibilidades de detectar futuros acuerdos colusorios, ya que el programa de clemencia se ha acreditado como el instrumento más efectivo para que se descubran los cárteles” (Caso *No. 18.01.2012-V*, s.p.). Además, agregó que “en la práctica, [la ponderación] podría ser muy casuística si finalmente se ponderan en cada caso los intereses presentes entre la puesta a disposición de dicha información a los perjudicados y los intereses protegidos de las empresas infractoras” (2012, s.p.).

Debido a que la posición del Juzgado se advierte como extrema, pues pretende favorecer al sistema público sobre el privado, es preciso exponer la otra cara de la moneda, esto es, la solución que sostiene que la divulgación de documentos es un riesgo que debe asumir a la empresa por haber decidido entregar los mismos.

3.3. Solución que asume que el riesgo le corresponde a la empresa por haber entregado los documentos

Una parte de la doctrina establece que los documentos deben ser clasificados en función de si estos fueron aportados de manera voluntaria u obligatoria. Autores como Peyer, mencionan que dentro del primer grupo se encuentran los documentos contenidos en programas de clemencia y que no merecen protección, puesto que

[...] las presentaciones voluntarias se basan en un análisis de costes y beneficios de la empresa en cuestión. Las empresas que deseen enviar información normalmente tendrán en cuenta la posibilidad de divulgación y posible exposición a la responsabilidad civil en las acciones de daños subsiguientes (2015, p. 8).

Dentro de este criterio, se sostiene que, dado que los solicitantes de clemencia reciben un descuento en la multa de hasta el cien por ciento, es cuestionable si merecen una mayor protección, como la de impedir la divulgación de información (2015, p. 8). Este razonamiento se ha desprendido del caso *Bundeswettbewerbsbehörde vs. Donau Chemie AG*, donde la Corte mencionó que

[e]l hecho de que la denegación del acceso a datos pueda impedir el ejercicio de acciones civiles, permitiendo [...] a las empresas infractoras no solo beneficiarse ya de una exención al menos parcial en materia de sanciones, sino también sustraerse de su obligación de indemnizar los daños derivados de la infracción en detrimento de los perjudicados, exige que tal denegación se base en razones imperiosas relativas a la protección del interés invocado y aplicables a todos los documentos cuyo acceso se deniega (2012, s.p.).

En el segundo grupo, se encuentran documentos presentados de manera obligatoria por empresas investigadas que estén ejerciendo el derecho a defenderse. Esta información debe ser protegida ya que las empresas tienen menos control sobre esos documentos y no tuvieron la oportunidad de deliberar sobre su entrega (2015, p. 8).

Como se puede observar, esta solución está encaminada a favorecer la tutela judicial efectiva de quien reclama daños y perjuicios. Esta visión ha sido acogida por el *Civil Procedure Rules* del Reino Unido, en su artículo 31.6, en donde se observa una obligación para la parte demandada de aportar la documentación de la que disponga y que pueda resultar relevante para el desarrollo del proceso civil. En relación a los programas de clemencia, se menciona que cuando un juez admita la demanda de resarcimiento de los daños causados por el cartel, “la empresa infractora estará obligada a poner a disposición de la parte perjudicada, incluso la documentación relacionada con la solicitud de clemencia” (Díez Estella, 2014, p. 18). Finalmente, dentro de este punto de vista, se afirma que la tutela judicial efectiva debe prevalecer, ya que este incide en las funciones disuasorias con respecto a la formación de nuevos carteles y por tanto, permite contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2001, Caso *Courage Ltd. v Bernard Crehan and Others*, párr. 31).

Como se advirtió, la solución presentada pretende favorecer al interés privado de quien reclama daños y perjuicios por sobre el interés público. Es esto precisamente la crítica que se otorga a dicha solución. La doctrina establece que no se trata de determinar una respuesta que esté dirigida a socavar indebidamente los intereses en conflicto, sino de crear mecanismos de coordinación entre ambos cauces (Guttuso, 2014, p. 11). Como menciona Villacañas, “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse

mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma” (2015, p. 445). Para lograr dicha coordinación, la Comisión Europea ha propuesto la inversión de la carga de la prueba como una solución procesal, tildada como novedosa, que permite a ambos sistemas convivir, tal como se explicará a continuación.

3.4. La inversión de la carga de la prueba como solución a la tensión existente entre la reparación integral y la efectividad de los programas de clemencia

En el Libro Blanco publicado por la Comisión Europea, se establece que el infractor de un cartel “debe ser responsable de los daños y perjuicios causados a menos que demuestre que la infracción es resultado de un error excusable” (2008, p. 7). En otras palabras, existe una presunción *iuris tantum* de que los carteles ocasionan daños y perjuicios (Torre Sustaeta, 2016, p. 223). Por lo tanto, el infractor de un cartel deberá asumir “la prueba de la inexistencia del nexo causal entre la conducta ilícita y los daños causados reclamados por la parte demandante” (2016, p. 224).

Sin embargo, esta presunción solamente se extiende a los supuestos denominados *follow on damages* o acciones de seguimiento. Estas, son acciones complementarias en las que la autoridad de competencia ya ha determinado la existencia de la infracción anticompetitiva. En dichos casos, el demandante

[...] sólo tiene que probar el daño, ya que, por un lado, el hecho ilícito ya estará demostrado en la resolución administrativa y, por otro, la relación de causalidad se presume. Así es, en relación con esto último, la Directiva de daños establece la presunción de que los carteles causan daños y perjuicios e invierte la carga de la prueba al estipular que será el infractor el que rebata lo anterior (Rodríguez, 2019, 8).

Como se observa, en las acciones *follow-on* es determinante la existencia del acto administrativo que declare la existencia de la infracción anticompetitiva. Dentro de esta cuestión, cabe precisar cuál es el valor que se le otorga a la resolución administrativa dentro del proceso civil. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, prescribe que esta se considera como “irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional” (Consejo de la Unión Europea, 2014, párr. 42). Por ende, los jueces civiles deben considerar la resolución como “prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes” (2014, párr. 42).

Por consiguiente, se puede concluir que la inversión de la carga de la prueba puede facilitar la tarea al demandante, quien suele tener mayores dificultades probatorias y sólo deberá demostrar: (i) la existencia de un daño; y, (ii) la cuantificación del daño (Díez Estella, 2019, p. 289). Con respecto a esta última, la misma Directiva establece que, si se acreditara que la actora sufrió daños y perjuicios pero resulta imposible o difícil cuantificarlos con la prueba disponible, los tribunales estimarán el importe de la reclamación de los daños; lo que permite, a todas luces, garantizar la tutela judicial efectiva del demandante (2014, párr. 53)

En virtud de la inversión de la carga de la prueba, la tensión entre el sistema privado y público puede atenuarse. Con respecto al primero, el mecanismo procesal facilita la prueba de los elementos de responsabilidad civil y con ello, se impulsa el ejercicio exitoso de acciones de daños por parte de los perjudicados (Torre Sustaeta, 2016, p. 223). Por otro lado, la presunción está dirigida a satisfacer la protección de los documentos contenidos en

los programas de clemencia ya que se reduce significativamente la necesidad de pruebas de la causalidad (Björn, 2015, p. 17).

Sin embargo, esta solución no se extiende a los supuestos *stand-alone*, es decir, a aquellas acciones independientes a la existencia de una resolución administrativa que determina la existencia de la infracción. Estas acciones presentan mayor dificultad, ya que “la víctima debe probarlo todo, el hecho ilícito —el comportamiento anticompetitivo—, el daño sufrido y la relación de causalidad” (Rodríguez, 2019, p. 8). En estos casos, no existe una inversión de la carga de la prueba debido a que el ilícito no ha sido verificado. Por ende, es necesario acudir a las anteriores soluciones aportadas ya que en este caso la desclasificación de datos estará dirigido a demostrar los siguientes elementos del daño: (i) el daño; (ii) el hecho antijurídico; (iii) el nexo causal entre el daño y el ilícito; y, (iv) la cuantificación del daño.

4. La desclasificación de documentos del expediente administrativo en el Ecuador

En Ecuador, el régimen de acceso a documentos del expediente de la autoridad de competencia es inconsistente. Además, no se contempla una norma expresa en caso de que las víctimas de la infracción requieran de su acceso para hacerlo efectivo en el proceso civil. A continuación, se expondrá la siguiente jurisprudencia: (i) el proceso 17204-2018-04143 (Caso Cronix), en el cual se refleja que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) rechaza la desclasificación de documentos; y, (ii) el caso Kimberly – Clark en el que la misma autoridad acogió una posición contraria, favoreciendo a la desclasificación.

El primer caso versa sobre la acción constitucional de acceso a la información pública presentada por la empresa CRONIX CIA. LTDA. en contra de la SCPM. Esta última, se negó a entregar documentos que eran determinantes para que el operador económico solicite daños y perjuicios derivados de un acto de colusión (Sentencia, Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, 2018, *Proceso No. 17204-2018-04143*, s.p.). El acto de colusión se resume a las inconsistencias determinadas por la Contraloría General del Estado (CGE) que se presentaron en un concurso público ofertado por el IEES para la prestación de servicios de Call Center, dentro del cual Cronix participó como oferente. (Resolución IAPMAPR, 2013, *Trámite Administrativo SCPM-IAPMAPR-EXP-2013-026*, p. 10).

Ante lo mencionado, el representante legal de CRONIX interpuso la denuncia ante la SCPM por acuerdos anticompetitivos en contra de SOLNET, RECAPT y el IEES. En el procedimiento sancionador, se determinó la multa de USD 2 334 265 que la SCPM impuso a RECAPT por la existencia de una práctica restrictiva que falseó la competencia en la presentación de ofertas (2013, s.p.).

En sede judicial, el proceso se resume a la presentación de un recurso subjetivo en contra del acto administrativo suscrito por la SCPM — este último rechazó el recurso de apelación de la multa impuesta al infractor— y, ante el cual, el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) detectó la nulidad en la determinación de la multa, por lo que la dejó sin efecto (Sentencia Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, 2016, *Proceso No. 17811-2016-01271*, s.p.). Por otro lado, el recurso de casación seguido por el Intendente Nacional Jurídico de la SCPM que solicita la revocatoria de sentencia emitida por el TCA y en el que se resuelve casar la misma, dejándose a salvo el derecho de la SCPM para imponer nuevamente la multa respectiva (Sentencia Corte Nacional de Justicia, 2016, *Proceso No. 17811-2016-01271*, s.p.).

En ambos procesos, la SCPM presentó una prueba concluyente que evidenciaba la existencia del acuerdo colusorio entre ambas empresas. Para Cronix, era imprescindible acceder a ella para iniciar la acción de daños y perjuicios ya que sostuvo que este debía ser el

adjudicatario del contrato. Para ello, realizó un pedido de acceso a la información dirigida a la SPCM, al TCA y a la Sala de la Corte Nacional, solicitando “la prueba concluyente que certifica que los colusionados RECAPT y SOLNET ingresaron las ofertas en el proceso desde la misma dirección IP, es decir, desde la misma computadora” (Sentencia Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 2018, *Proceso No. 17204-2018-04143*, s.p). Los órganos mencionados rechazaron su pedido por la confidencialidad que se le otorga a los documentos. Ante la negativa, el operador económico Cronix presentó una acción constitucional de acceso a la información que fue rechazada, siendo incierto si podrá demostrar o no los elementos de la responsabilidad civil (2018, s.p.).

Adicionalmente al caso Cronix, se encuentra el caso Kimberly-Clark Ecuador SA (KC) en contra de la SPCM en el proceso 09802-2017-00197. El órgano administrativo había desclasificado ciertos documentos que han sido entregados voluntariamente por KC para beneficiarse del programa de clemencia (Resolución SPCM, 2016, *Trámite Administrativo SCMP- IG- DES-001-2016*, s.p.). La desclasificación tenía como objetivo enviar información a la Comunidad Andina junto con una solicitud de investigación sobre supuestas prácticas restrictivas a nivel regional. El TCA, en virtud de los artículos 47 y 56, inciso tercero de la LORCPM, que disponen el deber de secreto y reserva, declaró la ilegalidad de dicha desclasificación (Sentencia Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, 2017, *Proceso No. 09802-2017-00197*, s.p.). Labarthe, al analizar la actuación de la SPCM, menciona que esta

[...] envió los documentos, la información y las declaraciones de testigos proporcionados por Kimberly Clark en su confesión corporativa a la CAN, sin tener en cuenta la confidencialidad, reglas y la inviolabilidad de los procedimientos básicos de clemencia. Llevando aún más tensión a esta extraordinaria novela antimonopolio, el personal técnico de la CAN ignoró el incumplimiento de confidencialidad de la SPCM (2018, p. 2).

En resumen, tanto en el caso Cronix como en el caso Kimberly Clark, se evidencia una contradicción de las actuaciones de la SPCM. En el primero, se negó el acceso a la prueba concluyente que demostraba la existencia del acto colusorio, en virtud del deber de confidencialidad y secreto previsto en los artículos 47 y 56 de la LORCPM. En el segundo, la SPCM desclasificó los documentos que habían sido aportados voluntariamente por KC dentro del programa de clemencia pero que posteriormente fue declarado ilegal en razón de los mismos artículos. Ante la disconformidad de las actuaciones de la SPCM, es importante analizar el deber de confidencialidad y secreto para posteriormente plantear las soluciones que se podrían implementar para lograr un régimen de desclasificación de documentos y, así, puedan ser aportados a la acción resarcitoria.

4.1. El deber de secreto y confidencialidad de los artículos 47 y 56 de la LORCPM

Por un lado, se encuentra el artículo 47 de la LORCPM que prescribe que el deber de secreto y reserva se extiende a:

[...] toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia [...]. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información (2011).

De la lectura del artículo, parecería ser que los órganos jurisdiccionales pueden ser informados sobre el contenido confidencial. De esta manera, ante la negativa de la autoridad de competencia de entregar los documentos, una solicitud de acceso a la información pública podría resolver la necesidad de acceder al expediente administrativo y así determinar la responsabilidad civil que se deriva de la infracción anticompetitiva. Sin embargo, del proceso 17204-20180-4143 se desprende lo contrario, ya que este artículo fue el motivo para rechazar la desclasificación de documentos a favor de Cronix, pues se manifestó que “la solicitud realizada no es procedente ya que la documentación es reservada conforme a la ley” (Sentencia Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 2018, s.p.).

Por otro lado, el artículo 56, inciso tercero, de la LORCPM prescribe que “[e]l proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas” (2011). El mismo criterio se encuentra en el Instructivo de Gestión Procesal emitida por la SCPM que dispone que “[l]as partes directamente involucradas podrán acceder a los documentos que conforman la parte reservada del expediente, sin embargo, la obtención de copias será a partir del inicio del procedimiento de investigación” (Instructivo de Gestión Procesal Administrativa SCPM, 2017, art. 3). En este sentido, cabe precisar el término de “partes directamente involucradas” que ha sido utilizado en ambas disposiciones.

4.2. El alcance de “partes directamente involucradas”

La Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de España, define a dichas partes como “las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por el expediente administrativo” (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2020, p. 3). A su vez, se ha definido como aquella persona que sostiene un interés independiente del de las partes —actor y demandado— por lo que se lo denomina parte afectada o involucrada (2020, p. 3). Es evidente que Cronix resultó ser la parte perjudicada del acto de colusión y siendo el operador económico que presentó la denuncia a la SCPM, puede ser considerado como parte involucrada. A juicio del operador económico, el negar el acceso al expediente

[...] vulnera de manera reiterada y deliberada al derecho de Acceso a la Información Pública, siendo más grave la vulneración porque las entidades conocen en detalle que todos los procesos se iniciaron por denuncias de corrupción y colusión sistemática e institucionalizada en el IESS, presentadas por CRONIX CIA LTDA., con pruebas, es decir que CRONIX es parte procesal directa e indirecta en los procesos, y es la empresa perjudicada por la corrupción y colusión IESS-RECAPT-SOLNET, en el periodo 2011-2018 (Sentencia, Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, 2018, *Proceso No. 17204-2018-04143*, s.p.).

Sin embargo, la SCPM limitó la definición de “parte directamente involucrada” a “parte procesal”, de forma que alegó que el acceso a la prueba concluyente debía ser rechazada. En palabras de la SCPM:

[...] es verdad que la empresa Cronix S.A. informó sobre los actos que ocurrieron entre el IESS y RECAPT S.A, y SOLNET S.A, hechos que fueron investigados [...], luego la empresa Cronix dejó de ser parte procesal en los juicios que impugnación que se ventilaron en el Tribunal Contencioso Administrativo y la casación conocida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional (2018, s.p.).

Del análisis del caso, se desprende que ha existido una errónea interpretación del término “partes directamente involucradas”. De conformidad con las reglas de interpretación de la ley, el artículo 56 debe entenderse según su sentido natural y obvio, es decir, según el uso general de las mismas palabras (Código Civil, 2005). Como se observó, la definición de “parte directamente involucrada” no se limita a aquella que ha intervenido en el proceso. Por lo tanto, la SCPM no debía realizar dicha distinción en virtud del principio de interpretación jurídica: “donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo” (Sentencia Corte Constitucional Colombia, 2012, *Proceso No C-317/12*, s.p.).

En resumen, los artículos 47 y 56 de la LORCPM no resuelven el problema jurídico. A través de los casos analizados, se desprende que su aplicación implica rechazar la posibilidad de que las víctimas de una práctica restrictiva accedan al expediente administrativo y, en consecuencia, que no pueda ser aportado al proceso civil para la obtención de la indemnización de daños y perjuicios.

Además, no sólo se evidenció que las actuaciones de la SCPM son inconsistentes, ya que en un primer momento dispuso la desclasificación — caso Kimberly Clark— y luego la rechazó —caso Cronix—, sino que también se restringió la aplicación del artículo 56 cuando este, de manera amplia, dispone la posibilidad de acceder al contenido reservado del expediente si se trata de una parte directamente involucrada. Por lo tanto, se expondrán las siguientes recomendaciones que se pueden implementar para lograr un régimen de desclasificación de documentos.

5. Recomendaciones para desclasificar los documentos contenidos en programas de clemencia en el Ecuador

5.1. La implementación de la inversión de la carga de la prueba

Como se mencionó anteriormente, la inversión de la carga de la prueba es una de las soluciones planteadas que permiten al demandante disminuir la dificultad probatoria. En esta, se establece una presunción *iuris tantum* de que las infracciones de carteles causan daños y perjuicios (Yanes, 2015, p. 20), asistiéndole al infractor el derecho a rebatir esa presunción. Se advierte que esta solución no puede ser implementada a corto plazo ya que solo mediante una disposición normativa se puede determinar aquellos casos en los que la carga probatoria recae sobre el demandado, es decir, es necesario una reforma legal (Herrera, 1991, p. 18). Cabe mencionar que, mediante esta reforma, la tensión existente entre la efectividad de los programas de clemencia y la reparación integral se atenúa, pues como se explicó, la necesidad de acceder al expediente sancionador se reduce debido a que es el demandado quien debe desvirtuar la causalidad entre el daño y el ilícito anticompetitivo. Además, la resolución administrativa que determina la infracción, tiene el carácter probatorio del hecho ilícito, lo que permite facilitar el ejercicio de la acción resarcitoria (Rodríguez, 2019, p. 8).

5.2. La emisión de un instructivo por parte de la SCPM dirigida a esclarecer la confidencialidad de documentos

Por otra parte, otra solución radica en la emisión de un Instructivo por parte de la SCPM. A modo de referencia, se encuentra la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial en procedimientos de defensa de la competencia de España, que tiene como objetivo establecer un régimen específico de acceso a la información contenida en los expedientes de la autoridad de competencia (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2020, p. 2).

En ella, se observa que la confidencialidad de documentos, a diferencia de la legislación ecuatoriana, no constituye la regla general ya que esta debe ser declarada. La Guía menciona que “la necesidad de declarar la confidencialidad de la documentación que obra en un expediente sancionador, radica en el acceso que a esa información vayan a tener los interesados en el procedimiento” (2020, p. 2). Además, se añade que “[e]n el caso de los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas, una vez incoado el expediente, los interesados podrán tener acceso a todos los documentos que lo integren, una vez resuelta la confidencialidad” (2020, p. 2).

Por consiguiente, la SCPM podría realizar un examen de los documentos contenidos en el expediente administrativo y determinar cuáles requieren la declaración de confidencialidad. Para ello, puede guiarse de la clasificación establecida en la Directiva Directiva 2014/104/UE que clasifica a los datos del expediente de una autoridad de competencia en: (i) *black list*, (ii) *grey list documents*; y, (iii) *white list documents*. Si no se opta por dicha clasificación, bien puede acoger el método de ponderación contemplada en la Guía, que dispone que

[e]n el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos deben ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador y el de no producir indefensión o perjuicios irreparables a terceros (interesados o no en el procedimiento). En consecuencia, la declaración de confidencialidad es una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y siempre motivadamente (2020, p. 5).

Ahora bien, es evidente que los documentos aportados voluntariamente en programas de clemencia serán declarados confidenciales, por lo que la SCPM ante la solicitud de acceso a los mismos, debe analizar dos cuestiones para decidir su desclasificación: (i) si efectivamente se trata de una parte involucrada, esto es, aquella que pueda resultar afectada por el expediente; y, (ii) los intereses involucrados, caso por caso, aplicando el método de ponderación descrito anteriormente. Con la solución propuesta, se evita adaptar posiciones extremas que pretendan favorecer al sistema público sobre el privado o viceversa y, además, permite analizar las circunstancias caso por caso que puedan justificar la desclasificación de documentos.

Dicha solución se puede resumir a lo expuesto en la siguiente tabla

	¿Qué documentos?	¿Quién puede acceder?	¿Cuándo pueden acceder?
Lista negra	Declaraciones en el marco de programas de clemencia ⁴ y acuerdos de sumisión.	Se restringe el acceso a la persona declarada como interesada o involucrada a través del método de ponderación.	En cuanto haya terminado la investigación.

⁴ La Directiva 2014/104/UE define este término como toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del

	¿Qué documentos?	¿Quién puede acceder?	¿Cuándo pueden acceder?
Lista gris	(i) Pruebas preparadas y aportadas por cualquier persona a un procedimiento ante la autoridad de protección de la competencia en un expediente. (ii) Información elaborada por la propia autoridad y que sea enviada a las partes en el procedimiento respectivo.	Toda persona natural o jurídica .	En cuanto haya terminado la investigación.
Lista blanca	Los que no se contemplan en las categorías anteriores, es decir, todo documento que no versa sobre información comercialmente sensible.	Toda persona natural o jurídica.	En todo momento.

Tabla No.1 Solución para la desclasificación de documentos en el Ecuador.

Fuente: elaboración propia a partir de la Directiva 2014/104/UE.

6. Conclusiones

En un sistema en el que la comisión de los ilícitos anticompetitivos desencadena consecuencias administrativas y civiles, es necesario una regulación coordinada que defienda mutuamente los intereses públicos y privados. La tensión que existe entre la efectividad de los programas de clemencia y la reparación integral no ha sido resuelta de manera uniforme. Si bien una parte de la doctrina y jurisprudencia se inclinan a rechazar la desclasificación de los documentos contenidos en el expediente administrativo, otros afirman que esta es necesaria ya que el menoscabo de los programas de clemencia no es razón suficiente para otorgar la confidencialidad de la información.

Por otro lado, la solución que proporciona el método de ponderación, de forma que se considere caso por caso las razones por las que se puede otorgar el acceso de documentos, ha sido la más armonizadora. Además, la inversión de la carga de la prueba permite reducir la dificultad probatoria de la víctima de un cartel debido a que el infractor es quien debe desacreditar la existencia del nexo causal entre el ilícito anticompetitivo y el daño.

Además, tanto las autoridades administrativas como las judiciales, han rechazado el acceso a la información de documentos que son imprescindibles para que el operador económico demuestre los elementos de la responsabilidad civil que se derivaron de un acto de colusión. Esta denegación fue fundamentada en los artículos 47 y 56 de la LORCPM que prescriben la confidencialidad y el deber de secreto del expediente administrativo, salvo si se trata de partes directamente involucradas, es decir, de toda persona natural o jurídica que pueda ser afectada por el mismo. Sin embargo, se observó que la SCPM limitó dicha acepción a “parte procesal”, lo cual es contrario a lo prescrito en el artículo de la LORCPM.

Por ello, se mencionó que una solución a largo plazo es implementar la inversión de la carga de la prueba mediante una reforma legal. Esta, permite que el infractor desvirtúe, con la información que tiene en su poder, el nexo causal entre el acto ilícito y el daño producido. De esta manera, los intereses privados de la víctima y los intereses públicos de las autoridades de competencia quedan protegidos. Finalmente, se propuso la emisión de un Instructivo por parte de la SCPM que ayude a esclarecer los temas de confidencialidad de los expedientes. Para ello, se puede optar por la declaración de confidencialidad mediante la clasificación de documentos propuesta por la Directiva 2014/104/UE: lista negra, gris y blanca. En el caso de que la víctima de un cartel requiera de la información contenida en la lista negra, es decir,

pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente”.

programas de clemencia, la SCPM podría aplicar el método de ponderación para analizar caso por caso las razones que justifiquen la desclasificación.

Referencias bibliográficas

- Araya, F. (2015). Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación. *Revista Chilena de Derecho Privado* 4 (12), pp. 11-30.
- Areeda, P. (2002). *Fundamentals of Antitrust Law*, Nueva York: Aspen Law and Business.
- Björn, L. (2015). Access to documents for cartel victims and cartel members- is the system coherent?. *Hart Publishing/ Bloomsbury* 15 (10), pp- 10-30.
- Cauffman, C. (2011). The interaction of leniency programmes and actions for damages”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 34, pp. 183- 215.
- Danciu, F. (2016). The leniency program between public and private enforcement of antitrust law. *National Law Journal: Theory and Practice*, pp. 50-64.
- Diego castro-Villacañas. (2015). La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia. *Anuario de la Competencia*, pp- 439- 445.
- Díez Estella, F. (2014). La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución del Derecho de Competencia?. *Revista Arazandi Unión Europea* 7 (14), pp. 9-18.
- Guttuso, L.(2014). The Enduring Question of Access to Leniency Materials in Private Proceedings: One Draft Directive and Several Court Rulings. *Global Competition Litigation Review*.
- Herrera, R. (1991). La inversión de la carga de la prueba. *THÉMIS-Revista de Derecho* 18 (19), pp. 2.
- Labarthe, C. y Barahona, J. (2018). A Call to Arms to Protect Latin American Leniency Programs, *Competition Policy International* 2 (5).
- Lampert, T. y Weidenbach, G. (2007). Access to files to substantiate a claim for damages against members of a cartel - there are no problems of proof!. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, pp. 150-158.
- Pérez, P. (2013). La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust. *Revista para el Análisis del Derecho* 1 (13), pp. 10-18.
- Peyer, S. (2015). Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (15), pp. 13-30.
- Razquín, M. (2013), *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas*. Madrid: Iustel.
- Rizzuto, F. The Procedural Implication of Pfleiderer for the Private Enforcement of European Union Competition Law in Follow-up Actions for Damages. *Global Competition Litigation Review* 3 (11), pp. 100- 116.
- Rodríguez, J. (2019). La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en europa. *Cuadernos de Derecho Transaccional* 1 (2019), pp- 8-13.
- Sanjuán, E. (2017). *Valoración de daños en los supuestos antitrust*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sinovas, S. (2014). El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007. *Anuario de la Competencia*. pp 227-237.

- Torre Sustaeta, V. (2016). *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. pp. 180-222.
- Wils, W. (2009). The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. *World Competition* 1, pp. 24-32 24.
- Yanes, P. (2015). *Confidencialidad y clemencia en la "Directiva de Daños": una aproximación*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

Sentencias, resoluciones y procesos

- Autoridad de Competencia Española (2013). *Resolución S/0316/10*. Resolución 25 de marzo de 2013.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. (2016). Causa No. 17811-2016-01271. Sentencia 7 de septiembre de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Proceso No. C-317/12*. Sentencia 24 de octubre de 2012.
- IIAPMAPR (2013). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*. Resolución de 7 de septiembre de 2015.
- (2013a). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*, abierto el 20 de noviembre de 2013
- Juzgado Local de Bonn (2012). *Caso 18.01.2012*. Sentencia 18 de enero de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011). *Caso Bundeswettbewerbsbehörde vs. Donau Chemie AG*. Sentencia 20 de octubre de 2011.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001). *Caso Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan vs. Courage Ltd and Others*. Sentencia 20 de septiembre de 2001.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007). *Caso No. T-474/04*. Sentencia 12 de octubre de 2007.
- Tribunal Contencioso Administrativo. (2018). *Causa No. 09802-2017-00197*. Sentencia 19 de septiembre de 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001). *Caso Pfeleiderer AG vs. Bundeskartellamt*. Sentencia 14 de junio de 2011.
- Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. (2016). *Proceso Contencioso Administrativo No 17811-2016-01271*. Sentencia 13 de julio de 2016.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2006). *Caso Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni*. Sentencia 13 de julio de 2006
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (2016). *Trámite Administrativo SCMP-IG-DES-001-2016*. Resolución de 14 de octubre de 2016.
- Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. (2018). *Causa No. 17204-2018-04143*. Sentencia 3 de octubre de 2018.

Tratados y legislación

- Asamblea Nacional (2005). *Código Civil (CC)*. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Asamblea Nacional (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)*. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011
- SCPM. (2017). *Instructivo de Gestión Procesal Administrativa SCPM-DS-012-2017*. Registro Oficial 998 de 7 de abril de 2017.

SCPM. (2019). *Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención de la multa de un cartel*. Registro Oficial 52 de 02 de octubre de 2019.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

Comisión de las Comunidades Europeas (2005). *Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. 19 de diciembre de 2005.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2020). *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007*. Informe 4 de junio de 2020.

Directiva 2014/104/UE (2014). *Directiva L 349/1 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*. 26 de noviembre de 2014.

European Commission (2009). *Report on Competition Policy 2008*. Bruselas, 23 de julio de 2009.

Secretaría General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2016). *Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Comittee. 7 de abril de 2016.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿NUEVA ERA
COMPLIANCE EN ECUADOR? UN DIÁLOGO CON ESPAÑA
Corporate Criminal Liability: A New Era of Compliance in Ecuador?
A Dialogue with Spain

ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE¹

Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

JOSÉ ROBERTO PAZMIÑO RUIZ²

Universidad Complutense de Madrid, España

Resumen

La reciente modificación de la ley penal ecuatoriana ha generado variadas interpretaciones respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este artículo se plantean diversas cuestiones que deberán ser abordadas por la justicia ecuatoriana en un futuro cercano, tales como el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, su fundamento político-criminal y dogmático, la importancia del *compliance* y, especialmente, su interpretación a la luz de la Constitución. En España ya se han planteado estas cuestiones y el Tribunal Supremo ha sentado doctrina al respecto. Este artículo pretende establecer un diálogo entre las dos jurisdicciones para que la experiencia acumulada de la doctrina y jurisprudencia de ambas pueda ser mutuamente provechosa.

Palabras clave

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de cumplimiento, interpretación constitucional, derecho penal ecuatoriano, derecho penal español.

Abstract

The recent amendment to the Ecuadorian criminal code has generated varied interpretations regarding corporate criminal liability. This paper raises various issues that will have to be addressed by the Ecuadorian justice system in the near future, such as the model of corporate criminal liability, its political-criminal and dogmatic basis, the importance of compliance and, especially, its interpretation in light of the Constitution. In Spain, these issues have already been raised and the Supreme Court has established case law on the subject. This

1 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Consultor académico del despacho Ollé Sesé Abogados. Correo electrónico: alinan@der.uned.es; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1735-3884>.

2 Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Penal económico por la Universidad Rey Juan Carlos. Postgrado en Compliance por la Universidad Carlos III y Pompeu Fabra. Doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: jroberto.pazmino@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0275-2057>.

Agradecimientos a Victoria Pinta por la recolección de la bibliografía ecuatoriana y a Juan Francisco Pozo Torres por sus observaciones.



article aims to establish a dialogue between the two jurisdictions so that their accumulated experience of legal theory and case law can be mutually beneficial.

Keywords

Corporate Criminal Liability, Compliance Programs, Constitutional Interpretation, Ecuatorian Criminal Law, Spanish Criminal Law.

1. Introducción

Desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) de 2014 se ha convertido en lugar común de la doctrina ecuatoriana aceptar que el principio *societas delinquere non potest* ha sido derrumbado por el legislador: la imposibilidad dogmática ha cedido ante la "necesidad" político-criminal³. Voces vanguardistas (Basabe Serrano, 2003) reclamaban además con cierta anterioridad una auténtica responsabilidad *penal* de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) en Ecuador. Por otro lado, la doctrina española en general no ha sido tan proclive a admitir sin reservas esta tendencia político-criminal, debido a la clásica incapacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica como *barrera dogmática infranqueable*, a pesar de que desde el 2010 la RPPJ encuentra acogida en el Código Penal español (en adelante CPe)⁴.

Sea como fuere, Ecuador ha pasado prontamente la etapa del "sí" para enfocarse en el "cómo" de dicha responsabilidad penal. La llamada ley anticorrupción de 2021 que reforma el COIP se enmarca en esta tendencia⁵. En esta reforma se desarrollan los "requisitos mínimos" de los llamados programas de cumplimiento o *compliance*⁶, dotando de contenido a una herramienta que tradicionalmente ha estado alejada del ámbito penal, pero que se configura ahora como un elemento fundamental en la investigación y decisión sobre la RPPJ en el caso concreto.

En España sucedió algo similar. El CPe en 2010 incluyó en su art. 31 bis la RPPJ. En esta primera redacción, el legislador solo se refirió al "debido control" y a su ausencia como un elemento que fundamentaba la RPPJ. Ante las infinitas incógnitas que despertó el término "debido control", el legislador se encargó, en la reforma de 2015, de incluir en el art. 31.bis.5. CPe los contenidos mínimos de un programa de cumplimiento penal y –algo no menos importante– *reconocer* el efecto exoneratorio de la RPPJ en caso de que se hubieran adoptado con carácter *previo* a la comisión del delito modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión (art. 31.bis.2 CPe).

Los paralelos entre la legislación ecuatoriana y española son evidentes⁷. Es más, la legislación española ha sido *fuerza de inspiración directa* para la presidencia en su veto parcial

³ Entre otros, Zavala Egas (2014); Araujo Granda (2014); Zambrano Pasquel (2017); Pozo Torres (2018); Lopez Cobeña (2018).

⁴ Críticos, entre otros, Robles Planas (2011); Gómez Martín (2012); Mir Puig (2015); Gracia Martín (2016).

⁵ Dicho sea de paso, la Ley de Extinción de Dominio de 2021 se diferencia de la RPPJ por su carácter real, dirigido contra bienes y no contra personas (art. 3, inc. 2), y que además solo sería aplicable en los casos en que una persona jurídica esté involucrada en delitos como cohecho activo (art. 280 COIP), lavado de activos (art. 317 COIP) o trata de personas (art. 91 COIP), al ser estos los únicos delitos dentro del catálogo *numerus clausus* de RPPJ en el COIP que además se encuentran incluidos en la definición de "actividad ilícita" de la Ley de Extinción de Dominio (art. 7 a).

⁶ Con pretensiones de exhaustividad, el COIP se refiere a "sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión" (arts. 45.7.d), 49).

⁷ Desde el enfoque español, Fernández Teruelo (2020, p. 214); desde el ecuatoriano, Lopez Cobeña (2018, p. 94). El infome para primer debate del Proyecto de COIP advertía que las disposiciones eran "transcripciones incipientes del Código Penal español" (2012, p. 22).

a la ley anticorrupción (Presidencia del Ecuador, 2021, p. 1). Por lo tanto, la importancia para Ecuador de mantener un diálogo con España resulta fructífera: un país que se enmarca en similar tradición jurídica y que va afrontando por once años los problemas teóricos y prácticos de la implementación de esta institución. Quizás los errores que se han cometido en España, y que comentaremos en este artículo, sirvan para evitar que Ecuador incurra en los mismos.

2. Contexto internacional

Más allá de que en el debate europeo-continental la RPPJ sea vista como uno de los temas estrella de la política criminal de comienzos del siglo XXI (Nieto Martín, 2008, p. 37)⁸, el COIP de 2014 ha omitido referencia expresa a las razones o a cualquier normativa internacional que motive la incorporación de una RPPJ⁹. En todo caso, Ecuador se suma así a la –supuesta– "marcha triunfal del modelo penal" de responsabilidad de las personas jurídicas que sigue acechando a la comunidad internacional (Schünemann, 2014, p. 12).

Al parecer, las *recomendaciones* GAFI habrían sido el catalizador de este nuevo régimen en el COIP (así: Páez Bimos, 2017, p. 13): la recomendación 2 advertía –de manera vacilante– que la legislación ecuatoriana "no establece la imputación penal directa de las personas jurídicas" en el delito de lavado de activos, pero "están contempladas sanciones penales subsidiarias a las empresas, inclusive la posibilidad de extinción de la persona jurídica que sea condenada por lavado de activos" (GAFISUD, 2011, pp. 45 s.); esto para finalizar con una calificación "MC" (mayoritariamente cumplido), en la que se concluye que la legislación ecuatoriana permite "la aplicación de sanciones penales eficaces", pero el ámbito "se restringe a las personas jurídicas creadas para el cometimiento del delito de lavado de activos" (pp. 56, 319). Sea como fuere, ampliar la aplicación de las "sanciones penales eficaces" a personas jurídicas *en supuestos de lavado de activos* no significa instaurar un *régimen general* de responsabilidad penal para estas, que fue lo que ocurrió en 2014 (vid. nota 9).

Por otro lado, la ley anticorrupción 2021 tomó expresamente en consideración dos normativas internacionales (último considerando). En lo relevante, el art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción implica tres cuestiones para Ecuador. a) Que cada Estado podrá adoptar *según sus principios jurídicos* entre una responsabilidad penal, civil, o administrativa de las personas jurídicas (art. 26.2): esto significa que la adopción de una responsabilidad *penal* fue una *decisión político-criminal* y no un compromiso internacional. Ecuador pudo haber escogido, con sujeción a sus principios jurídicos (léase: *societas delinquere non potest*), entre una responsabilidad civil o administrativa, pero optó por la penal¹⁰. b) Que la responsabilidad de la persona jurídica es *acumulativa* a la de la persona física (art. 26.3): esto se cumple a través de los arts. 49 inc. 2 y 50 COIP. c) Que las sanciones deben ser

⁸ Para otros, un "zombi político-criminal" (Schünemann, 2014).

⁹ En los textos pre-legislativos se puede advertir una referencia genérica al marco internacional "que se ha tomado en cuenta" (vid. Informe 1º debate COIP, 2012, pp. 1-30).

¹⁰ Cláusula por lo demás recurrente en la normativa internacional; vid. un dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador (027-13-DTI-CC): "Si bien existen Estados que, en sus ordenamientos jurídicos, han adoptado el principio *societas delinquere potest*, la norma convencional no impone la obligación de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de los delitos tipificados en el artículo 1, [...] sino que esta medida es optativa ('podrán') y 'de conformidad con sus principios jurídicos nacionales'" (2013, pp. 24 s.); y expresamente el comentario de la OCDE al art. 2 sobre la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales: "En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales; no deberá requerirse a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal" (1997, p. 15).

"eficaces, proporcionadas y disuasivas", incluyendo sanciones monetarias (art. 26.4): ¿cumple con esto Ecuador? (vid. *infra*).

Por lo visto, la ocasión de la reforma legislativa se debió a algo más concreto: el deseo del Gobierno de mantener contento a su acreedor internacional. Durante la pandemia, el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) aprobó un acuerdo con Ecuador en el cual permitía un desembolso inmediato de aprox. 30% del valor total (FMI, 2020b); el resto estaría sujeto a revisiones periódicas (2020a, p. 23). Uno de los temas incluidos (*selling points*) por Ecuador en su carta de intención fue precisamente la ley anti-corrupción (FMI, 2020a, p. 87).

3. Contexto nacional

Dentro del debate nacional conviven posiciones descriptivo-expositivas del régimen de RPPJ en Ecuador y posturas en contra¹¹. Por otro lado, la literatura especializada se encuentra dividida respecto al modelo de responsabilidad seguido por el COIP: ¿responde la persona jurídica por lo realizado por ella (hecho propio) o por lo que hicieron sus miembros (hechos ajenos)? En otras palabras, ¿se sigue un modelo de auto- o de heterorresponsabilidad?

Los que interpretan el modelo como de heterorresponsabilidad –también llamado vicarial, por transferencia, etc.– se basan en la rigurosa *literalidad* del art. 49: la empresa es responsable por los "delitos cometidos" / "acción u omisión" de las personas físicas ahí descritas; esto es, a la persona jurídica se le *transfiere* la responsabilidad de la persona física con tal que cumpla con los demás requisitos de conexión (esencialmente, el criterio del beneficio)¹².

Los que defienden un modelo de autorresponsabilidad –también de responsabilidad propia, etc.– se basan mayoritariamente en una *interpretación constitucional* del precepto: la persona jurídica debe responder no por los hechos de otro (persona física), sino por una conducta propia (principio de culpabilidad)¹³. Como construcción dogmática común se recurre al *defecto de organización*¹⁴ como la conducta atribuible a la persona jurídica: esta responde por no organizarse adecuadamente de manera que haya facilitado o incentivado la comisión de delitos en su beneficio por parte de sus miembros. En pocas palabras, la persona jurídica responde por una infracción del deber de control.

Este debate doctrinal es muy similar al que se sigue produciendo en España, aunque las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante STS) sobre el particular se inclinan por un modelo de RPPJ que respete el *principio de culpabilidad*, limitando los intentos de la fiscalía española de deslizarse hacia un modelo vicarial. Y es que, si España y Ecuador han optado por incorporar una RPPJ, lo que no cabe es aplicar formas de responsabilidad por transferencia sin más –por la acción u omisión de otro– que está prohibido en el ámbito del derecho penal a causa del principio de culpabilidad (vid. *infra*).

En España, tras la reforma de 2015, la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) publicó la Circular 1/2016¹⁵ donde se inclinaba por una responsabilidad vicarial, pues

¹¹ En general, vid. García Falconí (2014, pp. 423-436; hay 2ª ed.); Albán Gómez (2015, pp. 103-108, 261 s.). En contra: Rodríguez Moreno (2020, pp. 238-245); Encalada Hidalgo (2014, pp. 33 s., 36-39).

¹² Así, vid. López Cobeña (2018, pp. 105 s., 130); Pacheco (2019, pp. 189 s., 217); Mila (2020, pp. 154 s.).

¹³ Así, vid. Zavala Egas (2014, pp. 82-93); Raza Castañeda (2016, pp. 240-247); Pozo Torres (2018, pp. 76-92). Similar: Araujo Granda (2014, pp. 76-80); García Falconí y Alba Zurita (2017, pp. 375 s., 393 s.); Páez Bimos (2017, p. 8; 2021, p. 114); Araujo Correa et al (2019, p. 292); Zambrano Pasquel (2021, *passim*).

¹⁴ Introducido en 1988 en la discusión alemana por Tiedemann (cfr. 1996, p. 116; 2010, párr. 244a).

¹⁵ Las circulares de la FGE no tienen naturaleza jurisdiccional y no vinculan a los jueces, pero sirven como *pautas interpretativas* que han de seguir los fiscales en su actuación profesional.

obviamente es más fácil de usar para la acusación, ya que con demostrar la responsabilidad de la persona física, la de la persona jurídica le sigue *en cadena* si concurren los elementos de atribución (el beneficio, el cargo y el actuar en el ámbito de la actividad empresarial); aunque también se reconocía en la citada Circular el valor *exoneratorio* del *compliance ex ante*, por lo que introdujo un matiz importante en dicha interpretación.

Por el contrario, el Tribunal Supremo español desde una sentencia *precursora* exigía el respeto a los principios irrenunciables del Derecho penal (como el principio de culpabilidad) en materia de RPPJ¹⁶. La tendencia ha sido interpretar que la responsabilidad de la persona jurídica deviene de una conducta *propia* –distinta de la de la persona física–, utilizando la teoría del defecto de organización como fundamento de su responsabilidad¹⁷. En este sentido, la STS 221/2016, de 16 de marzo, recuerda a la fiscalía que:

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad (Tribunal Supremo español, 2016, p. 35).

3.1. Pronunciamientos jurisdiccionales en Ecuador

Uno de los primeros pronunciamientos de las altas esferas jurisdiccionales después de instaurada la RPPJ en Ecuador fue una sentencia de la Corte Constitucional de 2018 (001-18-SIN-CC)¹⁸. En ella se discutía la constitucionalidad por reserva de ley del régimen del art. 49 del COIP y violación del principio de igualdad al excluirse a las personas jurídicas de derecho público del régimen de responsabilidad penal. La Corte negó la inconstitucionalidad (p. 22). En lo relevante, la sentencia afirma que las personas jurídicas de derecho privado “nacen a partir de la voluntad de sus asociados”, con fines de lucro (a excepción de las asociaciones y fundaciones) y “a efectos de dedicarse a una actividad –civil o mercantil– que en último persigue un beneficio de los asociados”¹⁹; mientras que las de derecho público nacen de la Constitución, la ley o de un acto del poder público “destinadas a satisfacer las necesidades del interés general, a través del ejercicio de la administración pública” (p. 20). Por ello, solo las personas jurídicas de derecho privado “pueden ser constituidas o utilizadas con el objeto de perpetrar una infracción”; en cambio, en las de derecho público implicaría que el propio Estado se autoimponga una sanción (el Estado no ejerce el *ius puniendi* contra sí mismo), lo cual resulta incompatible con la finalidad de satisfacer el interés general (pp. 21 s.).

¹⁶ STS 514/2015, de 2 de septiembre: “[...] ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

¹⁷ Sobre esto, vid. SSTs: 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo; 827/2016, de 3 de noviembre; 121/2017, de 23 de febrero; 260/2017, de 6 de abril; 455/2017, de 21 de junio de 2017; 583/2017, de 19 de julio; 668/2017, de 11 de octubre de 2017.

¹⁸ Anterior al COIP: 027-13-DTI-CC (pp. 5-23).

¹⁹ Puede ser esta la razón por la cual el COIP equipara el beneficio propio de la empresa con la de sus asociados, mas si se intenta beneficiar a un tercero se excluye la responsabilidad (art. 49 últ. inc.).

Interesante de cara a una *interpretación teleológica*, la Corte afirma que el régimen de RPPJ "persigue un fin constitucionalmente válido", a saber:

[...] tutelar los derechos catalogados como bienes jurídicos protegidos; garantizar la reparación integral de las víctimas a través de la sanción a los responsables –personas naturales y jurídicas–; y, evitar la impunidad a través del desarrollo del proceso penal como medio para la realización de la justicia [...] (2018, p. 21)

Hasta donde se ve, la Corte Nacional de Justicia no se ha pronunciado al respecto. Empero, no ha sido por falta de oportunidad, ej.: juicio n° 17282-2017-03592²⁰. En primera instancia, se condena como autora directa (art. 42.1.a) COIP) de defraudación tributaria tanto a la persona física (gerente) como a la jurídica, a esta última sin motivación alguna. En apelación, se ratifica la inocencia de ambas y se corrige al tribunal *a quo* al afirmar que la autoría directa solo puede atribuirse "por definición conceptual" a una persona física; en cambio, a la persona jurídica le es de aplicación el régimen del art. 49 COIP, pues la participación de estas "deriva del beneficio otorgado por esa persona natural" (Corte Provincial de Pichincha, 2019, p. 8). Se niega la casación a la acusación particular (SRI), mas la Corte Nacional no se pronuncia sobre dicho régimen.

4. Propuesta de interpretación

Es cierto que una lectura sin *preconcepciones interpretativas* del art. 49 COIP sugiere que el legislador ecuatoriano ha optado por un modelo vicarial²¹, ya que la RPPJ surge de la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas ahí indicadas, sin que se contemple la posibilidad de eximir a la persona jurídica si hubo un delito en su beneficio; empero, no es menos cierto que también conviven rasgos del modelo de autorresponsabilidad (vid. *infra*).

En todo caso, cualquier interpretación en materia penal debe realizarse "en el sentido que más se ajuste a la Constitución" (art. 13.1 COIP; también, Zavala Egas, 2014, p. 70). Además de que cualquier modelo de RPPJ debe ser *coherente* con la finalidad político-criminal que persiga el Estado con la implementación de esta institución.

A continuación, se desarrollarán estos argumentos que desembocan en la defensa de un modelo *mixto tendiente a la autorresponsabilidad* (o modelo de *autorresponsabilidad mínima*) por estar en mejores condiciones no solo para responder a los desafíos constitucionales en Ecuador con fundamento en los principios del derecho penal –sobre todo por la *excesiva severidad* de las penas aplicables a la persona jurídica y la falta de una exclusión expresa de responsabilidad– sino también porque un modelo así es más aconsejable político-criminalmente.

4.1. Argumento político-criminal –económico–

[...] el cumplimiento de la ley, mediante la adopción trascendental de una legislación anti-corrupción antes de fin de año, protegería las arcas públicas, catalizaría la inversión privada, promovería la creación de empleo e impulsaría el potencial de crecimiento. (FMI, 2020b, Comunicado de Prensa n° 20/302)

²⁰ Sobre la praxis comentan críticamente Páez Bimos (2017, p. 7) y Zambrano Pasquel (2021, pp. 8 s.).

²¹ En el debate español, Silva Sánchez (2016, pp. 331 ss.); similar, Pozo Torres (2018, pp. 76 ss.).

Si Ecuador ha llegado a un acuerdo con el FMI para *reactivar la economía* (vid. *supra*), ¿estaría fomentando dicho fin si la sanción penal *predilecta* para las empresas es la extinción/disolución + multa (según el cómputo de la parte especial)? ¿no será un *exceso* sancionar tan severamente a la persona jurídica sin que esta pueda alegar un debido control? ¿se ha tenido en cuenta a los trabajadores/directivos que no cometieron el delito y que se verán perjudicados por el cierre de la empresa? Una de las lecciones más importantes sobre ello nos lo ofrece el caso Enron, que provocó la quiebra tanto de la empresa como de la auditora Arthur Andersen (una de las cinco grandes a nivel mundial); miles de personas se quedaron sin trabajo. A partir de ese momento, en EE. UU. se abrió una tercera vía para tomar en cuenta –entre otros– el daño a terceros inocentes: se daba preferencia a los acuerdos de no persecución o de persecución diferida (*Non-/Deferred Prosecution Agreement*) con la Fiscalía en supuestos de RPPJ²².

Dos son los problemas político-criminales de un modelo como el vicarial que no toma en cuenta la conducta empresarial y pone el foco únicamente en la comisión del delito individual: a) a veces no es fácil *individualizar* a la persona física que cometió del delito; b) provoca que la empresa trate de *ocultar* el delito individual, pues sabe que no tiene otra defensa posible (Nieto Martín, 2015, pp. 112-117). En suma, en el modelo vicarial, la suerte de la persona física y jurídica van de la mano, lo cual genera que la empresa tenga poco interés en adoptar un programa de cumplimiento: ¿cuál es el *incentivo* para instaurar un *compliance* si se va a responsabilizar *de todos modos* a la empresa? Un programa de cumplimiento idóneo no es sinónimo de prevención absoluta, sino de una *prevención razonable* de delitos. En definitiva, el riesgo cero de incumplimiento empresarial no existe y es imposible prever los distintos factores que pueden provocar la comisión de un delito por una persona física. Lo más que puede hacer la persona jurídica es identificar los focos de peligro de su actividad y controlar que estos se mantengan dentro del riesgo permitido.

Otro problema práctico: ¿son las sanciones penales contra empresas *eficaces, proporcionadas y disuasivas* (locución internacional recurrente)? La frase interpela a que las sanciones deban concretarse en plano material (aplicarse), guarden relación con la gravedad de la infracción, y desalienten o cambien el comportamiento futuro de sus destinatarios. Si bien los Estados tienen un amplio margen para plasmar la normativa internacional en su ordenamiento interno, es dudoso que el COIP cumpla desde su literalidad con alguna de estas características. a) Las sanciones no son *eficaces*, debido a que en la mayoría de los casos los jueces deberán decidir entre dos grandes extremos: la extinción/disolución + multa o la inocencia de la empresa, lo cual genera mayores reparos en su aplicación judicial²³. b) Debido a este *todo o nada*, las sanciones tampoco son *proporcionales* –a excepción de la multa y *prima facie* la clausura²⁴–: no importa si se trata de una empresa criminal, promedio (neutral) o con

²² Vid. más en detalle Koehler (2015, pp. 500-515); Villegas García (2015, pp. 315-326); Sun Beale (2016).

²³ Incluso cuando Ecuador juegue con otra variable relevante en la praxis: el aparente desconocimiento del nuevo régimen (cfr. nota 19) hace que por un lado se generen automatismos en la RPPJ (sanción "sí o sí" a la empresa) y por otro que decaigan acusaciones por violaciones burdas a la normativa sustantiva o procesal. En definitiva, todo depende de quién se beneficie de ese desconocimiento.

²⁴ Cfr. art. 71.3. COIP: "Clausura temporal o definitiva [...], según la gravedad de la infracción o del daño causado". Empero, no es el juez quien decide, sino que el legislador ha decidido *previamente* la sanción de cada delito en concreto (concuera, Araujo Granda, 2014, p. 89). Por ello, hubiese sido preferible que la clausura –al igual que la extinción, etc.– sea una de las sanciones *facultativas* a imponer por el juez dependiendo de su *necesidad* en el caso particular (similar al caso español: art. 66 bis. CPe).

En los casos en que se deba imponer una clausura *temporal* como sanción y no se fije un límite de tiempo (arts. 218, 258.1. y 2. COIP), esta no debería exceder la pena de prisión de la persona física (siguiendo el criterio del art. 247 penúltimo inc.). Con todo, una *sanción indeterminada* como esta difícilmente respeta la *nulla poena sine lege certa* (prohibición de sanciones penales indeterminadas: arts. 54 COIP, 76.3. CRE).

una "cultura ética", si se cometió un delito en su beneficio por una de las personas vinculadas a la empresa, responderán todas *de la misma manera* –incluso si hay atenuantes–, pues ¿cómo se *modulará* una extinción/disolución?²⁵ c) A consecuencia de lo anterior, las sanciones tampoco son *disuasivas*: a la empresa "le sale lo mismo" intentar prevenir delitos que no hacerlo, contar con un programa de cumplimiento que no tenerlo. En definitiva, no se fomentaría un cambio de comportamiento en el ámbito empresarial ecuatoriano²⁶.

Desde Beccaria conocemos que los delitos no se previenen endureciendo las penas, sino asegurando su pronta detección y castigo. En el caso de Ecuador, la severidad debido a la falta de modulación de las sanciones empresariales, acompañada de la ausencia expresa de una causa de exclusión de responsabilidad que pueda alegar la persona jurídica generarán con toda seguridad *disfunciones* en la práctica. Por ello, es necesaria una interpretación *correctiva* a la luz de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) del régimen de RPPJ que la convierta en *operativa*. A continuación, se dará ese marco de fundamentación.

4.2. Argumento constitucional

[...] la doctrina de la responsabilidad penal exclusiva de personas naturales va perdiendo su carácter de dogma y, por el contrario, se abre paso la corriente que demanda el establecimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero en consideración a conductas o actuaciones que puedan ser atribuibles a aquellas, en virtud de su gestión [...] (Corte Constitucional del Ecuador, 2013, 027-13-DTI-CC, p. 24).

Otro de los inconvenientes que acarrea el modelo vicarial es su acusación de incompatibilidad con la Constitución. En Ecuador la crítica se ha centrado en la vulneración al principio de culpabilidad²⁷ en su manifestación de responsabilidad por el hecho propio. Es decir, en el derecho penal ecuatoriano, la responsabilidad de unos (persona física) no la pueden pagar otros (persona jurídica): la responsabilidad penal es *personal* y como consecuencia de lo que cada uno hace/omite. Además, el sancionar *automáticamente* a la persona jurídica cuando la física comete un delito crea una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpabilidad que es incompatible igualmente con el principio de culpabilidad (exigencia de responsabilidad subjetiva) y –en el plano procesal– con la presunción de inocencia (art. 76.2 CRE). Por último, si el delito de la persona física es lo que genera tanto la responsabilidad de aquella como de la persona jurídica, se estaría vulnerando el *non bis in idem*²⁸.

En España este debate ya se llevó a cabo, y dado que compartimos tanto los principios orientadores del derecho penal de tradicional europeo-continental y la presunción de

²⁵ Vid. *infra* nuestra interpretación *correctiva* para hacer efectivas las atenuantes.

²⁶ La variable se complica aún más en Ecuador debido a la *escasa difusión* de la RPPJ más allá de los círculos académicos: según un muestreo, los empresarios desconocen o yerran sobre la normativa, sobre todo respecto al *compliance* (cfr. Suqui Romero et al., 2018, p. 93).

²⁷ Derivado de los arts. 66.29.a), 66.5 CRE, y con cierto anclaje en la jurisprudencia constitucional, ej.: 027-13-DTI-CC, p. 24; 14-15-CN/19 (nº 20 s.); sobre las manifestaciones ("subprincipios") del principio de culpabilidad, vid. 034-10-SEP-CC, pp. 19 s.

²⁸ Arts. 76.7.i) CRE, 5.9. COIP; Zavala Egas (2014, p. 85). Incluso sería cuestionable aplicar la RPPJ a pequeñas empresas (con escasa complejidad; aparte de la informalidad de la economía ecuatoriana), pues más allá del recurso formal a la diferente identidad de sujetos (física y jurídica), el sancionar a una persona jurídica de pequeñas dimensiones muchas veces equivale a *sancionar de nuevo* a las físicas que delinquieron. Ahora, la reforma ha incluido expresamente a las PYMES como destinatarias de la atenuante de *compliance* (art. 45.7.d) COIP); crítico además por los altos costos de implementación, Zambrano Pasquel (2021, p. 42).

inocencia como garantía básica del proceso penal, interesa la reflexión que sobre el particular llevó a cabo la STS 261/2016, de 16 de marzo:

La Sala no puede identificarse [...] con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo [...]. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado. (Tribunal Supremo español, 2016, p. 34)

Por ello, consideramos fundamental llegar a un *consenso constitucional mínimo*: si la persona jurídica no puede responder de manera absoluta/automática en derecho penal (prohibición de responsabilidad objetiva), entonces se le debe otorgar a esta una posibilidad de *defensa razonable* por una actuación que pudo controlar –en el "nosotros" empresarial–. Así, los partidarios del modelo de autorresponsabilidad ahuyentan al fantasma de la inconstitucionalidad *construyendo* una actuación propia de la persona jurídica: el defecto de organización. Ergo, lo que genera la RPPJ es la mala organización empresarial que *no impida o dificulte* los delitos de sus miembros cometidos en su beneficio.

Otorgar una defensa posible a la persona jurídica es además imprescindible, ya que la sanción predilecta del COIP es la extinción/disolución –más multa– (pena de muerte empresarial), la sanción más severa para una empresa que participa del tráfico jurídico con normalidad, y que incluso es difícilmente compatible con la finalidad de la pena en Ecuador (art. 52 COIP). Este *punitivismo máximo* que se desprende de la desproporción entre la extinción/disolución y la libertad de empresa²⁹ (art. 66.15 CRE) debe ser restringida con una interpretación conforme a la Constitución (art. 13.1 COIP) que la reserve para los casos *más graves*³⁰: a mayor gravedad de la sanción, mayores garantías sustantivas y procesales. Esto tiene como consecuencia que si la persona jurídica se beneficia *así sea* de una atenuante, sería inconstitucional aplicar la extinción/disolución por vulnerar el principio de proporcionalidad sancionatoria (art. 76.6 CRE)³¹, pues el art. 54 COIP exige al juez *individualizar* la pena observando –entre otras– las circunstancias atenuantes. Después de todo, la razón de ser del principio de legalidad no es contraria a una interpretación como esta que beneficie al reo (cfr. *a contrario* arts. 13.3., 53 COIP).

Según este enfoque constitucional, se propone a continuación una *solución conciliadora* sobre el conflicto entre modelos de RPPJ en Ecuador.

²⁹ Así Schünemann (2014, pp. 16 s.) sobre un proyecto de ley de RPPJ del Land Nordrhein-Westfalen; en general, Roxin/Greco (2020, § 8 párr. 58-63d).

³⁰ Vid. en Ávila Santamaría (2007) cómo los jueces penales están llamados a emplear principios constitucionales cuando la aplicación de la ley penal lleve a un resultado injusto.

³¹ *Mutatis mutandis y a fortiori*: 025-16-SIN-CC (pp. 9-15).

4.3. ¿Auto- o heterorresponsabilidad?: ¿el vaso medio lleno o medio vacío?

Ya apuntaba Nieto Martín en 2008 que la clasificación entre uno u otro sistema de RPPJ no tiene que ver con “modelos expresamente positivizados, sino con ideales reguladores” (p. 87). Ningún ordenamiento jurídico suele constar con un modelo en *estado puro*, sino que existe una *tendencia hacia ellos* (modelos mixtos). Todos los modelos legislativos en realidad tienen elementos que provienen del sistema vicarial y otros que los aproximan al de autorresponsabilidad.

¿Cuáles son esos elementos de cada modelo en Ecuador? Una característica innegable del modelo vicarial en el sistema ecuatoriano es la exigencia del cometimiento de un delito por parte de las personas físicas descritas en el art. 49 inc. 1 COIP. Igualmente, rasgos del modelo de autorresponsabilidad son que el art. 49 inc. 2 declara que la RPPJ es *independiente* de la responsabilidad de la persona física que intervenga en el delito, y que el art. 50 establezca que la RPPJ no se *extingue ni modifica* cuando haya concurrencia de responsabilidad con la persona física, incluso en los casos en que haya “circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia”, o porque se extingue la responsabilidad de las personas físicas, o se dicte sobreseimiento³². Además, si admitiésemos que en Ecuador rige un sistema vicarial sin más, tendríamos que aceptar que en los casos en que exista ausencia de culpabilidad en la persona física, no se podría castigar a la persona jurídica, pues ¿qué culpabilidad se puede transferir en estos casos?

En España, tras de una *lucha entre modelos*, voces en la academia abogan por una superación de esta distinción (Cigüela Sola y Ortiz de Urbina Gimeno, 2020, pp. 77 s.). ¿Debería aprender de esto Ecuador? ¿Por qué gastar ríos de tinta en una distinción que en lo esencial no ha rendido frutos en otros países, sino que ha servido para polarizar opiniones que en realidad tienen más en común de lo que parece?

En este sentido, el debate ecuatoriano sobre el modelo a seguir se desvanece cuando la mayoría de los que interpretan de *lege lata* un modelo vicarial de *lege ferenda* abogan por uno de autorresponsabilidad (López Cobeña, 2018, pp. 106 s.; Pacheco, 2019, pp. 203, 218). Un consenso saludable pasaría por patrocinar una interpretación constitucional del modelo y que además siga siendo preferible una *previsión expresa* sobre la exclusión de responsabilidad en aras a la seguridad jurídica³³.

La *autorresponsabilidad mínima* defiende una interpretación constitucional del art. 49 COIP que *impida* la transferencia de responsabilidad penal de manera objetiva de una persona física a una persona jurídica. Así, el fundamento de la RPPJ (su “delito corporativo”) reside en que esta haya permitido o fomentado la comisión de delitos individuales en

³² Advertía la dicotomía ya Pozo Torres (2018, pp. 78 s.); Pazmiño Ruiz y Pozo Torres (2019, p. 103).

La cláusula de “inextinción” de responsabilidad en Ecuador (art. 50 inc. 2 COIP) es ambivalente: que no se extinga la RPPJ en casos de fusión, etc. no quiere decir *necesariamente* que la responsabilidad se *traslade* a la otra entidad —como sí se desprende del art. 130.2. CPe—. Acorde con un modelo de autorresponsabilidad mínima (vid. *infra*), se propone que en estos casos se atienda a la *debida diligencia* de la entidad: ej., en la fusión, si se cumplió con el *deber de cuidado* en los procedimientos de *due diligence*, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad (en España, Ortiz de Urbina Gimeno, 2017, p. 265), máxime si el COIP la exige como uno de los requisitos de *compliance* (art. 49.11.), pues interpretarla como responsabilidad objetiva/automática en estos casos traería consigo *graves consecuencias prácticas*: una parálisis del mercado debido a una suerte de “ruleta rusa penal” que le obliga a la otra empresa a asumir la responsabilidad por un delito que no ha cometido uno sus miembros. En los casos de disolución/liquidación aparente (para eludir la pena) se deberá atender no a la forma jurídica sino a la *realidad económica/empresarial* de la entidad (similar al criterio del art. 298 trasantepenúlt. inc. COIP), esto es, a su *continuidad de la actividad*; igual en la transformación: lo que importa no es el cambio formal sino la realidad material; similar en la escisión: las entidades resultantes no son sino una *división* de la realidad económica de la entidad infractora (en España, Dopico Gómez-Aller, 2010, pp. 36 s.).

³³ Similar a lo ya previstos por el pre-legislador (vid. informe 1º y 2º debate, ley anticorrupción).

su beneficio. Con ello, el *mensaje constitucional* que se traslada a la empresa a través de una interpretación correctiva de la legislación penal es: organízate bien para que los tuyos no delincan en tu beneficio.

Luego, si la empresa adopta medidas idóneas de prevención y control *ex ante* para intentar evitar que se cometan delitos, no debería tener responsabilidad penal si uno de sus empleados, agentes, directivos, etc. comete un delito en su beneficio en el ámbito empresarial, pues –en este caso– la persona física ha delinquido eludiendo las medidas de control implementadas por la persona jurídica *precisamente* para impedir el delito (demostraría su "debido control"). En este sentido, la persona física con su actuación delictiva no compromete a la organización empresarial, sino que ha intervenido como una suerte de tercero (*outsider*) que ha cometido un delito *a pesar* de que la empresa estaba bien organizada. En suma, no ha habido un defecto de organización.

La mera *literalidad* del art. 49 COIP es *perjudicial* para el orden constitucional ecuatoriano. Por ello es necesario una interpretación teleológica que concilie la finalidad político-criminal de la RPPJ con los principios irrenunciables del derecho penal que –como vimos– se desprenden de la Constitución ecuatoriana. Si la RPPJ, según la Corte Constitucional, tiene como objetivo "constitucionalmente válido" tutelar bienes jurídicos, garantizar la reparación integral sancionando tanto a personas físicas como jurídicas, y evitar la impunidad (001-18-SIN-CC, p. 21), estos fines no pueden ser alcanzados vulnerando las garantías constitucionales del derecho penal. Desde Roxin (1973, p. 40 y *passim*) conocemos con claridad que el derecho penal es más bien el instrumento por el cual los objetivos de política-criminal se convierten en la forma concreta de aplicación de la ley. En definitiva, el derecho penal de la persona jurídica debe *acercar a la realidad* los objetivos de política-criminal de la RPPJ. A ello se ha dedicado esta interpretación.

5. Atenuantes y agravante

La reforma ha introducido en el COIP cuatro circunstancias atenuantes de la RPPJ (art. 45.7.a-d) y una agravante (art. 47.21.). Las atenuantes tienen en común el ser posteriores al delito (*ex post facto*), excepto la de *compliance*. Para la rebaja de pena (reducción en un tercio del mínimo) sigue siendo necesaria la concurrencia de dos atenuantes y ninguna agravante según las reglas generales (art. 44). Antes de la reforma se propuso que en los casos en que hubiese una única atenuante se debería aplicar *al menos* la pena mínima prevista como una especie de atenuante incompleta³⁴. Ahora, y como se expuso *supra*, cuando estemos frente a la "pena de muerte empresarial", por naturaleza *inmodulable* (todo o nada), la concurrencia así sea de una atenuante *negaría su aplicación* por respeto al principio de proporcionalidad sancionatoria (art. 76.6. CRE) y la exigencia de individualización de la pena judicial (art. 54 COIP). Solo así se puede corregir esta desproporción *evidente* y convertir en operativas las siguientes atenuantes.

La primera atenuante es la *denuncia o confesión* espontánea del delito. La espontaneidad debe entenderse de manera *objetiva*, sin atender a los motivos latentes (imposibles en la persona jurídica). La equiparación denuncia/confesión puede interpretarse como un rasgo más del modelo de autorresponsabilidad: si la responsabilidad de la persona jurídica es *propia*, esta puede o bien denunciar el delito cometido por la persona física o bien confesar su defecto de organización. Con la denuncia, la persona jurídica se intenta apartar del delito individual ("ella lo hizo, yo estaba bien organizada"). Con la confesión la persona jurídica reconoce su

³⁴ Vid. Pazmiño Ruiz y Pozo Torres (2019, pp. 116 s.). Incluso cabe preguntarse ¿por qué no rebajarla en un sexto (la mitad)?

intervención en el delito ("estaba mal organizada"). En ambos casos, lo normal es que se siga una investigación para ambas, pues un presupuesto de la RPPJ es el delito individual.

Se exige además que la denuncia/confesión sea antes o durante la instrucción fiscal, siempre que la persona jurídica "no haya conocido formalmente sobre su inicio". Pues bien, la única forma de que una persona jurídica no haya sido notificada ("conocido formalmente") con la formulación de cargos sobre el inicio de la instrucción (art. 594.7 COIP) es si el fiscal durante esta etapa solicita *vincular* a otra/s persona/s jurídica/s (art. 593 COIP). En definitiva, la persona jurídica puede denunciar/confesar hasta antes de que tenga conocimiento formal de que se haya *instruido* un procedimiento penal en su contra.

La segunda atenuante es la *colaboración* con la investigación aportando elementos/pruebas nuevas y decisivas inclusive durante la etapa de juicio. Estos elementos/pruebas (art. 454.1 COIP) deben ser a la vez *novedosas y esenciales* para el esclarecimiento de los hechos o la determinación de su relevancia jurídica. Una *confesión posterior* a la instrucción fiscal puede, empero, ser una prueba decisiva, excepto que ya exista prueba de cargo suficiente. Tampoco hay motivos para no aplicar la atenuante "trascendental" por colaboración (art. 46 COIP) a la persona jurídica cuando se cumplan sus requisitos, ni para que no se beneficie de una cooperación eficaz (art. 491 COIP).

La tercera atenuante es la *reparación integral* de los daños producidos por el delito antes de la etapa de juicio. Esto remite implícitamente al capítulo sobre la reparación integral, especialmente respecto a su finalidad y los mecanismos *no excluyentes* de reparación (arts. 77 s. COIP). La *disminución del daño* (especie de reparación parcial) no se encuentra prevista dentro de las atenuantes para la persona jurídica, empero, no hay motivos para no aplicar la atenuante genérica (art. 45.3 COIP) interpretada objetivamente.

La última atenuante es haber implementado un programa de cumplimiento antes del delito, esto es, como *instrumento preventivo*. Se exige que el *compliance* esté a cargo o bien de un departamento/órgano autónomo en personas jurídicas de "mayor dimensión" o bien de una persona responsable en el caso de las PYMES (vid. n. 29), y que su *funcionamiento* se incorpore en todos los niveles de la organización. La persona a cargo del programa de cumplimiento es denominada comúnmente como *compliance officer* o encargado/oficial de cumplimiento (art. 49.9 COIP)³⁵.

La reforma también ha incluido una agravante *mixta alternativa* para la persona jurídica. Esto significa que de las tres posibilidades *basta con una* para cumplir con la agravante. La primera alude a la *reincidencia* y por ello se remite implícitamente al art. 57 COIP. La segunda es *valerse* de otras personas jurídicas para cometer el delito. El valerse indica que la persona jurídica debe aprovecharse *fraudulentamente* de cierta situación (cfr. art. 42.1.b) COIP) respecto de las *otras* personas jurídicas que utiliza como instrumento *con el fin* de cometer un delito del catálogo de RPPJ. De la misma forma debe ser interpretada la última posibilidad de la agravante: la persona jurídica debe aprovecharse *fraudulentamente* de la normativa vigente para evadir su responsabilidad en el delito. Esto reafirma –y agrava– la cláusula de inextinción de RPPJ en los casos en que la persona jurídica se aproveche de cualquier *subterfugio societario* para evadir su responsabilidad (vid. nota 32).

6. El *compliance* penal en Ecuador

Los programas de cumplimiento penal se han incorporado al COIP tras la reforma. El art. 49.1. al 11. enumera los "requisitos mínimos" que debe contener este *compliance*, "sin per-

³⁵ Sobre el *compliance officer* vid. Liñán Lafuente (2019); Pozo Torres (2020); con referencia al COIP, Cuenca Noboa et al (2019, pp. 279 s.).

juicio de las disposiciones del Reglamento" y de "otras normas específicas". La frase "sin perjuicio" debe ser entendida en el sentido de que la normativa posterior *pueda desarrollar* estos mismos requisitos, pues si una norma extrapenal exige *otros* elementos de *compliance* que los mencionados en el COIP, sería inconstitucional por violación al principio de legalidad penal³⁶, debido a que esta remisión no sería para "integrar" (complementar) la ley penal, sino para *ampliarla* (art. 5.1. COIP); más aún, no puede existir una ley penal fuera del COIP (art. 17)³⁷. Ilustrativamente, si se deja que un reglamento exija *otros* requisitos de *compliance*, los cuales afectan al *sí o no* de la responsabilidad o atenuación, el Ejecutivo se convertiría en legislador, deformando así la división de poderes.

Así las cosas, el Legislativo ha introducido la valoración de la *autorregulación* como un factor mitigante de la RPPJ (Pazmiño Ruiz y Pozo Torres, 2019, pp. 106 ss.). El problema radica en que no se contempla expresamente al *compliance* idóneo *ex ante* como forma de excluir la RPPJ. Nuestra interpretación, siguiendo lo dicho *supra*, aboga por entender que cuando la empresa cuente con un *compliance* (no ya de papel), pero este no reúna los *exigentes* requisitos del art. 49 COIP, se podrá todavía beneficiar de la atenuación por el art. 45.7.d) COIP.

En España se vivió un proceso parecido. En la reforma del CPe de 2010, se reconocía como atenuante de la persona jurídica el haber establecido medidas de *compliance* eficaces para prevenir y descubrir los delitos *que en un futuro* pudieran cometerse, antes de la celebración del juicio oral. La diferencia es que esta atenuante se focaliza en el *compliance ex post*, es decir, se valoran los esfuerzos de la persona jurídica para mejorar su autorregulación y dificultar la comisión de delitos futuros una vez ocurrido el mismo, pero no se reconocía expresamente qué sucedía si el sistema se había implantado antes de la comisión de este. Ello, junto a la interpretación teleológica del artículo 31.bis CPe –sobre el debido control– llevó a la doctrina a defender que el *compliance penal idóneo ex ante* debía generar la exención de RPPJ al no haberse cometido el delito por una ausencia del debido control (léase: sin defecto de organización) por lo que la RPPJ carecería de fundamento (Juanes Peces y González Cuelar, 2010, p. 5; Liñán Lafuente, 2011, p. 57).

En la reforma de 2015, el legislador español especificó en su artículo 31.bis 2 CPe que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si concurren cuatro circunstancias: a) que el órgano de administración haya adoptado un *compliance* penal adecuado *ex antes*; b) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del programa ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control (en personas jurídicas de pequeñas dimensiones esta función podrá ser asumida por el órgano de administración); c) que los autores hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente el programa de cumplimiento; d) que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente en las funciones de supervisión, vigilancia y control del órgano de supervisión (*compliance officer*). Así, se establece el carácter exoneratorio del *compliance ex ante*, siempre que no haya existido un negligente control por el órgano encargado al efecto.

Ello implica que, en la práctica, si no se demuestra que ha existido un déficit de organización por parte de la empresa, esta deba quedar exenta de responsabilidad. En un auto reciente, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021 lo ha expuesto en los términos siguientes:

³⁶ En concreto: arts. 76.3., 132.2., 147.13. CRE en concordancia con los arts. 5.1., 17 COIP.

³⁷ Vid., sobre la ley penal en blanco, 26-13-IN/20, párr. 19; sobre la "colaboración reglamentaria", 009-17-SIN-CC, p. 17.

De este modo, la responsabilidad penal de una persona jurídica exige tres requisitos positivos: un delito de los expresamente previstos; cometido por directivo o un empleado no adecuadamente controlado; y que reporte beneficios a la entidad, y uno negativo: que no exista un programa de cumplimiento que se pueda considerar adecuado o eficaz en un juicio *ex ante* (en un juicio *ex post*, siempre será ineficaz). (p. 7)

Tanto el COIP en su art. 49 como el CPe en su art. 31 bis.5. incorporan unos requisitos mínimos que han de cumplir los modelos de prevención de delitos. Se puede comprobar que el "núcleo" de ambos sistemas es similar, pues parten de la identificación de las actividades que provoquen riesgos penales (en la práctica, a través de un *mapa de riesgos* que relaciona la actividad empresarial con el riesgo penal) y el control de estos a través procedimientos de supervisión adecuados. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de mantener controlados los focos de riesgo que deben ser prevenidos³⁸. Junto a ello, se incorporan requisitos estructurales que debe contener el sistema de prevención: canal de denuncia, código ético (como requisito este sólo lo exige el COIP, aunque en la práctica en España se incorpora a todo plan de *compliance* como evidencia de su "cultura de cumplimiento"), sistema disciplinario interno frente a los incumplimientos, recursos financieros para el modelo de *compliance*, y verificación periódica del modelo.

El COIP hace referencia a "evaluaciones independientes" del modelo, por lo que se establece la necesidad de que un *tercero* valide el sistema. Este requisito no existe en España, y si bien se han generado normas de buenas prácticas sobre certificaciones del modelo de *compliance* penal (UNE 19.601) no existe la *obligación* de que este sea evaluado por un tercero independiente para que pueda desplegar sus efectos atenuatorios o exoneratorios³⁹. Con todo, el juez penal no está vinculado a ninguna certificación como si de una suerte de prueba tasada se tratase; ciertamente, tampoco quiere decir que esta no pueda ser valorada como un *indicio* del correcto sistema de cumplimiento.

Por otro lado, en Ecuador se ha aprobado el "Reglamento para calificar y regular a los implementadores de programas de cumplimiento penal"⁴⁰ en donde se detallan los también *exigentes requisitos* (vid. anexos) que deben cumplir los implementadores de *compliance* penal para que puedan ser, entre otros, *autorizados* como tales por dicho Ministerio –además de incorporar obligaciones para los mismos–, lo cual genera otra sospecha de inconstitucionalidad: ¿acaso no se estaría limitando *desproporcionadamente* la libertad de contratación (art. 66.16. CRE)? En un caso análogo, la Corte Constitucional declaró que un reglamento vulneraba este derecho por el mero hecho de prohibir que la publicidad con fines comerciales pueda ser gratuita (7-15-IN/21, pp. 5-13); *a fortiori*: ¿puede el Ejecutivo *decidir* quién presta el servicio de implementación de *compliance* a empresas *privadas* y quién no? (arts. 3, 12 y *passim* del reglamento *op. cit.*).

Pese a todo, Ecuador ha querido dar un paso más en el reconocimiento de la importancia del *compliance* penal al regular la prestación del servicio de sus *implementadores*⁴¹. Por ello, llama la atención que la adopción de un exigente sistema de *compliance ex ante* no sea reconocido como causa de exención de la RPPJ de manera expresa, más si el Ejecutivo se ha preocupado de regular la calificación, autorización y registro dichos implementadores.

³⁸ Vid. Liñán Lafuente (2019, pp. 22-9).

³⁹ Y esto ni siquiera es así en el caso chileno: vid. Matus Acuña (2017).

⁴⁰ Acuerdo n° MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002 del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversión y Pesca, de 21 de enero de 2021.

⁴¹ Empero, ¿rige lo mismo para los evaluadores independientes? Evaluar es diferente a implementar.

Todo ello avala la interpretación de la *autorresponsabilidad mínima* expuesta *supra*, pues si una empresa se preocupa de establecer un *compliance penal ex ante*, invirtiendo recursos en adoptar una correcta autorregulación para prevenir y controlar los riesgos penales, en caso de que se cometa un delito en su beneficio, deberá ser valorada esa circunstancia hasta el punto de poder eximir la RPPJ si se concluye que no existió un déficit de control y que el delito fue cometido por la persona física *eludiendo* los controles adoptados por la persona jurídica para evitar el riesgo penal.

7. Epílogo

La opción del legislador, tanto ecuatoriano como español, de atribuir a la persona jurídica de responsabilidad penal provoca la necesidad de adaptar el sistema penal para que este nuevo sujeto no vea restringido sus derechos por el mero de hecho de tener una naturaleza distinta a la de la persona física. Si el Estado apuesta por este tipo política legislativa, debe asegurar que a todos los sujetos penalmente responsables se les aplique el derecho penal con estricto respeto a sus derechos constitucionales, pues de otro modo se retrocedería al castigo automático por el hecho ajeno, volviendo a oscuros periodos de la historia que se entendían por superados.

La inclusión de este nuevo sujeto obliga además a adaptar el sistema procesal para que los derechos fundamentales de los investigados puedan ser aplicados a la persona jurídica, acorde a su naturaleza. Estéril resulta una reforma penal sin la correspondiente adaptación procesal para dotar de contenido al nuevo sistema. España tardó varios meses, desde que se incorporó la RPPJ, en adaptar su sistema procesal para que a la persona jurídica le fueran reconocidos todos los derechos procesales y se arbitrase una forma para que pudiese prestar declaración durante la fase de instrucción y tomar las decisiones, como parte procesal, que más le convengan. Ecuador aún no ha acometido esta reforma que se considera esencial para encajar el sistema de RPPJ en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que debería emprenderla sin dilación si quiere evitar disfunciones que lesionen los derechos de las partes.

Concluimos el artículo con la siguiente reflexión: todos podríamos estar de acuerdo en que, si no se permite a un sujeto penalmente responsable ejercer una defensa plena en el proceso penal, estaríamos ante un sistema penal deficiente que causa la vulneración de los derechos fundamentales del acusado. Si ello resulta tan claro, ¿por qué no extraña tanto plantear supuestos de transferencia de responsabilidad penal de la persona física a la jurídica, con la merma de derechos que ello conlleva? La respuesta no es sencilla, y posiblemente radique en la imposibilidad material de que una persona jurídica actúe por sí misma, pero ello no puede llevar a que nos conformemos con una solución que a todas luces resultaría aberrante si se aplicase a dos personas físicas. Si es injusto para una, lo ha de ser necesariamente para la otra. Quizás esta pregunta nos puede servir para enfocar el apasionante estudio de la RPPJ, partiendo siempre del respeto a los derechos constitucionales y sus derivaciones dogmáticas desde esta interpretación teleológica. Ni más, ni menos, es lo que hemos intentado transmitir en las líneas precedentes.

Referencias bibliográficas

Albán Gómez, A. E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano según el COIP. Parte General. Tomo I*. Quito: Ediciones Legales EDLE.

- Araujo Correa, T. E., Herrera Pacheco, J. A., y Suqui Romero, G. Y. (2019). El compliance en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador. *Revista Polo del Conocimiento* 4(8), 285-297. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1147>
- Araujo Granda, M. P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en el Ecuador: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ávila Santamaría, R. (2007). ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales). *Foro, Revista de Derecho* (8), 49-70. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/337/336>
- Basabe Serrano, S. (2003). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de los sistemas* (tesis de maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/219>
- Encalada Hidalgo, P. (2014). *Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal* (tesis de maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/3745>
- Fernández Teruelo, J. G. (2020). *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance): incluye un análisis de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en México y Ecuador*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- García Falconí, R. J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I: Arts. 1 al 78*, 1ª ed. (hay 2ª ed.), Lima: ARA Editores.
- García Falconí, R. J. y Alba Zurita, E. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano. En Pérez-Cruz Martín, A.-J. (dir.) y Neira Pena, A. (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (375-399). Navarra: Aranzadi.
- Gómez Martín, V. (2012). Falsa alarma: o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “societas delinquere non potest”. En Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo* (331-383). Madrid: Marcial Pons.
- Gracia Martín, L. (2016). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18(5), 1-95. <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>
- Juanes Peces, A. y González Cuellar Serrano, N. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. *Diario La Ley*, nº 7501. Disponible (con suscripción) en <https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx>
- Koehler, M. (2015). Measuring the Impact of Non-Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. *University of California* 49, Davis, 497-565.
- Liñán Lafuente, A. (2011). El control preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Albiñana García-Quintana, C. (coord.). *Cuadernos de Derecho para Ingenieros 14: Cumplimiento normativo. Compliance* (43-60). Madrid: La Ley.
- . (2019). *La responsabilidad penal del compliance officer*. Cizur menor: Aranzadi.
- López Cobeña, A. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana en el COIP*. Quito: Cevallos.
- Matus Acuña, J. P. (2017). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación del modelo de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *R.E.D.S.* 11, 38-43.

- Mila, F. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano. *Ius et Praxis* 26(1), 149-170. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100149>
- Mir Puig, S. (2015). Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de penas sin culpabilidad. *Foro FICP* 2, 140-148.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- . (2015). Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa. En Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.). *Autorregulación y Sanciones* (99-134), 2ª ed., Cizur Menor: Aranzadi.
- Pacheco, M. E. (2019). Revisiones procesales para un *compliance* basado en el modelo de responsabilidad penal en el Ecuador. *Revista CAP Jurídica Central* 3(5), 181-226. <https://doi.org/10.29166/cap.v3i5.2259>
- Páez Bimos, P. M. (2017). Los problemas en la imputación penal de las personas jurídicas en el Ecuador. *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana* 11(1), 88-100. https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_11_2017_1/REIB_11_01_Art5.pdf
- . (2021). *Corrupción en el ámbito privado y malas prácticas corporativas: Aproximación al Buen Gobierno Corporativo y la Cultura de Cumplimiento Normativo*. Quito: Cevallos.
- Pazmiño Ruiz, J. R. y Pozo Torres, J. F. (2019). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance*: caso Ecuador. *Derecho Penal y Criminología* 40(109), 89-122. <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.04>
- Pozo Torres, J. F. (2018). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- . (2020). *Compliance* y posición de garante: imputación de hechos delictivos al *compliance officer*. *Foro, Nueva época* 23(1), 127-154.
- Raza Castañeda, S. (2016). La función del *compliance* en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista CAP Jurídica Central* 1(1), 221-276. <https://doi.org/10.29166/cap.v1i1.1934>
- Robles Planas, R. (2011). Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP. *Diario La Ley*, nº 7705. Disponible (con suscripción) en <https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx>
- Rodríguez Moreno, F. (2020). *Curso de Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Teoría del Delito*, 2ª ed., Quito: Cevallos.
- Roxin, C. (1973). *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage (Reprint 2012), Berlin: Walter de Gruyter.
- Roxin, C./Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, München: C.H. Beck.
- Schünemann, B. (2014). Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1, 1-18.
- Silva Sánchez, J-M., (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed. Madrid: Edisofer.
- Sun Beale, S. (2016). The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability and the Yates Memo. *Stetson Law Review* 46, 41-69. <https://core.ac.uk/download/pdf/237216446.pdf>
- Suqui Romero, G. Y., Merchán Ramón, M., y Cando Pacheco, J. de D. (2018). Temores empresariales en tiempo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Universidad y Sociedad* 10(1), 85-95.
- Tiedemann, K. (1996). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de derecho penal* (J. Hurtado Pozo), 97-125.

- . (2010). *Manual de derecho penal económico: parte general y especial* (coord. de la traducción: M.A. Abanto Vásquez). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villegas García, M.A. (2015). *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos* (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/33361/>
- Zambrano Pasquel, A. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en debate. En Reyna Alfaro, M. (dir.), Coca Vila, I. y Uribe Manríquez, A. R. (coords). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: Perspectivas comparadas (EE. UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)* (pp. 285-314). México: Editorial Flores.
- . (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El *Compliance* y la Imputación Objetiva. *Biblioteca Virtual AZP*. <http://www.alfonsozambrano.com/>
- Zavala Egas, J. (2014). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano (arts. 49 y 50 COIP) – Una guía teórica-práctica*. Samborondón: Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

Sentencias

- Audiencia Nacional de España (2021). Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6, de 10 de mayo.
- Corte Constitucional del Ecuador (2010). *Acción Extraordinaria de Protección*. Sentencia nº 034-10-SEP-CC.
- . (2013). *Dictamen de Constitucionalidad de Tratados Internacionales*. Sentencia nº 027-13-DTI-CC.
- . (2017). *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Sentencia nº 009-17-SIN-CC.
- . (2018). *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Sentencia nº 001-18-SIN-CC.
- . (2019). *Consulta de Constitucionalidad de Norma*. Sentencia nº 14-15-CN/19.
- . (2020). *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Sentencia nº 26-13-IN/20.
- . (2021). *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Sentencia nº 7-15-IN/21.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2021). *Juicio nº 17282-2017-03592 COIP*. Resolución nº 00043-2021.
- Tribunal Supremo de España (2016). STS 154/2016, de 29 de febrero.
- . (2016). STS 221/2016, de 16 de marzo.
- . (2016). STS 827/2016, de 3 de noviembre.
- . (2017). STS 121/2017, de 23 de febrero.
- . (2017). STS 260/2017, de 6 de abril.
- . (2017). STS 455/2017, de 21 de junio.
- . (2017). STS 583/2017, de 19 de julio.
- . (2017). STS 668/2017, de 11 de octubre.

Legislación

- Asamblea Constituyente del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial n. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2012). *Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, de 13 de junio 2012.

- . (2013). *Informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, de 4 de octubre de 2013.
 - . (2021). *Ley orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción*. Registro Oficial del Ecuador n. 392, de 17 de febrero de 2021.
 - . (2021). *Ley orgánica de Extinción de Dominio*. Registro Oficial del Ecuador n. 392, de 17 de febrero de 2021. Registro Oficial de Ecuador n. 452, de 14 de mayo de 2021.
- Congreso de Diputados de España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (última actualización: 05.06.2021).
- Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca del Ecuador (2021). *Reglamento para calificar y regular a los implementadores de programas de cumplimiento penal*, de 21 de enero 2021. MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002.
- Presidencia de la República del Ecuador (2021). *Objeción parcial al proyecto de ley orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción*, de 15 de enero de 2021.

Convenciones, informes y comunicados

- FMI (2020a). *Informe de país n° 20/150*. Octubre 2020. <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/11/SPA-Ecuador-2020-EFF-Bundle.pdf>
- . (2020b). *Comunicado de prensa n° 20/302*, de 30 de septiembre de 2020. <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/10/01/pr20302-ecuador-imf-executive-board-approves-27-month-extended-fund-facility>
- GAFISUD (2011). *Informe de evaluación mutua sobre lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*, de 15 de diciembre 2011. <https://www.gafigat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/ecuador/evaluaciones-mutuas-7/131-ecuador-3era-ronda-2011/file>
- OECD (1997). *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados*, de 21 de noviembre de 1997.
- ONU (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Oficina contra la Droga y el Delito, 31 de octubre de 2003.

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DEL REALISMO
 JURÍDICO: EMPIRISMO, NEOPOSITIVISMO Y ACTOS DE HABLA
 Epistemological Foundations of Legal Realism: Empiricism,
 Logical Positivism and Speech Acts

ÁNGEL MANUEL MOLINA LARA¹
 Investigador independiente, Venezuela

CARLOS EDUARDO DURÁN CHÁVEZ²
 Universidad Metropolitana, Ecuador
 Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

Resumen

El presente artículo describe las relaciones directas e indirectas entre el realismo jurídico y corrientes filosóficas como el empirismo británico, el neopositivismo y la filosofía del lenguaje ordinario. Se presenta el realismo jurídico en su contexto de aparición, para luego exponer a los principales representantes del empirismo británico, antecedente y fundamento epistemológico del realismo jurídico. También se sintetizan las características distintivas del neopositivismo y su afinidad teórica con el realismo jurídico. Después se muestran los vínculos entre la filosofía del lenguaje ordinario y el realismo jurídico desde la teoría de los actos de habla. Se concluye que la renovada vigencia del realismo jurídico requiere una comprensión de sus fundamentos filosóficos.

Palabras clave

Realismo jurídico, empirismo, neopositivismo, actos de habla.

Summary

This paper describes direct and indirect relations between legal realism and philosophical movements such as British empiricism, logical positivism and ordinary language philosophy. Legal realism is showed in its emergence context, and thereafter the paper exposes the main representatives of British empiricism, background and epistemological foundation of legal realism. Distinctive features of logical positivism and its theoretical affinity with legal realism are also synthesized. Afterwards, the links between the philosophy of ordinary language and legal realism from speech acts theory are shown. It is concluded

¹ Licenciado en Filosofía por la Universidad del Zulia (Venezuela). Magíster en Lingüística y Enseñanza del Lenguaje por la Universidad del Zulia (Venezuela). Experiencia docente en la Universidad Católica Cecilio Acosta – UNICA (Venezuela), en la Universidad José Gregorio Hernández (Venezuela) y en el Instituto Universitario de Tecnología READIC-UNIR (Venezuela). Correo electrónico: angelmolina20@gmail.com

² Abogado por la Universidad del Zulia (Venezuela). Magíster en Derecho Laboral por la Universidad del Zulia (Venezuela). Doctor en Ciencias Gerenciales por la Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín – URBE (Venezuela). Posdoctor en Estado, Políticas Públicas y Paz Social por la URBE (Venezuela). Posdoctor en Integración y Desarrollo de América Latina por la URBE (Venezuela). Posdoctor en América Latina y su inserción en el Orden Global por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito-Ecuador). Docente investigador en la Universidad Metropolitana (Ecuador). Docente en la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador). Correo electrónico: abogecarlosduran@hotmail.com



that the renewed validity of legal realism requires an understanding of its philosophical foundations.

Keywords

Legal Realism, Empiricism, Logical Positivism, Speech Acts.

1. Introducción: el realismo jurídico en su contexto

El realismo jurídico surgió en respuesta a las concepciones del derecho que no se enfocaban en los hechos, sino en abstracciones. Una perspectiva formalista tradicional podía fundarse en la autoridad académica y sus interpretaciones estar dotadas de *coherencia* lógica, pero sus conclusiones usualmente no tenían *correspondencia* empírica. Es decir, los realistas denuncian la necesidad de prestar atención al hecho jurídico para observar los criterios extrajurídicos de los jueces y las consideraciones no dispuestas en la norma, lo que sucede *efectivamente* en los juzgados y no lo que *se asume que debería ocurrir* según los textos legales.

Aunque se haga referencia al realismo jurídico en un sentido general, hay diferencias notables entre el realismo jurídico continental y el realismo jurídico americano. El realismo jurídico continental, surgido en Suecia y con vigorosas escuelas en Italia³ y Francia, tiene claras influencias filosóficas y las plasma explícitamente en sus reflexiones. Por su parte, el realismo jurídico americano plantea un cuestionamiento metodológico al formalismo normativo, optando por un enfoque práctico, ajustado a los hechos, a lo que sucede en la corte, al comportamiento de los actores y a la predictibilidad de los resultados partiendo de un enfoque descriptivo. En tal sentido, la versión estadounidense se enfoca más en el derecho aplicado, en las situaciones concretas y en la utilidad para el ejercicio profesional de anticipar las decisiones de los jueces considerando sus criterios implícitos. Al respecto, dice Leiter: “Los realistas eran juristas (y, algunos, científicos sociales), no filósofos, y sus motivaciones fueron, por tanto, diferentes. Como juristas, ellos estaban actuando contra el “formalismo” o la “jurisprudencia mecánica” de sus días” (Leiter, 2015, p. 241).

A pesar de los matices y de las influencias específicas de cada pensador, hay un aspecto común a ambos lados del Atlántico: una postura epistemológica empirista, consciente o no, propia de la tradición anglosajona y del positivismo sociológico del siglo XIX, el cual pretendía emular el perfeccionamiento del método científico en las ciencias naturales y trasladarlo a las ciencias humanas. Pese a la crítica implacable y los resultados mixtos de esta exportación metodológica, lo cierto es que la perspectiva positivista-cientificista de las Humanidades dio origen a las ciencias humanas tal como las entendemos actualmente; ya sea por asimilación o reacción, el resultado es la diversidad de disciplinas y subdisciplinas humanas de nuestros días, con instrumentos metodológicos cuantitativos, cualitativos, interdisciplinariedad, etc. La ciencia jurídica es una de ellas, y el realismo jurídico es consecuencia del *Zeitgeist* de la segunda mitad del s. XIX y la primera del s. XX. De hecho, se ha hablado de una *cosmovisión y mentalidad jurídica realista*, que traspasa fronteras y que se evidencia si se consideran factores distintos a la adjudicación y validez jurídica, tales como “el historicismo jurídico crítico, el escepticismo moral secular y las teorías del conflicto sobre el derecho” (Malminen, 2019, p. 155). En ese *período visagra*, el paradigma científico contemporáneo se asienta y

³ Sobre los juristas analíticos italianos y el realismo de la escuela de Génova, véase Maldonado Muñoz (2020). El autor referido comenta que el artículo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* de Norberto Bobbio, publicado en 1950, representa, para los integrantes de aquella escuela, la piedra fundacional de su concepción del derecho (2020, p. 15). Sobre el artículo de Bobbio, su contexto e implicaciones, véase Soto Guerrero (1999).

prueba su eficacia en diversas áreas del pensamiento, fenómeno con el que convivieron los intelectuales de la época. Por lo tanto, incluso si la finalidad de algunos realistas jurídicos es estrictamente práctica, sus afirmaciones contienen presupuestos filosóficos propios de una tradición de pensamiento que permeó la cultura anglosajona y tuvo una notable influencia en el resto del mundo, a saber, el empirismo británico. No es coincidencia que, precisamente, hayan surgido en el Reino Unido y los Estados Unidos escuelas filosóficas cuyo criterio de validez epistemológica o ética sea la *utilidad o practicidad en la experiencia concreta*. Tal es el caso del utilitarismo inglés (Jeremy Bentham y John Stuart Mill) y del pragmatismo estadounidense (Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey, entre otros). En este orden de ideas, resaltamos la importancia histórica del positivismo jurídico de fuente utilitarista planteado por John Austin⁴, jurista que perteneció al círculo intelectual de Jeremy Bentham y James Mill, padre de John Stuart Mill. A su vez, el jurista Oliver Wendell Holmes Jr., precursor del realismo jurídico americano, tuvo influencia tanto de los utilitaristas británicos como de los pragmatistas americanos⁵.

Una definición integradora del realismo jurídico, que abarca las diversas corrientes y perspectivas, la ofrece Giuseppe Lumia:

El realismo jurídico constituye el encuentro, en el terreno de los estudios sobre el Derecho, de los puntos de vista epistemológicos del neopositivismo con las doctrinas psicossociológicas, comportamentistas y pragmatistas dominantes en la cultura americana y no extrañas a ciertos ambientes europeos. Del neopositivismo de la Escuela de Viena el realismo jurídico repite los presupuestos metodológicos de la Ciencia del Derecho; pretende en efecto borrar de la Ciencia del Derecho cualquier referencia al deber-ser, no sólo en el significado trascendental que a este término daba la doctrina del derecho natural, sino también en el significado que le atribuye Kelsen, de mera categoría lógico-trascendental; e intenta reducir el conocimiento jurídico a términos de enunciados sobre la realidad (Lumia, 1971, p. 188)⁶.

Resulta interesante que la influencia de la filosofía anglosajona en el realismo jurídico (aunque, esta vez, fundamentalmente en la versión europea) se extiende y consolida en derivaciones de la filosofía analítica, tales como la *filosofía del lenguaje ordinario*. A diferencia del enfoque logicista y científicista de la primera ola de la filosofía analítica (con Bertrand Russell, George Edward Moore y Ludwig Wittgenstein entre sus representantes), de destacada influencia en el neopositivismo (que veremos más adelante), la filosofía del lenguaje ordinario estudia el lenguaje natural como *acto*, en su expresión concreta, con sus particularidades, intenciones y efectos. Así, esta corriente (con John Langshaw Austin, el propio Wittgenstein en su versión tardía y John Searle como referentes) mantiene el enfoque fáctico y la preocupación por el lenguaje de sus predecesores, pero desde la complejidad intrínseca de su objeto de estudio.

⁴ Dice Robert N. Moles: "Although written in the early nineteenth century, Austin's is probably the most coherent and sustained account of the theory of legal positivism. The complex relationships between legal positivism and the concepts of morality and politics are explored by him but are often neglected or misunderstood in modern commentaries" (Moles, 1998, s/p).

⁵ Allen Mendenhall afirma: "It is true that, after the Civil War, during his studies at Harvard Law School and shortly thereafter, Holmes read Bentham and Austin and seemed to have read every major legal mind in the AngloAmerican legal tradition, and also that the influence of these jurists played into his pragmatism, especially into his "bad man theory," but I believe, with regard to Holmes's influences, these jurists are secondary to Emerson and the classical pragmatists" (Mendenhall, 2015, s/p).

⁶ Citado y traducido por Hierro (1996, pp. 78-79).

2. El empirismo británico como sustrato epistemológico del realismo jurídico

El empirismo británico (conocido habitualmente como empirismo *inglés*, pese a que sus principales representantes también son oriundos de otros territorios de las islas británicas), sostiene que el origen del conocimiento está en la experiencia sensible. Según los partidarios de esta corriente filosófica, desarrollada entre los siglos XVII y XVIII, los datos de los sentidos son la fuente y justificación de nuestros pensamientos. Asimismo, desconocen la existencia de ideas innatas y evidentes en la mente humana: el espíritu está vacío antes de cualquier contacto con los objetos sensibles. En tal sentido, el empirismo está en franco antagonismo al racionalismo, la otra corriente filosófica que moldeó la Modernidad y cuyos principales representantes fueron Descartes, Spinoza, Malebranche y Leibniz. Veamos las propuestas de los pensadores clásicos más representativos de esta corriente: John Locke, George Berkeley y David Hume.

Para John Locke (1632-1704), la mente es una *tabula rasa*; no existe nada en ella hasta que se tiene contacto con los objetos empíricos, externos al sujeto pensante⁷. De manera que el primer pensamiento de la mente es consecuencia inmediata de la primera sensación. Todo lo que ocupa al espíritu son las *ideas*; término que en Locke tiene un sentido muy general, análogo a la noción de *pensamiento* en Descartes. Así, idea puede ser —entre otras cosas— una imagen, un concepto o una sensación.

Por otra parte, Locke establece una distinción de las ideas: las ideas pueden ser *simples*, si son recibidas pasivamente, y *complejas*, si son generadas por la mente. Entre las simples, están las recibidas por la sensación (experiencia externa) y las recibidas por la reflexión (experiencia interna). Asimismo, la experiencia externa nos presenta cualidades primarias (extensión, número, solidez, etc.) y secundarias (olor, sabor, color, etc.), objetivas y subjetivas respectivamente. Por su parte, las ideas complejas resultan de la puesta en ejecución de alguna de las tres operaciones básicas de la mente sobre las ideas: combinación, comparación y separación (abstracción).

El planteamiento epistemológico de George Berkeley (1685-1753) parte de negar la posibilidad de abstracción. No podemos pensar los objetos más allá de su determinación particular, es imposible pensarlos de modo separado, “en abstracto”. Las ideas sólo son particulares: las llamadas “ideas generales” son, en realidad, ideas particulares que representan a las que son similares. Asimismo, rechaza la distinción entre cualidades primarias y secundarias: toda cualidad primaria requiere alguna secundaria para poder ser percibida; por ejemplo: la extensión requiere del color para ser captada; ambos tipos de cualidades son subjetivas.

Estas críticas desembocan en un inmaterialismo solipsista: no podemos decir que existen objetos materiales, “materia” es una abstracción que no se sigue válidamente de la percepción. Sólo podemos expresarnos acerca de nuestras percepciones, que son de índole subjetiva; sólo podemos adjudicarle existencia a nuestras percepciones, ya que sólo tenemos acceso a ellas: *esse est percipi* (*ser es ser percibido*). Aquí observamos que el empirismo, llevado hasta sus últimas consecuencias, desemboca en subjetivismo o escepticismo.

⁷ “Supongamos, pues, que la mente sea, como se dice, un papel en blanco, limpio de toda instrucción, sin ninguna idea. ¿Cómo llega entonces a tenerla? [...] ¿De dónde extrae todo ese material de la razón y del conocimiento? A estas preguntas contesto con una sola palabra: de la experiencia; he aquí el fundamento de todo nuestro saber, y de donde en última instancia se deriva: «las observaciones que hacemos sobre los objetos sensibles externos, o sobre las operaciones internas de nuestra mente, las cuales percibimos, y sobre las que reflexionamos nosotros mismos, son las que proveen a nuestro entendimiento de todos los materiales del pensar». Estas son las dos fuentes de conocimiento de donde parten todas las ideas que tenemos o que podemos tener de manera natural” (Locke, 1980, p. 164).

David Hume (1711-1776) desarrolla los planteamientos de sus predecesores. El pensador escocés denomina *percepción* a toda representación mental, siendo quizá equivalente a la *idea* en Locke. Las percepciones pueden ser *impresiones* (internas o externas), si son vivas y se reciben directamente, e *ideas*, si son la copia o recuerdo fijado en la mente, de carácter débil, de tales impresiones. Asimismo, las impresiones e ideas pueden ser simples o complejas: una impresión simple puede ser un color, mientras que una compleja puede ser un objeto (del cual se observa cierta forma) *con* un color; las ideas simples y complejas pueden ser la representación mental remanente de la impresión simple o compleja correspondiente, aunque hay muchas ideas complejas que no corresponden directamente con impresiones, sino que son creadas por la mente.

La creación de tales ideas complejas es posible de efectuarse relacionando las ideas, que en Hume no es otra cosa que la *asociación* de las mismas. Existen tres tipos de asociación: por semejanza, contigüidad y causalidad.

Lo más importante de la distinción entre impresiones e ideas es que estas últimas se *justifican* por aquellas: una idea es verdadera si podemos establecer el vínculo con la impresión de la cual se origina. En este sentido, la idea —verbigracia— del principio de causalidad no se puede justificar a partir de la experiencia, ya que no podemos ubicar una impresión que efectivamente nos muestre la conexión causal necesaria entre objetos; tal conexión la asumimos por mera *costumbre*⁸.

3. La influencia del neopositivismo, deudor del empirismo británico, en el realismo jurídico europeo

El siglo XX trajo consigo un importante entusiasmo por el conocimiento científico, lo cual motivó a la reflexión filosófica acerca de sus métodos, límites y condiciones. De esta manera, y teniendo como antecedentes los estudios de científicos y filósofos decimonónicos como John Stuart Mill, William Whewell, John Herschel, Henri Poincaré y Ernst Mach, surge el *Círculo de Viena*, grupo de discusión considerado como fundador de la Filosofía de la Ciencia entendida como disciplina filosófica⁹.

De profundo espíritu cientificista, los integrantes de este grupo pretendieron establecer un lenguaje unificador para las ciencias naturales, basado en datos sensoriales. Por su marcado empirismo y su convencimiento de que la lógica simbólica es la herramienta de análisis más potente y adecuada para la filosofía, el movimiento fue conocido como *Empirismo Lógico*, *Positivismo Lógico*, o bien como *Neopositivismo*. A pesar de la asociación inme-

⁸ “We are determined by custom alone to suppose the future conformable to the past. When I see a billiard-ball moving towards another, my mind is immediately carry’d by habit to the usual effect, and anticipates my sight abstractly considered, and independent of experience, which leads me to form any such conclusion: and even after I have had experience of many repeated effects of this kind, there is no argument, which determines me to suppose, that the effect will be conformable to past experience. The powers, by which bodies operate, are entirely unknown. We perceive only their sensible qualities: and what reason have we to think, that the same powers will always be conjoined with the same sensible qualities?” (Hume, 2007, p. 138-139).

⁹ La existencia de este grupo se remonta al menos hasta 1924, con el nombre de *Círculo de Schlick*, en honor a Moritz Schlick, profesor de física alemán que lo organizó. No obstante, se establece como “*Círculo de Viena*” a partir de 1929, con la publicación del manifiesto *La concepción científica del mundo: El *Círculo de Viena**. Algunos integrantes a destacar, además del propio Schlick, son Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Hans Hahn, Philipp Frank, el prominente lógico y matemático Kurt Gödel, así como Friedrich Waismann. También se fundaron dos grupos satélite de ideas afines, a saber, el *Grupo de Berlín*, que incluía a Hans Reichenbach, Kurt Grelling y Carl Hempel como figuras destacadas y el *Círculo de Varsovia*, al que pertenecieron lógicos notables como Alfred Tarski y Jan Lukasiewicz. Para un comentario más amplio del desarrollo histórico del movimiento, sus principales representantes y características generales de su pensamiento, véase la Introducción de Ayer a su clásica antología del positivismo lógico (Ayer, 1981).

diata con la corriente fundada por Auguste Comte, como una suerte de renovación de los planteamientos del pensador francés del s. XIX, los neopositivistas se vieron principalmente influidos por Mach, Poincaré o Russell (Echeverría, 1989, p. 7).

También conviene aclarar que Hans Kelsen (1881-1973), prominente representante del positivismo jurídico y profesor de la Universidad de Viena mientras el Círculo de positivistas lógicos desarrolló sus actividades, tuvo cierta afinidad con algunos planteamientos neopositivistas, pero no perteneció a él. De hecho, el normativismo de Kelsen es incompatible con la apelación a la prueba empírica del neopositivismo y, bajo el esquema de esta corriente, peca de idealismo. A su vez, Kelsen tuvo un intercambio dialéctico con los miembros del grupo. Por ejemplo, se opuso a la concepción de la ética de Schlick. Además, Neurath criticó recurrentemente la *Teoría pura del derecho* de Kelsen (Jablonek, 1998, p. 378). Apartando la coincidencia nominal y el enfoque antimetafísico común, hay notables diferencias conceptuales entre el positivismo jurídico kelseniano y el positivismo lógico, y este último tiene mayor proximidad epistemológica con el realismo jurídico. No en balde, Alf Ross se refiere al planteamiento de Kelsen como “casi positivismo” (Barberis, 2015, p. 238), lo que tal vez también denote una diferencia de grado: el realismo jurídico es *más positivista* que el positivismo jurídico. Al respecto, dice Barberis: “el realismo jurídico se distingue netamente sólo del iusnaturalismo, pero que cada vez con mayor frecuencia se presenta como una radicalización del positivismo jurídico” (Barberis, 2015, p. 227).

El empirismo del neopositivismo no sólo cuestionó la validez epistemológica de las proposiciones sin sustento empírico, sino que incluso las consideró pseudoproposiciones carentes de significado. La subordinación del significado de una expresión a la vinculación directa o indirecta de un correlato empírico verificable implicó un rechazo a la metafísica, considerada por los neopositivistas como una ocupación intelectual estéril y sin sentido. A este respecto, dice Rudolf Carnap, en su célebre artículo *La superación de la metafísica a través del análisis lógico del lenguaje*: “En el campo de la metafísica (incluyendo la filosofía de los valores y la ciencia normativa), el análisis lógico ha conducido al resultado negativo de que las pretendidas proposiciones de dicho campo son totalmente carentes de sentido” (Carnap, 1981, p. 66).

Nótese que Axel Hägerström (1868-1939), fundador del realismo jurídico escandinavo, coincide con la concepción antimetafísica del neopositivismo y se expresa en términos equivalentes a Carnap:

In his account of his own philosophy in *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (1929), Hägerström adopted as motto a modified version of Cato’s aphorism, *praeterea censeo metaphysicam esse delendam*: Metaphysics is nothing but a compilation of words which happen to be connected with emotions. What distinguishes this assumption from other anti-metaphysical positions – quite recurrent in the history of ideas since nineteenth-century positivism – is that the “superstitious” web of metaphysical beliefs spreads its mantle not only over the humanities or *Geisteswissenschaften*, but over natural science as well (Mindus, 2009, p. XI).

No obstante, la relación entre las ideas de Hägerström y las de Carnap o cualquier otro neopositivista es *indirecta*: hay una intención *paralela* de romper con la doctrina académica tradicional, una voluntad de consolidar estrategias cognitivas basadas en la evidencia fáctica, emulando el método científico de enfoque constataivo. Es decir, se trata de una reacción al *status quo* inope-

rante y en el que Hägerström se formó en su juventud, de corte idealista hegeliano, neokantiano o, en general, afín a planteamientos metafísicos de su tiempo¹⁰. A este respecto, comenta Mindus:

Hägerström developed theories in parallel with – yet independently from – some of the major philosophical currents in Europe, namely neo-empiricism and logical positivism. Like the Cambridge and Vienna schools, Hägerström firmly believed in Hume's thesis, the need to distinguish between *is* and *ought*, facts and values (Mindus, 2009, p. X).

Otra característica del pensamiento neopositivista es su *inductivismo*, concepción del método científico que establece que las teorías y leyes científicas se obtienen de modo inductivo: partiendo de la observación cuidadosa, y luego de una comprobación experimental de la muestra tomada, se generalizan leyes y teorías. Ahora bien, el razonamiento inductivo es adecuado e imprescindible para la investigación científica, pero sus conclusiones generales son sólo *probables*, aun cuando las premisas sean verdaderas.

El probabilismo de esta corriente se explica no solamente por las características propias del razonamiento inductivo, donde la verdad de la conclusión no se sigue con necesidad lógica de la verdad de las premisas, sino también por la aceptación neopositivista de la crítica de David Hume a la inducción y a la causalidad, el llamado *Problema de la Inducción*. Esta crítica cuestiona la posibilidad de obtener cualquier conocimiento empírico general y de predecir un fenómeno: aunque ciertos acontecimientos hayan sucedido y se hayan repetido hasta ahora con uniformidad y regularidad, esto no implica que se hayan de comportar del mismo modo en el futuro; siempre es posible que la naturaleza cambie, o que se dé un caso distinto a los anteriores. Para Hume, no hay justificación lógica para la creencia en los enunciados obtenidos por vía inductiva, útiles para predecir eventos; estos solo se creen *por costumbre*.

Empero, la aceptación de los neopositivistas del Problema de la Inducción humeano no los lleva a adoptar una postura epistemológica escéptica. Muy por el contrario, la concepción del razonamiento inductivo como inferencia probable condujo a los empiristas lógicos a buscar determinar el *grado de confirmación* de los enunciados científicos, sean leyes, hipótesis o teorías. Para tales fines, impulsaron y vigorizaron la lógica inductiva.

Si bien no se podría tener una confianza *absoluta* en una ley confirmada mediante la observación, sí podríamos tener una probabilidad mayor o menor del cumplimiento de un hecho según una ley o teoría determinada. La mayor o menor probabilidad de un enunciado o conjuntos de enunciados científicos nos brindaría, proporcionalmente, una mayor o menor confianza en ellos. En tal sentido, si un enunciado científico tiene un altísimo grado de probabilidad, podemos decir que es verdadero, partiendo de una concepción de verdad como *aproximación*. De manera que “lo esencial del saber científico es su capacidad de predecir exactamente fenómenos fisiconaturales. Al ser verificada la corrección de una determinada predicción, las teorías y las leyes, si no verificadas, quedan al menos confirmadas, aunque sea parcialmente” (Echeverría, 1989, p. 17). Esta interpretación probabilista de la verdad es suficientemente confiable en la práctica: es *improbable* que una ley científica que siempre ha funcionado predictivamente pueda fallar y deba ser revisada.

¹⁰ Karl Olivecrona, discípulo de Hägerström, analiza la interpretación del concepto de derecho en las corrientes antimetafísicas, es decir, *naturalistas*, empezando por Austin (a quien denomina “el más destacado de los antimetafísicos”), pasando por los realistas norteamericanos, para luego considerar el planteamiento de su maestro Hägerström y finalizar con Lundstedt (Olivecrona, 2007, pp. 13-29).

Pese a todo, y después de una época privilegiada de los neopositivistas, surgen dudas y críticas respecto a sus concepciones sobre la ciencia. La estrechez del criterio empirista de significado proposicional, los intentos de cuantificación del grado de probabilidad de un enunciado científico o su traducción a lenguaje *fisicalista*, ignorar la historia y la sociología de la ciencia como fuentes relevantes para comprender en qué consiste la actividad científica, la distinción entre enunciados teóricos y observacionales (así como la traducción fallida de los primeros en los segundos), fueron algunos de los aspectos cuestionados por sus detractores.

4. Los actos de habla de Austin y los actos normativos de Ross

Ante el desgaste de algunas tesis neopositivistas, surgen posturas críticas que mantienen su preocupación por el análisis del lenguaje y su apelación a la observación de los hechos, pero desde una perspectiva más amplia, incluyendo el comportamiento humano y considerando que en la interpretación neopositivista del lenguaje hay un reduccionismo falaz, que no corresponde al lenguaje en su manifestación concreta, como *acto* comunicativo, razón por la cual falla en explicar el significado de conceptos y expresiones sin un referente empírico, pero cuyos *efectos* sí son ostensibles, como las expresiones en el ámbito jurídico.

4.1. La falacia descriptiva

El planteamiento filosófico-lingüístico de John L. Austin, ligeramente posterior al del Wittgenstein de las *Investigaciones filosóficas*, coincide en muchos puntos con él. Ambos planteamientos reivindican el factor humano del lenguaje y su concepción como *actividad*. Así, se sientan las bases de la concepción actual de la pragmática filosófica y lingüística, además del movimiento conocido históricamente como *filosofía del lenguaje ordinario*¹¹.

Al inicio de sus disquisiciones, Austin asoma las motivaciones de su planteamiento, criticando lo que denomina la *falacia descriptiva*:

Durante mucho tiempo los filósofos han presupuesto que el papel de un ‘enunciado’ sólo puede ser ‘describir’ algún estado de cosas, o ‘enunciar algún hecho’ con verdad o falsedad [...] en los últimos años, muchas cosas que anteriormente habrían sido aceptadas sin objeciones como ‘enunciados’ tanto por los filósofos como por los gramáticos, han sido examinadas con renovada atención [...] apareció el punto de vista no siempre expuesto sin un infortunado dogmatismo, de que un enunciado (fáctico) debe ser ‘verificable’, y esto llevó a pensar que muchos ‘enunciados’ sólo son lo que puede denominarse pseudo-enunciados (Austin, 1990, pp. 41-42).

Austin está haciendo referencia a los neopositivistas lógicos, pertenecientes en su mayoría al Círculo de Viena. Tal como vimos en el punto anterior, los neopositivistas excluían todo enunciado que no describiera la realidad y que no fuera constatable empíricamente, considerándolas expresiones carentes de significado.

¹¹ Sobre la influencia que pudo ejercer Wittgenstein sobre Austin, son encontradas las opiniones al respecto, siendo la respuesta más común señalar la dificultad para precizarla. Se podría afirmar que el planteamiento austiniano se gestó por cuenta propia y se apoyó en el planteamiento wittgensteineano. Wittgenstein desarrolló su vida académica en Cambridge y, si bien sus *Investigaciones* estuvieron completas en 1949, su publicación fue póstuma (1956). Por su parte, Austin es de Oxford, y su obra más célebre también es póstuma, la cual lleva como título *Cómo hacer las cosas con palabras*. Publicada en 1962, es una recopilación de una serie de conferencias que dictó el filósofo en Harvard en 1955, cuyo contenido representa el desarrollo de las clases que dictó entre 1952 y 1954, tituladas *Palabras y acciones*. Habría que determinar, para resolver el asunto, si Austin tuvo acceso al segundo planteamiento wittgensteineano antes de su publicación.

En respuesta, Austin revisa algunas expresiones que no encajan en las clasificaciones y requerimientos neopositivistas, pero que aun así son *significativas* y, además, se caracterizan por *hacer una acción* cuando se profieren. Surge así una nueva clasificación de las expresiones lingüísticas en dos grupos: *constatativas* y *realizativas*.

4.2 Expresiones constatativas y realizativas

Las expresiones constatativas, como sugiere su nombre, son las expresiones susceptibles de ser verdaderas o falsas, en función de su constatación empírica. Tales oraciones describen la realidad perceptible. Ejemplos de ellas pueden ser: “Ecuador es un país suramericano” o “Me tropecé con la mesa”.

Por su parte, las expresiones realizativas son las que, al ser proferidas, implican sincrónicamente la realización de una acción. “El acto de expresar la oración es realizar una acción, o parte de ella, acción que a su vez no sería normalmente descrita como consistente en decir algo” (Austin, 1990, pp. 45-46).

Estas expresiones se caracterizan por ser oraciones declarativas que van en la primera persona del singular. Por ejemplo, tenemos expresiones como “te prometo que no lo hice” o “te condeno a veinte años de prisión”; al momento de proferirse, se realizan.

Las expresiones realizativas, si bien no son susceptibles de verdad o falsedad, son evaluables desde otra dicotomía, pudiendo ser *afortunadas* o *desafortunadas*. Son afortunadas cuando se cumplen las condiciones o circunstancias adecuadas para la ejecución de la acción con la preferencia, mientras que son desafortunadas cuando se evidencia una “falta de coincidencia entre lo que el enunciado dice que hace y lo que en realidad hace” (Conesa y Nubiola, 2002, p. 174).

Tales infortunios pueden ser abusos, malas ejecuciones, desaciertos, entre otros. De tal manera que si proferimos el primero de los ejemplos (“te prometo...”), debemos cumplir con la promesa, de lo contrario actuamos de manera abusiva. En el segundo de los ejemplos (“te condeno...”), si no somos un juez y no estamos en una sala de juzgado, nuestra expresión carece de validez.

Ahora bien, la distinción entre enunciados constatativos y realizativos es problemática, con la presencia recurrente de casos intermedios y la consecuente difuminación de la distinción. Este problema propicia un nuevo criterio para la clasificación, basado en la noción de *acto*: todo uso del lenguaje generalmente implica tres actos simultáneos: locutivo, ilocutivo y perlocutivo.

4.3 Los actos lingüísticos: locutivo, ilocutivo y perlocutivo

El acto *locutivo* es el consistente *en* decir algo. A su vez, está compuesto por tres elementos: el acto fonético, que consiste en la expresión de sonidos, de fonemas; el acto fático, es decir, la expresión de vocablos o palabras coherentes con un sistema gramatical; y el acto rético, o la preferencia de las palabras –en la línea semántica fregeana– con un sentido y una referencia.

El acto *ilocutivo* es el realizado *al* decir algo, la manera en la cual es utilizada la expresión. En este sentido, si alguien dice “¡Cuidado con el carro!”, es para alertar o avisar acerca de un hecho: la inminente colisión con el automóvil.

Las cinco clases generales de verbos ilocutivos que propone Austin (1990, pp. 195-211), sin descartar la posibilidad de superposiciones (verbos en más de una clase), son las siguientes:

- *Judicativos*, correspondientes a actos jurídicos o estimaciones: absolver, condenar, decretar, calcular, medir, etc.

- *Ejercitativos*, referidos al “ejercicio de potestades, derechos o influencia”: designar, revocar, reclamar, aconsejar, perdonar, proclamar, etc.
- *Compromisorios*, los cuales comprometen al emisor a tomar una postura o a realizar una acción: prometer, adoptar, oponerse, apostar, jurar, apoyar, etc.
- *Comportativos*, que incluyen el sentido de reacción ante la conducta de los demás: pedir disculpas, elogiar, maldecir, felicitar, desafiar, agradecer, etc.
- *Expositivos*, usados al tener una conversación o bien al argumentar: contestar, suponer, postular, formular, conceder.

Por último, el acto *perlocutivo* es el realizado *por* decir algo, es el efecto o reacción producido sobre el destinatario del mensaje. Y es que “a diferencia del acto *de* decir algo, y del acto realizado *al* decir algo, el acto perlocucionario es el acto realizado *por*, o a consecuencia de, decir algo” (Muñiz, 1989, p. 152). Retomando el ejemplo anterior (¡Cuidado...!), cuando se enuncia la frase, es con la intención de provocar una reacción en el interlocutor, esto es, que anticipe el posible accidente, alertarlo ante dicha situación.

Así, la nueva distinción austiniana a partir de la noción de acto le adjudica a *toda* expresión lingüística un carácter realizativo, que va a residir en su *fuerza ilocucionaria*. Se puede decir, a modo de síntesis, que “cuando decimos algo, lo decimos en un determinado sentido y producimos unos determinados efectos” (Conesa y Nubiola, 2002, p. 176).

4.4 La crítica de Ross a la oposición constatativo-realizativo

Alf Ross parte de la noción de acto lingüístico de Austin y comparte la perspectiva pragmática del lenguaje del filósofo inglés. Sin embargo, expresa serios cuestionamientos a los términos que emplea y enfatiza su opacidad¹². Mediante categorías lingüísticas tradicionales, como la función (en lugar de la *fuerza*), o la distinción entre lenguaje indicativo y directivo¹³ (en lugar de expresiones constatativas y realizativas), el filósofo del derecho danés propone una clasificación distinta de los actos lingüísticos.

De hecho, Ross explica el replanteamiento de la oposición inicial de Austin realizativo-constatativo por la presencia de una *falacia realizativa*, en la cual sólo las expresiones realizativas son actos, mientras que las constatativas se limitan a decir (y no a hacer) algo. El danés va más allá y considera que esta falacia persiste en la clasificación triádica de los actos de habla, lo cual se refleja en la selección de Austin de verbos ilocucionarios, que reflejan de manera distintiva la fuerza de la expresión en la que son usados (Ross, 2006, p. 106). Ross sostiene que *cualquier* expresión en una situación comunicativa dada, cuya intención no es lo suficientemente clara, puede incluir una frase o un verbo que indiquen de modo explícito su función. Ahora bien, salvo excepciones, suele ser suficiente expresar en

¹² “Si puede establecerse que los actos lingüísticos de un cierto tipo, habida cuenta de su contenido, están destinados a producir en un oyente normal, en condiciones normales, efectos de un cierto tipo (por ejemplo, efectos cognoscitivos, emotivos o volitivos), se dirá que estos efectos constituyen la *función* de ese tipo de acto lingüístico. (Austin introdujo el término “fuerza” en lugar de “función”. No lo sigo porque, en mi opinión, su terminología es aquí más oscura que la tradicional)” (Ross, 2006, p. 102). En esta colección de ensayos, estamos haciendo referencia al texto titulado *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*.

¹³ En *Lógica de las normas*, Ross desarrolla de manera más amplia, como preámbulo necesario para desarrollar una lógica deóntica, la distinción entre discurso indicativo y directivo, tomando en cuenta sus diferencias y coincidencias en los planos semántico, gramatical y pragmático: “[...] el discurso indicativo y el discurso directivo presentan diferencias a todos los niveles del análisis lingüístico, aunque de diferentes maneras. A nivel semántico hay una clara distinción entre los indicativos y los directivos. Pragmáticamente, la función de los indicativos es adjudicativa, informativa o fabuladora, mientras que los directivos sólo tienen normalmente función directiva. A nivel gramatical la cuestión no está tan clara, pero algunas formas de expresión son especialmente aptas para expresar bien indicativos, bien directivos” (Ross, 1971, p. 72).

lenguaje indicativo las locuciones con función informativa, sin requerir una frase o verbo que la precisen (sería redundante). Por el contrario, cuando la función es de otro tipo, suele ser frecuente la presencia de verbos que indiquen su función; por ejemplo, “le ordeno...” en un contexto normativo es más frecuente que “digo que es un hecho...” en un contexto informativo (Ross, 2006, pp. 108-110).

La crítica de Ross también alcanza la clasificación de verbos ilocutivos de Austin. Ross argumenta que sólo las tres primeras clases de verbos (judicativos, ejercitativos y compromisorios) se usan en contextos lingüísticos de tipo jurídico o de reglas convencionales, mientras que las dos últimas clases (comportativos y expositivos) se usan en otros contextos. Esta situación “refleja una distinción fundamental dentro de estos verbos indicadores de función, distinción que permanece borrosa en la clasificación de Austin en cinco grupos” (Ross, 2006, p. 111). En contraste, Ross propone, para abarcar las tres primeras clases de verbos y sus particularidades, el concepto de *acto normativo*. A su vez, lo subdivide en *acto jurídico* y *acto convencional*.

Los actos jurídicos son una clase de actos operativos humanos (hechos condicionantes de las reglas jurídicas) que consisten en “comunicaciones lingüísticas cuyo efecto jurídico está determinado por el contenido de la comunicación misma, y que de esta manera son instrumentos adecuados para la actividad humana consciente dirigida a la creación de reglas y relaciones jurídicas” (Ross, 2006, p. 111). Algunos ejemplos que ofrece el autor de actos normativos, que abarcan la autonomía privada y la autoridad pública, son una ley, una decisión judicial, un testamento o un contrato.

Los actos convencionales son las expresiones operativas “de acuerdo con la intención de su autor y las palabras utilizadas, pero cuya fuerza no deriva de un orden jurídico, sino de órdenes normativos de diferente tipo, como la moral convencional o las reglas de un juego” (Ross, 2006, 114). Aquí se incluyen acciones que, dependiendo de la situación, pueden ser jurídicas, pero que en general son convencionales y menos precisas. Por ejemplo, prometer algo o ponerle un nombre a alguien o algo.

5. Conclusiones: el realismo jurídico, su vigencia y su filosofía

El realismo jurídico, tanto en su versión americana como europea, revela aspectos interesantes para la reflexión jurídica contemporánea. El trasfondo epistemológico empirista modela un enfoque apegado a la evidencia fáctica, pero también al comportamiento humano en su interacción social ostensible, concreta y compleja. De profundo espíritu antimetafísico, renovó la ciencia jurídica y su legado en las academias, así como en la práctica legal, es notorio. La influencia de la cultura anglosajona en todo el orbe, incluyendo sus instituciones, concepciones políticas y legales, augura un incremento en el estudio del realismo jurídico. En este sentido, es conveniente reconocer los criterios que subyacen a dicha corriente, reconociendo, claro está, la diversidad de planteamientos y aproximaciones, algunas veces a través de la práctica jurídica, otras veces a través de la epistemología, de la metodología de la ciencia, o bien desde el análisis del lenguaje.

Pese a las diferencias entre escuelas y autores, existe, tal como se ha mostrado en el desarrollo de este texto, un *sustrato epistemológico* común, donde el empirismo, el neopositivismo, la filosofía analítica y el giro lingüístico de la filosofía contemporánea han cumplido un rol más o menos fundamental según las peculiaridades de cada momento, escuela o contexto. Pese al decaimiento generalizado del realismo jurídico y la consecuente pérdida de jerarquía y prestigio, la aparición en las últimas décadas de movimientos que parten del realismo jurídico clásico es una muestra de la vigencia de esta corriente.

En los años setenta del siglo pasado, surgen los Estudios Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*, CLS), que vino a revitalizar el realismo jurídico. Leiter (2015) considera que la interpretación realista del CLS es acomodaticia: “inventó su propia versión del Realismo Jurídico, una que caía mejor con sus ambiciones teóricas distintivas” (2015, p. 272). No obstante, como también señala Leiter (2015, p. 272), que el CLS se inspire en los trabajos del Wittgenstein tardío para modificar algunas premisas de los realistas clásicos, siendo el pensador vienés un representante fundamental de la tradición analítica a la que nos hemos referido en este texto, no nos parece una decisión caprichosa o infundada. Por el contrario, consideramos que es consistente con la afinidad conceptual que postulamos.

A su vez, la aparición del Nuevo Realismo Jurídico (*New Legal Realism*, NLR)¹⁴, en los primeros años de este siglo, evidencia el interés continuado y las posibilidades del realismo jurídico de adaptarse y complejizarse según los movimientos académicos, las reflexiones filosóficas y los desafíos fácticos que se originen en el devenir social en el que estamos inmersos.

Referencias bibliográficas

- Austin, J. L. (1990). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- Ayer, A. J. (comp.). *El positivismo lógico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Barberis, Mauro (2015). El realismo jurídico europeo-continental. En Fabra, J. y Núñez, Á. (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 227-240). México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. I.
- Carnap, R. (1981). La superación de la metafísica a través del análisis lógico del lenguaje. En Ayer, A. J. (comp.). *El positivismo lógico* (pp. 66-87). México: Fondo de Cultura Económica.
- Conesa, F. Nubiola, J. (2002). *Filosofía del Lenguaje*, Barcelona: Herder.
- Echeverría, J. (1989). *Introducción a la metodología de la ciencia*. Barcelona: Barcanova.
- Hierro, L. (1996). Realismo jurídico. En Garzón, E. y Laporta, F. (eds.). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: 11. El derecho y la justicia* (pp. 77-86). Madrid: Trotta.
- Hume, D. (2007). *An Enquiry Concerning Human Understanding*. Oxford: Oxford University Press.
- Jablonec, C. (1998). Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law*, 9, 368-385.
- Lang, A. (2015). New Legal Realism, Empiricism, and Scientism: The Relative Objectivity of Law and Social Science. *Leiden Journal of International Law*, 28, 231-254.
- Leiter, B. (2015). El realismo jurídico estadounidense. En Fabra, J. y Núñez, Á. (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 241-276). México: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. I.
- Locke, J. (1980). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madrid: Editora Nacional.
- Lumia, G. (1971). *Il Diritto trae le due culture*. Milano: Giuffrè.
- Maldonado Muñoz, M. (2020). Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo. El realismo jurídico (apuntes para una introducción). *Iuris Dictio*, 25, 13-25.

¹⁴ Sobre el NLR, sus fundamentos epistemológicos y sus implicaciones, véase Lang (2015). También comenta Liborio Hierro: “Asimismo, y precisamente criticando esta vinculación exclusiva al programa constructivo de los realistas (el derecho como instrumento) la más reciente corriente de los “Critical Legal Studies” reclama también su filiación realista, si bien vinculada a la recuperación del programa crítico del realismo, el que —a su decir— se perdió posteriormente: la crítica de la indeterminación radical del Derecho y la investigación de su papel ideológico legitimador” (Hierro, 1996, p. 84).

- Malminen, T. (2019). Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos. *Isonomía*, 50, 151-173.
- Mendenhall, A. (2015). Oliver Wendell Holmes Jr. and the Darwinian Common Law Paradigm. *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, VII (2), <http://journals.openedition.org/ejppap/411>.
- Mindus, P. (2009). *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer.
- Moles, R. (1998). Austin, John (1790-1859). En Craig, E. (ed.) *Routledge Encyclopedia of Philosophy* CD-ROM. London: Routledge.
- Muñiz, V. (1989). *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Barcelona: Anthropos, vol. II.
- Olivecrona, K. (2007). *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara: México.
- Ross, A. (1971). *Lógica de las normas*. Tecnos: Madrid.
- (2006). El concepto de validez y otros ensayos. Fontamara: México.
- Soto Guerrero, S. (1999). Norberto Bobbio y la ciencia del derecho como análisis del lenguaje. *Investigaciones Jurídicas*, 9 (67), 791-803.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO UN DERECHO
EN EL ECUADOR

Domestic Violence: Comprehensive Reparation as a Right in Ecuador

MERCEDES ANGÉLICA ORTEGA PÉREZ¹
Universidad Cesar Vallejo, PerúCRUZ XIOMARA PERAZA DE APARICIO²
Universidad Metropolitana, Ecuador**Resumen**

La violencia es un problema que viene afectando a las distintas esferas de la sociedad. El tema debe ser tratado con responsabilidad e interés por parte de cada una de las partes integrantes de la sociedad. El objetivo del artículo es analizar la violencia intrafamiliar que sufre la mujer en el hogar y cómo se da la Reparación Integral como un derecho en el Ecuador. Se realizó una investigación documental basada en una revisión bibliográfica de revistas relacionadas con el área asentada en bases de datos especializadas. Como resultados se evidencia que existe la Reparación Integral como un derecho constitucional en el Ecuador. La importancia de la Reparación radica en el hecho de lograr que la víctima regrese a la situación antes de los eventos de violencia, y que la mujer se empodere de su rol. Como conclusión se establece que los efectos de la violencia intrafamiliar deben de ser identificados como agentes detonantes a la alteración del núcleo familiar que se refleja en: maltrato físico, cambios comportamentales, lesiones psicológicas que ocasionan baja autoestima, depresión, e incluso pudiendo llegar a la muerte. Por tal razón, la Reparación Integral es un derecho irrenunciable de las víctimas.

Palabras clave

Violencia intrafamiliar, familia, reparación integral, víctima, derechos humanos, mujeres.

Abstract

Violence is a problem that has been affecting the different spheres of society. The issue must be treated with responsibility and interest by each of the integral parts of society. Therefore, the objective of this article is to analyze domestic violence suffered by women in the home and how Comprehensive Reparation is provided as a right in Ecuador. A documentary research was conducted, based on a bibliographic review of journals related to the area settled in specialized databases. The results show that Integral Reparation exists as a constitutional right in Ecuador. The importance of reparation lies in the fact that the victim returns to the situation before the events of violence, and that the woman is empowered in her role. In conclusion, it is established that the effects of domestic violence should be identified as triggering agents for the alteration of the family nucleus, which is reflected in: physical abuse, behavioral

¹ Abogado, Master en Derecho Constitucional. Correo electrónico: ab.mercedesortega@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3633-8575>.

² Médico Cirujano, Master en Planificación Educativa, Doctora en Ciencias de la Educación. Correo electrónico: cperaza@umet.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2588-970X>.



changes, psychological injuries that cause low self-esteem, depression, and may even lead to death. For this reason, Integral Reparation is an inalienable right of the victims.

Keywords

Domestic violence, Family, Comprehensive Reparation, Victim, Human Rights, Women.

1. Introducción

Desde tiempos inmemoriales, la familia ha sido considerada como la célula básica de la sociedad, reconociendo que su naturaleza, funciones y aportes son fundamentales para el desarrollo económico y social de las naciones. También es cierto que a lo largo de la historia se ha visto el machismo imperante en la sociedad; el patriarcado, en el que la mujer se ha visto inmersa en situaciones de vulnerabilidad al ser maltratada no sólo por su pareja, esposo o conviviente, sino también por la figura paterna. El tema de la violencia contra la mujer y contra los miembros del núcleo familiar ha generado un sin número de debates en el ámbito social y legal a nivel mundial, la conceptualización, el contenido y alcance del mismo ha dado paso a amplias opiniones en su dinámica teórica y sigue transformándose hasta el día de hoy.

En todos los lugares del mundo y desde siempre, refiere Gil (2019), se viene ejerciendo una violencia sistemática sobre la mitad de la población, las mujeres. Desde hace unas décadas esa mitad de la población ha optado por unir esfuerzos y visibilizar esa violencia social, cultural, física y estructural que su colectivo sufre, con el objetivo de comprender, analizar y encontrar soluciones al origen de esa opresión.

En opinión de Bofarull (2005), familias fuertes, saludables y sostenibles, derivan en sociedades fuertes y saludables. Por el contrario, un debilitamiento de las estructuras y dinámicas familiares impacta desfavorablemente en la sociedad, al provocar problemáticas que afectan los indicadores de bienestar en los miembros de los hogares, especialmente de los menores de edad.

Cuando los indicadores de bienestar se deterioran a nivel familiar, se aprecia desatención en el cuidado de los niños, abandono escolar, aumento de adicciones, violencia intrafamiliar, entre otros. El Estado debe responder con programas y proyectos que mitiguen las diversas problemáticas, las cuales pudieron evitarse o reducirse con una atención y protección oportuna a las familias especialmente vulnerables (Pliego, 2014).

Sin embargo, según Madrid y Reyes (2019), los cambios culturales han actuado también como factores desafiantes en la vida familiar. Las familias tenían mayor estabilidad, por su apego hacia una cultura comunitaria fiel a las tradiciones. Hoy en día las relaciones entre las generaciones dentro de la familia se están volviendo más inciertas y confusas. Los padres están enfrentando problemas con respecto a cómo mantener su autoridad en una sociedad y una cultura que da más espacio a los niños y jóvenes. Mientras el discurso social reproduce la idea y el miedo sobre el ocaso de la familia, en las encuestas de opinión y en las de investigación aparece una y otra vez el deseo de los jóvenes de formar sus propias familias y el de los adultos de mantenerse viviendo en familia.

Los estudios como los de Oudhof et al (2018), revelan las convergencias y divergencias en las trayectorias de los integrantes de la familia, las mutaciones y permanencias en las prácticas de crianza y las nuevas alternativas que emergen, bien como iniciativa individual y particularizada, o como respuesta/resistencia que han tenido las familias a dichos cambios.

En décadas recientes según Oudhof, se han producido cambios significativos en su estructura, su tamaño, las relaciones entre sus integrantes y sus vínculos con otras insti-

tuciones y grupos. Una de las transformaciones más marcadas es la creciente pluralidad de tipos de familia y la variedad cada vez más evidente de sus formas de organización, lo cual tiene como consecuencia que el mismo concepto de familia se haya vuelto cada vez más complejo. Esta diversificación ha intensificado el debate y la polémica acerca de lo que es y lo que debe ser la familia, así como sobre los procesos psicológicos y sociales que se desarrollan en el ámbito familiar, entre los que destaca la crianza de los hijos.

La tasa de natalidad explica Cabella & Natan (2018), se ha reducido significativamente en muchos países, incluso llegando a niveles por debajo de la tasa de reemplazo generacional (2 hijos por mujer). La población adulta mayor ha crecido, pero las generaciones jóvenes y las personas en edad productiva tienden, en los próximos años, a disminuir. Por su parte, los hogares monoparentales, principalmente dirigidos por mujeres, han aumentado, elevando igualmente los problemas de pobreza asociados con esta realidad.

Tal situación contribuye a que la mujer sea víctima de violencia, afectaciones no solo de orden físico sino además de orden psicológico, trastocando todo el entorno familiar, convirtiéndolo en un círculo vicioso del que es muy difícil que salga y despierte para romper las barreras y denunciar. Quienes se atreven lo hacen con miedos internos, afectaciones psicológicas que marcan su vida.

En Latinoamérica, Illescas et al (2018), comentan que en un estudio realizado en Ecuador sobre la violencia de género establece que 6 de cada 10 mujeres han sido víctimas de algún tipo de violencia. Existen diferentes factores que ubican a ciertas mujeres en mayor condición de vulnerabilidad como aquellas que tienen algún tipo de discapacidad, por ser indígenas, o aquellas que son miembros de hogares con bajos recursos económicos. De la misma manera, expresan que aquellas mujeres que tienen un nivel alto de educación son menos propensas a sufrir este tipo de maltratos, sin embargo, no excluye de que alguna vez puedan ser sometidas a los mismos. Lo cual deja ver que el machismo y la violencia a la mujer se encuentran arraigados en la sociedad. A manera de ejemplificar, se cree que la mujer solo sirve para criar hijos y quehaceres del hogar, no obstante, esto degrada su función en la sociedad, colocándola en una situación de vulnerabilidad. Es así como a nivel nacional como internacional se visualiza la lucha tanto de mujeres como de organizaciones para erradicar este mal.

En cuanto a las implicaciones legales, el Código Civil dice que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha dañado a otro está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por ese delito o cuasidelito. Si las leyes no han aplicado expresamente una pena, el autor del hecho solo tendrá la obligación civil de indemnizar el daño que con su acto ilícito ha causado, por ende, no habrá delito, penalmente hablando, aunque haya delito civil. Como consecuencia del delito la responsabilidad civil se erige para ser satisfecha en tres elementos a saber: 1) la restitución, 2) la reparación del daño causado y, 3) la indemnización de perjuicios. La restitución debe hacerse de la misma cosa, con abono de deterioros. La reparación consiste en la valoración del daño, por parte del tribunal, tomando en cuenta el precio del bien y la afección del agraviado, lo cual da paso al resarcimiento del daño moral. La indemnización de perjuicios materiales y morales comprende los causados a la víctima y los irrogados a su familia o a terceros por el delito.

Por otra parte, y en concordancia con el artículo 70 de la Constitución de la República del Ecuador, orienta su desarrollo formal y material hacia el efectivo goce de derechos para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, mediante la Política de Igualdad de Género (2018).

En esta línea, el Estado ecuatoriano ha implementado progresiva y sistemáticamente en su ordenamiento legal y en sus políticas públicas, los compromisos en materia de derechos

humanos que se derivan de la ratificación de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés); y, de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer* (Convención Belem do Pará). Así mismo, el Gobierno se ha comprometido a implementar la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La igualdad de género es un elemento central de dicha agenda, cuyo Objetivo 5 se refiere específicamente a la igualdad de género y al empoderamiento de las mujeres, niñas y adolescentes. Por todo lo antes expuesto, el objetivo de este artículo es analizar la violencia intrafamiliar y la Reparación Integral como instrumento legal y un derecho en Ecuador. En el desarrollo del mismo se revisa brevemente tópicos como la familia desde la óptica transdisciplinaria, la violencia familiar: causas y consecuencias; la Reparación Integral desde lo constitucional, conclusiones y referencias.

2. Desarrollo

2.1. La familia desde la óptica transdisciplinaria

La visión de la familia desde el enfoque de lo complejo invita a reflexionar sobre sus relaciones con el sistema social, esto permite la integración de un cúmulo de resultados y conocimientos que se han ido obteniendo en las diferentes ciencias (Naturales, Biológicas y Sociales) para integrar un cuerpo de conocimientos que ha posibilitado el enfoque transdisciplinario a fenómenos y procesos de la realidad. La complejidad emergente de la realidad, con sus crecientes flujos de información, ha generado la necesidad de un nuevo modo de pensar y observar los procesos.

De ahí que los cambios producidos en la familia deban ser analizados a la luz de los cambios sociales que se han producido en los últimos años y que han impactado la dinámica de diferentes instituciones y grupos de la sociedad. En “El carácter histórico de la familia y las transformaciones sociales contemporáneas” señala que:

[...] en la perspectiva de esta realidad dual de la familia, las transformaciones en las relaciones sociales, económicas y políticas contemporáneas la afectan de una manera compleja: no en forma de una determinación directa, sino en forma de oposiciones entre su comportamiento concreto y el comportamiento esperado [...] (Reuben, 2003).

Con los aportes de Morgan (1971), el resultado del análisis de los sistemas de parentesco orientó a la Antropología hacia el estudio de este tema, pues descubrió la importancia que las diferentes terminologías tienen para los sistemas culturales, pues sirven para organizar, clasificar y discriminar a los diferentes individuos y grupos, así como las relaciones que entre ellos se establecen.

El carácter institucional de la familia conlleva a que la misma tenga una relación constante y un nexo muy fuerte con la sociedad, “[...] no solo por constituir el mejor espacio de vínculo e interacción entre el individuo y el sistema social, sino como espacio privilegiado para la acción de políticas sociales y económicas” (Díaz, et al, 2004). Como institución no solo define quienes, sino que tipo de necesidades deben atender los individuos que la integran, y se manifiesta como un componente del sistema social, que interactúa con disímiles instituciones sociales públicas y privadas.

Desde la visión de la sociología, Ariadna (2021) refiere que, por el tipo de organización, la familia puede ser: Patriarcal: la autoridad la ejerce el padre; Matriarcal: la autoridad la ejerce la madre; Igualitaria: la autoridad esta compartida entre padre y madre; Patrilineal: solo a los miembros varones de la familia se les puede heredar; Matrilínea: solo a los miembros femeninos de la familia se les puede heredar; Bilínea: todos los miembros

de la familia se les puede transmitir la pertenencia; y, Soporte: cuando los padres por sus responsabilidades laborales y extensas jornadas no cuentan con tiempo suficiente para dedicarlo a los hijos, delegan parte de sus obligaciones a los hijos mayores para el cuidado de sus hermanos más pequeños.

Dentro de los distintos tipos de familia hay conflictos que les atañen y que de manera directa o indirecta afectan a la propia sociedad. De los que se pueden ejemplificar se encuentran: 1) desacuerdos de pareja por problemas financieros; 2) falta de entendimiento por diferencia de caracteres; 3) pérdida del trabajo; 4) enfermedad incapacitante; 5) adicciones, 6) infidelidad; 7) mala relación con los padres de la pareja; 8) extensas jornadas laborales que limita la convivencia; 9) comportamiento violento; 10) peleas entre los miembros de la familia (por la diferencia generacional entre padres e hijos); 11) dificultad para lograr una crianza acorde a las necesidades de los hijos y al mismo tiempo su manutención, entre otros (Ariadna, 2021).

2.2. La violencia familiar: causas y consecuencias

La violencia intrafamiliar o violencia doméstica, refiere Canseco et al, a toda acción u omisión cometida por algún integrante familiar en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra. En estos últimos años se han venido dando una serie de programas y leyes en defensa de los derechos de los miembros de la familia. Sin embargo, esto no asegura el bienestar del hogar, por ser un problema social de grandes dimensiones que afecta sistemáticamente a importantes sectores de la población, especialmente a mujeres, niñas, niños, adolescentes, ancianos y ancianas.

La violencia, en la mayoría de los casos, ha llegado a ser parte de la vida cotidiana de muchas personas a las cuales afecta en gran manera su comportamiento y el desarrollo de diversas actividades que deseen ejercer; es decir, la violencia también es una conducta aprendida. La violencia puede manifestarse en cualquier ámbito social como el cultural, político, económico y el ámbito social doméstico (Canseco et al, 2019).

En cuanto a los factores que aparecen como generadores de violencia intrafamiliar, según Torres (2018), existen frases que se han normalizado en la sociedad y que agraven la problemática, por ejemplo: 1) “Los hombres son fuertes y las mujeres débiles”, 2) “los hombres no lloran”, 3) “El hombre es proveedor y la mujer es dependiente”, etc. En la sociedad, la cultura transmite ideales de violencia de género contra las mujeres y se la ha justificado a través del tiempo por ‘cuestiones’ culturales. En otras palabras, no es algo natural sino una tendencia aprendida y, por lo tanto, es susceptible de cambio.

Entre las consecuencias de la violencia intrafamiliar, comenta Torres que se produce un sinnúmero de efectos adversos para las víctimas y para la sociedad, señalando así: 1) deterioro de su salud física, pudiendo llegar a ser víctimas de femicidio; 2) mayor riesgo de padecer trastornos psicológicos, como estrés postraumático, depresión, baja autoestima, incluso cometer suicidio; 3) exposición a una serie de problemas de salud sexual y reproductiva, como contraer VIH-SIDA e infecciones de transmisión sexual, y; 4) dificultades para trabajar, e incapacidad de participar o ser autónomas económicamente. La violencia acarrea altísimos costos económicos y sociales para el Estado, y constituye una fuerte carga para el sistema público ecuatoriano, pues implica el costo de la atención en salud y los servicios de atención a víctimas.

La violencia intrafamiliar parte de la falta de comunicación en el hogar, lo que conlleva a la inexistencia de un diálogo afable que permita expresarse de manera libre y voluntaria. Si esto sucediera se evitaría escenas de violencia que en algunos casos terminan con la muerte de uno de los cónyuges.

Los ataques físicos y emocionales, comenta Gorski (2017), forman parte de la violencia crónica. Es importante detectar a tiempo una "relación tóxica" para de esta manera, ayudar a las mujeres que podrían ser futuras víctimas.

De igual manera Bentivegna (2016), explica cómo se desarrolla el "ciclo de la violencia", el cual está constituido por tres etapas. Las interacciones violentas dentro de la pareja están vinculadas con un incremento de la tensión en las relaciones de poder establecidas.

Fase I: "De acumulación de tensión"	Fase II: "Del Golpe"	Fase III: "De idealización o luna de miel"
<ul style="list-style-type: none"> - Pequeños episodios roces permanentes entre los miembros de una pareja. - Incremento constante de ansiedad y de hostilidad. - Esta fase puede durar años. - Si la víctima busca ayuda se puede prevenir la irrupción de la fase aguda o del golpe. 	<ul style="list-style-type: none"> - La mujer, frente al golpe, lleva a cabo la denuncia judicial. - Violencia física se convierte en un detonador. 	<ul style="list-style-type: none"> - Arrepentimiento por parte del él. - La mujer lo perdona y vuelve a creer en su pareja debido a su escasa capacidad de poner en palabras lo que siente y piensa. - Él demuestra su arrepentimiento y suele hacerle regalos para que ella vea que es el hombre del cual se enamoró. - Frente a tal comportamiento, la mujer deja sin efecto la denuncia.

Figura 1. Ciclo de la violencia. Bentivegma (2017).

Es de suma importancia la detección de las señales de ayuda o indicios que el amigo o familiar de la víctima pueda detectar. La presencia de conductas como la separación de su círculo íntimo, dejar de trabajar, aislarse socialmente, volverse más tímida, negar o justificar la violencia son algunas de las actitudes que poco a poco formarán parte de la conducta y personalidad de la víctima.

En la realidad latinoamericana, Mayor & Salazar (2019), sobre los aspectos legales en Colombia, establecen que hombres y mujeres tienen iguales derechos, recogidos en las leyes 599 y 600 del 2000 y en la 1542 del 2012 del Código Penal. En Bolivia se ha difundido la Ley 1674 contra la violencia en la familia, con el fin de brindar protección jurídica a los más vulnerables en el contexto del hogar. En Perú, actualmente uno de los países con altos índices de violencia contra las mujeres en el seno familiar, se crearon Centros de Emergencia Mujer (CEM) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), con el objetivo de identificar y atender los casos de violencia sexual y homicidios ocurridos.

Por otra parte, en el Ecuador, a lo largo de los años el abuso y la violencia de género se ha transformado en una problemática social que alarma en su totalidad al país. Problema que, por regla general, se encuentra o se origina en la mayoría de los casos dentro del hogar, estableciendo un agresor y una víctima en un proceso sistemático que se manifiesta con la violencia psicológica, luego con la violencia física y sexual a través de maltratos y violaciones, y que terminan con la muerte de la víctima.

En el Ecuador, según la Fundación Aldea (2018), cada 3 días se reporta un nuevo caso de Femicidio. Así lo señalan los registros de cuatro organizaciones de la sociedad civil: Fundación Aldea, Red de Casas de Acogida, Taller Comunicación Mujer y la Comisión Ecuménica de los Derechos Humanos.

Para el año 2021, según Espinoza (2021) la situación se torna con una mayor magnitud, 105 feminicidios se registraron en todo el Ecuador solo en seis meses; es decir, una mujer es asesinada cada 41 horas.

dicha medida, cómo se efectuará y el seguimiento que debe darse a la misma, ya que esta constituye no solo un derecho sino además una garantía para las víctimas de todo tipo de violencia. En el mismo orden de ideas, Escudero (2013), indica lo siguiente:

[...] la palabra reparación hace referencia a un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento a través del cual se la puede obtener. En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra, pero para efectos del reconocimiento de los Estados, se expresa como una doble obligación hacia las víctimas: para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño. Para decirlo de otra manera, la justicia para las víctimas exige genuinos mecanismos procesales que resulten en el alivio final y positivo de la vulneración de derechos (sustancia de la reparación) (p. 275).

De igual manera, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el suplemento del registro oficial No. 180 en fecha 10 de febrero del año 2014, trajo consigo la Reparación Integral como una forma de resarcimiento a las víctimas, siendo una figura nueva en el ordenamiento jurídico interno del país.

El artículo 77 del COIP establece que “[l]a reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado”. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

El artículo 78 del COIP establece los mecanismos de reparación integral literalmente: “Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 1) La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad, así como al restablecimiento de los derechos políticos; 2) La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines; 3) Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente; 4) Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica; y, 5) Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas.

Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género. Estas dos disposiciones, como se conocen, son las más recientes que se han incorporado sobre este tema en la legislación a consecuencia de la puesta en vigencia de este novísimo cuerpo normativo que ha merecido amplios comentarios tanto de sectores especializados, como no vinculados al quehacer jurídico diario.

Refiere Machado et al (2018), que con el contenido de las normas transcritas en el COIP, ahora sí, se ha establecido la reparación integral como un auténtico derecho de las

víctimas y ha detallado con absoluta claridad los mecanismos con los cuales se puede cumplir aquella, haciendo hincapié en el hecho de que la elección de alguno de ellos no excluye la posibilidad de que pueda coexistir con otro u otros, que a criterio del juzgador deban decretarse para alcanzar la satisfacción de quién padeció el daño no estando obligado a hacerlo. La aplicación de estas disposiciones ha revolucionado todo lo referente a la reparación de los daños en materia penal, quizá este es uno de los aspectos más destacados y relevantes que todos han reconocido como una fortaleza del COIP.

El bien jurídico protegido en los casos de violencia intrafamiliar es la vida, ya que de ella emanan una serie de derechos que tienen las personas como lo es la dignidad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la no discriminación, la integridad personal. Por lo que tienen el derecho de una reparación integral, el mismo que además de encontrarse en la Constitución, se encuentra contemplado en los tratados internacionales como ya se ha mencionado en especial el de la *Convención Belém Do Para* (1995).

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, en relación con la reparación integral dice: “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, y la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aficciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados. Son además objeto de reparación, las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

El fenómeno de la violencia intrafamiliar, en los últimos años ha merecido gran interés por parte del Estado, iniciando así diversos tipos de acciones de orden constitucional, convencional y legal; considerándolo además como un problema que afecta de manera directa a la sociedad por lo que se han creado diversos tipos de políticas públicas encaminadas a frenar los hechos y a proteger a la mujer y a la familia de la violencia intrafamiliar. Esto debido a los altos índices de denuncias tanto en los juzgados contraven- cionales de violencia contra la mujer y la familia, así como en las Fiscalías de Violencia de Género en el País. Con la reparación integral, Ecuador asumió así su compromiso y respeto a los derechos humanos, incluyendo este nuevo mecanismo de justicia en todo ámbito, incluso en el objeto de este análisis, como lo es la violencia intrafamiliar, se ha constituido como una garantía eficaz para el resarcimiento de los derechos vulnerados en especial de los derechos humanos.

En Ecuador, se necesita la profundización en el estudio del alcance de lo que significa la reparación integral, ya que no es únicamente la indemnización ni unas disculpas

públicas, abarca más allá de eso, como lo es el daño que ha ocasionado, la vulneración de los derechos en las víctimas cuantificarlos de manera concienzuda, la garantía de no repetición, que esta sea justa y eficaz en este caso de estudio para las contravenciones de violencia intrafamiliar. Es decir, la reparación no se limita a dos cosas, por lo que se hace necesario determinar lo que es la reparación integral y su ámbito de aplicación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso peruano No. 144, caso Acevedo vs. otros de 2004, señaló lo siguiente: “Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial [...]” (p. 95).

Para que este tema de la reparación no resulte una mera quimera jurídica, Cornejo (2016) explica que dicha reparación integral debe ser analizada por el juez para calcular los daños de una manera prudente acorde al mérito del proceso desde algunas visiones que consideren: 1) el Daño Emergente; 2) el Lucro Cesante, y; 3) el Daño Moral. Adicionalmente, y a efectos de la adopción de medidas tendientes a efectivizar una reparación integral, las autoridades judiciales deben tener presente algunos elementos, tales como: 1) Restitución; 2) Restauración de la libertad, bienes o educación; 3) Compensación o indemnización por cualquier daño económicamente evaluable; 4) Rehabilitación: ayuda médica, psicológica, prestación de servicios legales y sociales, y; 5) Satisfacción: la aplicación de sanciones judiciales y garantías de no-repetición.

3. Conclusiones

Los cambios producidos en la familia deben ser analizados a la luz de los cambios sociales que se han producido en los últimos años, y que han impactado la dinámica de diferentes instituciones y grupos de la sociedad.

En Ecuador, el abuso y la violencia de género se ha transformado en una problemática social que alarma al país. Problema que por regla general, se encuentra o se origina en la mayoría de los casos dentro del hogar, estableciendo un agresor y una víctima, en un proceso sistemático que se manifiesta con la violencia psicológica, luego con la violencia física y sexual a través de maltratos y violaciones, y que terminan con la muerte de la víctima.

En Ecuador, el daño y la reparación han pasado de un esquema estrictamente civilista a ser regulado en la normativa constitucional del 2008, con acertadas disposiciones que constan en la legislación secundaria bajo la denominación de reparación integral. De esta forma, los jueces civiles y penales deberán velar por el cumplimiento de su función de garantes de los derechos constitucionales, y aminorar el padecimiento de la víctima o retornarla a su estado anterior.

Con la reparación integral, Ecuador asumió así su compromiso y respeto a los derechos humanos, incluyendo este nuevo mecanismo de justicia en todo ámbito.

Referencias bibliográficas

- Abad, C. (2020). *La dimensión de la reparación integral en la acción de protección*. [Tesis de Maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7788/1/T3371-MDC-Abad-La%20dimension.pdf>
- ALDEA / Asociación Latinoamericana para el Desarrollo Alternativo (2018). Un femicidio cada 3 días en el Ecuador. <http://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/c6cwr7g9cs6klz56rkkstalk756t4>

- Ariadna, I. (2021). *Sociología de la familia*. Economipedia.com
- Asamblea Naciones Unidas (1993). Día Internacional de las Familias, 15 de mayo. Recuperado el 09 de julio de 2018. <http://www.un.org/es/events/familyday/>
- Bentivegna, S. (2016). *La gran telaraña*. Ed MEGUSTAESCRIBIR. E book Buenos Aires.
- Bofarull, I. (2005). *Ocio y tiempo libre: un reto para la familia*. Colección Astrolabio. Familia.
- Cabella, W. & Nathan, M. (2018). *Los desafíos de la baja fecundidad en América Latina y el Caribe*. Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Baja%20fecundidad%20en%20ALC%20-%20version%20web%20espa%C3%B1ol.pdf>
- Canseco, E., Rivera, M., & Álvarez, C. (2019). *Prevención de las formas de violencia intrafamiliar, causas y consecuencias en los habitantes del sector Miramar de Manta, Ecuador*. Revista Científica y Arbitrada de Ciencias Sociales y Trabajo Social: Tejedora. 2(3), pp. 2-11. <https://publicacionescd.ulead.edu.ec/index.php/tejedora/article/view/29>
- Cornejo, J. (2016). La Reparación Integral. <https://derechoecuador.com/la-reparacion-integral/>
- Díaz, T. et al. (2004). La familia cubana: realidades y proyección social. *Revista Temas*. 36.
- Escudero, J. (2013). Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Reparación Integral y su Complicado Desarrollo en el Ecuador. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Espinoza, B. (2021). 105 feminicidios se registraron en todo el Ecuador solo en seis meses; una mujer es asesinada cada 41 horas. Radio pichincha FM. <https://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/105-feminicidios-se-registraron-en-todo-el-ecuador-solo-en-seis-meses-una-mujer-es-asesinada-cada-41-horas/>
- Gil, M. (2019). El origen del sistema patriarcal y la construcción de las relaciones de género. AGORARSC. <https://www.agorarsc.org/el-origen-del-sistema-patriarcal-y-la-construccion-de-las-relaciones-de-genero/>
- Gorski, A. (2017). “El Ciclo de la Violencia”: cuáles son sus etapas y cómo ponerle fin. Infobae. <https://www.infobae.com/tendencias/2017/05/04/el-ciclo-de-la-violencia-cuales-son-sus-etapas-y-como-ponerle-fin/>
- Illescas, M; Tapia, J & Flores, E (2018). Factores socioculturales que influyen en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. *Revista Killkana Sociales*, vol. 2, No. 3, pp. 187-196. https://doi.org/10.26871/killkana_social.v2i3.348
- Machado, L., et al. (2018). Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?. *Espacios* vol. 39, N. 9, p. 14.
- Madrid, M. & Reyes, J. (2019). Efectos en la dinámica familiar producto de la formación y experiencia laboral de los colaboradores del servicio de protección institucional y su propuesta de atención 2019. [Tesis Maestría En Política, Promoción E Intervención Familiar.] Universidad de Panamá. http://up-rid.up.ac.pa/3408/1/maria_madrid.pdf
- Mayor, S. & Salazar, C. (2019). La violencia intrafamiliar. Un problema de salud actual. *Gaceta Médica Espirituana*, 21(1), pp. 96-105. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1608-89212019000100096&lng=es&tlng=es
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (2014). Código Orgánico Integral Penal (COIP). Gráficas Ayerve C. A. Quito.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (2018). Política para la igualdad de género. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/politica_para_la_igualdad_de_genero_2018.pdf

- Morgan, H. (1971). *La sociedad primitiva*. Madrid: Universidad Complutense.
- Oudhof, H. Mercado, A., & Robles, E. (2019). Cultura, diversidad familiar y su efecto en la crianza de los hijos Estudios sobre las Culturas Contemporáneas. Universidad de Colima, vol. XIV, N. 48, pp. 65-84.
- Pliego, F (2014). *Las familias en México*. Editorial Porrúa. DF México.
- Reuben, S. (2003). El Carácter histórico de la familia y las transformaciones sociales contemporáneas. Reflexiones. No 80(2).
- Saccomano, C. (2017). El femicidio en America latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho? Revista CIDOB d'Àfers Internacionals 117, pp. 51-78 , 62.
- Torres, A. (2019). Causas y consecuencias de la violencia intrafamiliar en mujeres y niños pacientes del Centro de Salud tipo C de Catamayo Provincia de Loja en el periodo enero- julio 2015 y la intervención del trabajador social. [Tesis de grado Trabajo Social]. Universidad de Loja.

Legislación

- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N. 449. 20 de octubre de 2008.
- Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Registro Oficial N. 175 de 05 de febrero de 2018.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial N. 52 de 22 de octubre de 2009.

Sentencias y Resoluciones

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- Convenciones, Tratados y Conferencias
- OEA / Organización de los Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).
- ONU / Organización de Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Washington, Estados Unidos: ONU. 10 de diciembre de 1948.

ANÁLISIS CRÍTICO A LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LIBERTAD DE RELIGIÓN

Critical Analysis Concerning International Legislation on Freedom of Religion

NICOLÁS ANTONIO JIJÓN GILER¹

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM), Ecuador

Resumen

Este estudio pretende señalar las falencias de la legislación internacional sobre el uso de los derechos religiosos; texto concebido como una llamada de alerta a las instituciones más relevantes de defensa de los derechos humanos, en pro de un sistema jurídico justo, globalizado y asequible a todas las minorías vulnerables; específicamente, a las personas y sus convicciones de fe, incluyendo el respeto ante la ausencia de ésta. En él se describe de manera crítica las normas internacionales relacionadas con las libertades religiosas, en su redacción, práctica y ejecución; se determina el grado de responsabilidad de cada actor, sea Estado o sociedad, en el uso de los derechos religiosos; y proponen las nuevas formas de cultivar la libertad de religión en regiones con récords de derechos humanos históricamente pobres.

Palabras clave

Libertad, religión, derechos humanos, sociedades, convivencia, integración.

Abstract

This study aims to point out the shortcomings of international legislation on the use of religious rights and was conceived as a wake-up call to the most relevant institutions for the defense of human rights, in favor of a fair, globalized legal system accessible to all vulnerable minorities, specifically people and their theological convictions, including respect in the absence of it. It describes in a coherent and critical way those international norms related to religious freedoms, in their drafting, practice and execution; determining the degree of responsibility of each actor, whether it's from State or society, in the use of religious rights; proposing new ways to improve freedom of religion in regions with historically poor human rights records.

Keywords

Freedom, Religion, Human Rights, Societies, Coexistence, Integration.

1. Introducción

Todos los pactos, convenios y protocolos que las instituciones garantistas de derechos, nacionales e internacionales llevan a cabo, son un medio para conseguir la transformación de nuestras sociedades, independientemente de la nacionalidad, raza o credo; específicamente, en el campo de los derechos religiosos, conforman el sistema para precautelar la libertad de

¹ Nacido el 31 de mayo de 1996, en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia; estudiante de pregrado de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM), Manta-Manabí-Ecuador. Correo electrónico: nicolash1000@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9766-2876>.



las personas a profesar una fe de acuerdo con sus propias convicciones. Gandhi² creía que la religión era más que la agrupación de personas de un mismo credo, sino un estilo de vida que propende a la moralidad que no requiere de normas impuestas por el hombre para el hombre (Kumarappa, 2000, p. 8). Sin embargo, lo perfecto es enemigo de lo posible, y en la realidad resulta necesaria la creación de leyes y normas que permitan a los individuos profesar libremente su religión o creencia.

El lector de este artículo podrá conocer las obligaciones que tiene todo Estado con sus ciudadanos, para acatar y promover los tratados que preservan los derechos de cada ser humano, incluyendo lógicamente la libertad de religión o creencias. Será también una fuente de información sobre los recursos legales para una demanda internacional de vulneración de derechos.

2. Desarrollo

2.1. Derecho a tener y cambiar una religión o creencia

El derecho de tener, mantener, cambiar o abandonar libremente una religión o creencia es una cuestión de convicciones personales y, de acuerdo con el derecho internacional, no puede ser limitado bajo ninguna circunstancia. Es en este sentido que Elizabeth Odio Benito³ expresa que:

Tener una religión o cualquier creencia de su elección. Todo esto implica que la Declaración de 1981, sin repetir la Declaración Universal o el Pacto Internacional palabra por palabra, abarca el derecho a cambiar la religión o las creencias de uno y adoptar otra o no tener ninguna (citada en Lener, 2006, p. 228).

Por tanto, se concibe como un derecho irrenunciable que tienen las personas de mantener y preservar sus creencias o cambiarlas; todo ello pese a que en algunas ocasiones a muchos se les niega este derecho, como ocurre cuando son sancionados por ciertos Estados, que adoptan normas discriminatorias y criminales contra minorías religiosas como Falun Gong (Ownby, 2008).

Durante un discurso en el National Prayer Breakfast⁴, Barak Obama expresó:

la libertad de religión es el derecho de toda persona a practicar su fe como elija, cambiar su fe si así lo eligen o no practicar ninguna fe en absoluto, y hacerlo libre de persecución y miedo para que la historia muestre que las naciones que defienden los derechos de su pueblo, incluyendo la libertad de religión son, en última instancia, naciones más justas, más pacíficas y más exitosas [...] (2014).

El equilibrio entre la influencia religiosa y secularismo a menudo se disipa por la lucha cultural y política de nuestros tiempos. Sin embargo, la primera nación establecida en el continente americano, Estados Unidos, nos enseña la manera de hacer que una tierra tan diversa en su gente sobreviva y prospere, pues desde sus inicios sentaron las bases que se fortalecen y mantienen en el tiempo para respetar la libertad y proteger la fe (Meacham, 2007).

² Mahatma Gandhi fue un hinduista, defensor de los derechos humanos, político, pensador pacifista de la India

³ Elizabeth Odio Benito es una jueza, política y abogada costarricense, presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020-2021. Jueza de la CIDH desde 2016.

⁴ El Desayuno de Oración Nacional (en inglés, National Prayer Breakfast) es un evento anual que tiene lugar en Washington D. C. (Estados Unidos) el primer jueves de febrero. Traducción del autor.

Para poder comprender en su totalidad porque la libertad de religión es tan imprescindible para la humanidad en general, hay que entender que para los seguidores devotos no solo es un aspecto de su vida, sino un estilo de vida, así lo declara Chris Stefanick⁵:

es la libertad de dejar que tus más profundas convicciones acerca de quién es Dios, quién eres y de qué se trata la vida, guíen todo lo que haces, desde la forma en que diriges tu negocio hasta la forma en que educas a tus hijos, la forma en que te involucras en política o la forma en que diriges organizaciones benéficas y el mundo es un mejor lugar por esa razón [...]. (2017)

2.2. Protección contra la discriminación religiosa o de libre pensamiento

Al hablar de la libertad a tener y cambiar una religión o creencia, se desprende igualmente el derecho a la protección contra la discriminación de las personas basándose en quiénes son, su religión o su nivel socioeconómico. Para preservarlo, nuestro primer escudo será la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su artículo 18, y el segundo será el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, por sus siglas) de la Organización de las Naciones Unidas (desde ahora, ONU); los que básicamente expresan que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, que incluye la libertad de cambiarla y manifestarla individual y colectivamente, sin ser objeto de coerción, y, para ello, el Estado está obligado a ser el garante de su ejercicio.

Existen comentarios sobre importantes lagunas en la Declaración Universal de Derechos Humanos que afectan no solo a su efectividad, sino a la relevancia y extensión de la misma (Rafols Pons, 1998, p. 112). Los Estados y las organizaciones internacionales que protegen los derechos humanos deberían ocupar un rol protagónico, y establecer normas y políticas públicas claras y de aplicación obligatoria que se encaminen a erradicar la discriminación religiosa.

En la India se prohibió el sistema de castas a favor de los Dalits⁶ o intocables, pero el Estado no promueve este derecho eficazmente y hay favoritismo para los Dalits hindúes en detrimento de los que no son hindúes (Rao, 2009, p.392). Países como Pakistán aún practican la segregación con bases religiosas en contra de sus ciudadanos de diferentes maneras (Ahmed, 2020). Myanmar y otros Estados no previenen eficazmente la discriminación, si no, más bien, la promueven (Beech, 2019).

Otro aspecto de este tema, muchas veces ignorado por su complejidad, es la discriminación religiosa en el trabajo, pues puede suceder que los empleadores incurran en discriminación so pretexto de políticas internas; sin embargo hay que entender también que el empleador tiene derecho a imponer sus reglas laborales, lo que legalizaría la oposición a prácticas religiosas en el ámbito laboral, por lo que se hace imperativo que un balance sea alcanzado entre el derecho que tiene el emprendedor de dirigir su negocio de forma independiente, y que, al mismo tiempo, sea consciente y respete el derecho a la diversidad teológica de sus empleados (Vickers, 2008, p. 4).

2.3. La educación religiosa y el derecho de los padres a impartirla y de sus hijos a oponerse

El artículo 18 del PIDCP establece derechos específicos para los padres y los niños en relación con la libertad de religión o de creencia, especialmente la facultad que tienen los padres de

⁵ Chris Stefanick es un autor, orador y presentador de televisión de renombre internacional que ha dedicado su vida a propagar los derechos de los cristianos en todo el mundo.

⁶ Los parias, intocables, dalit, harijan, o panchamas son personas que, de acuerdo con las creencias hindúes, se consideran fuera de las cuatro varnas (niveles) tradicionales.

garantizar a sus hijos una educación religiosa y moral. A medida que los niños van tomando conciencia de sus actos, este derecho será rectificado conforme su grado de madurez, y deberán recibir de sus padres orientación de manera proporcionada a su edad. Se debería fomentar esta cultura en la familia, estableciendo a qué edad un niño puede tomar decisiones con respecto a sus prácticas o creencias religiosas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por una gran cantidad de países, reconoce ampliamente su libertad a profesar una religión o creencia; el artículo 14 los considera independientes para elegir su fe, y a su vez dependientes o vulnerables pues necesitan ayuda y orientación parental para conocer y ejercer estos derechos, que siempre prevalecerán sobre las normas estatales. El objetivo fundamental de esta Convención es garantizar que las decisiones se tomen siempre hacia el mejor interés de los niños, para que éstos puedan opinar sobre temas que les conciernen, como son su integridad física y mental. Pero hay situaciones en que el interés superior del niño es interpretado de acuerdo con los principios religiosos de sus mayores, y esto podría traducirse en la vulneración de sus derechos (Murillo, 2013).

La antes mencionada Convención establece la edad de 18 años como el comienzo de la adultez. Pero la cuestión es cuánta independencia y madurez mental se adjudica a los niños en las distintas etapas de la infancia sin perjuicio de lo que las diferentes culturas puedan establecer, de tal manera que se respete, tanto el derecho de los padres sobre sus hijos, y de los hijos para oponerse a cierta formación religiosa (Goodwin, 2019). Cabe mencionar que también existen diferencias entre países y sus leyes en cuanto a la edad en la que los menores son objetos de derechos religiosos, pues en países como Suecia, tienen una vista del derecho muy progresiva, dejando que a los 12 años un chico pueda decidir si desea formar parte de una comunidad religiosa o no (Willander, 2019).

2.4. Objeción de conciencia derivada de la religión

Uno de los temas más controvertidos en lo que concierne a cuestiones teológicas es hacer compatibles ciertas prácticas o creencias con el marco normativo, para que no se opongan a las políticas públicas de los países, o que estas normas no transgredan libertades de fe. Es entonces imprescindible para la buena convivencia de los ciudadanos balancear entre su derecho innato a objetar y la decisión de sujetarse o someterse a las leyes estatales.

En general, la objeción de conciencia⁷ significa oponerse a ejecutar algo, porque hacerlo iría en contra de los principios y creencias del individuo. Ejemplos específicos de casos en los que las personas ejercitan su derecho a negarse a cumplir o hacer serían: el servicio militar obligatorio, prestar juramentos, el recibir transfusiones de sangre o el participar en determinados procedimientos médicos; incluso Nelson Mandela manifestó que “cuando la ley es injusta, lo correcto es desobedecer” (Mandela, 2013, p. 431).

Bajo esa misma línea de pensamiento, el Dr. José García Falconí,⁸ opina que:

[...] desde un enfoque ius naturalista, los derechos personales nacen o se derivan de la dignidad inherente al ser humano, por esta razón son anteriores al Estado que se limita a reconocerlos, esto es *los derechos*, son la expresión directa de la persona humana y la protegen contra los abusos del poder, pues solo así se permite una convivencia social más justa. (2011)

⁷ La objeción de conciencia es la negativa a acatar órdenes, leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos.

⁸ El Dr. José Carlos García Falconí, es un reconocido jurista de la República del Ecuador, profesor de Práctica Procesal Civil en la Universidad Central del Ecuador, además de autor de más de cien libros en la materia jurídica.

Para ayudar a los países en la interpretación certera del Art. 18 del PIDCP, en la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se reconoce la objeción de conciencia relativa a rechazar el servicio militar por estar reñido con la libertad de las personas a no ir en contra de sus principios, sean éstos religiosos o no; aunque, no es jurídicamente vinculante con los países que se suscribieron a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sirve como guía para su correcto entendimiento y alcance. Varios países de Europa y América Latina reconocen y ofrecen exenciones u otras formas de servicio a la patria; entre ellos hay que resaltar a Paraguay en donde en 1991 se gestó un importante cambio en su Constitución, logrando que se instituya el no al servicio militar obligatorio en su Art. 129. El 30 de septiembre de 1993 se presentaron los cinco primeros objetores de conciencia. Hoy son 25.000 (Castillo, 2015, p. 71).

En contraposición, encontramos aún Estados que encarcelan a quienes rechazan el hacer servicio militar debido a su religión o creencias pacifistas; entre ellos, los testigos de Jehová son el grupo más afectado por esta cuestión. Así pues, en Corea del Sur, setecientos sesenta y siete personas de esta religión cumplieron condenas de prisión por objeción de conciencia a partir de septiembre de 2003 (Hong, 2003).

Aunque la normativa internacional para tratar estas cuestiones especialmente controvertidas no sea vinculante, la Plataforma para la Libertad de Religión y Creencias⁹ nos provee de tres argumentos a tomar en cuenta (Bielefeldt, 2018). Primero, que la objeción de conciencia es un derecho irrenunciable; segundo, el que si bien no puede ser suspendido, hay temas que no están expresamente incluidos, como el que un empleado pueda negarse a usar uniforme diferente a su atuendo religioso; y, el tercer punto, es que el derecho a objetar puede ser restringido para proteger los derechos y libertades de otros. Hay ocasiones en que la objeción de conciencia colateralmente puede producir exclusión, como cuando un juez se niega a casar a una pareja del mismo sexo por ir en contra de sus principios religiosos (Navarro-Vals, 2005). Otro ejemplo serían los casos de matronas o médicos que, por los mismos preceptos, rechazan practicar abortos aun cuando de acuerdo con la ley sí están permitidos (Román, 2018).

Es difícil tomar una posición sobre la libertad de objetar una ley por principios religiosos; pero es necesario comprender las dos posiciones, tanto la del que se niega a realizar una práctica legal por ser opuesta a sus valores religiosos, como la del individuo al que se le vulneran facultades legales por objeción de conciencia. Mi opinión sería que a cada persona se le debería permitir escoger su forma de vida de acuerdo con sus principios religiosos, siempre y cuando no se transgredan los derechos de otros.

2.5. Limitaciones a la libertad de religión y creencias

La esencia de la libertad de religión es poderla exteriorizar en la enseñanza, en la práctica, en el culto y en la obediencia. Refiriéndose a la religión, el Dr. Humberto Nogueira Alcalá¹⁰ reconoce que luego

el Estado está imposibilitado de penetrar en este ámbito, debiendo respetar el proceso intelectual y la búsqueda de la verdad que desarrolle autónomamente la persona, como, asimismo, su comportamiento externo conforme a su conciencia” (2006, p. 18).

⁹ La Plataforma para la Libertad de Religión y Creencias es una organización sin fines de lucro que proporciona recursos para ayudar a las personas, a las comunidades y a los responsables de la toma de decisiones a reflexionar y promover la libertad de religión o de creencias a nivel mundial.

¹⁰ Humberto Nogueira Alcalá es un abogado, profesor, jurista y escritor constitucionalista chileno, director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

Existe, sin embargo, una diferencia entre el derecho de tener o cambiar una religión o creencia, y el de manifestarla; el primero es incondicional y el segundo tiene restricciones. En efecto, la libertad de manifestar la religión o creencia es el tipo de derecho que debería primar en toda población, pero ¿qué sucede en las comunidades que controlan y reprimen a sus miembros y/o promueven el odio y la violencia hacia otros grupos? El artículo 5 del PIDCP aclara este cuestionamiento cuando expresa que está prohibido todo tipo de acción encaminada a la destrucción de cualquier derecho y/o libertad reconocidos en el Pacto o a su control en mayor medida que la prevista en él; y niega rotundamente la posibilidad de restricción de derechos humanos fundamentales, lo que quiere decir que se prohíbe el uso de un derecho para socavar otros.

El Estado puede restringir la manifestación religiosa si considera, de acuerdo con la ley, que es necesario para proteger a otras personas siempre que las medidas no sean discriminatorias, y, sea proporcional al problema que intenta abordar, de acuerdo con lo que señala el artículo 18 del PIDCP, específicamente cuando se vulneran la seguridad, la salud y los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Como se puede observar, esta disposición promueve el evitar que las regulaciones se conviertan en herramientas de intervención, por ser medidas de último recurso, por lo cual conviene permitir a organizaciones internacionales de derechos humanos contar con un registro oficial en el que puedan desarrollar sus actividades sin temor a ser perseguidas o reprimidas por ciertos sectores de la sociedad, tal y como apuntan los instrumentos de protección de derechos humanos señalados. El objetivo de estas excepciones que limitan las manifestaciones religiosas o de creencias tiene un carácter pacifista y conciliador, que busca crear mejores herramientas de convivencia entre comunidades, sentando bases para un pluralismo y tolerancia religiosa, donde el individuo posea una plena seguridad de una aplicación justa de estas medidas.

Sin embargo, en ocasiones, estas disposiciones están lejos de aplicarse de manera efectiva, pues existen países como Kazajistán (Mayer, 2018), Vietnam (Aragonés, 2018, p. 14), Arabia Saudita (Flores, 2018, p. 3), China e Indonesia (Hernández, 2019, p. 7) y Rusia (Polina, 2016), que expresamente prohíben la manifestación de ciertas religiones o creencias, y en algunos casos no se les permite a grupos religiosos contar con el aval del Estado para operar. Muy por el contrario, son penadas toda divulgación pública de las religiones no aceptadas por ellos, convirtiéndose en una medida contraria a los derechos religiosos de sus ciudadanos. Es necesario insistir también en que existen casos como el de Irán (Mottahedeh, 2000), India (Carvalho, 2019), Myanmar (Masegosa, 2017, p. 5) y algunos lugares de la República Centroafricana (Lombard, 2016, p. 256), en donde las violaciones no se detienen en únicamente represión, sino en intentos de total destrucción de comunidades religiosas.

La imposición de dogmas o doctrinas es una acción dictatorial que se considera violatoria de los derechos humanos; nadie, ni el Estado, líderes de fe o cualquier otra persona o grupo debería tratar de modificar una creencia o práctica religiosa de otro ser humano, tal como pone de manifiesto el párrafo 2 del artículo 18 del PIDCP cuando establece que nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar una religión o creencia de su elección.

De la misma forma, Timothy Samuel Shah¹¹ opina que:

¹¹ Timothy Samuel Shah es un politólogo que se especializa en libertad religiosa, religión y política global, y la historia del pensamiento político.

Mientras que la introducción de protecciones para la libertad religiosa en lugares donde no existía previamente puede ser "desestabilizadora" a corto plazo, a largo plazo existen auténticas recompensas para la libertad y el "orden". Sin embargo, Es prácticamente seguro que la represión de la libertad religiosa produce inestabilidad política, impide el crecimiento de una sociedad civil sana y frena el desarrollo democrático (2013, p. 3).

Si somos las personas quienes ejercemos derechos, los tribunales deberían tomar en cuenta las creencias del individuo sobre las doctrinas, y concluir que si una persona cree que su acción es una manifestación religiosa, entonces lo es; y una vez establecida su legitimidad sólo sería necesario comprobar si la limitación está prevista por la ley (Teixidó, 2019, p. 3). Los tribunales de algunos estados de Estados Unidos (Celador Angón, 2013) usan un criterio amplio que procura que las limitaciones impuestas sean lo menos restrictivas posible. El margen de apreciación¹² también es importante pues el mundo es diverso y los derechos humanos se pueden poner en práctica de muchas formas de acuerdo con el país que los reclame, para lo cual se otorga a las autoridades nacionales un rango de discrecionalidad.

2.6. La ONU y sistemas regionales y su accesibilidad para temas religiosos

Como se ha indicado, los Estados deben respetar, proteger y promover el derecho de las personas a la libertad de religión o creencias sin discriminación, pero la práctica dista mucho de ser así, pues hay países que los violan en reiteradas ocasiones, por lo que las instituciones de derechos humanos procuran buscar maneras de construir sociedades más justas y respetuosas, usando los sistemas legales e instituciones a nuestro alcance para obtener justicia.

La Organización de las Naciones Unidas, a través de diversos comités de derechos humanos, emite dictámenes recomendatorios a todo Estado firmante, pero estos carecen de fuerzas coercitivas lo que los convierte en una "Ley blanda"¹³, de manera que el sistema se basa en la voluntad del Estado para que ello se cumpla. Ahora bien, de modo específico, el *Consejo de Seguridad de la ONU*¹⁴ tiene la atribución de ordenar medidas coercitivas en caso de amenazas a la paz o actos de agresión, por lo cual en circunstancias como las de persecución por motivos religiosos ha podido tomar acciones, escasas veces respetadas (Ferrer, 2018, p. 8).

Hoy, muchas organizaciones se esfuerzan por legitimar los derechos de la libertad religiosa o de pensamiento. Así se demostró, por ejemplo, en India, cuando una coalición de organizaciones denunció la violencia y discriminación contra cristianos y musulmanes antes de una revisión por parte de las Naciones Unidas; como resultado veinte países hicieron preguntas al Gobierno indio sobre la libertad de religión o creencias durante el Examen Periódico Universal¹⁵.

Debemos aceptar que en muchas ocasiones nos enfrentaremos a sistemas estatales negligentes y prejuiciosos, donde la ley misma socava los derechos. Afortunadamente, podemos encontrar disposiciones en las normas regionales de justicia que promueven y verifican

¹² El margen de apreciación nacional es una pauta hermenéutica nacida en el sistema europeo que profiere a los Estados un margen de deferencia para que interpreten las normas convencionales, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil.

¹³ El concepto de ley blanda, o soft law, atiende a las disposiciones cuyo contenido no es jurídicamente vinculante y se identifica con instrumentos jurídicos como, por ejemplo, las declaraciones.

¹⁴ El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es el organismo de la ONU encargado de mantener la paz y seguridad en el mundo.

¹⁵ El Examen Periódico Universal (EPU) es un proceso singular que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos.

el cumplimiento de derechos, entre ellas las más importantes son la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Pueblos¹⁷ y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁸; que sirven como herramientas para aquellos individuos que sienten que han sido defraudados por el sistema de justicia de sus naciones.

Así mismo, por parte de las Naciones Unidas existen tres órganos responsables de proteger y monitorear los derechos humanos en todo el mundo. El primero es la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que apoya el trabajo de derechos humanos de las Naciones Unidas en su conjunto. En segundo lugar se encuentra el Comité de Derechos Humanos, un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del PIDCP y de los 8 tratados emblema de la ONU; y, el tercero es el Consejo de Derechos Humanos, cuya misión es fortalecer y promover globalmente a todos los Relatores Especiales, específicamente al *Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias*¹⁹.

El Ecuador es uno de los 35 países signatarios del “*Primer Protocolo Opcional del PIDCP*”²⁰, lo que le permite al Comité de Derechos Humanos aceptar reclamos individuales de los ciudadanos ecuatorianos. Cada cuatro años, los Estados presentan un informe de evolución en la implementación de los derechos consignados en el Pacto. Este comité examina el informe y presenta sus recomendaciones al gobierno correspondiente, en un documento llamado “*observaciones finales*”²¹.

Por su lado, en los “*Procedimientos Especiales*”²² del Consejo se nombran a los Relatores Especiales que examinan un derecho o estado específico. Éste puede investigar directamente en los países para conocer sus prácticas, aunque sus visitas son solicitadas por la nación interesada. Las comunicaciones entre el Relator Especial y el Estado en cuestión son inicialmente confidenciales, pero el texto completo de las comunicaciones enviadas y las respuestas recibidas se publican en los “*informes de comunicaciones al Consejo de Derechos Humanos*”²³

¹⁶ La Convención Interamericana de Derechos Humanos define los derechos humanos que los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y dar garantías para que sean respetados. Esta crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y define atribuciones y procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Reconoce y protege la libertad de religión en su artículo 12.

¹⁷ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como la Carta de Banjul, es un instrumento internacional cuyo objetivo es promover y proteger los derechos humanos y libertades básicas en el continente africano. Reconoce y protege la libertad de religión en su artículo 8.

¹⁸ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos tiene por objeto proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Reconoce y protege la libertad de religión en su artículo 9.

¹⁹ El señor Ahmed Shaheed asumió su mandato como Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias el 1 de noviembre de 2016. fue el primer Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán.

²⁰ El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un protocolo adicional que busca asegurar la aplicación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²¹ Todos los Estados Parte deben presentar al Comité sus informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos, el comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “Observaciones Finales”.

²² Los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos son mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos, que son redactados por expertos independientes en la materia, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico.

²³ Los Informes sobre comunicaciones de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos incluyen breves resúmenes de las alegaciones enviadas a los Estados u otras entidades, con hipervínculos en el texto de las comunicaciones enviadas y las respuestas recibidas.

tres veces al año. A veces los nombres de las presuntas víctimas se eliminan de éstos, dadas preocupaciones sobre la privacidad, la protección y la confidencialidad de la identidad de la fuente de información.

2.7. Reflexiones sobre los vacíos, falencias y contradicciones en materia de libertad de religión entre la legislación internacional y las Constituciones de países

A pesar de que existe legislación internacional como la UDHR, el PIDCP e, incluso, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, que son aceptadas y asumidas por gran parte de la comunidad internacional, es necesario resaltar la existencia de países ofensores que encuentran vacíos legales que les permiten interpretarlas bajo su propio interés. En cada una de estas normas se permite a los Estados restringir la manifestación religiosa si consideran, de acuerdo con sus leyes nacionales, que es necesario para proteger a otras personas. Eso se admite, en específico, en situaciones donde se vulneran la seguridad, la salud, la moral o el orden público o los derechos y libertades fundamentales de los demás, entendiéndose que la moral o el orden públicos son conceptos subjetivos.

Una falencia encontrada en la redacción del Art. 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, es que, aunque se rige por el principio de interés superior del niño, no determina el derecho de éstos a escoger su religión o creencia, independiente de la de sus padres, y tampoco indica en ninguno de sus numerales a qué edad un menor podría ser capaz de escoger una línea de pensamiento religioso propio.

Respecto de la relación de la legislación internacional en derechos humanos con las Constituciones de los Estados, es importante mencionar a países como La República Popular China, que presenta al mundo un discurso de cumplimiento mientras transgrede derechos religiosos de sus ciudadanos. El gobierno chino, ante las acusaciones de graves vejaciones a comunidades religiosas como los Uyghurs²⁴, aduce que está combatiendo grupos terroristas y fanáticos religiosos en justificación de la persecución religiosa que se efectúa. Por la ambigüedad de la redacción de la Constitución de la República Popular China, específicamente su art. 36 resulta contradictorio al tiempo que asegura la libertad de pertenencia y práctica, pero religiosa impide a sus ciudadanos de interactuar con sus correligionarios extranjeros. Además, este alega ser uno de los países con mejor récord de derechos humanos, pues prioriza a la “prosperidad común” como derecho fundamental por encima de cualquier otro, y si bien, logró sacar de la pobreza a cientos de millones de ciudadanos chinos, se les negó y aún hoy se les niega cualquier otro tipo de libertad (Ríos, 2021).

Otra nación ofensora es Arabia Saudita, cuya Constitución asegura la libertad de religión a sus ciudadanos, sin embargo es muy clara al determinar que la religión estatal es el Islam y toda su legislación está basada en el “Libro Divino y la Zuna del Profeta”. Entonces, la cuestión es qué papel podrían jugar las normas de la ONU en cuanto a derechos religiosos, siendo que no existe separación entre iglesia y estado en países como este. ¿Cómo podrían los cuerpos de legislación en derechos humanos, influenciar las decisiones de los miembros del gobierno si estas son tomadas basándose en una línea teológica islámica?

²⁴ Los uigures, uyghures o uighures son un grupo étnico de mayoría musulmana que vive en las regiones del noroeste de la República Popular China, principalmente en la Región Autónoma Uigur de Sinkiang.

3. Conclusiones

En un mundo tan convulsionado, donde nos enteramos diariamente de posibles estallidos de violencia por cuestiones religiosas, se deberían emitir reglas claras que regulen los comportamientos de los individuos, y conlleven a una sana y pacífica convivencia entre seres humanos, en un ambiente de respeto y solidaridad con los demás.

Las instituciones de legislación internacional tienen un gran trabajo por delante, pues deben encargarse de mejorar y actualizar la redacción de las normas que rigen para el mundo entero en materia de derechos humanos, para que éstas puedan aplicarse de acuerdo a las distintas realidades, y que no sean utilizadas por las naciones con gobiernos dictatoriales o extremistas donde su único interés es la realización de objetivos que van en contra de los derechos de los seres humanos bajo su cargo. La verdad es que todo el campo de la legislación en derechos humanos se basa en una idea endeble y errónea, que presume que todos los gobiernos del mundo son iguales en ideales de democracia y libertades, por lo que la cooperación y entendimiento es unificado y no hace distinción en cuanto a la situación política de cada país, lo que conlleva a una clasificación injusta de colaboración que no valora el esfuerzo de algunos países para satisfacer el deseo de sus ciudadanos de vivir con libertades básicas con las que nacemos.

Lo irónico es que los países transgresores son miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y pueden supervisar y juzgar los récords de derechos humanos de otras naciones. Se puede hablar y buscar soluciones para enmendar todas las violaciones a derechos humanos que están ocurriendo en diversas regiones, pero mientras los jueces y juzgados no cambien, el sistema de derechos humanos a nivel internacional no podrá ser imparcial e imponerse como mecanismo de protección de derechos.

Referencias bibliográficas

- Ahmed, U. /2020). Comunidad Musulmana Ahmadía Internacional. *La persecución de los áhmadis*. <https://www.ahmadiyya-islam.org/es/ahmadia/la-persecucion-de-los-ahmadis/>
- Aragonés, S. /2018). Aleteia. *Expulsado el supremo patriarca budista de Vietnam*. <https://es.aleteia.org/2018/10/17/expulsado-el-supremo-patriarca-budista-devietnam/>
- Beech, H. (2019). Los budistas que también hacen la guerra. *New York Times*, Sec. Internacional, 11-12.
- Bielefeldt, H. (2018). Plataforma para la Libertad de Religión y Creencias. *El significado de la libertad de religión o de creencias: objeción de conciencia*. https://www.forblearning.org/uploads/1/1/3/5/113585003/7._conscientious_objecciones.pdf
- Carvalho, N. /2019). Asianews. *Nacionalista hindú: en Andhra Pradesh 'conversiones forzadas' con el Jefe de ministros cristiano*. <http://www.asianews.it/noticias-es/Nacionalista-hind%C3%BA:-en-Andhra-Pradesh-conversiones-forzadas-con-el-Jefe-de-ministros-cristiano-48586.html>
- Castillo, O. (2015). Servicio militar en América Latina: Cambios y Resistencias. *Revista del Instituto Legal de Defensa*, (123), 71-74.
- Celador Angón, O. (2013). *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*. 1ª ed. Madrid: Editorial Dykinson.

- Ferrer, I. (2018). La ONU califica de “intento de genocidio” la persecución de los rohingyas en Myanmar. *El País*, Sec. Internacional, 8-9.
- Flores, F. (2018). Cómo funciona la represión en Arabia Saudí. *La Vanguardia*, Sec. Internacional, 3-4.
- García Falconí, J.C (2011). Derecho Ecuador. *El Derecho Constitucional a la Objeción de Conciencia*. <https://www.derechoecuador.com/elderechoconstitucionalalaobjeciondeconciencia#:~:text=66%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20de,y%20garantizar%C3%A1%20a%20las%20personas%3A%20%E2%80%A6&text=El%20derecho%20a%20la%20objeci%C3%B3n,participarenelserviciomilitar%E2%80%9D>
- Goodwin, G. (2019). Noticias ONU. *No es suficiente reducir la mutilación genital femenino, hay que erradicarla*. <https://news.un.org/es/story/2019/02/1450581#:~:text=No%20es%20suficiente%20reducir%20la%20mutilaci%C3%B3n%20genital%20femenina%2C%20hay%20que%20erradicarla,UNFPA%2FGeorgina%20Goodwin&text=Al%20menos%20200%20millones%20de,se%20cometen%20en%20el%20mundo>
- Hernández C., J. (2019). No renunciaremos a nuestra fe: los cristianos resisten la persecución en China. *New York Times*, Sec. Asia, 7-8.
- Hong, Y. (2003). Internacional de Resistentes a la Guerra. “*Los Testigos de Jehová y la Objeción de Conciencia en Corea del Sur*”. <https://wri-irg.org/es/story/2003/los-testigos-de-jehova-y-la-objecion-de-conciencia-en-corea-del-sur>
- Kumarappa, B. (2000). *Mi Religión-Mahatma Gandhi*. Porbandar, Ediciones elaleph.com
- Lener, N. (2006). *Religion, secular beliefs and human rights: 25 years after the 1981 Declaration*. Leiden: Editorial Martinus Nijhoff.
- Lombard, L. (2016). *Estado de Rebelión: Violencia e Intervención en la República Centroafricana*. Londres: Zed Books Ltd.
- Mandela, N. (2013). *El largo camino hacia la libertad: La autobiografía de Nelson Mandela*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Masegosa, A. (2017). El papa subraya necesidad de separar etnia y fe en misa multitudinaria. *La Vanguardia*, Sec. Política, 5-6.
- Mayer, H. (2018). Keep the Faith. *Ley de Enmienda Prohíbe Iglesias no Registradas en Kazajistán*. <https://ktfnews.com/es/amending-law-ban-unregistered-religious-churches-kazakhstan/>
- Meacham, J. (2007). *American Gospel: God, the Founding Fathers, and the Making of a Nation*. Nueva York: Random House Trade Paperbacks.
- Mottahedeh, R. (2000). *El Manto del Profeta: Religión y Políticas en Irán*. Oxford: One World Publishing.
- Murillo, S. (2013). Fallo obliga transfusión a bebé de Testigo de Jehová. *El Telégrafo*, Sec. Sociedad, p.7.
- Navarro-Vals, R. (2005). La Objeción de Conciencia a los Matrimonios entre Personas del Mismo Sexo. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (53), 259-292.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius Praxis*, 12 (2), 13-41.
- Ownby, D. (2008). *Falun Gong y el Futuro de China*. New York: Oxford University Press. Inc.
- Obama, B. (2014). Discurso sobre la tolerancia religiosa. Ponencia presentada durante el evento National Prayer Breakfast, Washington.

- Polina, S. (2016). JW.ORG. *Entrevistas exclusivas: Expertos condenan que Rusia se quiera aprovechar de la ley contra el extremismo para ilegalizar a los testigos de Jehová*. <https://www.jw.org/es/noticias/comunicadosdepremsa/porregion/rusialeycontraextremismoentrevistas>
- Rafols Pons, X. (1998). *La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo*. Barcelona: Icaria Editorial S.A.
- Rao, A. (2009). *El Dilema de la Casta: Dalits y las Políticas de la India Moderna*. Los Ángeles: California Berkeley University Press.
- Ríos, X. (2021). Observatorio de la Política China. *La “prosperidad común” de Xi Jinping*. <https://politica-china.org/areas/sociedad/la-prosperidad-comun-de-xi-jinping>
- Román, V. (2018). *El debate alrededor de la objeción de conciencia médica y el aborto: ¿beneficia o perjudica a las mujeres?* Diario Digital Infobae. (115) ,88-89.
- Shah, T. (2013). *Libertad Religiosa Una urgencia global*. Madrid: Ediciones RIALP.
- Stefanick, C. (2017). Real life Catholic. *Freedom of Religion*. <https://www.youtube.com/watch?v=ffl4gnTPmes>
- Teixidó, L. (2019). Bélgica prohíbe los rituales de sacrificio por motivos religiosos. *La Vanguardia*, Sec. Al Día, 3-4.
- Vickers, L. (2008). *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*. Portland: Hart Publishing.
- Willander, E. (2019). *El Escenario Religioso de Suecia – Afinidad, Afiliación y Diversidad en el siglo 21*. 1ª ed. Estocolmo: Palgrave Macmillan, 2019.

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: ICCPR. Adoptada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966.
- ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: UDHR. Adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.
- ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*: CRC. Adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- ONU (1981). *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*: DEAFIDBRB. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- ONU (1993). Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 22. Objeción de Conciencia. 30 Julio de 1993.

Iuris Dictio.

Reseñas

Nº 28, DIC. 2021

E-ISSN 2528-7834

Re-
señas.



DERECHOS HUMANOS EN BRASIL 2020

Daniela Stefano e Maria Luisa Mendonça (coords. 2020).
Red Social por la Justicia y los Derechos Humanos
y Outras Expressões: São Paulo.

LUCAS MELO RODRIGUES DE SOUSA¹
Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais (PUC Minas), Brasil

Organizado por la Red Social por la Justicia y los Derechos Humanos, el libro *Derechos Humanos en Brasil 2020* reúne 38 artículos escritos por representantes de movimientos sociales e investigadores, enfocados en el contexto de la pandemia.

Desde el año 2000, la publicación la realiza anualmente la Red, trayendo una reflexión sobre los derechos humanos a partir de una temática que se ha destacado a lo largo del año.

“Siempre les pedimos [a los autores] que aborden el tema central del año según el área en la que trabajan. Este año les pedimos que hablaran de las violaciones de derechos, pero también que dieran un poco de esperanza”, explica Daniela Stefano, coorganizadora del trabajo.

Entre las reflexiones propuestas para el año, Daniela refuerza la secuencia de violaciones a los derechos consagrados en la Constitución de 1988, potenciada durante la pandemia. “En los últimos años, con el gobierno de Bolsonaro, la Constitución está prácticamente desgarrada. Las personas carecen cada vez más de derechos. En la pandemia, todos los sectores vulnerables pierden la protección de sus derechos. En Brasil, observamos un desprecio total por parte del gobierno de enfrentar la pandemia. Los derechos están aún más amenazados que antes”.

Y agrega: “Las comunidades indígenas y quilombolas están perdiendo a sus miembros mayores y, en consecuencia, sus historias, por pura falta de política pública. Hay lugares donde las políticas públicas nunca llegaron, incluso antes de la pandemia”.

A pesar de que la edición habla de 2020, para Daniela el libro logra puntuar el escenario futuro que aún enfrentará Brasil. “Si el gobierno continúa así, el escenario descrito en el libro empeorará aún más”.

Entre los autores invitados a escribir algunos de los artículos que componen la publicación se encuentran el sociólogo y profesor Ricardo Antunes; los profesores Mariângela Graciano y Sérgio Haddad; la médica y activista Jurema Werneck, de Amnistía Internacional Brasil; Antonio Eleilson Leite, coordinador del área cultural de Ação Educativa; y Henrique Rabello de Carvalho, presidente de la Comisión de Diversidad Sexual y Género de la OAB / RJ.

Los autores señalaron los impactos de la pandemia en los derechos de la población LGBTQIA+, en el acceso al agua, la tierra y al Sistema Único de Salud (SUS),

¹Especialista en Derechos Humanos. Posgraduado en Derecho Laboral y Procesos Laborales. Correo electrónico: lucasmelo@yahoo.com.



en la precariedad del mercado laboral, en el trabajo esclavo y en la vida de pueblos indígenas y quilombolas.

“Es difícil perforar la burbuja y llegar a quienes defienden el fin de los derechos humanos o que los consideran ‘derechos de bandoleros’. Sin embargo, creemos que los mensajes del libro funcionan como una herramienta de multiplicación, e incluso quienes no lean la obra, aún podrán acceder a los puntos defendidos a través de las acciones prácticas de quienes la escribieron. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, ha habido una lucha para que la gente entienda que los derechos humanos son para todos”, argumenta Daniela.

En este sentido, mucho se discute sobre los derechos fundamentales de la persona humana, sin embargo tal expresión requiere que sepamos dilucidar en qué consisten estos derechos, porque son esenciales y se articulan como fundamentales, ya que no siempre están en concordancia con el concepción personal de los individuos. En general, no se sabe que garantice ciertos derechos, ni que el Estado deba respetarlos y garantizarlos.

Inicialmente, es importante entender el significado del término derechos humanos, estos son valores universales, en todos los tiempos y sociedades que permiten al individuo afirmar su condición humana y desarrollarse plenamente abarcando aspectos biológicos, psicológicos, económicos, sociales, culturales y políticos. Son inherentes a toda colectividad y sirven para proteger a todos los hombres. Es un instrumento contra todo tipo de violencia y garantiza la preservación de la dignidad independientemente de la nacionalidad, sexo, etnia, clase social, creencia religiosa, opción política y convicción moral.

La discusión sobre la base de los derechos humanos se basa en un debate sobre la naturaleza y la razón de ser de tales derechos. Un argumento en cuanto a la razón de estos es cuidar, salvaguardar y promover la humanidad, evitando que el ser humano se convierta en una cosa. Es una fuente que pretende justificar el valor y la necesidad de estos derechos, si bien no existe un razonamiento universal y absoluto dado que la expresión puede recibir diferentes significados a lo largo del tiempo y el espacio, sino que hay una idea central basada en la dignidad de la persona. la persona humana.

Varios autores como Bobbio (1982, p. 25) reflejan que el grave problema de nuestro tiempo, con respecto a los derechos humanos, ya no es justificarlos, sino protegerlos, principalmente por los desafíos enfrentados en virtud de diferentes culturas, hábitos, convenciones y costumbres de diferentes sociedades, entre otras cosas porque una fundación sería incapaz de reflejar las múltiples nociones y esencias del hombre. Quizás sea oportuno considerar que el gran desafío de la cuestión es el carácter jurídico, considerando que el Estado debe brindar medidas para que tales derechos no sean vulnerados, los derechos humanos solo tienen efectividad definitiva cuando se experimentan, la necesidad de practicarlos ya demuestra una razón y una razón de ser.

Con el tiempo se han realizado muchos intentos para justificar la existencia de los derechos humanos y para justificarlos, Locke (1988) ya anunció la opinión de que el hombre espontáneamente tiene derecho a la vida y a la igualdad de oportunidades, tal precepto es seguido por el pensamiento de (Rousseau, 1985), que presentó la afirmación de que todos los hombres nacen libres e iguales, poseedores de derechos innatos e indispensables para su digna supervivencia, tal idea sumerge porque el hombre es un ser con sensibilidad capaz de relacionarse con sus semejantes.

El fundamento de los derechos humanos está ligado a la calidad de la dignidad de la persona humana, siendo el valor que le da humanidad al sujeto, tal idea busca garantizar la autonomía y libertad del sujeto, poseyendo todo ser humano un valor esencial. Según pa-

labras de Kant (1980) el ser humano es considerado como un fin en sí mismo y nunca como un mero instrumento para la realización de algo. La dignidad es un valor incondicional, incommensurable e insustituible y no tiene equivalente.

A pesar de la importancia concluyente de la justificación, parece claro que no siempre podemos hacer con seguridad lo que significa esta noción. No es fácil definirlo de manera amplia, satisfactoria e incuestionable, incluso podemos conocer el concepto de dignidad, pero no siempre somos capaces de exteriorizarlo, aunque sigue siendo confuso percibir cuando se viola la dignidad. Mantener y promover la dignidad humana es suficiente para hacer nuestra vida social menos injusta y violenta.

Durante mucho tiempo la idea de dignidad estuvo restringida a la fe divina, es decir, que todo ser humano es creado a imagen y semejanza de Dios. Aunque hoy se defiende, es mayoritariamente que la dignidad se concibe en virtud de la racionalidad del hombre. Es esta facultad la que funda la autonomía de su voluntad y la libertad que guía su acción en el mundo. El hombre es concebido como el único ser dotado de voluntad, pudiendo actuar libremente para controlar sus deseos, pero también de emoción. El hombre no sería un animal racional si no fuera afectivo, utilizamos nuestros sentimientos en beneficio de los demás y la consecución de una vida social justa y armoniosa.

Se concluye que todos los hombres están dotados de la misma dignidad, pero esto no impide que determinadas personas sean violadas. Por eso hablar de dignidad universal puede parecer una idea vaga, ya que los individuos pertenecientes a un determinado grupo social tienen protección en el éxito y otros no. El respeto, la garantía y la promoción de la dignidad es un proceso que está sujeto a retrocesos y fracasos. Por eso, tal tema debe ser discutido y presente en la vida diaria de las personas.

En consecuencia, esta comprensión se asocia a la idea de que, por tanto, los Derechos Humanos no pueden ser percibidos como un fenómeno natural, como un jusnaturalismo, un dato externo, acabado, metafísico y trascendente en relación a la existencia humana, pero sí, como un producto cultural; sobre todo, un marco cultural que nos permita percibir en los Derechos Humanos un camino hacia la dignidad.

El hombre es un ser que se puede mejorar y vencer instintos egoístas y perjudiciales para la sociedad. Por eso siempre es importante defender la educación basada en los derechos humanos, y el hombre debe estar preparado para la vida en sociedad, tal proceso puede promover valores como la solidaridad, la justicia y el respeto mutuo, desde la realización de tales valores permite la aptitud para vivir con dignidad.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, Noberto. *La era de los derechos*. Río de Janeiro: Campus Editora, 1992. *Derechos humanos en Brasil 2020: informe de la Red Social de Justicia y Derechos Humanos - 1*. Ed. - São Paulo: Outras Expresiones, 2020.
- Kant, Immanuel. *Fundamento metafísico de la moral*. São Paulo: abril de 1980.
- Locke, John. *Segundo tratado de gobierno civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de diciembre de 2021.

