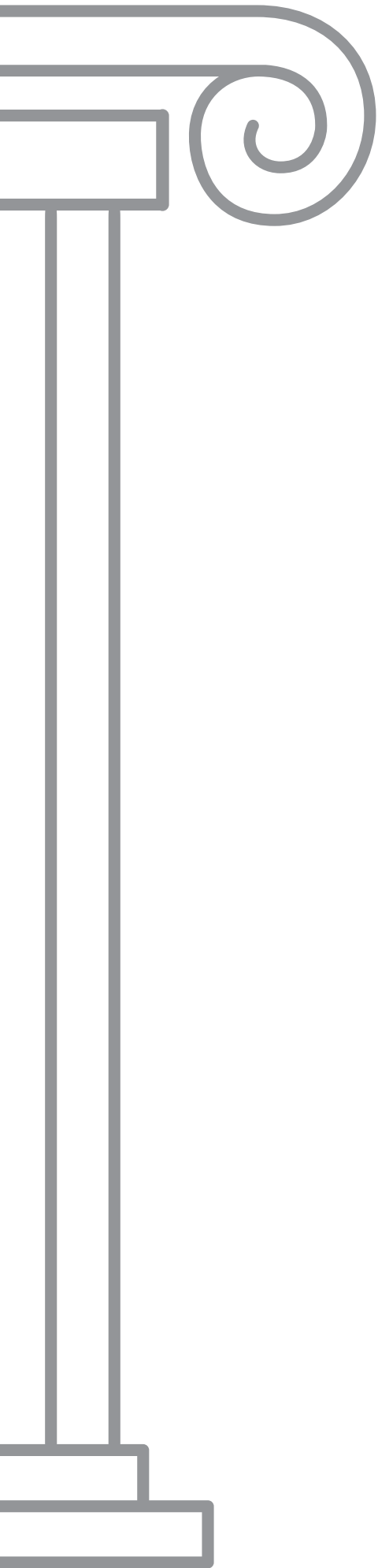




UDA
LAW REVIEW

— 2021 —



Presentación

UDA Law Review es la primera revista jurídica del austro del país administrada y editada totalmente por estudiantes. La iniciativa busca construir un espacio académico, donde estudiantes y profesionales puedan desarrollar sus aptitudes investigativas y de escritura, teniendo como resultado el desarrollo continuo de las Ciencias Jurídicas en el Ecuador.

Las inesperadas circunstancias que atraviesa el planeta desde ya hace más un año han permitido reafirmar el propósito de la revista y lograr que UDA Law Review se constituya como el medio idóneo para motivar a la comunidad jurídica a seguir adentrándose en la academia, prometer un cambio a través de esta, investigar y compartir sus criterios, fomentando así un debate conjunto, en donde nuestros conocimientos se fortalezcan y colaboren diariamente al desarrollo de la sociedad.

El Comité Académico del año 2020, cumpliendo con esta importante labor encomendada, presenta el tercer volumen de UDA Law Review. Ha sido un privilegio poder contar con articulistas de excelencia tanto de pregrado como profesionales que nos han dado el honor de plasmar su valiosa contribución académica en las siguientes páginas, sin ellos, la presentación de este volumen no sería posible. Agradecemos también, a todos quienes han formado parte de nuestro Comité Editorial por su empeño y compromiso, a nuestros auspiciantes que han logrado que se materialice este tercer volumen y que con su apoyo, fomentan el desarrollo académico y apuestan por iniciativas estudiantiles como la nuestra por su calidad y espíritu. Finalmente, extendemos un cordial agradecimiento a la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay por impulsar espacios de discusión jurídica, fortaleciendo así al pensamiento crítico de sus estudiantes.

A nombre del Comité Académico UDA Law Review III edición, invitamos a todos nuestros lectores a ser parte de este volumen de UDA Law Review, esperando que este sea de su agrado.

Cuenca, Abril de 2021



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

AUTORIDADES | Francisco Salgado Arteaga, Ph.D.
Rector
Martha Cobos Cali, Ph.D.
Vicerrectora Académica
Jacinto Guillén García, Mgt.
Vicerrector de Investigaciones
Toa Tripaldi Proaño, Mgt.
Directora de Comunicación y Publicaciones

**AUTORIDADES DE LA
FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS** | **Dr. José Chalco Quezada**
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

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

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

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

COMITÉ ACADÉMICO | **Juan Marcelo Vidal**
Editor en Jefe
Marianela Espinoza
Editora en Jefe
Mateo Coellar
Editor Adjunto
Ma. Paula Monsalve
Editora Adjunta
Andrés Aucay
Editor Adjunto
Diego López
Asistente de Comité

**COMITÉ EDITORIAL
EXTERNO** | Pablo Galarza, Dr.
José Francisco Chalco Salgado, Dr.
Diego Idrovo, Dr.
Lina Buchely, Dra.
Vicente Solano, Dr.
Antonio Martínez, Dr.
Julia Elena Vásquez, Dra.
Sebastián López Hidalgo, Dr.

CORRECCIÓN DE ESTILO | Verónica Neira Ruiz, Mgtr.
Nancy Negrete, Lcda.

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA** | Pedro Darquea Carrasco, Mgtr.
Carlos Andrés Villacreses Valencia
Martín Alejandro Urbano Esparza
Dr. Andrés Cervantes Valarezo
Sabrina Candela Cerrada
Josué Daniel Rea
Silvana Tapia Tapia, PhD.
Domenica Andrea Valverde Cherrez
Diego Xavier López-Jara
Marianela Espinoza Álvarez
Abg. Juan Sebastián Ordóñez Inga
Ma. Caridad Sánchez Palacios
Mgtr. Santiago Israel Brito Martínez.
Mgtr. Daniela Tamayo Álvarez

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA** | Anita Viñansaca Cabrera
Departamento de Comunicación y Publicaciones

IMPRESIÓN | Imprenta digital
Universidad del Azuay

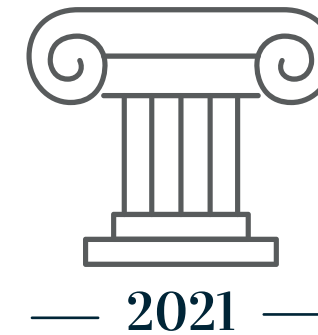


Contenido

- | | | |
|---------|----------|---|
| 11 – 19 | 1 | El derecho ante las tecnologías disruptivas: personalidad electrónica y responsabilidad civil
Pedro Darquea Carrasco |
| 22 – 31 | 2 | Los Seguros de Medicina Prepagada; su naturaleza contractual y un análisis de inconstitucionalidad del nuevo cuerpo normativo que las regula
Carlos Andrés Villacreses Valencia
Martín Alejandro Urbano Esparza |
| 33 – 41 | 3 | El derecho a la reparación y el procedimiento en las garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales
Andrés Cervantes Valarezo |
| 44 – 51 | 4 | Fuerzas Armadas y orden público: el Acuerdo Ministerial 179 desde una perspectiva histórica latinoamericana y nacional
Sabrina Candela Cerrada
Josué Daniel Rea |
| 54 – 61 | 5 | Investigación sociojurídica feminista: perspectivas y métodos para monitorear el impacto de la COVID-19 en los derechos de las científicas ecuatorianas
Silvana Tapia Tapia
Doménica Andrea Valverde Cherrez |

Contenido

- 64 – 73 | **6** Reflexiones jurídicas del bloque de constitucionalidad ecuatoriano a la luz de la sentencia No. 11-18-CN/19: matrimonio igualitario
Diego Xavier López-Jara
Marianela Espinoza Álvarez
- 76 – 83 | **7** Alternativas frente al tráfico y consumo de sustancias: Un criterio desamparado por el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano
J. Sebastián Ordóñez Inga
- 86 – 93 | **8** La nueva Sociedad por Acciones Simplificada y las compañías tradicionales
María Caridad Sánchez Palacios
- 96 – 103 | **9** La imputación penal en supuestos o circunstancias de inconsciencia
Santiago Israel Brito Martínez
- 106 – 120 | **10** Regímenes Híbridos de América Latina: el caso de Venezuela
Daniela Tamayo Álvarez
- 122 – 129 | **11** Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional – Caso Leo Messi
Eduardo Alberto Palacios Cárdenas





El derecho ante las tecnologías disruptivas: Personalidad electrónica y responsabilidad civil

Pedro Darquea Carrasco¹

Resumen

El constante desarrollo de las nuevas tecnologías, su inminente avance en el mercado y su alcance cada vez más asequible para los consumidores, es motivo de una profunda preocupación para juristas y legisladores a nivel global, quienes buscan dar solución a las diversas controversias que puedan surgir, así como brindar una regulación eficaz desde las múltiples aristas que deben ocupar al Derecho. Desde este aspecto, las características propias de las tecnologías digitales emergentes, como su autonomía, imprevisibilidad, opacidad, entre otras, constituyen el principal obstáculo a afrontar desde la perspectiva de la responsabilidad civil. En este sentido, es pertinente reparar en la era de hipertecnologización que atraviesa nuestra sociedad, cuyas consecuencias jurídicas serán muy diversas y resultan aún desconocidas, por lo que constituyen la vanguardia actual del estudio del Derecho, en un estadio científico, económico y social que ya es denominado como *Cuarta Revolución Industrial*. Así, la inteligencia artificial, ha sido un tema de atención para diversas ramas de la ciencia desde hace siglos, y, en su contexto, surge el cuestionamiento sobre un posible reconocimiento de personalidad jurídica a los artefactos dotados de esta tecnología; así como la necesidad de implementar un marco normativo eficaz en cuanto a la prevención y reparación de los daños que puedan ocasionarse por la utilización de tecnologías digitales emergentes. Por lo tanto, el objetivo de este texto es abordar, en rasgos generales, las instituciones de la personalidad y de la responsabilidad civil en relación con las tecnologías disruptivas, como enfoque primordial de este particular desde el ámbito del Derecho Privado.

Palabras clave:

nuevas tecnologías, personalidad jurídica, responsabilidad civil, tecnologías disruptivas.

Abstract

The constant development of new technologies, their imminent advance in the market and their increasingly affordable scope for consumers, is a matter of deep concern for jurists and legislators at a global level, who seek to solve the various controversies that may arise, as well as providing effective regulation from the multiple edges that the Law must occupy. From this point of view, the characteristics of emerging digital technologies, such as their autonomy, unpredictability, opacity, among others, constitute the main obstacle to face from the perspective of civil liability. In this sense, it is pertinent to pay attention to the era of hypertechnologization that our society is going through, legal consequences will be very diverse and are still unknown, which is why they constitute the current vanguard of the study of Law, in a scientific, economic and social stage that is already called as the Fourth Industrial Revolution. Thus, artificial intelligence has been a subject of attention for various branches of science for centuries, and, in its context, the question arises about a possible recognition of legal personality to artifacts equipped with this technology; as well as the need to implement an effective regulatory framework regarding the prevention and repair of the damages that the use of emerging digital technologies may cause. Therefore, the objective of this text is to address in general features the institutions of personality and civil liability in relation to disruptive technologies, as a primary focus of this particular from the field of Private Law.

Key words:

new technologies, legal personality, civil liability, disruptive technologies.

¹Abogado de los Tribunales de Justicia por la Universidad del Azuay, Máster en Derecho de Daños por la Universitat de Girona. Abogado asociado en CMC Abogados. pedro.darquea@gmail.com.

Introducción

Actualmente, la humanidad experimenta una etapa de hipertecnologización derivada de un acelerado proceso de avance científico y tecnológico que ha traído a colación nueva terminología resultante de estos progresos, como son las denominaciones relativas a inteligencia artificial (IA), internet de las cosas (IoT), *blockchain*, *big data*, robótica o biotecnología. Estos términos corresponden al sector de las tecnologías disruptivas, entendidas como aquellas innovaciones capaces de producir una ruptura en el mercado y competir con las tecnologías dominantes, al modificar ciertos usos, generando una proyección de transformación en la sociedad (Rueda Etxebarria, 2021). Debido a estos factores, se habla del curso actual de la sociedad a través de una *Cuarta Revolución Industrial*, lo que requiere arduos desafíos en el sector jurídico ante la necesidad de afrontar un amplio espectro de nuevos conflictos y de plantear soluciones efectivas.

Esta profundización del desarrollo tecnológico implica un contexto de cambios mucho más profundos que en períodos análogos del pasado. En este sentido, resulta de suma dificultad anticipar los conflictos legales que han de sobrevenir en el marco de la utilización de las nuevas tecnologías, pues, existen consecuencias aún desconocidas para cuyo abordaje el aparataje legal aún no ha estructurado soluciones concretas. Sin embargo, siempre cabe la posibilidad de un tratamiento adecuado, ya sea desde la ley, la jurisprudencia o la doctrina, para que, a través de la adaptación de reglas de la causalidad en el campo de la responsabilidad extracontractual, se logre enfrentar con aptitud los desafíos de los daños en este ámbito; además de analizar la cabida o inaplicación de las reglas ya existentes para la solución de estas novedosas contingencias. Por otra parte, es necesario tener en cuenta para el desarrollo de este estudio, los mecanismos de reparación que coexisten con las normas de responsabilidad y que pueden ser aplicados en su lugar o de manera complementaria, como los fondos de compensación o los seguros; en todo caso, los avances tecnológicos actuales pueden facilitar, en gran medida, la cuestión probatoria de la causalidad ante la consecución de un daño, a través de dispositivos de almacenamiento de información, cajas negras o sistemas de sensores. Asimismo, la actual facilidad de comunicación y su consecuente aumento en el alcance de la información, puede influir positivamente en los productos de consumo masivo o, como contrapartida, la profunda mercantilización de la tecnología puede significar un muy alto riesgo de producción de daños, lo que fomente a los fabricantes a invertir más en la prevención (Martín – Casals, 2019).

Consecuentemente, a pesar de las dificultades que pueda acarrear esta empresa jurídica en su objetivo de adaptar las herramientas existentes y moldear nuevas posibilidades para afrontar los retos de los daños causados por nuevas tecnologías, no es la primera vez que el aparato jurídico se enfrenta a este desafío. Anteriormente, tanto la regulación positiva, como los tribunales y la doctrina, estructuraron sistemas destinados a dar solución a los perjuicios causados por las que, en cada etapa de la sociedad, eran consideradas como tecnologías novedosas. Así, en su momento, se elaboraron las reglas respectivas sobre responsabilidad aplicables a los daños causados por ferrocarriles, por la utilización de la caldera de vapor o en el contexto de la circulación vehicular, entre otros ejemplos. Actualmente, las tendencias más actualizadas de la responsabilidad civil exploran novedosos campos de estudio que pretenden dar respuesta a controversias coyunturales de nuestros tiempos. La responsabilidad por daño ambiental en un contexto de cambio climático, mecanismos no pecuniarios de reparación, daños punitivos o los postulados del análisis económico del Derecho, enfocados a la exploración de mecanismos de reducción de la pobreza a través de reglas de distribución de responsabilidad, así como los daños derivados de la utilización de inteligencia artificial, son algunos de los campos de estudio vanguardistas en la temática que nos acucia.

El dilema de la personalidad jurídica de las máquinas

El potencial reconocimiento de una personalidad jurídica para las máquinas es motivo de un contingente actual de constante recurrencia para las discusiones doctrinales e investigación legislativa, abarcados por las distintas posturas de juristas y primigenios estudios de los diversos ordenamientos normativos en el mundo. La cuestión es eminentemente controversial, en razón de que su estructura conceptual trascendería el sólido umbral, marcado por las bases en que se han formado las nociones jurídicas de personalidad a lo largo de los siglos. Así entonces, nos encontramos ante una discusión de importancia liminar para el desarrollo de los esquemas normativos venideros, cuya estructura constituirá, en algún momento, un eje transversal que modificaría inevitablemente a las diversas instituciones del Derecho.

Ante el constante desarrollo de los sistemas de IA, el problema se ha empezado a enfrentar con distintas opiniones al respecto. Por un lado, es necesario apuntar que no es la cualidad de la inteligencia, inherente tanto a los seres humanos como a otras especies animales, la que conforma la base jurídica de la personalidad; es más bien, la condición humana en sí y la conciencia propia de las personas, la que desencadena el reconocimiento de personalidad jurídica, en razón de ser los mismos seres humanos quienes han estructurado el Derecho, en aras de conseguir el orden y la armonía para la vida en sociedad. En este sentido, cabe destacar que la cualidad de inteligencia es asumida en el Derecho como una característica secundaria cuando se trata de personalidad, pues, esta última, es el criterio definitivo decidor para otorgar capacidad de obrar, la cual, es precedida por la capacidad jurídica, entendida como la aptitud propia de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, a diferencia de la primera, que se refiere a aquella idoneidad de las personas naturales o jurídicas de ejercer sus derechos y cumplir las obligaciones que le sean imputables.

La personalidad ha sido una institución compleja para el Derecho, en su devenir. Así, su otorgamiento ha fluctuado entre ser mezquinada en su momento histórico, a los esclavos en las sociedades esclavistas, y ser concedida en contextos muy específicos a animales en países como Estados Unidos o Argentina, en donde se han calificado como personas no humanas. En su momento, se concedió también personalidad jurídica a las instituciones de carácter público, impulso del Derecho Romano e iniciativa que luego trascendió a organizaciones privadas sin fines de lucro, hasta abarcar a las compañías mercantiles en la Edad Moderna. Por lo tanto, la probabilidad de concesión de personalidad jurídica a las máquinas como consecuencia de la implementación de mecanismos de IA, no puede basarse en los mismos fundamentos que han llevado a resolver el otorgamiento de esta calidad a las personas jurídicas o a los animales, por lo que, la eventual consecución de esta realidad, debe analizarse más bien desde la óptica de la oportunidad y la necesidad, propias de los contingentes contemporáneos que incumben a la sociedad en cuestiones particulares y diversas como el mercado, la salud, la ciencia y la academia, las actividades lúdicas, entre otras, para definir la conveniencia de reconocer un régimen especial de personalidad robótica (Rogel Vide, 2018).

Así, el dilema del otorgamiento de personalidad jurídica a las máquinas es una cuestión que no solo acucia a juristas, sino ha trascendido a ser objeto de complejos análisis por parte de filósofos, sociólogos, informáticos y expertos militares. Por ejemplo, se discute sobre el posible reconocimiento del derecho a la defensa de aviones de guerra no tripulados, es decir, operados mediante IA, ante ataques perpetrados por aviones enemigos o radares. Los argumentos más sólidos de estas posturas emanan de quienes se adscriben como defensores de la liberación robótica, que plantea la permisión de sistemas de IA superiores a la inteligencia humana y su introducción progresiva en los diversos aspectos de la vida, a través de un proceso denominado “socialización de las cosas”. Para un óptimo análisis, es necesario enfocar la discusión desde una perspectiva fáctica. En este sentido, como lo manifiesta Pagallo (2013), cabe aseverar que los robots y los distintos mecanismos de IA son herramientas producidas por la industria humana, y, por lo tanto, pueden ser considerados sujetos u objetos (dependiendo de la postura) de cláusulas y condiciones contractuales, obligaciones extracontractuales o simples objetos en manos de un individuo, entiéndase consumidor o usuario, portador, operador, fabricante, etcétera. Con estos antecedentes, y en razón de alumbrar meras opciones de solución de estas interrogantes, se puede plantear un eventual otorgamiento de personalidad jurídica independiente para robots con sus propios derechos y obligaciones; reconocer únicamente algunos derechos de personalidad como aquellos otorgados a menores y personas sin plena capacidad jurídica; una especie de personalidad dependiente, que opere a través de un representante legal como el caso de las corporaciones; o, generar un esquema de personalidad estrictamente civil, para que los robots cuenten con una capacidad reducida a responder por sus obligaciones contractuales y extracontractuales.

La concesión de personalidad electrónica puede encontrar un argumento más sensato desde una perspectiva axiológica, por lo tanto, una aseveración de la necesidad de reconocer a los agentes de software como capaces ante la ley, tiene sentido desde el punto de vista de la utilidad de esta postura para la sociedad. Así, un escenario en el que puedan dirigirse reclamos por defectos en el producto o por incumplimiento contractual directamente al sujeto robótico, mediante una extrapolación de las reglas de responsabilidad atribuibles al fabricante, podría ser una solución favorable al consumidor. Sin embargo, esta posición enfrenta problemas ante la característica de imprevisibilidad derivada de la sofisticación de los sistemas de IA actuales. En consecuencia, cualquier esquema de reconocimiento de subjetividad legal para un robot no podrá estar basado en eventuales capacidades similares a las humanas, producto de la emulación de un software al intelecto de las personas, sino más bien, la personalidad electrónica debe fundarse netamente en

critérios utilitarios con respecto a pretensiones indemnizatorias (Kurki y Pietrzykowski, 2017). Desde este aspecto, existe en la actualidad una inclinación a reconocer una agencia estricta a los robots, centrada a los casos de perjuicios derivados de un contrato y a determinados daños (que deberían ser de normatividad taxativa), pero, con una estructuración normativa flexible que no limite en ningún caso los daños indemnizables, en razón de la imprevisibilidad del comportamiento de los mecanismos de IA. Es decir, el reconocimiento de una personalidad jurídica con total independencia y capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones no es una opción real por el momento. Así, de conformidad con la opinión mayoritaria, estas nociones podrían funcionar a través de sistemas de distribución de riesgos, como los seguros o fondos de compensación, estructurando bases de datos que generen registros de robots tendientes a garantizar a los propietarios una protección contra riesgos de comportamiento dañino derivados de la conducta imprevisible de determinada máquina (Pagallo, 2013).

Para un mayor entendimiento sobre los fondos de compensación, figura ajena al sistema legal ecuatoriano, diremos que son mecanismos que garantizan la indemnización a víctimas cuya eventual situación de no reparación sería intolerable para la sociedad, en circunstancias en las que es sumamente complicado identificar a un responsable o, si se lo hace, resulta muy difícil la atribución de responsabilidad, lo que reduce o casi anula la probabilidad de que la víctima sea reparada. Así, dependiendo la situación específica que defina el objeto de un fondo de compensación, este podrá ser nutrido con financiamiento público o contribuciones privadas, incluso de aquellos particulares que funjan como eventuales víctimas de los daños que el fondo de compensación pretenda resarcir (Ribot Igalada, 2020).

Aplicaciones trascendentes en relación con la responsabilidad civil

Cabe mencionar que, en nuestro país, el fundamento normativo de la responsabilidad civil surge, principalmente, del Código Civil y está regulada de manera dispersa y marginal en distintas disposiciones particulares del Código de Comercio, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Código del Trabajo, Código Orgánico Integral Penal, el llamado Código de Ingenios, y, de manera más reciente, en el Código Orgánico Administrativo; primando, en nuestra legislación, un régimen de responsabilidad por culpa, siendo el sistema de responsabilidad objetiva (aplicable a los daños producidos por IA), limitado a aquella responsabilidad extracontractual atribuible al Estado. Por lo tanto, hablar en Ecuador sobre normativa aplicable a la responsabilidad civil atribuible a los daños derivados de la utilización de IA, es un tema aún muy lejano.

Sin embargo, el desafío del Derecho es desarrollar una normativa eficaz para la solución de estos particulares. Los textos emitidos por los organismos competentes de la Unión Europea sobre el tema, recomiendan la estructuración de disposiciones legales que no reconozcan, de momento, la personalidad electrónica, y que se aplique el régimen de responsabilidad atinente a los productos defectuosos. Lo que implica la utilización del sistema de atribución de responsabilidad objetiva para el fabricante, de manera principal y, subsidiariamente, la responsabilidad solidaria o la responsabilidad vicaria (Darquea Carrasco, 2020).

Se calcula que actualmente existen alrededor de 200.000 millones de dispositivos conectados a través de IoT mediante el desarrollo cada vez más sofisticado de los mecanismos de IA, lo que permite que estos artefactos interactúen entre sí (Llaneza González, 2018). En este contexto, se han desarrollado normas que trasladan la responsabilidad a los intermediarios que actúan en el proceso productivo, por lo que, esto aplicado al campo tecnológico, se traduciría en una responsabilidad que podría recaer en los ingenieros de software, programadores de *machine learning*, fabricantes de sensores, ensambladores, suministradores de productos o, en última instancia, en los usuarios. Como contrapartida, desde la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017², se ha empezado a plantear la creación a largo plazo de una personalidad jurídica específica para los robots y demás mecanismos de IA, con lo que, los robots que cuenten con una capacidad autónoma más desarrollada podrían ser considerados, desde un enfoque a futuro, como personas electrónicas, y, por lo tanto, sujetos imputables de responsabilidad civil (Yzquierdo Tolsada, 2019).

a) Robots

En razón de los modelos de funcionamiento disponibles actualmente en el ámbito de la robótica, los eventuales daños producidos por un robot deben centrarse en las circunstancias en las que se evidencie un funcionamiento incorrecto a la luz de determinados parámetros. Entonces, una vez demostrada la provocación de un daño, deben analizarse diversos aspectos a fin de determinar una atribución de responsabilidad. Desde un primer enfoque, cabrá examinar la existencia de cláusulas de responsabilidad legal que obliguen al fabricante o al vendedor a responder por un funcionamiento inadecuado del producto; la posibilidad de aplicación de reglas de responsabilidad objetiva por creación de un riesgo que sobrepase al medio; o, el análisis de las circunstancias del caso relacionadas con un mal funcionamiento específico. Por lo tanto, el problema surge, como se ha manifestado, al momento de determinar la posibilidad de atribuir cierta capacidad legal a los robots para tenerlos como sujetos imputables de responsabilidad.

El estado actual de la situación justifica al menos el planteamiento de la posibilidad de atribuir una especie de *sui iuris* a los robots, en razón de sus capacidades autonómicas, lo que permitiría dotar a la futura programación del sistema informático de las máquinas, de una capacidad sensible a las obligaciones legales y una susceptibilidad moral al castigo, que justificarían la posibilidad de condenar a un robot como agente causante de un daño. Estos postulados, incluso, pueden ser justificados al plantear una analogía con la responsabilidad extracontractual derivada del daño causado por los animales como fuente de responsabilidad objetiva.

En este sentido, el actual régimen de responsabilidad aplicable a diseñadores, productores y usuarios de robots, debe ahondar en la necesidad de establecer si estas máquinas deben entenderse como personas jurídicas o simples agentes no personas capaces de producir daños o, simplemente, como fuentes de responsabilidad para otros agentes en el sistema.

Más allá de estas conjeturas, lo cierto es que, a día de hoy, el modelo aplicable es el de la responsabilidad por productos defectuosos. Así, el desafío reside en transparentar la zona gris de incertidumbre que gira en torno a determinar si el daño producido por un robot debe ser indemnizado por el fabricante, el programador, el poseedor de la máquina o debe ser soportado por la víctima ante la eventual imposibilidad de atribuir las consecuencias dañosas a un agente físico. Una salida fácil siempre será la de atribuir la responsabilidad al fabricante ante cualquier defecto en la fabricación, al programador ante fallas en la programación o al usuario por una utilización indebida del producto; sin embargo, la eventualidad de un daño que no se derive de una negligencia de ninguno de estos agentes, sino de una decisión autónoma del propio robot, constituye el gran trasfondo a dilucidar en lo relativo a la responsabilidad civil. Así las cosas, uno de los postulados atinentes refiere la posibilidad de atribuir esta responsabilidad al propietario, arrendatario o detentador, en fin, de indemnizar los daños causados por el robot (Monterroso y Muñoz, 2019), con la posibilidad de repetir lo resarcido contra quien realmente tuviere la responsabilidad en el proceso de fabricación, entrenamiento o programación de la máquina.

De lo dicho, se derivan posturas que difieren de estas opciones, como la que ha tomado el Parlamento Europeo al plantear que la indemnización de daños producidos por robots debería recaer en los implicados en el proceso de producción y comercialización de productos de IA, quienes tendrían la obligación de incorporar elementos que garanticen la seguridad de los usuarios y consumidores de los sistemas tecnológicos. Así, a través de la Resolución de 16 de febrero de 2017, el Parlamento insta a la Comisión Europea a desarrollar normativa que no limite el alcance de los daños que puedan ser ocasionados en el ámbito de la robótica ni la naturaleza de su compensación, por ser ocasionados estos por agentes no humanos, recomendando la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva que, asimilándose al de productos defectuosos, únicamente requiera la prueba del daño y del nexo causal entre el funcionamiento defectuoso del robot y el menoscabo sufrido por la víctima. A raíz de esta resolución, los distintos organismos europeos han emitido contenido profundizando la cuestión de la responsabilidad por daños causados por la robótica, su analogía al régimen de responsabilidad por productos defectuosos y la necesidad de desarrollar un régimen de responsabilidad civil específico para estos casos; cuestiones que han sido tratadas respectivamente en los documentos "*Report on Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Technologies*" y "*Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*", de la Comisión Europea.

2. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 [INL]).

b) Automóviles autónomos

El transporte inteligente es una de las producciones insignes del ecosistema de IoT, cuyo propósito principal, es el de disponer de tal nivel de autonomía e interconexión de las prestaciones de un automóvil, para que el riesgo de error en su manipulación, propio de los humanos, sea casi nulo, reduciéndose de manera exponencial la producción de accidentes de tránsito.

Los sistemas informáticos de los automóviles autónomos cuentan con tal nivel de sofisticación que el usuario dispone de acceso remoto a casi todos sus servicios, pudiendo comandarlos a través de navegación web en tiempo real, mediante el tablero del coche o el dispositivo móvil (Barrio Andrés, 2020). En el funcionamiento del transporte inteligente se conjugan una buena parte de las tecnologías que pueden ser ejecutadas a través de IoT. De este modo, se pueden aglomerar en un automóvil autónomo, sensores de proximidad, freno automático, aparcamiento sin asistencia del conductor, encendido por comandos de aceleración, faros con detección de luz natural, plumas con detección de agua, música en *streaming*; todo esto gracias a la conexión a Internet de los dispositivos integrados en el vehículo, cuya transmisión constante de datos sobre el habitáculo de los usuarios, movimiento y velocidad del coche, permiten su funcionamiento con un alto grado de autonomía.

Sin embargo, el objetivo sustancial de la industria a cargo del desarrollo de transporte inteligente, no es precisamente el de generar un alto grado de confort al usuario, sino más bien, el de producir tal autonomía en el vehículo, que este sea capaz de operar sin apoyo humano, de manera segura, en situaciones de emergencia en las que el usuario no sea capaz de accionar los comandos para evitar colisiones; por lo que, el perfeccionamiento de las rutinas de transferencia de información que logren esta capacidad autónoma de los vehículos es la finalidad sustancial a tener en cuenta (Llaneza González, 2018).

Entonces, mientras el transporte inteligente no alcance tal nivel de autonomía y la interferencia humana siga siendo necesaria, en razón de que la industria no ha alcanzado a día de hoy los niveles de seguridad e independencia requeridos, las normas de responsabilidad civil deben atender los eventuales supuestos dañinos que se generen en este contexto.

El régimen actual de responsabilidad por accidentes automovilísticos, como lo manifiesta Sharma (2016), centra su análisis en el curso causal que rodea al accidente, así, lo que debe determinar-se es la existencia de conductas negligentes, imprudentes o dolosas por parte de los conductores implicados en el siniestro. Por lo que, debido al nivel de autonomía que debe ser inspeccionado en un accidente que involucre un medio de transporte inteligente, se considera que el régimen común de responsabilidad por daños aplicable en los accidentes de automóvil no se adapta al ámbito del automóvil autónomo. Así, cabe en estos aspectos, plantear posibles soluciones de atribución de responsabilidad. La responsabilidad imputable al conductor surge como una de ellas, desde distintas aristas. La primera, atinente al deber de intervenir del conductor para evitar el accidente, y, la segunda, una opción de responsabilidad objetiva. En cuanto al deber de intervenir del conductor, la asignación de responsabilidad descansa en la obligación del conductor de intervenir ante el riesgo inminente de producción de un accidente. El problema de este postulado es que la autonomía de un medio de transporte inteligente sería la característica principal para que el usuario se decante por la adquisición del vehículo, y, debido a esta misma virtud, reduzca drásticamente sus niveles de atención al conducir. Por lo tanto, el implementar un modelo de responsabilidad como el descrito reduciría inevitablemente el consumo de vehículos autónomos. La segunda solución, hace referencia a un modelo de responsabilidad objetiva, pero, cuya indemnización se canalizaría a través de impuestos especiales a los adquirentes de vehículos autónomos o mediante la conformación de fondos de compensación. Así, se genera un sistema de distribución de responsabilidad por los riesgos propios de la circulación de vehículos autónomos, cuyo pago al momento de la adquisición del vehículo por cada uno de los usuarios serviría para cubrir un eventual siniestro posterior, liberando de responsabilidad al conductor quien solo asume la tasa obligatoria al momento de la compra del vehículo.

Sin embargo, debido a la dificultad actual para cuantificar con precisión estadística los riesgos reales inherentes a la utilización de vehículos autónomos se generaría un rechazo en los potenciales consumidores de este medio de transporte, teniendo en cuenta que la cuantificación del riesgo, actualmente, se basa aún en criterios subjetivos.

Como contrapartida, la mayoría de la doctrina se adscribe a atribuir la responsabilidad por los daños derivados de los siniestros en que esté implicado un automóvil autónomo bajo la aplicación

de las reglas de responsabilidad por productos defectuosos; es decir, que los fabricantes, diseñadores, constructores y todos quienes participen en la cadena de producción y comercialización, podrán ser responsabilizados por estos daños cuando estos sean consecuencia de una falta de seguridad legítimamente esperable en el producto o como resultado de un servicio prestado de manera defectuosa. En este aspecto, existe armonía con lo manifestado por el Parlamento Europeo, al indicar que la solución debe estar acorde a sistemas de responsabilidad objetiva o de gestión de riesgos que trasladen la responsabilidad del conductor hacia el fabricante o, en última instancia, a la administración pública responsable de la implementación del sistema de transporte inteligente en cuestión.

c) Drones

Los drones forman parte de los conocidos como *Unmanned Aerial Vehicle*, es decir, vehículos aéreos no tripulados, que cuentan con varias clases como aeronaves tripuladas a control remoto, aeronaves autónomas o aeronaves de juguete (Navas Navarro, *et al.*, 2017). El uso de estos artefactos puede ser de simple recreación o deporte, como mecanismo de servicios de entrega a domicilio o como medio de obtención de información de servicios de seguridad públicos o privados. En este sentido, el régimen legal para la utilización de drones debe proteger tanto los bienes jurídicos que puedan afectarse como consecuencia de siniestros, así como aquellos atinentes a la intimidad de las personas.

Por lo tanto, el régimen de responsabilidad aplicable dependerá del tipo de uso que se le dé al dron. Desde este aspecto, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en razón de determinar que cuando la aeronave sea destinada al desarrollo de actividades profesionales y experimentales, el operador del dron responderá objetivamente por los daños causados, por lo que, además, estaría obligado a la contratación de un seguro de responsabilidad civil que cubra daños a terceros ocasionados como consecuencia de la ejecución de la operación aérea. Por otra parte, cuando la utilización del dron se efectúe en un entorno lúdico, recreativo, deportivo o de mera exhibición, se piensa que se deberá aplicar el régimen común de responsabilidad extracontractual derivada de una conducta culposa, por la falta de pericia o conducta negligente del operador de la aeronave. Sin embargo, al tratarse de una actividad generadora de riesgo, se debe advertir la obligación del operador de actuar con un grado de diligencia mayor al comúnmente exigible, pues, existirán circunstancias de culpa presunta, en razón de la actividad riesgosa, en que la carga de la prueba de haber actuado con el debido cuidado, corresponderá al piloto remoto (Navas Navarro, *et al.*, 2017).

Es necesario, también, hacer hincapié en la posibilidad de aplicación de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos, al haber la opción del afectado de alegar que el producto no ofrecía los parámetros de seguridad que legítimamente pueden esperarse, responsabilizando, de este modo, al fabricante del dron.

Pero la aplicación de este régimen, en el caso de los drones, cuenta con ciertas dificultades, pues, la mayoría de daños producidos se derivan de la precipitación de las aeronaves al vacío, como resultado de una pérdida de control por interferencia en las señales que posibilitan el control remoto del artefacto. Por lo tanto, si bien el daño puede deducirse de un defecto del producto, no puede reducirse la atribución de responsabilidad al fabricante, debiendo analizarse también la conducta del operador del dron, pudiendo el fabricante reclamar a este la porción de la indemnización que le corresponda en el daño producido a la víctima. En este contexto, los defectos de diseño del producto son los más relevantes a efectos de la posibilidad de que el fabricante tenga que responder, pues, la gran mayoría de drones cuentan con una señal limitada, lo que facilita que el alcance del control remoto se pierda y la aeronave caiga, produciendo daños. Este particular evidencia una alteración en los parámetros de seguridad que el usuario puede esperar legítimamente, ya que, por el usual diseño de los artefactos, el riesgo de consecución de este defecto es bastante alto. Por lo dicho, se ha aconsejado que el sistema de control de los drones cuente con conexión *wi-fi* o *bluetooth* o tecnología de geovallas que permita operar la máquina con un mayor alcance (Monterroso y Muñoz, 2019).

Ahora, ante la posibilidad de inserción en el mercado de drones autónomos que funcionen sin interferencia humana, dotados de mecanismos de *machine learning*, con cierta capacidad autonómica, cabe puntualizar que el régimen de responsabilidad aplicable sería aquel planteado para los daños producidos por robots autónomos.

d) Neuralink

Neuralink Corporation es una *start-up* de neurotecnología fundada por el promotor de Inteligencia Artificial Elon Musk, enfocada en el desarrollo de interfaces cerebro-computadora, cuyo principal proyecto es la creación de un chip de implante cerebral que podría ayudar a curar enfermedades como Alzheimer, facilitar el uso de computadores o teléfonos móviles para personas con enfermedades neurológicas o severas discapacidades físicas e, incluso, tratar los padecimientos neurológicos a través de estimulación cerebral directa (Neuralink, 2020).

La finalidad del proyecto es alcanzar una especie de cognición súper humana en la que las personas se fusionen con la Inteligencia Artificial. Es decir, una simbiosis entre IA y el cerebro humano que podría evitar o paliar los peligros ante un supremo desarrollo de los mecanismos dotados de IA. Cualquier robot o artefacto podría, hipotéticamente, conectarse a través de Internet de las Cosas a la interfaz implantada en el cerebro de una persona y ser controlado.

El sensor o chip en que se materializaría esta tecnología es un aparato de apenas ocho milímetros de diámetro, que se incorpora a la masa cerebral a través de pequeños cables y operaría mediante el funcionamiento de tres mil electrodos con capacidad de monitoreo de hasta mil neuronas cerebrales. El chip es insertado por un robot que utiliza anestesia local y, actualmente, se encuentra en una etapa de prueba en cerdos, con aparentes resultados positivos, aunque su primer estudio clínico en humanos estaba planeado para este año (BBC News Mundo, 2020).

Así, el objetivo a largo plazo de *Neuralink* consiste en alcanzar una disponibilidad del dispositivo en el mercado para el público en general, tornándose un implemento tecnológico común y de uso muy recurrente. Musk, el impulsor del proyecto, mantiene una postura en favor de evitar que la IA supere las capacidades humanas por los peligros que esto puede generar; por lo que, propone que en lugar de que la industria continúe fabricando tecnologías externas a los seres humanos, se debería impulsar el desarrollo de sistemas internos que puedan ser controlados directamente con el cerebro del usuario. En este sentido, se plantea *Neuralink* como una posible solución a los riesgos inherentes a los mecanismos de IA (Winkler, 2017).

Por lo tanto, una eventual puesta en circulación de este producto, tras todas las pruebas requeridas que evidencien su correcto funcionamiento, con las mismas condiciones de su hipótesis, modificaría la estructura actual que se propone para los daños derivados de la utilización de IA. Las características de autonomía, imprevisibilidad, opacidad y demás, ya no implicarían el alto riesgo para el usuario que tanto ocupa hoy a la ciencia jurídica. Ante la consecución de un escenario como el planteado, un régimen de responsabilidad objetiva podría seguir siendo adecuado, pero, no con la misma rigidez e, incluso, tendría mayor cabida un criterio de imputación subjetivo que determine la culpa de quien controlaba, a través de un sensor cerebral, la máquina de la cual se despliega el daño. Cabe también mencionar la alta probabilidad de un aumento significativo de casos de autodaño, en los que se libere de cualquier responsabilidad al fabricante del robot dañador, ante la culpa de la propia víctima que controla la máquina a través de neurotecnología. Por otra parte, en lo atinente al uso clínico que podría tener *Neuralink*, se entendería que, ante un daño, el régimen de responsabilidad sería el mismo aplicable a los daños causados por un robot médico, con el análisis de las particularidades del caso (Darquea Carrasco, 2020).

Conclusiones

La aplicabilidad del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en los daños causados por nuevas tecnologías, se vuelve cada vez más problemática, pues, la cabida de elementos particulares como la pérdida de control derivada de la autonomía de las máquinas, genera necesariamente conflictos en lo relativo al criterio de imputación, lo que ha derivado en una diversidad de planteamientos, como la posibilidad de establecer una suerte de responsabilidad objetiva por riesgo para el sujeto operador de un sistema de IA, sin contemplar el tipo de daño generado o la atribución de esta responsabilidad al fabricante por desarrollar una actividad que implica un riesgo anormal comparado con los estándares comunes, debiendo indemnizarse, incluso, los daños morales o los patrimoniales causados al adquirente del producto tecnológico. Mientras que, otro sector de la doctrina hace hincapié en la necesidad de que un eventual sistema de responsabilidad objetiva deba contener una diferenciación normativa con respecto al tipo de defectos en el producto, que derivan en la producción de un menoscabo, sin aplicar una atribución objetiva indistintamente. Así, el grado de autonomía del objeto y la seguridad que cabe esperar legítimamente derivada de su funcionamiento, se configurarían como un factor determinante al momento de regular la responsabilidad del fabricante.

Por otro lado, se ha planteado la posibilidad de resolver las contingencias dañosas derivadas del uso de nuevas tecnologías, a través de sistemas de imputación subjetiva. En este sentido, una estructura de responsabilidad en cascada, plantea la posibilidad de atribuir el resultado dañoso al usuario (culpa *in curando*), al fabricante (culpa *in faciendo*), al formador o responsable de la programación relativa al *machine learning* (culpa *in educando*), al programador informático (culpa *in codificando*) o al robot como tal, en virtud de su capacidad autonómica (culpa *in singularitatem*) (Monterroso y Muñoz, 2019).

Este esbozo básico de planteamientos en cuanto a la atribución de responsabilidad en este tipo de daños, refleja la necesidad evidente de estructurar un marco jurídico más certero en lo relativo a los daños causados por sistemas de IA o artefactos conectados a la IoT, con el principal motivo de proteger la seguridad jurídica de los consumidores. Desde este aspecto, si bien el régimen de responsabilidad por productos defectuosos resulta aplicable, no es suficiente, al no cubrir un amplio espectro de posibilidades dañosas que pueden producirse en este ámbito.

Así, de manera general, el daño producido como consecuencia de un uso negligente de cualquier forma de IA, será, efectivamente, atribuible al usuario, así como aquel daño derivado de un mantenimiento inadecuado; o, cuando el menoscabo es consecuencia de un defecto en el diseño o en la fabricación, será imputable al fabricante. El problema surge, como se ha manifestado, ante la impredecibilidad de actuación de los mecanismos de IA, por lo que, la determinación del grado de autonomía de las máquinas será una cuestión nuclear al momento de atribuir responsabilidad, y genera la necesidad imperante de establecer esquemas de eficiencia legal en este sentido; es decir, un régimen propio de responsabilidad civil aplicable a los daños producidos por la utilización de IA.

Referencias bibliográficas

Barrio Andrés, M. (2020). *Internet de las Cosas*. Reus Editorial.

BBC News Mundo. (2020, 29 de agosto). *Neuralink de Elon Musk: el último avance del multimillonario empresario en su plan de conectar nuestros cerebros a computadoras*. BBC News Mundo. [shorturl.at/hijo](https://www.bbc.com/news/tecnologia-56844444)

Darquea Carrasco, P. (2020). *Nuevas Tecnologías y Responsabilidad Civil: Aspectos Particulares de los Daños Causados por Inteligencia Artificial* [tesis de maestría no publicada, Universitat de Girona] [manuscrito presentado para publicación].

Kurki, V., & Pietrzykowski, T. (2017). *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*. Springer.

Llaneza González, P. (2018). *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las cosas (IoT)*. Wolters Kluwer España, S.A.

Martín-Casals, M. (2019). *Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)*. En S. Lohsse, R. Schulze, & D. Staudenmayer, *Liability for Robotics and in the Internet of Things* (Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV) (págs. 201-228). Nomos/Hart.

Monterroso Casado, E. & Muñoz Villareal, A. (2019). *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*. Tirant lo blanch.

Navas Navarro, S., Górriz López, C., Camacho Clavijo, S., Robert Guillén, S., Castells i Marqués, M., & Mateo Borge, I. (2017). *Inteligencia Artificial*. Tecnología. Derecho. Tirant lo blanch.

Pagallo, U. (2013). *The Law of Robots. Crimes, contracts and torts*. Springer.

Winkler, R. (27 de marzo de 2017). *Elon Musk Launches Neuralink to Connect Brains With Computers*. The Wall Street Journal. [shorturl.at/IPWZ2](https://www.wsj.com/articles/elon-musk-launches-neuralink-to-connect-brains-with-computers-11588084000)

Ribot Igualada, J. (2020). Los Fondos de Indemnización de Daños Corporales. *Revista de Derecho Civil*, 5-50.

Rogel Vide, C. (2018). *Los Robots y el Derecho*. Reus Editorial.

Rueda Etxebarria, J. (2021). Tecnologías socialmente disruptivas. ILEMATA, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, no. 34, 5-9.

Sharma, A. (2016). *Assigning Liability in an Autonomous World*. [CMC Senior Theses, Claremont McKenna College]. Claremont Colleges Library. http://scholarship.claremont.edu/cmc_theses/1531.

Yzquierdo Tolsada, M. (2019). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Parte General (Quinta edición). Dykinson.



Los Seguros de Medicina Prepagada; su naturaleza contractual y un análisis de inconstitucionalidad del nuevo cuerpo normativo que las regula

Carlos Andrés Villacreses Valencia¹
Martín Alejandro Urbano Esparza²

Resumen:

En el Ecuador, el 17 de octubre de 2016, fue publicado en el Registro Oficial la “Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica”. Este cuerpo legal derogó la antigua “Ley que regula el funcionamiento de las empresas privadas de salud y medicina prepagada”, publicada en el Registro Oficial No. 12, el 26 de agosto de 1998. El nuevo cuerpo normativo entró en vigencia 180 días después de su publicación en el Registro Oficial, causando una serie de críticas por su contenido aparentemente inconstitucional e incompatible con los derechos constitucionales de salud, libertad de asociación y libertad de empresa. El objetivo del presente artículo es analizar la acción de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional, por los máximos representantes de los Seguros de Salud y Asistencia Médica Prepagada del Ecuador. Las implicaciones constitucionales y regulatorias que implica el cuerpo normativo en análisis, para lo cual, se incluye una breve introducción al Seguro donde consta su origen histórico, naturaleza como contrato y una introducción sumaría a la rama de la medicina prepagada. El estudio en cuestión demostrará la amenaza inminente que la Ley de Medicina Prepagada representa para el mercado de seguros; partiendo desde la desvirtuación de los principios elementales de cálculo del riesgo, la libertad de empresa bajo subterfugio del fin social del seguro y el contexto político-económico que se relaciona al cuerpo normativo.

Palabras Clave:

Seguros, prima, riesgo, inconstitucionalidad, contrato, universalidad, gratuidad.

Abstract

In Ecuador, in October 17 2016 the normative body called “Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios Integrales de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten Asistencia Médica” was published in the Registro Oficial. This legal body repealed the old Law that regulates the operation of private health and prepaid medicine companies, published in the Gaceta Oficial No. 12, on August 26, 1998. The new normative body came into force 180 days after its publication in the Registro Oficial, causing a series of criticisms for its apparently unconstitutional content and incompatible with the constitutional rights of health, freedom of association and freedom of enterprise. The objective of this article is to analyse the unconstitutionality action presented before the Constitutional Court by the highest representatives of the Health Insurance and Prepaid Medical Assistance of Ecuador. The constitutional and regulatory implications implied by the normative body in analysis, for which a brief introduction to insurance is included where its historical origin, nature as a contract and a summary introduction to the branch of prepaid medicine are included. The study in question will demonstrate the imminent threat that the Prepaid Medicine Law represents for the insurance market; starting from the distortion of the elementary principles of risk calculation, the freedom of business under the subterfuge of the social purpose of insurance and the political-economic context that is related to the normative body.

Keywords:

Insurance, premium, risk, unconstitutionality, contract, universality, gratuity.

1. Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio Jurisprudencia y el Colegio de Administración y Economía. Quito, Ecuador. cvillacreses1@estud.usfq.edu.ec

2. Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio Jurisprudencia. Quito, Ecuador. murbanoe@estud.usfq.edu.ec

Introducción

En 2015, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la nueva Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica (a la cual nos referiremos en adelante como nueva “Ley Orgánica de Medicina Prepagada o LOMP”), cuyo contenido difiere considerablemente con la antigua ley reguladora de las empresas de medicina prepagada. La nueva Ley prescribe la imposibilidad de los aseguradores de negar solicitudes de contratos de afiliación, la exigencia a la aseguradora de la cobertura total de preexistencias, el impedimento de aumentar las primas a base de la siniestralidad y de calcular riesgos por cuenta propia, entre otros elementos que involucran un riesgo a la permanencia en el mercado de las empresas de medicina prepagada. El contenido de la LOMP ha sido altamente cuestionado por los titulares de las empresas involucradas, debido a que atenta contra la naturaleza del contrato de seguro, así como las garantías constitucionales que protegen la libertad de ejercer actividades económicas.

El presente artículo busca definir el alcance de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada y su impacto en los derechos constitucionales que abarca este cuerpo legal. Como primera parte, se realizará una breve introducción al Seguro, comenzando por su historia y su naturaleza contractual para, posteriormente, evaluar los derechos presuntamente vulnerados que alega la Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada por Ecuasanitas S.A. y Humana S.A.

Breve Historia del Seguro

De acuerdo con Manes (2008) el Contrato de Seguro “remonta su existencia a Asiria, Babilonia y Egipto” (p.76). Dichas sociedades desarrollaron primitivamente el seguro, puesto que, observaron las ventajas de la minimización del canon de riesgo. Las sociedades desde aquella época buscaron mecanismos eficaces para otorgar seguridad a las transacciones, especialmente, comerciales, que realizaban con la finalidad de satisfacer las necesidades específicas a las que se enfrentaban.

El primer *seguro* en existir jurídicamente y ser regulado fue el *seguro marítimo*, esto ocurre debido al desarrollo del comercio por mar y tierra entre Europa y Asia en el siglo XIV y los estatutos de Barcelona en 1435, Burgos en 1494 y Sevilla en 1554 (Durvan, 2000, p.8).

Posteriormente, el primer “seguro de vida” celebrado conforme a una póliza fue emitido por la compañía inglesa *The Royal Exchange*, en 1583. Años más tarde, en 1667, se desarrollaría el Seguro de incendio debido al llamado “incendio de Londres”, de 1667 (p.17). La tendencia continuó a lo largo de los siglos, convirtiendo al Seguro en uno de los métodos más comunes y variados de proteger el patrimonio de un titular (Durvan, 2000).

En cuanto al ámbito doctrinario, el estudio del seguro fue apareciendo por la necesidad de encasillar todas las características de este contrato desarrollado por los comerciantes y darle una forma jurídica que permita resolver las controversias que se suscitan con su aplicación. “La doctrina moderna afirma que todo objeto es asegurable siempre y cuando se cumplan ciertas características; aleatorio, posible, concreto, lícito y de contenido cuantificable” (Guardiola, 1990, p.19).

En cuanto a la historia nacional, Sasso (2011) puntualiza “el surgimiento del seguro data de la época republicana debido a la influencia de las potencias europeas como España e Inglaterra que poseían un desarrollado sistema de aseguramiento marítimo” (p. 71). El mismo autor explica que, dadas las circunstancias de la coyuntura política y económica de la época, el seguro en las colonias existió de manera rudimentaria y poco regulada. En el Ecuador, la primera regulación jurídica en materia de seguros data de 1909, con tan solo seis empresas aseguradoras en el mercado. Años más tarde, se crea la primera compañía de seguros en el Ecuador; la *Nacional Compañía de Seguros Generales S.A* (Sasso, 2011). Esta compañía tenía un enfoque holístico sobre el objeto asegurado cubriendo múltiples ramas. En los años cuarenta se desarrollan empresas aseguradoras con énfasis en automotores, accidentes personales y patrimonios. “En los años cincuenta y sesenta se desarrolla el Seguro ante el incumplimiento contractual y los Reaseguros” (Alvear, 2001, p.32).

En la actualidad, existen alrededor de 58 compañías aseguradoras de diversa escala operando en el mercado nacional cuya regulación, control, vigilancia y promoción se encuentra a cargo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

La naturaleza del Contrato de Seguros

El contrato de seguro mantiene los mismos elementos de todo contrato y negocio jurídico; no obstante, a pesar de estar enmarcado en los conceptos teóricos clásicos, este contrato es lleno de particularidades que lo diferencian de manera sustancial de cualquier otro tipo contractual. Para Ibarra (2017), “el contrato de seguros nace a la vida jurídica como una combinación de cláusulas impuestas, pero, también, de negociaciones en que las partes pueden llegar a un acuerdo salvaguardando así sus intereses” (p. 87). Lo que menciona Ibarra es el motivo principal por el cual en el contrato de seguros existen variaciones a las concepciones clásicas.

Es menester puntualizar que en el caso del contrato de seguros, existe una relativa limitación a la libertad de configuración interna. Esto ocurre debido a que la naturaleza del contrato de seguro supone la adhesión de una de las partes a ciertas cláusulas predispuestas. Los contratos de adhesión tienen como característica una desigualdad en la relación contractual, ya que una de las partes ostenta la parte económicamente fuerte y conforma la posición dominante del contrato (Palacios, 2017). Cabe aclarar que la naturaleza del contrato de seguro mantiene su naturaleza consensual pese a la adhesión, ambos términos en materia contractual no son excluyentes. Sin embargo, la adhesión supone sin duda la existencia de una parte dominante que, entre otras cosas, elabora unilateralmente el texto del contrato; esto es, bajo supervisión de la entidad competente que, en el caso ecuatoriano, es la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros

Este tipo de contrato es además de naturaleza mercantil, ya que consiste en un acto de comercio por parte de los contratantes. Es principal debido a la posibilidad de existir por sí mismo sin necesidad de otro contrato y de tracto sucesivo (en casos particulares, puede haber excepciones). En materia de seguros, la buena fe es el pilar fundamental del desarrollo de esta actividad, ya que permite a los asegurados y compañías de seguros establecer vínculos contractuales basados, únicamente, en declaraciones (existencia y estado del objeto) y promesas (indemnizar en el evento de que se verifique el riesgo). La buena fe en materia contractual, a diferencia de otras ramas del Derecho, busca el cumplimiento eficaz y transparente sin frustrar el objeto y fin del contrato. La buena fe en materia contractual se distingue, a su vez, en al menos dos etapas que conforman el *Iter Contractual*; la etapa precontractual, de negociación o tratativas y la etapa de cumplimiento o ejecución del contrato. Para Parraguez (2019), parte de la buena fe en la etapa precontractual consiste en “la lealtad al proporcionar a la otra parte toda la información relevante que tenga sobre el contrato que se piensa celebrar y que sea relevante para la otra parte, de tal manera, que ambas celebren el negocio de manera informada” (p. 291).

Los seguros de salud y asistencia médica prepagada

Los seguros de salud y asistencia médica prepagada son una derivación del seguro de vida que, según Barrera (2016), “tiene orígenes remotos, nace de la necesidad sentida por el hombre de precaverse contra futuros y temidos riesgos que puedan correr contra su persona” (p. 456). Adicionalmente, se señala que los seguros de vida son contratos de seguros especiales, ya que sus características se alejan parcialmente de la concepción clásica de los seguros de daños, seguros en los cuales el nivel de aleatoriedad e incertidumbre sobre la verificación del riesgo es mayor (Barrera, 2016).

A mediados de la década de 1930 nace el concepto de la medicina prepagada. Históricamente, este ramo del seguro se aleja relativamente de los demás, ya que el riesgo en cuestiones relacionadas a la salud y la vida se encuentra en el rango de lo cierto y probable. Ahora bien, esto no significa que en las cuestiones técnicas la manera de establecer las relaciones contractuales deba ser totalmente distinta, puesto que, de modo general, se parte de los mismos principios básicos que rigen a la actividad aseguradora.

En virtud de aquello, sostenemos que la prima debe ser calculada en cada caso particular, basándose en todos los aspectos que se requieren para obtener una correcta aproximación al riesgo que se transfiere. Según Guardiola (1990), “para calcular el valor aproximado de la prima que permita a la empresa cubrir sus gastos operativos se utilizan aproximaciones técnicas como: cálculo de probabilidades, ley de grandes números, tasa de riesgo, cálculo de siniestralidad” (p.76). Por todo esto, nos atrevemos a decir que, el funcionamiento y conformación de las empresas aseguradoras de salud y asistencia médica prepagada, obedecen a una estricta regulación que pretende equilibrar los beneficios entre las partes contractuales.

La Pretensión de las empresas de medicina prepagada respecto a la nueva Ley: la Acción Pública de Inconstitucionalidad

El 31 de octubre del 2016, los representantes legales de las empresas de medicina prepagada Ecuasanitas S.A. y Humana S.A. presentaron una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, pretendiendo se declare inconstitucional por forma y fondo de la nueva Ley Orgánica de Medicina prepagada. Los argumentos presentados por los legitimados activos, afirman que existen numerosas causales de inconstitucionalidad que atentan contra los derechos, tanto de la parte asegurada como de la aseguradora. Afirman, también, que el impacto negativo de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada, es tal, que la sostenibilidad de dichos operadores económicos en el mercado se volverá casi imposible. Sus principales argumentos serán analizados a continuación:

El deber del Estado de precautelar el acceso universal a la Salud

La disposición General Quinta de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada dispone que:

Las empresas de seguros o medicina prepagada deberán cancelar o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos que por atenciones médicas en sus unidades se hayan efectuado a personas que también sean titulares y/o beneficiarios de seguro privado de salud y/o medicina prepagada hasta el monto contratado (LOMP, 2016).

La parte accionante afirma que lo dispuesto en el texto anterior es una grave violación al mandato constitucional de la gratuidad y universalidad en los servicios de salud, conjuntamente al deber primordial y superior del Estado como garante de dichos derechos. “La norma traslada deberes primordiales del Estado a compañías privadas y fundamentalmente a las personas que acceden a sus servicios (...) cuyas aportaciones servirán para financiar prestaciones de salud que legítima y obligatoriamente le pertenecen al Estado” (Corte Constitucional del Ecuador, Causa N.º 0075-16-IN, p. 6.).

Para determinar si existe o no violación de la norma constitucional es necesario remitirse a la definición y alcance de los principios de universalidad y obligatoriedad. La OMS (2018), en la resolución CD53/5, Rev.2 habla de un enfoque multisectorial de iniciativas público-privadas. Las iniciativas antedichas no pueden contravenir las normas constitucionales tales como la “libertad de desarrollar actividades económicas” amparado en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución ni delegar la responsabilidad estatal de suministrar recursos suficientes para poseer un sistema de salud capaz de soportar una creciente demanda. Dentro del caso en concreto, poseer un seguro privado de salud no es equivalente al derecho de acceder a la atención médica pública con igual eficiencia y rapidez.

Dado que ambos servicios se financian con los aportes de sus miembros, un beneficiario simultáneo de la Red Pública Integral de Salud y de un Seguro privado de medicina prepagada debe tener capacidad de satisfacer sus necesidades como asegurado en cualquiera de las dos opciones a su alcance, sin menoscabo del derecho que posee a recibir atención oportuna en la Red Pública Integral de Salud no por dádiva sino por un mandato constitucional exigible e irrenunciable amparado en el artículo 359 de la Constitución.

Esta investigación respalda que lo prescrito en la Disposición General Quinta vuelve infructuosa la existencia de la Red Pública Integral de Salud y su obligatoriedad, juntamente con su carácter irrenunciable, puesto que, en un caso hipotético de que el ciudadano pudiera optar solamente por un seguro privado, obtendría la cobertura requerida. En otras palabras, la responsabilidad y mandato constitucional del Estado contenido en el artículo 360 respecto a la salud, está siendo transferido a empresas privadas.

En palabras de los legitimarios activos “los recursos destinados por los afiliados para planes complementarios y que amplían su cobertura de salud, servirán para financiar las prestaciones públicas básicas de salud que constitucionalmente está obligado a cubrir Estado, bajo los principios de gratuidad, universalidad y obligatoriedad” (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p.42). La coyuntura económica del país contrastada con la naturaleza de esta disposición tiene vínculo directo. Según la OMS (2018), el Ecuador posee un déficit de alrededor de 8000 camas hospitalarias, conjuntamente a una infraestructura insuficiente y recursos escasos. En búsqueda de sanear la severa crisis en el sector de salud, cobra sentido la necesidad de captar recursos de empresas privadas para fines públicos; no obstante, esto no es un justificativo para permitir al Estado delegar sus responsabilidades frente a los ecuatorianos que tienen derecho a acceder a un sistema de salud óptimo.

Respecto al deber del Estado de financiar servicios de salud públicos

La Carta Política del Estado prescribe que “El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado (...)” (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 355). Sin embargo, debido a la Disposición General Quinta de la LOMP asigna recursos privados para el financiamiento de prestaciones públicas existe una evidente contradicción con la norma constitucional.

Adicionalmente, el titular de la póliza de seguro consta con un cupo máximo de cobertura que, en caso de ser atendido en la Red Pública de Salud, será consumido. Esto en base a lo previsto en la Disposición General Quinta de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada que determina que los servicios públicos serán costeados hasta el monto contratado en la póliza de seguro. Los legitimarios activos de la acción de inconstitucionalidad afirman “esto nos lleva al absurdo de que, mientras más las personas ejercen su derecho a la salud, acudiendo a los servicios públicos estatales, universales y gratuitos, cada vez podrán acceder a menor cobertura complementaria en sus planes de medicina prepagada” (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p. 13). Hay que aclarar en este punto que dada la obligatoriedad e irrenunciabilidad de los servicios públicos de salud, las prestaciones médicas brindadas por agentes privados son de tipo complementario. No obstante, al verse cubierto el monto máximo de la póliza se contradice con el objetivo del usuario al contratar el Seguro privado, el cual, es brindar una cobertura y asistencia adicional al que le corresponde obligatoriamente por Ley.

Debido al contenido de la Disposición General Quinta cabe concluir que el usuario estaría financiando a la Red Pública Integral de Salud por dos vías distintas; la primera, a través de sus aportaciones regulares al Seguro Universal Obligatorio; y, la segunda, a través del pago de la prima realizado al Seguro privado de asistencia médica. Esto mientras el cupo del monto contratado en la póliza disminuye a la par que se ejercen tanto derechos contractuales como constitucionales. En conclusión, no solo contraviene la norma Constitucional que obliga al Estado a ser el garante del derecho fundamental a la salud sino que perjudica al contratante.

Sobre la vulneración al derecho a la libertad de empresa

La iniciativa privada de los Seguros obedece al incentivo de crecimiento y ganancia como razón de su existencia, afirma Palacios (2016):

No obstante cumplir el Seguro con una función social, no hay que olvidar que el sistema de seguros privado es un negocio (...) en tal sentido, una aseguradora necesita estudiar los riesgos que le proponen para poder elegir aquellos que puede asumir a efectos de no tener graves desequilibrios (p.158).

En virtud de aquello, la función social de los Seguros y su involucramiento con los intereses y derechos más elementales amparados por la norma constitucional no está en discusión; sin embargo, la existencia del seguro obedece, al mismo tiempo, a la libertad de desarrollar actividades económicas con fines de lucro, amparadas en el marco de la Ley, pues, no se debe olvidar que las compañías de Seguros son personas jurídicas que se regulan bajo las normas del Derecho Mercantil.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la libertad de empresa se consagra en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución. La codificación de este derecho constitucional relacionado al libre desarrollo de la personalidad es verdaderamente amplia. Por ende, cabe delimitar dicho derecho que, en palabras de Aragón Reyes (2002), se admite como “acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte (...) utilizando los medios legales y económicos a su alcance en búsqueda del aumento patrimonial” (p. 26).

La LOMP (2016), establece estándares obligatorios de contratación para las empresas aseguradoras, entre las cuales destacan:

Establecer como obligación contractual la prohibición de incrementos adicionales a las tarifas o primas de los planes contratados, ante el apareamiento de enfermedades crónicas y catastróficas, sobrevinientes a la contratación y de negar la renovación de los contratos por dichas causas.

Se prohíbe toda clase de exclusiones en razón de (...) estado de salud, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, y por

lo tanto no se admitirán como criterio de rechazo de cobertura, suscripción o renovación de los contratos, y

No establecer incrementos adicionales de manera individual a los aportes, cuotas o primas del plan contratado, ante el apareamiento de enfermedades crónicas y/o catastróficas, ni negar la renovación de los contratos (LOMP, 2016, Artículos 10, 15.1, 20, 29, 30.1 y 35.5).

La consecuencia de esto es sumamente grave ya que no permite que las empresas realicen un cálculo de riesgo para saber si están en posibilidad de afrontar las obligaciones que devienen del contrato, permite que el Estado fije fórmulas de precios y asigne recursos privados al cumplimiento de obligaciones que debe llevar a cabo la Red Pública y, finalmente, transfiere los réditos empresariales a las arcas públicas lucrando de la iniciativa privada (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p. 13).

Según Barrera Monge (2017):

Para pretender que el negocio de la protección sea rentable y cumpla con las estadísticas sobre las cuales se estructura técnicamente un sistema de seguros se debe analizar (...) factores de selección médica y técnica; edad, salud, antecedentes familiares, antecedentes personales, estado actual (del asegurado), la ocupación habitual, las aficiones (...) entre otros” (p.519).

En otras palabras, la Ley no debería establecer una prohibición al alza de la prima cuando el riesgo para la aseguradora es exponencialmente mayor, esto desvirtúa la naturaleza técnica del seguro y lo envuelve en un serio riesgo de afectación patrimonial y pérdida. Un de punto análisis relativo a la naturaleza del contrato de seguros es la parte final del artículo 20, donde prescribe que, a petición del solicitante no se admitirán como criterio de rechazo de cobertura, suscripción o renovación de los contratos (LOMP, 2016). Y la parte concluyente del artículo 29 “la revisión del precio se realizará de común acuerdo entre las partes” (LOMP, 2016).

A criterio de este equipo, la norma del artículo 20 obliga a la vinculación contractual entre el solicitante y la aseguradora, sin dar posibilidad a la aseguradora de rechazar la solicitud de adhesión basándose en criterios técnicos, mientras que, el artículo 29 incurre en una discordancia con la naturaleza del contrato de Seguros como contrato de adhesión, donde la Ley ampara minuciosamente el no establecimiento de cláusulas abusivas, pero, priva a la empresa aseguradora la imposibilidad de ofertar y estipular el precio libremente a base de la consideración del riesgo, a la cual, el solicitante se adhiere por voluntad propia y con pleno conocimiento.

Sobre la inconstitucionalidad por forma y la violación al principio de reserva de ley

Los accionantes de la causa No. 0075-16-IN alegaron que la LOMP contiene una violación a la reserva de ley orgánica que prescribe nuestra Carta Política en el artículo 133 numeral 2. Dicha afirmación se sustenta en el artículo 17 de la LOMP que delega a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la creación y aprobación de cláusulas contractuales obligatorias para empresas de medicina prepagada, lo cual, implica restricción y limitación al ejercicio de derechos constitucionales tales como la libertad de contratación y la libertad de empresa. No obstante, este equipo de investigación sostiene que los accionantes en este punto incurren en un error, ya que al momento de presentar esta alegación los accionantes no analizan que en virtud de lo prescrito en el artículo 213 de la Carta Política:

Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...) (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 213).

Esta norma constitucional faculta a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros ejercer control, intervención y auditoría de las actividades comerciales de las personas jurídicas sujetas a su vigilancia; así como también lo prescrito en el artículo 430 de la Ley de Compañías. Por otra parte, los accionantes previo a fundamentar su acción no han considerado lo prescrito en el artículo 25 del Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero que expresamente prescribe la facultad de la superintendencia de revisar y aprobar las cláusulas contractuales de las pólizas.

Como se ha sostenido a lo largo de este ensayo, se considera que las empresas que ofertan asistencia médica y salud prepagada forman parte del tronco común de los seguros de vida, por tal, estas compañías se encuentran sujetas de igual forma a lo prescrito en el Código Orgánico Monetario y Financiero. En lo que respecta a su control y supervisión, la ejerce la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, lo cual, incluye la revisión y aprobación de las respectivas cláusulas contractuales. Es decir, no es algo nuevo que se ha impuesto a través de la nueva ley sino que la superintendencia siempre ha tenido esta facultad.

El contexto de la formación y creación de la nueva Ley de Medicina Prepagada

La Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social realizó un estudio acerca del estado actual de las empresas de medicina prepagada. En el informe realizado existen datos que desafían la credibilidad, los cuales constan en la "Figura 1":

Figura 1. Prima neta emitida por las compañías de Asistencia Médica (2014)

No.	Razón Social	Ingresos prestacionales	Gastos prestacionales	Utilidad	Ratio de gastos
1	SALUDSA SISTEMA DE MEDICINA PREPAGADA DEL ECUADOR S.A.	149.289.09,00	88.892.648,90	60.396.44310	59.54%
2	ECUASANITAS S. A	54.057.476,22		54.057.47622	0.00%
3	MEDICINA DEL ECUADOR MEDIECUADOR HUMANA S. A	35.299.090,15		35.299.0816	0.00%
4	INTERLAB S.A	22.607.181,00	6.045.292,05	16.560.889,54	26.75%
5	MEDICINA DEL FUTURO DEL ECUADOR MEDICALFE S. A	15.926.846,85	8.852.863,49	7.074.003,36	55.58%
6	MEDICINA PREPAGADA CRUZBLANCA S.A	14.247.733,53	4.790.384,37	9.457.349,16	33.62%
7	CENTRO DE DIÁLISIS CONTIGO S.A DIALICON	8.687.816,29	832.386,67	7.855.429,62	9.58%
8	MEDIKEN MEDICINA INTEGRAL KENNEDY S. A	6.637.953,48	4.440.789,65		66.90%
9	INMEDICAL MEDICINA INTERNACIONAL S. A	9.608.227,48			
10	LABORATORIO CLÍNICO ARRIAGA C. A	4.552.296,31			0.00%
11	GRUENTE CIA. LTD.	4.383.159,83	268.118,12		6.12%
12	OMNISCAN RADIÓLOGOS ASOCIADOS S.A		670.431,56		
13	LABORATORIO CLÍNICO ALCÍVAR S.A ALCCLINIC	3.660.398,33	268.566,38		7.34%
14	LABSERVICES S. A	2.949.023,95	864.859,09		29.33%
15	PASAL PATIÑO SALVADOR CÍA. LTDA	3.892.260,00	359.729,35		12.44%
16	HOSPIMÁGENES S. A	2.402.342,01	549.860,69		22.87%
17	ALFAMEDICAL S.A				
	TOTAL	337.202.888,04	116.896.909,32	223.036.416,28	34.65%

Nota. Estadísticas de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al 31 de diciembre de 2014. Transcrito de la acción pública de inconstitucionalidad N.º 0075-16-IN.

Entre las numerosas falencias de este trabajo se puede citar, por ejemplo, en el casillero número 2 se encuentra la compañía Ecuasanitas S.A. cuyos ingresos prestacionales ascienden a \$54.057.475,22. Sin embargo, los gastos prestacionales son un casillero en blanco. Es decir, según el informe emitido por el IESS, de los más de 60 mil usuarios activos de Ecuasanitas S.A. ninguno presentó siniestralidad alguna que representase egreso para la compañía. A su vez, se considera que los \$54.057.475,22 obedecen a utilidad neta de la compañía, dándole una ratio de gasto del 0%. El porcentaje de 0% de ratio de gasto pasa a computarse con los restantes de las demás empresas de la lista dando un total de 34.65% de ratio de gasto, convirtiéndolas, según este informe, en uno de los sectores empresariales más rentables del país.

Un margen tal de ganancia presupondría la viabilidad presupuestaria de lo dispuesto en la Disposición General Quinta. Sin embargo, las empresas de medicina prepagada alegan que dicho informe se sostiene sobre datos equivocados, siendo el informe realizado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el que, efectivamente, evidencia la situación actual de las compañías involucradas.

Este informe es diametralmente opuesto en cifras al realizado por el IESS ya que este último supone que la utilidad conjunta del sector de la medicina prepagada es de US\$221,036, 410.28 cuando la realidad corresponde a US\$ 15'909.222, una diferencia de más de 200 millones de dólares (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 2014).

Para contrastar la realidad entre ambos informes, cabe retomar el ejemplo de Ecuasanitas S.A. Según el informe del IESS, esta empresa tiene un porcentaje de rentabilidad del 100%, una ratio de gasto del 0% y una utilidad neta de alrededor de 54 millones de dólares. Según el informe de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros posee un rango de utilidad del 12.4%, una ratio de gasto del 84% y una utilidad neta de tan solo \$4.148,615, datos que constan a continuación:

Figura 2. Informe de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (2014)

No.	Nombre Comercial	ACTIVO	PASIVO	INGRESOS	GASTOS	UTILIDADES SIN IMPUESTOS	UTILIDADES NETAS
1	SALUD S. A	33484810	21319155	137032857	121418789	15614068	10164165
2	BMI	13220072	9861336	67895215	65970466	1924750	1127078
3	ECUASANITAS	23861320	10401569	52038311	45776583	6261728	4148615
4	HUMANA	15205997	12648923	32933926	31567119	1366807	892855
5	BEST DOCTORS	15834148	15681885	23020317	27537494	(4517627)	(17121)
6	CONFIAMED	1686375	1413812	21380758	23263131	(1829319)	(1923514)
7	CRUZBLANCA	20985527	13017573	18064942	16117816	1947125	951657
8	MED-EC S. A	2048787	1276840	7545419	7385765	15964	83842
9	ASISKEN S. A	1572096	969600	7353615	7268225	85389	W37439
10	MED.I.KEN S. A	1676078	1105809	7071.178	6999565	71614	54643
11	INMEDICAL S. A	2166585	1683060	5322126	5043945	278181	162492
12	TRANSMEDICAL S. A	1465821	1247392	4148215	4052451	95764	14715
13	HEALMED S. A	737966	174581	3974779	3968580	6198	4019
14	BLUECARD ECUADOR	688997	385926	3778746	3704508	74238	38247
15	PLUS, MEDICAL	837441	449233	2574643	2486520	88123	58426
16	LATINA SALUD	885119	232439	2574643	2537677	36583	13031
17	PLAN VITAL	830037	468601	2574260	1885448	8869	8869
18	MEDIASIST	676185	256365	1894317	1450146	75478	45676
19	VIDASANA S. A	317072	245420	1525624	869343	(72691)	(72691)
20	ALFAMEDICAL S.A	559813	273273	796652	698820	10919	(2547)
21	NORTHERN LIGHT S. A	573782	194464	709539	632595	62714	26282
22	SERMEDIPRE	412208	160151	695308	619030	32449	21164
23	COLMEDICAL	314250	26493	651479	504599	47622	47622
24	ALIANZA ALIANPREME	242871	96731	552221	225957	5034	1950
25	ONCOMEDICA S. A	214451	3840	230991	125145	976	647
26	BELGENICA	282251	1451	126121	57026	445	247
27	M.E.D.I.C. A	653165	282544	57472	34890	21338	21338
28	PRIVILEGIO MEDICINA						
29	VUMILATINA S. A	210298			14	(14)	(14)
30	ATLANTICMED S. A						
	Total general	141644522	93878107	404005255	382201446	21856414	15909222

Nota. Transcrito de la Acción de inconstitucionalidad N.º 0075-16-IN, la tabla muestra datos provenientes de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Lo cierto es que el proceso legislativo de formulación, redacción y debate de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada se realizó en base a los informes realizados por la Dirección Actuarial y de Investigación del IESS, cuyos errores han sido afirmados manifiestamente por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Dado el impacto que esto supondría en la empresa privada, en los derechos de los asegurados y de las empresas de medicina prepagada es menester que la autoridad constitucional evalúe -en fondo y forma- el cuerpo legal que regula las empresas de medicina prepagada afín de evitar impactos devastadores.

Conclusiones

Una rama particular del Seguro es la asistencia médica prepagada, cuya relación estrecha con los derechos constitucionales a la salud y la vida la vuelve una rama de difícil regulación. El 17 de octubre de 2016 fue publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. El contenido de este cuerpo normativo difiere con la naturaleza del contrato de Seguros, al impedir a la parte aseguradora calcular el riesgo que representa un potencial contratante y privándole de la posibilidad de negar la afiliación en caso de que dicha relación contractual le resultase perjudicial. Esto viola la naturaleza consensual del contrato y el principio de libertad de conclusión contenido en la teoría general del contrato.

Además de diferir con la naturaleza del contrato, existen normas constitucionales que han sido vulneradas. Entre ellas, las más importantes son: el deber del Estado de precautelar el acceso universal a la salud, el deber del Estado de financiar servicios de salud públicos, la libertad de empresa entendida como actividad económica y el principio de la reserva de Ley.

Existe un error de fondo que convierte a la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada en una amenaza inminente a la permanencia de las empresas de esta categoría en el mercado. El informe realizado por la Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, muestra una realidad financiera totalmente irreal respecto a los márgenes de rentabilidad de las empresas. La nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada fue redactada y pensada en base a índices de ganancia equivocados y ratios de gasto del 0%. La realidad está plasmada en el estudio realizado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros donde se evidencia que, en su conjunto, las empresas aseguradoras poseen una ratio de gasto mucho mayor. En síntesis, este informe demuestra que las empresas no se encuentran en la capacidad de asumir las obligaciones que la Ley impone sobre ellas.

Para el análisis del presente trabajo, es procedente analizar la coyuntura política y económica del Ecuador desde el año 2014 hasta la actualidad. Buscar métodos alternativos de financiamiento a la Red Pública Integral de Salud en un periodo donde los ingresos fiscales por exportación petrolera se ven drásticamente reducidos y la inversión en gasto público y corriente se dispara no es coincidencia sino una relación de causalidad. En la actualidad, la acción pública de inconstitucionalidad presentada en el año 2016, sigue sin ser revisada por el máximo órgano de control constitucional del país.

Referencias Bibliográficas:

- Acción Pública de Inconstitucionalidad. Causa N.º 0075-16-IN.
- Albaladejo, M. (2015). *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, 13 Edición, Madrid: Edisofer.
- Alvear, J. (2017). *Introducción al Derecho de Seguros*, Guayaquil: EDINO.
- Aragó, M. (2014). *Constitución democracia y control*. (vol.88). Universidad Autónoma de México.
- Barrera Monge, A. (2011). *El seguro de vida sus extensiones y cobertura*, En Palacios Sánchez, Fernando. Seguros; temas esenciales, Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Código Civil Ecuatoriano [CC]. (1005, 24 de junio). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 46.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, *Libro III, Ley General de Seguros*. [COMF]. (2018, 14 de julio). Asamblea Nacional del Ecuador. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332
- Constitución del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial 449
- Decreto Supremo 1117 de 1963[Presidencia de la República]. Artículo 1. de 7 de diciembre de 1963.
- Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.(2014). *Informe Sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para Varios Sectores Productivos. Costo de Asumir el Copago de Afiliados que Utilicen Medicina Prepagada*. Cuadro No. 4.
- Durvan. (2000). *Gran Especialidad del Mundo*. Primera edición. Tomo 10. Bilbao: Editorial Marín.
- Guardiola Lozano. (1990). *Manual de Introducción al Seguro*, Madrid: Fundación Mapfre Estudios.
- Ibarra, M. B. (2017). *La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro*. USFQ Law Review, 4(1), 87-102. <https://doi.org/10.18272/lr.v4i1.986>
- Ley de Compañías [LC]. (202, 28 de febrero). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial 312.
- Ley Orgánica que regula a las Compañías que financien servicios de atención integral de salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica [LOMP]. (2016, 17 de octubre). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial N° 863.
- Manes, A. (2008). *Tratado de seguros: Teoría General del Seguro*, Tomo I. Editorial Logos
- Organización Mundial de la Salud. (2018). Informe técnico sobre asistencia social en materia de Salud. En *Revista Anual de la OMS*.
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *Resolución CD53/5*.
- Ospina Fernández, G. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Séptima Edición, Bogotá: Temis.
- Palacios, F. (2017). *El Derecho del Consumo y la Protección al Consumidor de Seguros*, Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Palacios, F. (2017). *Seguros; temas esenciales*. Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Parraguez, L. (s/f). *El Régimen General del Negocio Jurídico y el Contrato*. Inédito.
- Sasso, J. (2011). *La seguridad social en el Ecuador, historia y cifras*. Quito : FLACSO.
- Sentencia C-186/11. (2011, 16 de marzo). *Corte Constitucional de Colombia*.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2014). Informe Superintendente de Compañías Valores y Seguros para la Asamblea Nacional. Oficio No. SCVS-DSC-2016-128-OF. 2014. <https://portal.supercias.gob.ec/wps/wcm/connect/ea8294c5-5975-4241-8257>

El derecho a la reparación y el procedimiento en las garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales

Andrés Cervantes Valarezo¹

Resumen

El presente artículo describe las características principales del derecho a la reparación frente a violaciones de derechos fundamentales; así mismo, expone el procedimiento aplicable en el trámite de las garantías jurisdiccionales de conocimiento para hacer efectiva la reparación. En esa línea, el texto analiza las constantes referencias a la reparación integral en la constitución ecuatoriana, así como la tipología de reparaciones a nivel doctrinario y en el derecho internacional como son la restitución integral, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Adicionalmente, el texto presenta una crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en la medida que: 1. Dividir la competencia entre jueces para juzgar una garantía jurisdiccional y fijar la cuantía de la indemnización económica es inconstitucional y arbitraria; 2. Que la Corte Constitucional, de forma discrecional, pueda fijar, en los casos de garantías jurisdiccionales en que así lo decida, directamente las indemnizaciones económicas en demérito de la seguridad jurídica. Finalmente, se proponen tres alternativas para solucionar los problemas identificados.

Palabras clave:

Autonomía procesal, indemnización económica, jurisprudencia constitucional, procedimiento, reparación integral.

Abstract

This paper describes the main features of the right to obtain reparations against violations of fundamental rights and sets out the procedure applicable to the processes of jurisdictional guarantees. Additionally, the text analyses the constant references to integral reparation in Ecuadorian constitution as well as the typology of reparations at a doctrinal level and in international law such as restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction measures and guarantees of non-repetition. In addition, the paper criticizes the jurisprudence of Ecuador's Constitutional Court to the extent that: 1. Dividing jurisdiction between judges to rule on a judicial guarantee and to determine the amount of economic compensation is unconstitutional and arbitrary; 2. That the Constitutional Court may directly determine, in cases of judicial guarantees, on a discretionary basis, the economic compensation which is prejudicial to legal certainty. Finally, the paper proposes three alternatives to solve the identified problems.

Key words:

Constitutional jurisprudence, economic compensation, integral reparation, procedural autonomy, procedural law.

1. Abogado, Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas y Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (UPF) (España). Máster en Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia (España). Docente en la UPF y en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (Ecuador). ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4644-3977 Correo electrónico: andres.cervantes@upf.edu.

Introducción

El presente artículo, describe las características principales del derecho a la reparación frente a violaciones de derechos fundamentales; así mismo, expone el procedimiento aplicable en el trámite de las garantías jurisdiccionales de conocimiento para hacer efectiva la reparación. En esa línea, el texto analiza las constantes referencias a la reparación integral en la constitución ecuatoriana así como la tipología de reparaciones a nivel doctrinario y en el derecho internacional. Adicionalmente, se presenta una crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en la medida que: 1. Dividir la competencia entre jueces para juzgar una garantía jurisdiccional y fijar la cuantía de la indemnización económica es inconstitucional y arbitraria; 2. Que la Corte Constitucional, de forma discrecional, pueda fijar, en los casos de garantías jurisdiccionales en que así lo decida, directamente las indemnizaciones económicas en demérito de la seguridad jurídica.

A estos efectos, el texto utiliza una metodología basada en la revisión de jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y de bibliografía especializada. El ensayo se estructura del siguiente modo. Primero, se exponen las características generales del derecho a la reparación y sus manifestaciones constitucionales. Segundo, se analiza el procedimiento general para la reparación en los procesos de garantías jurisdiccionales. Tercero, se analiza el procedimiento especial para la reparación económica en este tipo de procesos. Cuarto, analiza críticamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia y se presentan los desarrollos jurisprudenciales más recientes. Para finalizar, se presenta un apartado de conclusiones con propuestas para superar las deficiencias en la reparación en los procesos de garantías jurisdiccionales.

En el texto de la Constitución de la República de Ecuador (CRE, 2008) se aprecian constantes referencias al concepto de reparación integral. Una de las más importantes es el artículo 86.3 constitucional que señala que cuando un juez, en el trámite de una garantía jurisdiccional, declare la violación de un derecho fundamental, deberá también ordenar la reparación “integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse” (CRE, 2008, Art.86.3). Adicionalmente, el texto constitucional pone énfasis en que “los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución” (CRE, 2008, Art.86.3).

Otras menciones a la reparación en el texto constitucional pueden rastrearse, por ejemplo, al reconocerse el derecho de los consumidores a ser reparados en casos de deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios (CRE, 2008, Art.52); la mención al deber de reparación por parte de los prestadores de servicios públicos en caso de deficiente servicio (CRE, 2008, Art.53) o el deber de reparar a quienes hubieren padecido actos de “racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación” (CRE, 2008, Art.57).

En la misma línea, la norma constitucional faculta a las organizaciones sociales para demandar reparación por los daños ocasionados por entes públicos o privados (CRE, 2008, Art.97), a la vez que indica que los operadores de actividades de riesgo para el ambiente serán responsables de reparar integralmente el daño ambiental ocasionado (CRE, 2008, Art.397). Especial mención la disposición constitucional referente a las víctimas en procesos penales, a quienes se les garantiza: “una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado” (CRE, 2008, Art.78).

Dado el reconocimiento transversal de la reparación integral en la norma fundamental, la Corte Constitucional del Ecuador señaló en su jurisprudencia que esta constituye ‘un verdadero derecho constitucional’ y, también, un ‘principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de los derechos’ (CCE, 2013).

En efecto, siempre que se verifique la lesión de un derecho fundamental en un proceso de garantía de jurisdiccional de conocimiento⁶, el juez debe ordenar una reparación, que valga decirlo, no se reduce a una mera indemnización económica, que no es más que una modalidad (especie) de la reparación (género). De este modo, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia internacional más autorizada, es posible señalar que la restitución, la indemnización, la rehabilitación y las garantías de satisfacción y de no repetición son distintas modalidades de reparación y que la aplicación de una o varias dependerá de las características del caso de análisis.

2. No es procedente la reparación en la garantía jurisdiccional de medidas cautelares, pues, aquellas no tienen como objeto la declaración de la lesión de un derecho fundamental, sino prevenir la amenaza de derechos o cesar la una lesión en curso.

Apuntes generales sobre el derecho a la reparación

Como apuntan Aguirre y Alarcón (2018), la Constitución de la República del Ecuador de 2008 implica una transformación en cuanto al enfoque jurídico de la reparación por dos motivos; primero, con la Constitución de 1998, el recurso de amparo fue concebido judicialmente como un mecanismo cautelar y, por tanto, no declarativo de violaciones de derechos. En consecuencia, a falta de declaración de ocurrencia de un daño injusto, no procedía propiamente una reparación. En cambio, la CRE de 2008 establece a la reparación como una regla general de las garantías jurisdiccionales de conocimiento y como una obligación judicial con dos consecuencias concretas: fijar la reparación es tanto un requisito del contenido de la sentencia; y, por otra parte, el proceso solamente podrá ser archivado una vez verificado el cumplimiento de la reparación.

El segundo motivo, es la apertura decidida al derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) que promueve la Constitución ecuatoriana (CRE, 2008, Art.424) y a la incorporación de los estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones (Nash, 2009).

El concepto de reparación tiene una extensa tradición en el derecho internacional y exige que los Estados deban resarcir integralmente los perjuicios causados por hechos internacionalmente ilícitos de los que sean responsables (Comisión de Derechos Humanos ONU, 1993). Al respecto, la Corte IDH ha manifestado en su sentencia del caso Velásquez Rodríguez v. Honduras que “es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (Corte IDH, 1989, párr. 25).

Por su parte, la Asamblea General de la ONU dictó una serie de principios y directrices básicas sobre la reparación de violaciones de derechos humanos (2005). De acuerdo con el documento citado, existen cinco modalidades de reparación entre las que se encuentran la restitución, la indemnización, la rehabilitación y las garantías de satisfacción y de no repetición. Estas modalidades son acogidas en el texto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJYCC, 2009) y, por ese motivo, se explica sumariamente su concepto.

La restitución plena o *restitutio in integrum*, busca colocar a la víctima en la situación previa a la lesión del derecho. De otra parte, la indemnización debe ser apropiada a la gravedad de los hechos del caso y proporcional, no punitiva. La indemnización debe concederse teniendo en consideración los siguientes elementos: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

La rehabilitación, en cambio, trasciende el ámbito económico y se enfoca en las necesidades personales de la víctima. Así, en la jurisprudencia de la Corte IDH se han ordenado medidas de rehabilitación como brindar a las víctimas atención psicológica o psiquiátricas, la oportunidad de formarse educativamente en programas diseñados para adultos a consecuencia de la frustración de su proyecto de vida o la concesión de becas de estudios secundarios y universitarios. Cuando nos referimos a medidas de satisfacción, se alude a mecanismos que trascienden lo económico y que buscan dignificar a la víctima de una violación de derechos fundamentales. Así, la Corte IDH ha dispuesto la creación de museos de memoria histórica o nombrar una calle importante con el nombre de la víctima, por ejemplo.

Finalmente, cuando nos referimos a medidas de no repetición, aludimos a mecanismos estructurales para la evitación futura de violaciones de derechos similares. En esa línea, la Corte IDH ha ordenado, entre otros, la capacitación de funcionarios como policías o militares en derechos humanos y derecho internacional humanitario o han ordenado la creación de protocolos para prevenir y detectar violaciones de derechos fundamentales.

En el caso ecuatoriano, hay que tener en consideración que las medidas de reparación que enuncia la LOGJYCC son meramente ejemplificativas de lo que un juez puede disponer como reparación y así lo ha confirmado la Corte Constitucional del Ecuador (2014³). En ese sentido, el artículo

3. La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que los jueces deben ser ‘creativos’ y acoger la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de ordenar reparaciones, que en todo caso, deben ser proporcionales a los daños.

18 de la LOGJYCC establece diversas formas de restablecer el derecho fundamental lesionado, entre estas, sin que se trate de un listado taxativo, las siguientes: 1) restitución; 2) compensación económica o patrimonial; 3) rehabilitación; 4) satisfacción; 5) garantías de no repetición; 6) obligación de investigar; 7) medidas de reconocimiento; 8) disculpas públicas; 9) prestación de servicios públicos; y, 10) atención de salud (Ron, 2016, p.14).

El procedimiento para la reparación en garantías jurisdiccionales

En el sistema ecuatoriano, la determinación de la reparación es un requisito de la sentencia que declara la lesión de derechos jurisdiccionales (LOGJYCC, 2009, Art.17). Si este requisito no es cumplido, la sentencia puede ser ampliada por el juez que la dictó o, bien, apelada ante el superior. En el derecho ecuatoriano también se permite el allanamiento y la transacción; es decir, la fijación de la reparación de mutuo acuerdo entre las partes.

Habría que recalcar, en todo caso, que el juez tiene la facultad de oponerse a los acuerdos que “impliquen afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos” (LOGJYCC, 2009, Art.15). Pero, una vez que el acuerdo es aprobado por el juez como un auto definitivo este se vuelve inapelable. Es importante añadir que la facultad judicial de oponerse a un acuerdo reparatorio es in extremis discrecional – en la medida en que el juez puede negar un acuerdo entre las partes por considerarlo “manifiestamente injusto” – y que se contradice con el principio dispositivo que orienta toda la legislación procesal (CRE, 2008, Art. 169).

La fijación de las reparaciones no pecuniarias (de las pecuniarias trataremos a continuación) deben ser muy específicas en cuanto a las obligaciones positivas y negativas que implican, así como el tiempo, el modo y el lugar en que deben cumplirse. Además, la ley no prevé un sistema de daños punitivos. Se pretende restablecer a la víctima al estado inicial previo a la lesión de sus derechos, pero, no enriquecerla ni causar daño a manera de sanción a la contraparte. En ese sentido, debe observarse el principio de proporcionalidad. Por ese motivo, la ley procesal constitucional indica que: “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” (LOGJYCC, 2009, Art.18).

Una vez dictada la sentencia o el acuerdo reparatorio, el juez tiene la obligación de ejecutarla por sus propios medios, inclusive solicitando el auxilio de la policía nacional. El juez también puede delegar a instituciones públicas, entre otras, a la Defensoría Pública, la supervisión de cumplimiento de la sentencia para que informe periódicamente a la judicatura sobre el avance en aquella tarea (LOGJYCC, 2009, Art. 21).

Finalmente, ante el incumplimiento de la sentencia o el acuerdo reparatorio el juez puede: A.) tramitar un incidente de daños y perjuicios si el incumplimiento los provoca y determinar estos daños en procedimiento sumario, exigiendo su cobro por vía de apremio personal. B.) Si el incumplimiento proviene de servidores judiciales, notificar al Consejo de la Judicatura a efectos de acción disciplinaria por falta gravísima. C.) Si el incumplimiento proviene de un servidor público no judicial, el juez debe iniciar el procedimiento para su destitución, que no implica el poder destituirlo directamente (LOGJYCC, 2009, Art.22). Por último, si quien no ejecuta la sentencia es el propio juez por negligencia, es posible interponer acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador (LOGJYCC, 2009, Art.163).

La reparación económica en las garantías jurisdiccionales

La redacción original de la LOGJYCC indicaba lo siguiente:

Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes (LOGJYCC, 2009, Art.19).

Respecto de esta disposición, mediante la sentencia No. 004-13-SAN-CC, la Corte Constitucional (con la formación que fuere cesada en 2018) indicó que el hecho de que sea otro juez, civil o contencioso administrativo, el que determine el *quantum* de las indemnizaciones económicas no resulta contrario a la norma fundamental sino que propende a “controlar los excesos en los que el juez constitucional puede incurrir al determinar los montos concernientes a la reparación económica y tutelar de los derechos constitucionales de la contraparte, para que esta pueda ejercerlos dentro

del marco del debido proceso” (CCE, 2013, p.25). Es del todo lamentable que la Corte Constitucional no haya analizado esta cuestión con todo el rigor que el asunto merece.

Resulta evidente que la jurisdicción es el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado y que el juez que, en virtud del principio de inmediatez, ha valorado las pruebas y escuchado los argumentos y contestaciones de las partes está en mejor posición para fijar la cuantía de una indemnización, valiéndose, de ser el caso, de la ayuda de peritos. La única explicación para iniciar un nuevo proceso judicial con la posibilidad de interponer recursos como la casación es volver ineficaz la protección de las garantías jurisdiccionales.

Aquello solo se puede explicar como un temor fundado del legislador y como una medida para que no se abuse del derecho procesal constitucional en detrimento del sistema procesal ordinario. Sin embargo, ello es a todas luces inconstitucional: ¿Por qué razón un juez constitucional puede disponer y ejecutar todo tipo de medidas de reparación con excepción a aquellas de contenido económico?

Además, la Corte Constitucional del Ecuador (2013) declaró inconstitucional por el fondo la última parte del artículo 19. En ese sentido, dictó una sentencia de constitucionalidad sustitutiva (Romboli, 1996, p. 64), agregando al texto de la ley la siguiente frase: “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite” (CCE, 2013, p.25). El pobre argumento de la formación cesada de la Corte Constitucional para decidir esto fue que:

Si las garantías jurisdiccionales por su naturaleza son sencillas, rápidas y eficaces; si solo finalizan con la ejecución integral de la resolución; y si el proceso de cuantificación ante la jurisdicción contenciosa administrativa o ante la civil es únicamente un proceso de ejecución y no de conocimiento, no existe fundamento constitucional para que el proceso pueda dilatarse con la presentación de todos los recursos ordinarios y extraordinarios (CCE, 2013, p.25).

Pero, si uno se toma en serio el carácter sencillo, rápido y eficaz de las garantías jurisdiccionales, entonces, tampoco habría fundamento jurídico constitucional para escindir el proceso constitucional. La Corte Constitucional del Ecuador complementa este argumento señalando que el proceso de fijación del *quantum* resarcitorio es de ejecución y no de conocimiento y que, por ese motivo, tampoco sería plausible el recurso de casación (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.266).

En esa línea de pensamiento, por demás incorrecta, la Corte Constitucional dictó otra regla jurisprudencial con fundamento en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la CRE. De acuerdo con esta regla jurisprudencial, el proceso al que se refiere el artículo 19 de la LOGJYCC es “un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos” (CCE, 2013, pp. 30-31).

Pero lo uno no tiene relación con lo otro: evidentemente, en el proceso de cuantificación no se puede discutir la declaración de vulneración de derechos porque tiene estado de sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada y, además, porque es el antecedente necesario del proceso actual. Otra cosa muy distinta es que en el juicio posterior se tenga que discutir y probar la envergadura del daño para poder cuantificarlo en consecuencia; y, en ese sentido, el proceso sigue siendo de cognición.

Procedimiento para la reparación económica

Es necesario aludir a la sentencia 011-16-SIS-CC en la causa 0024-10-IS (CCE, 2016) en el que la Corte Constitucional utilizó la facultad del artículo 436 numerales 1 y 6 de la CRE (emitir jurisprudencia vinculante, aunque valga decirlo, todas y cada una de sus decisiones tienen ese carácter) para regular el procedimiento al que se refiere el artículo 19 de la LOGJYCC ya citado.

Como se analizará más adelante, esto es en extremo problemático porque bajo la excusa de realizar una interpretación conforme, la Corte Constitucional crea derecho procesal, materia que tiene reserva de ley según la carta fundamental y que corresponde, en consecuencia, al legislador democrático. Como se verá después existían alternativas jurídicamente muy superiores a la adoptada. En todo caso, el procedimiento fijado por la Corte Constitucional es el siguiente:

1. La fijación del *quantum* indemnizatorio es un proceso de ejecución y no de conocimiento.
2. Sea que se trate de una sentencia de condena contra una entidad pública o un particular,

en estos procesos “no tienen lugar las diligencias procesales propias de los juicios de conocimiento, tales como, presentación de demanda, concesión de términos para la presentación de excepciones por parte del demandado, apertura de prueba, aceptación de alegatos, designaciones de varios peritos por impugnaciones reiteradas a los informes periciales, entre otros” (CCE, 2016).

3. A partir de que la sentencia constitucional esté ejecutoriada, el juez de primera instancia debe remitir la sentencia al Tribunal Contencioso Administrativo. En caso de omisión, puede solicitarlo el beneficiario o el obligado de la reparación. Todo ello, sin perjuicio del incumplimiento de sentencia en que incurre el juez de instancia.
 4. Si la sentencia que ordena una reparación es expedida por la Corte Constitucional⁴, esta debe remitir en el término máximo de diez días desde la notificación de la sentencia al tribunal contencioso administrativo (la sentencia no fija que tribunal es el competente, el contencioso #1 con sede en Quito o aquel competente en razón del proceso de origen).
 5. El Tribunal Contencioso Administrativo debe avocar conocimiento de la causa en el término de cinco días y notificar a las partes procesales en los casilleros judiciales y correos electrónicos constantes en el proceso de origen.
 6. En la misma providencia de avoco de conocimiento, se debe nombrar un perito para que realice el cálculo de la reparación económica, disponer la fecha de su posesión, el término para presentar el informe y fijar los honorarios que deben ser cancelados por el obligado salvo acuerdo en contrario de las partes. Además, se debe establecer un término (la sentencia no lo cuantifica por lo que queda a prudencia del tribunal), para que las partes procesales presenten la documentación que sirva de base para el informe pericial, bajo el apercibimiento de que el informe se elaborará con la información que cualquiera de las partes presente, además de la propia documentación del expediente.
 7. “En caso de no contar con copias o el original del expediente constitucional inicial, el Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente, avocará conocimiento de la causa y solicitará de forma inmediata que el juez de instancia remita el expediente respectivo” (CCE, 2016). Esta disposición de la sentencia no tiene sentido porque los procesos judiciales no inician de oficio, por lo que se requeriría la presentación de una demanda por parte del beneficiario de la indemnización, lo que va en contra de una de las propias reglas fijadas por la Corte Constitucional, como se explicó arriba.
 8. Recibido el informe pericial, el Tribunal Contencioso Administrativo debe correr traslado, por un término máximo de tres días, a las partes procesales para que presenten las observaciones que estimen pertinentes. Dichas observaciones serán analizadas por el tribunal y, en su caso, se solicitará al perito que corrija, aclare o amplíe el informe. De lo contrario, el Tribunal Contencioso Administrativo resolverá la causa en base al informe pericial presentado.
 9. Solo en caso de duda justificada del Tribunal Contencioso Administrativo, este puede designar (no a petición de las partes) un nuevo perito para la diligencia. En este tipo de procesos se pueden nombrar dos peritos como máximo.
 10. Agotado el procedimiento, el Tribunal Contencioso Administrativo debe dictar un auto resolutorio en el que determine el monto, la forma de pago, el término y condiciones para el pago por parte del obligado.
 11. De este auto resolutorio, no cabe recurso alguno por tratarse de un proceso de instancia única (aunque no se dice nada sobre recursos horizontales de aclaración y ampliación).
 12. Sin embargo, sí se puede interponer acción extraordinaria de protección respecto del auto resolutorio del Tribunal Contencioso Administrativo en cuestión si se estima que este viola derechos fundamentales. En caso de que la sentencia de reparación haya sido dictada por la Corte Constitucional, se debe presentar un escrito en el término de 20 días desde que se notifica el auto resolutorio.
 13. El Tribunal Contencioso Administrativo, en cumplimiento del artículo 21 de la LOGJYCC, debe emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para ejecutar el auto resolutorio que ordena el pago de la indemnización económica, incluso “disponer la intervención de la Policía Nacional” (CCE, 2016).
 14. Una vez realizado el pago efectivo ordenado por el auto resolutorio, el Tribunal Contencioso Administrativo debe notificar al juez de garantías constitucionales o a la Corte Constitucional si fue la que dictó la sentencia para que sean estos los que declaren el archivo del proceso.
 15. El Tribunal Contencioso Administrativo, solamente después de haber intentado y fracasado en la ejecución forzosa de la indemnización económica, debe notificar a la Corte Constitucional de
4. Véase el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general que da derecho a la reparación integral (Art. 137 LOGJYCC).

esta circunstancia para evitar “de esta manera la imposición directa de sanciones por incumplimiento” (CCE, 2016).

16. Cuando el obligado al pago de la indemnización sea un particular, el juez competente para tramitar el juicio sumario es el juez de primera instancia de garantías jurisdiccionales. Se aplican todas las reglas procesales arriba descritas, aunque con ciertas salvedades, pues, en estos casos sí es posible interponer recurso de apelación del auto resolutorio de primera instancia y, eventualmente, acción extraordinaria de protección de la sentencia de segunda instancia.
17. Todas estas reglas son de “obligatorio acatamiento” para todos los jueces de la República.

Crítica al procedimiento fijado por la Corte Constitucional

Es importante distinguir entre interpretar de forma conforme con la Constitución una disposición del ordenamiento jurídico y, otra cuestión muy distinta, legislar. De hecho, el artículo 76.5 de la LOGJYCC define bien el alcance de la interpretación conforme: si una disposición puede interpretarse de modos diversos (por ejemplo, norma A1 y norma A-1), el juez constitucional debe preferir, por respeto al principio democrático de la ley y al principio de conservación de los actos, aquella interpretación que sea compatible con la Constitución, antes que aquella otra interpretación plausible que obligue a declarar su inconstitucionalidad. Es, en definitiva, una elección entre varias opciones posibles dentro de un marco determinado por los límites semánticos y sintácticos del texto, además de otros criterios hermenéuticos.

Otra cosa muy distinta es legislar: crear una norma de derecho procesal que no existía. El artículo 132 de la CRE es muy claro al respecto: se requiere de una ley para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Además, el artículo 133 constitucional aclara que debe tratarse de una ley orgánica. Todo esto tiene una razón de ser bastante evidente y es que, además de la propia legitimación política del legislativo para, en nombre del pueblo, dictar normas jurídicas con efectos generales, el procedimiento parlamentario ofrece mejores posibilidades técnicas para una mejor regulación.

Desde mi punto de vista, lo correcto hubiere sido declarar la inconstitucionalidad total del artículo 19 de la LOGJYCC por los motivos que a continuación se detallan. Pero, para no dejar un vacío normativo en el ordenamiento que produjere grave perjuicio a todos los usuarios de la justicia constitucional, la Corte Constitucional pudo haber dictado, como lo hizo, reglas temporales sobre el procedimiento. No obstante, al mismo tiempo, la Corte Constitucional debió exhortar a la Asamblea Nacional para que en un término prudencial reforme la LOGJYCC y regule el procedimiento para la reparación integral en materia de garantías jurisdiccionales de una forma acorde con la constitución.

Desde esta perspectiva el artículo 19 de la LOGJYCC es totalmente inconstitucional por su incompatibilidad material con la norma constitucional, básicamente, porque se vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad. No existe ninguna explicación razonable para justificar que cuando la indemnización se reclama al Estado hay que acudir a un juez diferente, al Tribunal Contencioso Administrativo; mientras que, cuando la indemnización se exige a un particular, el procedimiento lo tramita el propio juez de garantías jurisdiccionales que dictó la sentencia. Este trato diferenciado e irrazonable tiene consecuencias muy palpables, pues, existe un notorio retraso procesal en los Tribunales Contencioso Administrativos del país, por circunstancias puramente fácticas. Básicamente, se desalienta al damnificado a acceder al sistema de justicia.

En efecto, todos los procesos de cuantificación de indemnización de garantías jurisdiccionales a nivel nacional se ven acumulados en tan solo seis Tribunales Contencioso Administrativos en el país, a saber:

1. Tribunal Contencioso Administrativo N.º 1, con sede en Quito, con competencia en las provincias de Pichincha, Bolívar, Carchi, Chimborazo, Imbabura, Ñapo, Orellana, Pastaza, Santo Domingo de los Tsáchilas y Sucumbíos.
2. Tribunal Contencioso Administrativo N.º 2, con sede en Guayaquil, con competencia en las provincias de Guayas, Santa Elena, El Oro, Galápagos y Los Ríos.
3. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en Cuenca, j con competencia en las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago.
4. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 4, con sede en la ciudad de Portoviejo,

con competencia en las provincias de Manabí y Esmeraldas.

5. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 5, con sede en la ciudad de Loja, j con competencia en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe.
6. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 6, con sede en la ciudad de Ambato, con competencia en las provincias de Chimborazo, Bolívar, Pastaza, Cotopaxi y Tungurahua.

A este argumento normativo de la no arbitrariedad se suma un argumento fáctico y es que la realidad contradice el texto constitucional. Que todos los usuarios del país deban trasladarse para acudir a un tribunal lejano del lugar donde se tramitó la acción constitucional, implica erogar numerosos gastos adicionales que tienen una incidencia negativa en el acceso a la tutela judicial efectiva, especialmente, en sus dimensiones de intermediación y celeridad (CRE, 2008, Art.75).

Nótese, además, que del auto resolutivo que fija el quantum indemnizatorio se puede proponer acción extraordinaria de protección, lo que se presta para una duplicidad sin sentido: acción extraordinaria de protección respecto de la sentencia y, por cuerda separada, del auto resolutivo. Lo coherente sería una sola acción extraordinaria de protección en el juicio de garantías jurisdiccionales.

¿Qué se puede hacer ante este escenario? Existen tres opciones, todas ellas viables: que la Asamblea Nacional reforme el artículo 19 de la LOGJCC; que un juez plante una consulta de constitucionalidad respecto de esta disposición ante la Corte Constitucional (CRE, 2008, Art. 428); o, demandar en acción pública de inconstitucionalidad el precepto aludido. El sentido de la reforma es claro: debe ser el propio juez de garantías jurisdiccionales quien, al dictar sentencia, determine el quantum indemnizatorio con auxilio pericial y garantizando el derecho al debido proceso de las partes. Personalmente, estimo que se trata de uno de los principales retos para tomarnos en serio la justicia constitucional y que deje de ser ilusoria en nuestro país.

Casos excepcionales y el giro copernicano

La Corte Constitucional del Ecuador (tanto la formación cesada como la actual) tienen excepciones, fijadas de forma arbitraria en su propia jurisprudencia al procedimiento para la fijación de la cuantía indemnizatoria. Por ejemplo, en el trámite de una acción extraordinaria de protección relativa al caso del despido ilegal de una mujer embarazada, la Corte Constitucional indicó que:

...en el presente caso, considerando que es posible determinar objetivamente el monto de la reparación económica en función de los hechos probados y las violaciones a derechos constitucionales previamente referidas, en aplicación de los principios de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal, contenidos en el artículo 169 de la Constitución, así como en aplicación de su propia jurisprudencia, esta Corte dispondrá el monto que se deberá pagar a favor de la accionante. Por lo tanto, con el fin de evitar que se dilate innecesariamente la determinación de la reparación económica, así como de generar una carga judicial adicional a la víctima, no se renvía el presente caso a la jurisdicción contencioso-administrativa (CCE, 2020, pp. 23-24).

El excepcionalismo: como el lector podrá notar fácilmente, aquel argumento es generalizable respecto de todos los casos, porque, en definitiva, ninguna víctima quiere asumir una carga adicional y que se dilate su reparación económica; y en la inmensa mayoría de casos, el daño material directo o emergente es fácilmente apreciable. En síntesis, es preocupante que la Corte Constitucional pueda elegir en qué casos se aplica la ley y en qué casos no.

De otro lado, el giro copernicano, muy positivo, por cierto: la formación cesada de la Corte Constitucional cuando resolvía acciones extraordinarias de protección ordenaba medidas de reparación integral de lo más variadas, en lugar de limitarse a retrotraer el proceso para que este vuelva a ser juzgado en respeto de las normas constitucionales por el juzgador competente. La actual formación de la Corte Constitucional cambió de precedente porque advirtió las consecuencias negativas de invadir las competencias que la Constitución y la ley les asigna a los jueces de garantías jurisdiccionales.

Por ese motivo, la Corte Constitucional se autolimitó y señaló que los presupuestos para que pueda controlar el mérito de una sentencia de garantías jurisdiccionales⁵ son:

5. Cuando se trata de una acción extraordinaria de protección en la que se impugna un proceso de jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional solamente está facultada para analizar la violación de los derechos constitucionales provocados por la autoridad judicial y la reparación adecuada, en ese caso, no puede ser otra que dejar sin efecto el acto impugnado y retrotraer el proceso.

(i) que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo o prosecución del juicio; (ii) que *prima facie*, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior; (iii) que el caso no haya sido seleccionado por la Corte para revisión; (iv) que el caso sea grave, novedoso, relevante o inobserve los precedentes establecidos por este Organismo. Los recaudos procesales mínimos que la Corte deberá adoptar para dictar una sentencia de mérito son notificar a la contraparte en el proceso originario, convocarla a audiencia, justificar en el fallo la excepcionalidad del caso” (CCE, 2019).

En síntesis, el giro copernicano consiste en que la Corte Constitucional no ordenará medidas de reparación distintas a dejar sin efecto el acto judicial impugnado y dictar la orden de retrotraer el proceso sino en casos excepcionales y de forma motivada. Creo que todo lo expuesto refleja bien el denominado fenómeno de la autonomía procesal de los tribunales constitucionales.

Conclusión

La reparación integral tiene un reconocimiento transversal en la norma constitucional ecuatoriana y constituye, además, un derecho fundamental. En ese sentido, su garantía debe ser efectiva y célere conforme exigen las disposiciones generales de tramitación de garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la LOGYCC y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador limitan arbitraria e injustificadamente la competencia del juez de garantías jurisdiccionales: aquel está habilitado para ordenar y ejecutar por sí mismo toda modalidad de reparación (restitución, rehabilitación y garantías de satisfacción y de no repetición) con la sola excepción de la indemnización económica.

Para la fijación de la indemnización económica se requiere, en caso de que el vencido sea una entidad del sector público, un proceso contencioso administrativo; y, en el caso de que sea un sujeto de derecho privado, un juicio sumario. Al respecto, la Corte Constitucional ha diseñado un auténtico proceso especial por medio de jurisprudencia. Sin embargo, aquello es cuestionable desde la perspectiva jurídica, pues, las normas que regulan los derechos fundamentales deben desarrollarse por medio de ley orgánica. Por ese motivo, en el texto se sugieren tres posibles alternativas para solventar el problema: la declaratoria de inconstitucionalidad total del artículo 19 de la LOGYCC por medio de la acción pública de inconstitucionalidad; lograr el mismo resultado por medio de una consulta de constitucionalidad según el artículo 428 de la CRE; o, bien, instar una reformar legislativa de la LOGJCC.

Referencias Bibliográficas

Aguirre Castro, P., & Alarcón Peña, P. (2018). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Foro, Revista De Derecho*, (30), 121-143. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8>

Boven, T. (1993). *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/Sub.2/1993/8

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. (1989, 21 de julio). *Corte Interamericana de derechos humanos*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

Nash, C. (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1988-2007)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005, 16 de diciembre). *Asamblea General de la ONU*. Resolución 60/147. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Romboli, R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. *Revista española de derecho Constitucional*, (48), 35-80.

Ron, X. (2016). La reparación integral intercultural en el Estado constitucional ecuatoriano. Estado & Comunes, *Revista de políticas y Problemas Públicos*, 1(2). https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n2.2016.18

Sentencia N.º 146-14-SEP-CC (2014, 16 de octubre). *Corte Constitucional del Ecuador*. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f56058d4-3d95-4f72-9f8b-d6911ac5920d/1773-11-ep-sen.pdf?guest=true>

Sentencia N.º. 108-14-EP/20. (2020, 9 de junio). *Corte Constitucional del Ecuador*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentenciaCC108-14-EP.pdf>

Sentencia No. 004-13-SAN-CC. (2013, 13 de junio). *Corte Constitucional del Ecuador*. <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/efd2b166-d961-478e-87e6-5b2410a95b85/0015-10-AN-sen-jm.pdf?guest=true>

Sentencia No. 011-16-SIS-CC. (2016, 22 de marzo). *Corte Constitucional del Ecuador*. <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0ca55d23-efcc-40d5-ab9b-6f96b8e8715a/0024-10-IS-sen.pdf?guest=true>

Sentencia No. 176-14-EP/19. (2019, 16 de octubre). *Corte Constitucional del Ecuador*. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0d994286-e791-428e-87ff-d72c2e258363/0176-14-ep-sen.pdf?guest=true>



Fuerzas Armadas y orden público: el Acuerdo Ministerial 179 desde una perspectiva histórica latinoamericana y nacional

Sabrina Candela Cerrada¹
Josué Daniel Rea²

Resumen

En el presente artículo se realizará, mediante un método de investigación cualitativa de tipo bibliográfico³, un análisis cronológico general del rol que han tenido las fuerzas armadas en los estados latinoamericanos y específicamente en Ecuador, desde el retorno a la democracia en 1979, hasta nuestros días. Con este mismo enfoque, se revisará una postura crítica sobre el desarrollo de la Doctrina de la Seguridad Nacional, utilizada como justificación teórica para dar respuesta a las amenazas contemporáneas con la intromisión de las Fuerzas Armadas en asuntos de orden interno de los Estados, mediante el ejercicio de roles tradicionalmente correspondientes a la Policía, que serán especificados a lo largo del texto. En correspondencia con esta realidad, se presentará un estudio normativo del Acuerdo Ministerial 179, por el cual, se regula el uso de la fuerza por parte de los cuerpos militares dentro de varios contextos, incluyendo cuestiones de orden público; este análisis tendrá como objetivo evidenciar las falencias del Acuerdo al momento de adecuarse a los estándares internacionales; así mismo, se pondrá de manifiesto su deficiente escala de uso racional de la fuerza, lo cual, genera una potencial vulneración de derechos. Por último, se presentará al lector una propuesta plausible para establecer una nueva escala de uso racional de la fuerza, que guarde concordancia con el paradigma de los derechos humanos.

Palabras clave

Fuerzas Armadas, orden público, uso racional de la fuerza, seguridad territorial, doctrina de la seguridad nacional, derechos humanos.

Abstract

This paper presents a bibliographic type based qualitative research regarding a general chronological analysis of the role that the Armed Forces have played in the Latin American States and specifically in Ecuador, from the return to democracy in 1979, to the current days. With this same approach, a critical stance about the development of the Doctrine of National Security will be reviewed, which is used as a theoretical justification to respond to contemporary threats with the meddling of the Armed Forces in internal matters of States by exercising roles traditionally corresponding to the Police. In accordance with this reality, a normative study of the Ministerial Agreement 179 will be also presented, regulating the use of force by military bodies within several contexts, including matters of public policy; this analysis will aim to highlight the lack of the Agreement when comparing to international standards. Additionally, the analysis will also highlight the poor scale of rational use of force, leading to a potential infringement of rights. Finally, a plausible proposal to establish a new scale of rational use of force according to the human rights paradigm will be presented.

Keywords

Armed Forces, public order, rational use of force, territorial security, national security doctrine, human rights.

1. Estudiante de la Carrera de Derecho, en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca. sabrina.candela@ucuenca.edu.ec

2. Egresado de la Carrera de Derecho, en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca. josue.rea@ucuenca.edu.ec

3. Se trata de un estudio con bases teóricas destinadas al análisis de una realidad específica a través del contacto con el conocimiento acumulado en textos acerca del tema a investigar. Carece del planteamiento de un trabajo de campo o de constatación experimental. Para el logro de los objetivos investigativos se recurre a consulta, recopilación y detección de fuentes documentales (Ander- Egg, 2011).

Introducción

La definición de los campos de acción de las Fuerzas Armadas en el contexto del Estado de Derecho, ha constituido un debate amplio en la palestra jurídica. La configuración del papel de las instituciones castrenses se ha concretado, a lo largo de la historia, en una esfera jurídica de atribuciones cada vez más amplias y abstractas, donde los Estados han logrado justificar la intromisión de militares en campos de seguridad interna y orden público, haciendo caso omiso a la naturaleza propia de estos cuerpos coercitivos. Esta práctica se agudizó en Latinoamérica desde el surgimiento de la Doctrina de Seguridad Nacional, que abrió el terreno nacional para la presencia de las Fuerzas Armadas, en respuesta a las catalogadas amenazas de origen económico, social y político. Actualmente, en América Latina este postulado se ha mimetizado tras el discurso de las 'nuevas amenazas', permitiendo la intromisión de las Fuerzas Armadas en cuestiones de orden público y otros asuntos internos; todo esto ha resultado en varios escenarios de violación a los derechos humanos por parte de agentes militares, resultado de su actuar violento y represivo en varios países del Cono Sur.

Actualmente, en Ecuador se generó el Acuerdo Ministerial 179 del Ministerio de Defensa Nacional, el cual, amplía los campos de acción de las Fuerzas Armadas, lo que propicia un escenario donde, prácticamente, se les da luz blanca para trasgredir estándares internacionales de protección y garantía de derechos humanos; para llegar a esta conclusión analizaremos los principales desarrollos del sistema de derechos humanos, principalmente, los casos más relevantes presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante esta preocupación, tenemos como objetivo, presentar una propuesta de escala de uso racional de la fuerza, que permita vislumbrar los estándares básicos que deben ser considerados a la hora de limitar la actuación de los militares en el ejercicio de sus potestades reconocidas, en observancia y apego al respeto de los derechos. A fin de llegar a este resultado, se llevará a cabo un estudio bibliográfico de carácter histórico, jurídico y político, desde una perspectiva tanto nacional como latinoamericana.

Las Fuerzas Armadas en América Latina: una visión inicial

América Latina, desde la conformación de sus Estados independientes, ha visto a las Fuerzas Armadas (FF.AA.) inmiscuidas en las agendas políticas, sociales y económicas. Basta con remitirse a las referencias históricas más someras del continente para darse cuenta que, a lo largo del desarrollo de nuestros Estados, las FF.AA. Latinoamericanas, han participado ampliamente en misiones relacionadas con la asistencia social y el ejercicio de la soberanía territorial. El fundamento de esta práctica es la noción de que las FF.AA. se organizaron con anterioridad al poder de la nación y que, por lo tanto, son garantes del Estado.

Si se retrocede un poco más aún en la historia, se divisará que en Latinoamérica, la noción de 'orden' dentro de la realidad social fue conseguida, desde la conquista, de la manera más rápida y eficiente: por la fuerza. En correspondencia con este antecedente, las ideas de estabilidad y orden social se han asociado, desde entonces, a la acción de los militares. A este hecho, se suma que los ejércitos constituyeron una de las primeras estructuras de los nacientes Estados en erigirse con autonomía; debido a esto, ya desde aquel momento fundacional, las FF.AA. desempeñaron un fuerte papel en la construcción política estatal latinoamericana (Kruijt, 2012).

Bajo este escenario, los militares se han arrogado la titularidad de garantes de los valores nacionales y se han identificado como el medio prevalente para la imposición legítima de la voluntad de los poderes públicos. Incluso, se han pretendido erigirse como los guardianes del control del orden social y la paz al interior del Estado y también han pretendido posicionarse como los actores responsables de proyectar y proteger la estrategia nacional de sus países en el ámbito internacional; instituyéndose como mayores representantes de la soberanía. Además de esto, las FF.AA. se han asentado como un fuerte complemento en la ejecución de las políticas públicas al interior de los países en la región. Así, los Estados quedaron sofocados entre su impotencia para satisfacer las demandas sociales y los problemas derivados de su dependencia a las instituciones castrenses, titulares de crecientes prerrogativas (Saint-Pierre, 2008).

Debido a lo expuesto, nuestros Estados han fracasado en su facultad de imponer el poder cívico-político sobre los medios de coerción instaurados con anterioridad, principalmente, los cuerpos militares. Como resultado de esto, se han visto obligados a decidir entre "la democracia o la gobernabilidad; cuando se decidió que era necesario lograr un régimen democrático pleno, los gobiernos civiles se vieron obligados a pactar con el sector castrense: prerrogativas a cambio de

la ausencia de obstáculos para gobernar” (CELS, 2008, p. 79). Como resultado de esto, las FF.AA. han terminado por tener gran influencia en sectores no tradicionales, tales como el desarrollo, la seguridad interna y el orden público. Todo esto a pesar de que la naturaleza de estas se centra en el ámbito de defensa de la soberanía y la integridad territorial del Estado.

Desde una perspectiva sucinta, se puede decir que las relaciones de poder establecidas entre los cuerpos militares y los gobiernos a lo largo de la historia del Cono Sur han llevado a la confusión de los roles de las FF. AA., dándole espacios de actuación que deberían corresponder a otros cuerpos de seguridad y coerción, como la policía. Se ha ignorado que los cuerpos militares encuentran su naturaleza en la defensa nacional, mientras la policía debería ocuparse de la seguridad interna. Lo ciertamente preocupante de esta realidad se pone de manifiesto al afirmar que:

(...) el aprovechamiento de la dialéctica entre el déficit de control civil y el recurrente desvío de misiones puede conducir a que nuevamente los militares aumenten sus prerrogativas y amplíen sus islas de autonomía, hasta formar un inmenso archipiélago donde la democracia está condenada a naufragar (Saint-Pierre, 2008, p. 19).

Las Fuerzas Armadas y su intromisión en asuntos internos: fundamentos

A lo largo de la configuración monopólica de la violencia y la coerción legítima por parte de los Estados, la más fuerte de las justificaciones ideológicas para la intromisión de las FF.AA. en esferas de acción ajenas a su naturaleza, encuentra lugar dentro de la llamada Doctrina de Seguridad Nacional⁴ (DSN). La esencia de dicha Doctrina es condensada por Ayala (2014), al afirmar que “en nombre de la seguridad nacional se justificaron las más sangrientas dictaduras militares y se establecieron normas que institucionalizaron la represión en América Latina” (p.73).

La DSN abrió formalmente las puertas para la intervención militar en los asuntos internos, al incluir dentro de sus postulados la configuración de un amplio espectro de amenazas al orden y la paz nacional que, ante la imposibilidad de ubicarse en escenarios de conflictos bélicos externos, migraron hacia la localización de enemigos internos en cada país, cuya neutralización requería de la intervención militar. Como señala Velásquez (2002) las perturbaciones a la seguridad interna de los Estados planteadas por la DSN se referían, principalmente, a conflictos sociales, los que podían ser de carácter estructural, ideológico, personal y estatal (p.14). Con el objetivo del análisis que nos corresponde, nos referiremos a las amenazas de tipo estructural, que estaban conformadas por huelgas, manifestaciones públicas, protestas y exigencias de participación popular en asuntos políticos. El planteamiento de estos nuevos riesgos permitió a los cuerpos militares asumir el control de la política y la seguridad nacional.

No en vano, la DSN produjo una práctica militarista naturalmente antidemocrática; las instituciones castrenses afianzaron aún más su rol de entidades de imposición coercitiva, proyectándose como “un superpoder entronizado en el Estado burgués, erigiéndose en factor decisivo de la política del régimen con pretensiones de controlar, mediante una metodología de guerra, toda la vida nacional” (Velásquez, 2002, p.16). Con los procesos de retorno a la democracia, la DSN encontró reemplazo en la creciente inclinación por interconectar y superponer las agendas de seguridad internas con las de defensa nacional, dentro del discurso de las ‘nuevas amenazas’⁵. Esto abre cada vez más la puerta a la intromisión militar en el campo de la coerción nacional, desde una visión que ignora y soslaya cada vez más la rigidez que plantean las diferencias entre las FF.AA. y la Policía, en aspectos relacionados al entrenamiento, armamento y la doctrina de estas instituciones, a explicarse:

4. La Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN), surgida en el contexto de la Guerra Fría, esbozó que el mundo estaba dividido en dos posturas antagónicas, el occidente capitalista y el oriente comunista; esta contraposición político-ideológica se manifestaba, especialmente, en los países latinoamericanos, continuos blancos de ataques por parte de grupos subversivos internos aliados del comunismo.

5. Al respecto, véase la Declaración sobre Seguridad en las Américas aprobada en la Conferencia Especial sobre seguridad de la OEA, 2003.

Tabla 1.

Caracterización de la Naturaleza de las FF. AA. y la Policía

FF. AA.	Policía
Formadas para la defensa nacional.	Formadas para la seguridad y orden internos.
Se enfrenta a un enemigo externo.	Se enfrenta a civiles.
Entrenamiento, capacitación y armas diseñadas para aniquilar al enemigo.	Entrenamiento, capacitación y armas diseñadas para disuadir y/o reprimir la delincuencia y retomar el orden público.
Su inteligencia está destinada a mantener actualizada la información sobre la situación, posición y movimiento del enemigo	Su inteligencia está destinada a recolectar pacientemente las pruebas para llevar al delincuente ante la justicia.

Fuente: Moloeznik (2007); Centro de Estudios Legales y Sociales (2008).

Entonces, resulta claro el riesgo que genera la aplicación de una lógica sincretista que pretenda armonizar los roles de estos cuerpos coercitivos, cuyo campo de acción, a fin de proteger el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, debería mantenerse diferenciado. Al analizar la tabla, es fácil dar cuenta que fusionar las actividades de las FF.AA. y la Policía puede provocar que los agentes militares den respuestas inadecuadas y peligrosas a riesgos de carácter interno. Bajo la aplicación desproporcional de la fuerza, es fácil que los agentes castrenses cometan graves violaciones a los derechos humanos, mientras se desenvuelven en tareas de seguridad nacional y orden público. Ahora bien, ¿cómo se han coordinado estos roles en el Ecuador, desde el retorno a la democracia?

Las Fuerzas Armadas en el Ecuador y su rol constitucional - legal a partir de 1979

Entendido el progreso de los roles de las instituciones castrenses en los Estados latinoamericanos y cómo su influencia ha llevado a estos últimos a delegarles más prerrogativas, cabe hacer un recuento histórico del contexto ecuatoriano. La primera institución militar en surgir fue el Ejército (ahora Fuerza Terrestre del Comando Conjunto de las FF.AA.); la Dirección de Comunicación Social del Ejército (s.f.) acota que a partir del 10 de agosto de 1809, día de su nacimiento, este ha tenido el papel de edificar un Ecuador democrático y soberano. Esto se reflejaría a la par en nuestro marco jurídico, en normas como: “El destino de la fuerza armada es defender la independencia de la Patria, sostener sus leyes y mantener el orden público” (Constitución, 1830, art. 51)

Este papel de las FF.AA. no varió en los dieciséis textos constitucionales que rigieron en nuestro territorio hasta 1979; durante todo este período histórico, los militares jugaron roles directamente involucrados en el desenvolvimiento político y democrático. Es así que, influenciados directamente por los postulados de la DSN, el cuerpo militar llegó a establecer, disolver y formar parte de gobiernos. Todo este fenómeno tuvo su culmen con la última dictadura militar que gobernó del 76 al 79, con cada rama de las Fuerzas Armadas (Marina, Fuerzas Aéreas y Ejército), ocupando un lugar en el gobierno.

Esto hizo que a partir de 1979 sea urgente limitar el rol de las FF. AA., por lo que el texto constitucional introdujo el concepto de fuerza pública como el estándar para referirse tanto a las FF.AA. como a la Policía Nacional. Esto daba a estas dos instituciones las mismas finalidades, siendo que el texto constitucional de ese entonces, dictaba que “La Fuerza Pública está destinada a la conservación de la soberanía nacional, a la defensa de la integridad e independencia del Estado y a la garantía de su ordenamiento jurídico” (Constitución, 1979, art. 128).

Este mismo texto distinguía claramente que las cuestiones de orden interno le competían, de manera exclusiva, a la Policía Nacional (art. 136), mas no deja de ser curioso que se haya otorgado a toda la Fuerza Pública la garantía del ordenamiento jurídico; interpretamos que fue intención del legislador empezar a desligar a las FF.AA. del control de orden interno, quedando como un intento infructífero. Para el mismo año, mediante ley, se desarrolló el papel individual de las FF.AA. en garantía del ordenamiento jurídico; además, les permitió colaborar en aspectos concernientes a la seguridad interna y mantenimiento del orden público (Ley de Seguridad Nacional, 1979, arts. 38-39).

Más tarde, la nueva Carta Magna del 98 determinaría que no sería la Fuerza Pública en su totalidad la garante del ordenamiento jurídico, sino que pasaría a ser misión exclusiva de las FF.AA. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art. 183), dejando intacta la confusión de

roles y fortaleciendo su influencia. La Constitución ahora vigente decidió limitar el papel de las FF.AA. y diferenciarlo del asignado a la Policía Nacional; el texto manda que estas “tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 158), dejando la protección interna y mantenimiento del orden público como función privativa de la Policía Nacional. No obstante, este artículo no ha tenido un desarrollo adecuado, pasando por un penoso proceso de enmienda⁶ y siendo contrariado por la normativa infraconstitucional.

La Ley de Seguridad Pública y del Estado permite la colaboración de las FF.AA. en labores de orden público, previa declaratoria de estado de excepción y disposición presidencial (2009, art. 35). En 2014, se agregó un artículo innumerado a esta misma Ley, añadiendo que para precautelar el mantenimiento y control del orden público y la seguridad ciudadana, las FF.AA. pueden apoyar en las operaciones que le competan a la Policía. Esto saltándose el requisito del estado de excepción y nuevamente confundiendo los roles de la policía con los del cuerpo militar (Ley de Seguridad Pública y del Estado, art. innumerado al art. 11).

Esta normativa se encuentra vigente y basado en ella surge el Acuerdo Ministerial N. 179 del Ministerio de Defensa Nacional, por el cual, se expide el Reglamento de Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por Parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas⁷ en el año 2020. Estando así las cosas, cabe preguntarse si este Reglamento se adecúa a la Constitución, los estándares internacionales de DD.HH. y si es correcto que los militares hagan uso de la fuerza en situaciones de control interno. De ser afirmativa la respuesta ¿cómo deberían hacerlo?

Uso de la fuerza según el Acuerdo Ministerial 179 versus los estándares de DDHH

El uso de la fuerza, acorde el Reglamento, se encuentra facultado en varios casos, de los cuales consideramos relevantes para el análisis los siguientes:

Art. 7.- A los miembros de las Fuerzas Armadas les está facultado el uso de la fuerza en los siguientes casos:

1. Ante reuniones, manifestaciones, disturbios internos y otras situaciones de violencia interna, que deriven en grave conmoción interna o calamidad pública; previa declaratoria del estado de excepción que disponga el empleo de Fuerzas Armadas;
4. En operaciones de apoyo a otras instituciones del Estado;
6. Las demás establecidas en la Constitución y en la Ley (Acuerdo Ministerial N. 179, 2020),

Respecto al numeral cuarto, recordemos la reforma a la Ley de Seguridad Pública y del Estado que permitió a las FF.AA. apoyar en el mantenimiento del orden público y seguridad ciudadana, saltándose la declaratoria de estado de excepción. Este apartado insiste en esta transgresión, otorgando competencias policiales a la fuerza militar; lo que al no requerir la declaratoria de estado de excepción, provoca grave indeterminación jurídica cuando se podría asignar cualquier rol al cuerpo militar, bajo el supuesto de operaciones de apoyo. El numeral sexto remite a competencias establecidas constitucional o legalmente; no obstante, como observamos, la Constitución expresamente determina competencias a las FF.AA., por lo que no podría asignarse otras por vía legal. Sin embargo, dentro de nuestra praxis jurídica nos hemos habituado a que el tenor de la ley tenga mayor peso que la Carta Magna.

En cuanto al numeral primero, partimos de una realidad: la evidente militarización de la seguridad pública en la región. Acorde la Junta Interamericana de Defensa, citada en Diamint (2018), treinta y tres países de la región involucraban a sus FF. AA. en tareas policiales en 2012; a este número la autora suma los casos de Argentina y Cuba, por lo que actualmente toda América Latina y el Caribe tienen militares en tareas policiales; en este contexto regional, no han sido pocas las controversias surgidas por excesos militares, generalmente, fruto de que su preparación no es especializada en tareas de orden interno. Así, ha tenido especial relevancia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) desarrollando estándares a observarse. Dentro del caso Retén de Catia la Corte (2006) mencionó que:

6. En 2014, la entonces presidenta de la Asamblea Nacional, presentó una solicitud de enmienda constitucional que agregaba un nuevo rol a las Fuerzas Armadas: el apoyo complementario en la seguridad integral del Estado. Estas fueron aprobadas por el pleno de la Asamblea en 2015 y, en el año 2019, se declaró su inconstitucionalidad, dejando vigente el texto original.

7. En adelante el Reglamento.

(...) los Estados deben limitar al máximo el uso de las Fuerzas Armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales (párr. 78).

Esta línea argumental continuaría en Zambrano Vélez vs. Ecuador, acentuada en la utilización de FF.AA. dentro de estados de emergencia; la Corte IDH (2007) estima “absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común” (párr. 51). Además, señala que “la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia (...) y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común” (párr. 52).

Concluimos que los entes militares no gozan por naturaleza de una preparación para afrontar situaciones como reuniones, manifestaciones o disturbios internos; y, pese al estado de emergencia, el uso de la fuerza militar no está justificado *ipso iure* por la declaratoria, sino que debe adecuarse a una necesidad real, excepcional y debidamente reglada por los Estados. Esta reglamentación, específica para el cuerpo militar en actividad policial, ha sido una deuda pendiente del Estado ecuatoriano. En adición a esto, el Reglamento expedido para este efecto sufre de graves problemas: su regulación de la proporcionalidad como principio del actuar militar, el uso de la fuerza letal y la escala de uso racional de la fuerza que propone.

La proporcionalidad

El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley señala que la fuerza puede ser usada cuando sea estrictamente necesario y en la medida de su requerimiento (1979, art. 3); añade respecto de la proporcionalidad que la fuerza no puede ser usada en una medida que exceda límites contextuales como evitar un delito. Mayor desarrollo lo podemos encontrar a nivel interamericano; siendo que, en el caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana la Corte (2012) definió tres principios para el uso de la fuerza por parte de los agentes estatales⁸. Respecto de la proporcionalidad menciona que “el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido” (párr. 85), concepto con el cual coincide la doctrina especializada al entender este principio como “la proporcionalidad entre la aplicación de las medidas de control y las resistencias que se pretende hacer cesar” (Mendieta et al., 2009, p. 264).

A breves rasgos, la proporcionalidad es la relación entre la fuerza a emplearse y la resistencia que encuentre el agente; la ‘resistencia’ es definida como “oposición física al mandato o requerimiento de la autoridad o sus agentes” (Real Academia Española, s.f.). En cambio, el Reglamento determina la proporcionalidad basado en la relación entre la gravedad de la amenaza y la fuerza empleada (2020, art. 6); ‘amenaza’ es entendida como “anuncio de un mal dirigido a otro, que puede realizarse de forma oral, escrita, o con actos, y con entidad suficiente para infundir miedo y temor” (Real Academia Española, s.f., Definición 1a). Así, podemos darnos cuenta que el Reglamento hace caso omiso de criterios vinculantes para el Estado⁹, al cambiar las figuras dentro de la definición. Una amenaza puede ser un acto oral, ante el cual no es necesario utilizar la fuerza, por eso en garantía de derechos se habla de la resistencia donde sí es proporcional considerar el uso de la fuerza.

Uso de la fuerza letal

En Montero Aranguren, la Corte (2006) manifiesta que el uso de la fuerza debe ser excepcional, debiendo planificarse y limitarse por las autoridades, procediendo su uso solo cuando se hayan agotado todos los medios que no involucren coerción (párr. 67). Posteriormente, en Zambrano Vélez añadió que:

(...) En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras (2007, párr. 85).

8. Además de la proporcionalidad, la Corte desarrolla los principios de legalidad y de absoluta necesidad. El primero, refiere a la obligación de estar regulado por ley; el segundo, como obligación de verificar la existencia de otros medios disponibles.

9. En la sentencia No. 11-18-CN/19, la Corte Constitucional al desarrollar el bloque de constitucionalidad introdujo la figura de la remisión a instrumentos internacionales. Así estableció como fuente vinculante de derecho para el Estado ecuatoriano a la jurisprudencia de la Corte IDH.

El uso excepcional de la fuerza se hace más restrictivo respecto de las armas de fuego. En los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se señala que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas” (1990, principio 9o). El mismo principio añade que el uso intencional de armas letales puede darse solo para proteger una vida; el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Heyns (2014), añade que este principio establece un mayor límite a las armas de fuego. Por ello, estas últimas deben considerarse siempre como letales o con gran probabilidad de serlo; de aquí se desprende que el uso letal de la fuerza solo procede para salvar una vida y jamás para proteger el orden público como en una manifestación, reunión o disturbio social (p. 13). Todas estas observaciones no se encuentran presentes dentro del Reglamento y se reflejan en la parte dirigida exclusivamente a servir de guía en las actividades militares.

Escala de uso racional de la fuerza

La escala racional del uso diferenciado de la fuerza contempla las acciones, reacciones y técnicas militares que serán observadas y ejercidas por el cuerpo militar. Dada la falta de adecuación del Reglamento a los parámetros internacionales, estamos frente a un escenario de grave indeterminación para el accionar militar por la deficiente descripción de las acciones a tomarse ante los distintos niveles de amenaza determinados. Esta impericia de los órganos reguladores causa que los agentes no cuenten con normas claras para, en situaciones de evidente estrés, tomar las decisiones racionales, adecuadas y proporcionales.

Si bien, a lo largo de este análisis, hemos insistido en que las FF. AA. no deberían ocuparse de cuestiones de orden interno, y que, además la Constitución lo prohíbe, la práctica tradicional de la región ha traspasado cualquier regulación y el Ecuador no es ajeno a esa realidad. Ante ese hecho, a más de señalar los errores de técnica legislativa del Reglamento, nos permitimos proponer una escala de uso racional de la fuerza que se adecúe a los estándares de derechos humanos, dando certidumbre a los agentes sobre su actuar, las técnicas que pueden utilizar y los niveles de resistencia ante los cuales deben responder. Para esta propuesta nos hemos servido del desarrollo de Mendieta et al. (2009) y las incorporamos a los incompletos preceptos contemplados dentro del Reglamento.

Tabla 2.
Propuesta Escala de Uso Racional de la Fuerza

Escala racional del uso de la fuerza	Nivel de resistencia	Nivel de fuerza	Técnicas de control militar
NIVEL 1	Complacencia (Obediencia de las instrucciones del militar)	Presencia del militar. Instrucciones verbales.	Afirmación de autoridad con contacto visual. Instrucciones verbales claras, precisas y respetuosas.
NIVEL 2	Resistencia psicológica (Resistencia a través de lenguaje corporal o uso de lenguaje intimidatorio)	Presencia impositiva del militar. Instrucciones verbales impositivas.	Incremento de la imagen del militar a través de posicionamiento táctico y cambio de actitud corporal. Incremento en el tono de y fuerza de voz.
NIVEL 3	Resistencia pasiva (Desobediencia de las instrucciones del militar y/o mediante inacción impide la función del militar)	A lo anterior sumar tácticas suaves: Medidas de control de contacto. Uso de las manos vacías. Uso de armas intermedias.	Control mediante tácticas suaves con poca probabilidad de lesión. Uso de armas intermedias con baja probabilidad de lesión, como objetos de impacto para manejo de articulaciones o agentes químicos irritantes.
NIVEL 4	Resistencia defensiva (Acciones con las cuales transgrede el control del militar)	Igual al nivel anterior.	Mismas técnicas del nivel anterior.

NIVEL 5	Resistencia agresiva (Acciones físicas arremetiendo contra los militares, pudiendo causar lesiones físicas)	A lo anterior sumar técnica dura: Uso de manos vacías. Uso de armas intermedias.	Uso de técnicas de golpeo, manejo de articulaciones y proyecciones que pueden causar lesiones físicas. Uso de armas de impacto para golpear o inmovilizar al sujeto, puede causar lesiones físicas.
NIVEL 6	Resistencia agresiva agravada (Acciones que ponen en riesgo la vida del militar o de terceras personas)	A lo anterior sumar uso de la fuerza letal.	A las técnicas del nivel anterior sumar las siguientes consideraciones: Para este nivel de control, el militar debe asegurarse que el agresor cuente con el medio, intención y oportunidad de provocarle la muerte a él o terceras personas. El uso de armas letales es excepcional; queda prohibido apuntar a puntos vitales del cuerpo humano.

Fuente: Mendieta et al (2009, pp. 270-271); Acuerdo Ministerial 179 (2020, art. 8).

Conclusiones

A pesar de que nuestra carta constitucional, en su artículo 158, hace una clara diferenciación al señalar que las FF.AA. tienen como misión la defensa de la soberanía y la integridad territorial y que a la Policía Nacional le corresponde la protección interna y el mantenimiento del orden público, el Reglamento pone de manifiesto que no existe dentro del ordenamiento jurídico nacional una diáfana diferenciación de la naturaleza de cada cuerpo, lo cual, puede derivarse en graves vulneraciones de derechos. Con este contexto, resulta preocupante observar cómo, a pesar de los esfuerzos realizados desde el regreso al régimen democrático, aún se puede evidenciar un gran déficit en el control civil a las prerrogativas militares en asuntos de orden interno.

El Reglamento, a más de ignorar los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto al uso de la fuerza, reafirma el rol histórico de las FF.AA. señalado en la parte inicial de este análisis. Así, debido a su estructuración y prerrogativas sin control, terminaron siendo respaldo de los factores reales y efectivos de poder representados por las élites nacionales; de esta manera, coadyuvan a preservar el estatus quo, las injusticias sociales y la represión de luchas populares a lo largo de la historia de América Latina.

La democratización de la defensa y la seguridad nacional han sido tan vacilantes, que al día de hoy nos permiten visualizar nuevamente el planteamiento de la DSN en el Reglamento analizado. Mientras no se adecúe este último a los estándares de derechos humanos mencionados, cuestiones como huelgas, protestas y manifestaciones públicas pueden ser calificadas como amenazas a la seguridad interna; incluso, llegando a considerar legítimo el uso de la fuerza contra un acto verbal que no constituya resistencia alguna. Todo esto, en última instancia, contraría los derechos de libertad expresamente reconocidos en el texto constitucional. Entonces, nos preguntamos, ¿en qué condiciones encuentra fundamento tal retroceso?

Referencias bibliográficas

- Acuerdo Ministerial N. 179. (2020, 29 de mayo). *Ministerio de Defensa Nacional*. Registro Oficial Edición Especial No. 610. <https://bit.ly/2DFJNhi>
- Ander-Egg, E. (2011). *Aprender a Investigar: nociones básicas para la investigación social*. Córdoba: Brujas.
- Ayala, E. (2014). *Historia constitucional: estudios comparativos*. Corporación Editora Nacional.
- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. (2006, 5 de julio). *Corte interamericana de derechos humanos*. <https://bit.ly/2DFxP7l>
- Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. (2012, 24 de octubre). *Corte interamericana de derechos humanos*. <https://bit.ly/3bCG9Bk>
- Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. (2007, 4 de julio). *Corte interamericana de derechos humanos*. <https://bit.ly/3jVrAMj>
- CELS. (2008). *Construyendo roles. Democracia y Fuerzas Armadas*. Centro de Estudios Legales y Sociales. <https://bit.ly/32fl2lz>
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. (1979, 17 de diciembre). *Asamblea General de la ONU*. Resolución 34/169. <https://bit.ly/32aQcuj>
- Constitución de la República del Ecuador. (1979, 27 de marzo). *Primera Comisión de Reestructuración Jurídica del Estado*. Registro Oficial No. 800.
- Constitución del Ecuador. (2008, 20 de octubre). *Asamblea Constituyente*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Constitución del Estado del Ecuador. (1830, 23 de septiembre). *Congreso Constituyente*. <https://bit.ly/33pvXZx>
- Constitución política de la República del Ecuador. (1998, 11 de agosto). *Asamblea Nacional Constituyente*. Registro Oficial 1.
- Diamint, R. (2018). ¿Quién custodia a los custodios? *Democracia y uso de la fuerza en América Latina*. *Nueva Sociedad*, (278), 24-35. <https://bit.ly/2R6LYh5>
- Dirección de comunicación social del Ejército. (s.f.). *Reseña Histórica*. Ejército Ecuatoriano. Consultado el 03 de septiembre de 2020. <https://bit.ly/35ksbDk>
- Heyns, C. (2014). *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns. Consejo de Derechos Humanos. <https://bit.ly/2FegWRX>
- Kruijt, D. (2012). *Las fuerzas armadas en América Latina, antes y hoy*. *Estudios sobre Seguridad y Defensa*, 7 (14), 94-112. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4781412>
- Ley de Seguridad Nacional. (1979, 20 de julio). *Congreso Supremo de Gobierno*. Registro Oficial No. 887.
- Ley de Seguridad Pública y del Estado. (2009, 28 de septiembre). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Suplemento del Registro Oficial No. 35.
- Mendieta, E., González, S., Buscaglia, E., Ventura, F., Zingerman, G. (2009). *La fuerza de la razón y la razón de la fuerza. El uso legítimo de la violencia*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. <https://bit.ly/3bBRACg>
- Moloznik, M. (2007). *Militarización de la seguridad pública, autonomía de las fuerzas armadas e imperativo de la reforma militar en México*. *El Cotidiano*, 22 (146), 99-107. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32514612>
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. (1990, 07 de septiembre). *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. <https://bit.ly/3hfg1h4>
- Real Academia Española. Amenaza. *En el diccionario panhispánico del español jurídico dpej.rae.es*. Recuperado el 7 de septiembre de 2020 de <https://bit.ly/328x5RM>
- Real Academia Española. Resistencia. *En el diccionario panhispánico del español jurídico dpej.rae.es*. Recuperado el 7 de septiembre de 2020 de <https://bit.ly/3jSwr0C>
- Saint-Pierre, H. (2008). *Breve perspectiva histórica de las Fuerzas Armadas en su relación con las agendas de Seguridad y Desarrollo*. *Construyendo Roles Democracia y Fuerzas Armadas*, 15-19. <https://bit.ly/32fl2lz>
- Velásquez, É. (2002). *Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional*. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 9 (27), 11-39. <https://bit.ly/3k0s5EE>



Investigación sociojurídica feminista: perspectivas y métodos para monitorear el impacto de la COVID-19 en los derechos de las científicas ecuatorianas

Silvana Tapia Tapia¹
Doménica Andrea Valverde Cherrez²

Resumen:

Este artículo muestra, a través de la presentación y análisis de un diseño metodológico de investigación, cómo la interdisciplinariedad, los métodos empíricos y la perspectiva crítica que enfatizan las teorías feministas, pueden promover un enfoque de investigación jurídica que dé cuenta del impacto material del derecho en la vida cotidiana de las personas. El texto describe algunas ideas centrales de las críticas feministas de la epistemología positivista, así como consideraciones teóricas sobre los métodos sociojurídicos de orientación etnográfica, incluyendo algunas de sus implicaciones éticas. Luego, el artículo pasa a mostrar cómo pueden implementarse los aportes teóricos feministas, usando el ejemplo de un diseño de investigación sobre el impacto de la pandemia de COVID-19 en los derechos de mujeres académicas ecuatorianas. El artículo explica cómo los métodos elegidos permiten dar respuesta a preguntas que no suelen ser abordadas por el formalismo jurídico tradicional, lo que a su vez habilita la observación de dimensiones de la presencia/ausencia del derecho, que los enfoques dominantes tienden a pasar por alto.

Palabras clave

métodos sociojurídicos, diseño metodológico en la investigación jurídica, investigación feminista, métodos cualitativos.

Abstract

This article shows, by presenting the methodological design of a research project, how interdisciplinarity, empirical methods, and the critical perspective offered by feminist theories, can promote a style of legal research that accounts for the material impact of law in people's daily lives. The text offers some basic insights from feminist critiques of positivist epistemology, as well as theoretical considerations of ethnographically oriented socio-legal methods, including some of their ethical implications. The article then moves on to demonstrate how feminist theoretical contributions can be implemented, using the example of a research design on the impact of the COVID-19 pandemic on the rights of Ecuadorian academic women. The article explains how the chosen methods make it possible to answer questions that are not usually addressed by traditional legal formalism, which in turn enables the observation of unsuspected dimensions of the presence/absence of law, which dominant approaches tend to overlook.

Keywords

socio-legal methods, methodological design in legal research, feminist research, qualitative methods.

1. PhD en Estudios Sociojurídicos por la Universidad de Kent (Reino Unido), magíster en derecho penal y abogada por la Universidad del Azuay (Ecuador). Actualmente se desempeña como profesora titular de Género y Derecho y Fundamentos Filosóficos y Sociológicos del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. stapia@uazuay.edu.ec

2. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, Cuenca-Ecuador. dome_valch@es.uazuay.edu.ec

Introducción

El presente artículo reflexiona sobre el enfoque metodológico de un proyecto de investigación en curso que observa el impacto de la pandemia de COVID-19 en la vida de académicas y científicas ecuatorianas. Advertimos que, al tratarse de un trabajo en desarrollo, el texto no presenta resultados ni expone datos etnográficos recolectados hasta el momento, si bien alude a algunos hallazgos emergentes para ilustrar el funcionamiento de los métodos. Asimismo, el artículo no realiza un análisis lógico-formal ni interpretativo de reglas de derecho positivo; más bien se propone, desde las técnicas sociojurídicas de investigación, considerar formas de investigar en derecho que subrayen como este da forma a las experiencias de vida de las personas. De este modo, el artículo también presenta una reflexión sobre la orientación epistemológica de una metodología que amalgama elementos de las teorías feministas, sociojurídicas y antropológicas en relación con el estudio del derecho.

Las corrientes de pensamiento e investigación que se ocupan de entender el rol del derecho en la producción de la vida social, utilizando con frecuencia métodos empíricos de las ciencias sociales, suelen identificarse con denominaciones como Estudios Sociojurídicos y Derecho y Sociedad. Dentro de estas corrientes es frecuente la incorporación de métodos etnográficos que son, por excelencia, métodos antropológicos. Estos métodos enriquecen nuestro entendimiento de la experiencia humana y permiten considerar los significados culturales atribuidos por las personas a los eventos de su día a día. Aunque ha existido una relación de larga data entre la antropología y el derecho en el contexto de los estudios sobre las culturas jurídicas del mundo, no fue hasta entrado el siglo veinte que los métodos etnográficos adquirieron relevancia, ya no solo para los antropólogos, sino para los juristas que buscan entender el papel de los sistemas jurídicos en la vida social material (Cowan & Wincott, 2016).

En esencia, los métodos etnográficos acercan a quien investiga a las personas protagonistas de los hechos sociales observados y a las maneras como aquellas construyen, interpretan y transforman la realidad. A diferencia de la investigación jurídica de corte formalista-doctrinario, el interés principal de la investigación sociojurídica no se reduce a las reglas, su validez formal y su coherencia interna, sino que considera el efecto que la aplicación (o ausencia) de las normas tiene en la vida de la gente de carne y hueso. La etnografía, entonces, permite una inmersión en las historias de vida de las personas y en sus entornos, a través de mecanismos de exploración como la observación prolongada y la conversación a profundidad. Por otra parte, a diferencia de los métodos cuantitativos más usados en ciencias sociales (por ejemplo, las encuestas), la etnografía no suele producir datos inmediatos, compactos y medibles, sino que de forma progresiva y 'lenta', revela información densa y detallada que se relaciona, no tanto con patrones a escala universal, sino con la particularidad de cada experiencia humana y la relación de esta, con otras. También en contraste con las perspectivas positivistas dominantes, los métodos etnográficos incorporan, no evitan, la reflexión sobre la 'subjetividad' propia de quien investiga. Es decir, también son datos para el análisis las reflexiones de la investigadora, quien tiene en cuenta su propia posición frente a la sociedad amplia, así como en sus relaciones específicas con las personas participantes en la investigación. En este contexto, ¿cuál puede ser la utilidad de los métodos etnográficos para el estudio de los fenómenos jurídicos?

Es pertinente mencionar que dentro de la tradición sociojurídica, además de la etnografía clásica, se usan métodos de implementación menos prolongada que pueden ser incorporados conservando una esencia etnográfica. Así por ejemplo hay investigaciones que utilizan entrevistas a profundidad, pero, no observación extendida o procesos de observación realizados durante periodos de tiempo relativamente cortos (Creutzfeldt et al., 2019). Estos métodos suelen converger con la investigación documental de archivos, textos institucionales, políticas públicas y la propia legislación. De esa manera, se ofrece una visión multidimensional de un fenómeno que no es sólo formal y abstracto, sino ante todo social y concreto. Esto, a su vez, permite observar y entender al derecho como una entre muchas dimensiones sociales, y no como un sistema autónomo que funciona independientemente de las personas que lo incorporan (o no) a su vida. Tradicionalmente, muchos juristas se han limitado a buscar las 'fallas' y los vacíos del sistema legal formal, sin prestar atención profunda a las relaciones sociales diarias en las cuales se realiza (o no) el derecho. El enfoque doctrinario tradicional, también llamado 'formalismo jurídico' (García Villegas & Rodríguez Garavito, 2003), es uno de los marcos analíticos cuestionados por los estudios sociojurídicos y, en particular, por aquellos que incorporan una crítica feminista, según explicaremos más adelante.

El proyecto cuyo diseño metodológico presentamos aquí, está monitoreando el impacto de la pandemia de COVID-19 en la vida y los derechos de mujeres científicas ecuatorianas.³ Desde el formalismo jurídico, el punto de partida habría sido la norma: por ejemplo, los artículos relevantes de la Constitución, los tratados internacionales, las leyes emergentes, etc.; o, también, las definiciones y discusiones doctrinarias. En contraste, este proyecto parte de las historias contadas por las mujeres. La investigación sociojurídica feminista ha advertido que las personas comunes rara vez representan sus propias vidas y problemas en términos jurídicos (Albiston & Sandefur, 2013); por ello, este proyecto tiene como uno de sus objetivos el reconocimiento y la valoración de la experiencia de las mujeres en su día a día, incluyendo las dimensiones de la vida cotidiana que no suelen considerarse cruciales para pensar las relaciones jurídicas, pero que son, finalmente, los tiempos/espacios en los que el derecho adquiere existencia material.

El artículo se estructura de la siguiente manera: en la sección que sigue nos referimos a las características de la investigación sociojurídica feminista, aproximándonos a ella desde el trabajo de la socióloga canadiense Dorothy Smith, pionera en la crítica de las epistemologías dominantes en las ciencias sociales. Pasaremos, en la sección tres, a mostrar cómo las críticas feministas pueden concretarse en un diseño de investigación, incluyendo en sus dimensiones éticas. Para ello, presentaremos un resumen metodológico y nos referiremos a los elementos claves del marco analítico-conceptual empleado en el proyecto, para ofrecer ejemplos de cómo se pueden explorar empíricamente los fenómenos abordados por la literatura. De forma preliminar, mencionaremos algunos hallazgos emergentes que pueden permitirnos apreciar el valor de un enfoque sociojurídico, interdisciplinario y feminista, para develar aspectos de las relaciones personas-derecho, que de otro modo quedarían oscurecidas o invisibilizadas. Finalmente, en nuestras conclusiones, pondremos en contexto los aportes de las críticas feministas a la investigación jurídica y presentaremos nuestros argumentos para sostener que las teorías y los métodos feministas pueden incorporarse, no solamente a los estudios de género, sino a cualquier investigación social que busque dar cuenta del entorno y las relaciones diarias a través de las cuales se materializan los fenómenos. Proponemos ofrecer un análisis del derecho menos abstracto, universalizante y generalizador, para construir un conocimiento jurídico más cercano a la ciudadanía y a los sectores menos atendidos de esta.

Investigación sociojurídica feminista: perspectivas teóricas y métodos

Los estudios feministas y sociojurídicos coinciden al tomar a la experiencia social y a los efectos reales del derecho como puntos focales de la investigación, rechazando la 'tesis de la separación', es decir, la noción de que el derecho opera según su propia lógica interna, independientemente de la vida en comunidad (Creutzfeldt et al., 2019). Por otra parte, en contraste no solo con los estudios jurídicos positivistas, sino también con gran parte del trabajo de la tradición 'derecho y sociedad', las autoras feministas a menudo han cuestionado la importancia o centralidad del derecho como motor de cambio de las relaciones sociales (Lacey, 1998). En consecuencia, el hilo conductor que atraviesa a los enfoques feministas sociojurídicos es su preocupación por destacar y analizar las implicaciones de las relaciones de poder de género en el derecho y la sociedad (Hunter, 2018).

Para acercarnos más a las perspectivas feministas sobre la investigación social, partiremos de una explicación breve de la crítica epistémica feminista hacia las teorías del conocimiento dominantes, en particular, el paradigma positivista/científico que, según muchas teorías feministas, excluye y desvaloriza otras alternativas teóricas sobre cómo se produce, organiza y valida el conocimiento.

Epistemologías feministas: la experiencia material/corporal como punto de partida

La epistemología positivista dominante se fundamenta en proclamas como la universalidad, neutralidad y objetividad de los 'hechos duros' (Gregg, 1987). Estos principios justifican la idea de que, para conocer, el sujeto debe separarse de sus 'sesgos' personales. Es decir, el modo 'apropiado' de conocer y experimentar implicaría situarse por fuera de lo que viven y sienten las personas intervinientes en el proceso de construcción del conocimiento. La crítica feminista cuestiona estos paradigmas, aduciendo que la afirmación epistemológica de 'objetividad' disfraza el hecho de que la producción del conocimiento es un proceso situado (Lacey, 1998). En general, el objetivo común de las epistemologías feministas es aproximarse directamente a los fenómenos y a las formas de organización social produciendo y validando el conocimiento situado; es decir, un conocimiento en cuya producción se considera la experiencia vivencial de las mujeres. Esto, a su vez, se enlaza con la reflexividad de los sujetos del conocimiento sobre su propia posición con respecto a los

fenómenos y los seres que observan, reconociendo la interdependencia y relacionalidad entre aquello que se conoce y quien conoce. Aunque las teorizaciones feministas sobre la producción del conocimiento son diversas y profusas, tomaremos como ejemplo paradigmático el aporte de Dorothy Smith, socióloga canadiense reconocida por ser pionera en cuestionar a la epistemología hegemónica en la investigación social.

Smith (1974) desarrolló la noción feminista del 'punto de vista' (*standpoint*), para desenmascarar los sesgos sexistas de la sociología positivista que, de acuerdo con la autora, obliga a quien investiga a dejar fuera a la dimensión cultural, antropológica y vivencial — el *standpoint* — de los sujetos del conocimiento. Así, para conseguir reconocimiento académico y científico, las investigadoras, muchas veces, deben alienarse de lo que viven desde su corporeidad femenina en un mundo teórico y conceptualmente construido desde y para lo masculino que, a su vez, está posicionado como lo universal. Tal alienación condiciona al conocimiento y a la experiencia de manera desigual debido al género del sujeto cognoscente. Smith (1987) argumentó que la sociología tradicional ha ignorado y objetificado a las mujeres, convirtiéndolas en el 'otro' de las ciencias. Así, debido a que las mujeres han sido históricamente las proveedoras del cuidado, los hombres han tenido tiempo para dedicar su energía a pensar en conceptos abstractos, que se consideran más valiosos e importantes en el paradigma científico dominante; mientras las actividades 'propias' de las mujeres se vuelven invisibles y/o se consideran "naturales"; es decir, no se ven como una parte crucial de la cultura, la ciencia y la historia humana. La crítica feminista, entonces, habilita a la investigadora a hacer preguntas sobre por qué se han asignado a las mujeres ciertas actividades y cuáles son las consecuencias de aquello para las instituciones sociales como la educación, la familia, el gobierno y la economía. De este modo, partir de la experiencia situada implica realizar el proceso investigativo "a la inversa": se observan vidas, se escuchan testimonios y el protagonismo lo adquieren las narrativas concretas. El valor emancipatorio de la propuesta de Smith, pues, radica en la validación que hace de la posibilidad de conocer y ver el mundo de un modo distinto al dominante: Smith reconoce que no es posible un modo de conocer absolutamente neutral y objetivo, ya que todas las personas se mueven dentro de un contexto cultural determinado y sus experiencias se materializan a través de sus cuerpos en particular. La intención de esta crítica, en suma, es dar rostro y voz al conocimiento, validar las experiencias de las personas y tomar en cuenta los factores múltiples que impactan en los fenómenos sociales.

El ejemplo del pensamiento de Smith nos permite observar cómo de una epistemología feminista aplicada a la investigación jurídica, puede resultar una pregunta de base como la siguiente: ¿cómo las leyes y prácticas jurídicas pretendidamente neutrales impactan de manera diferente a las mujeres? (Hunter et al., 2010). El diseño de investigación sobre el cual reflexionamos aquí acoge la posibilidad de generar conocimiento sobre el derecho a través de la observación y análisis de las vivencias de las mujeres. Colocar a la experiencia situada en el centro del proceso de generación del conocimiento supone reconocer las limitaciones de apelar a un método 'neutral' y 'objetivo' que, en realidad, siempre está informado por posiciones sociopolíticas concretas. En cambio, las epistemologías feministas nos permiten entrar en contacto y recuperar como conocimiento válido a las actividades, preocupaciones y experiencias encarnadas de las personas, así como palpar el espacio social real en el que se materializa el derecho.

Ejemplo de implementación de métodos sociojurídicos feministas para investigar el impacto de la pandemia en los derechos de académicas ecuatorianas

Este ejemplo se enfoca en la metodología de un proyecto de investigación que se está desarrollando en la Universidad del Azuay, en el contexto de la pandemia de COVID-19. De acuerdo con un reporte de la Organización de las Naciones Unidas (*United Nations*, 2020), la propagación de la COVID-19 ha conducido a la profundización de las desigualdades de género alrededor del mundo. Así, los problemas laborales y económicos son sentidos especialmente por las mujeres y las niñas, que ven reducidos sus ingresos, pueden ahorrar menos y tienen trabajos precarios o viven en la línea de la pobreza. Al mismo tiempo, las mujeres ya asumen una responsabilidad desproporcionada en el cuidado de los niños, los ancianos y las personas con discapacidad; así, de acuerdo con el análisis del uso del tiempo realizado por el INEC, las mujeres destinan en promedio cuatro veces más tiempo al trabajo no remunerado (quehaceres domésticos y cuidado de personas) que los hombres (INEC, 2012). Esta brecha puede profundizarse en tiempos de crisis debido al cuidado adicional que suelen prestar las mujeres para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. Por otra parte, frente a las medidas de confinamiento y aislamiento social, la violencia de género puede aumentar exponencialmente. En otras palabras, la sobrecarga de trabajo de cuidado y la violencia de género ya impactan a las mujeres de forma desproporcionada en la línea de base, y es muy probable que la desigualdad se profundice como efecto de la pandemia.

3. Para más información sobre el proyecto, ver: <https://cientificas-covid19.uazuay.edu.ec/>

En el ámbito de la ciencia y la academia, las investigaciones emergentes han encontrado un impacto diferenciado de la crisis en las carreras de las mujeres. Por ejemplo, se ha constatado que durante el confinamiento las mujeres científicas han podido publicar menos que sus pares varones, en razón de encontrarse desproporcionadamente a cargo del trabajo de cuidado de la niñez, de los quehaceres domésticos, la administración del hogar, etc. (*Measuring COVID-19's Impact on Higher Education*, 2020; Vincent-Lamarre et al., 2020). Estos retos para la política pública en la educación superior fueron antecedentes del planteamiento de nuestras preguntas de investigación, que giran, principalmente, en torno a los ámbitos económico, laboral y de bienestar integral de las mujeres científicas y académicas, siempre subrayando la experiencia situada de las mujeres.

Diseño metodológico: las entrevistas a profundidad como técnicas feministas de investigación

Para responder a nuestras interrogantes, diseñamos una metodología mixta, que incluye encuestas (método cuantitativo), entrevistas a profundidad y etnografía virtual en redes sociales (métodos cualitativos).

En cuanto a las encuestas, se ha tomado como población a la Red Ecuatoriana de Mujeres Científicas, grupo que asciende a 200 personas, a lo que se sumó la información proporcionada por el INEC que indica que el 24% de las mujeres con estudios de tercer nivel sufren algún tipo de discriminación de género:

$$n = \frac{Npq}{(N-1)\left(\frac{e}{z}\right)^2 + pq}$$

- n = Tamaño de la muestra
- N = Tamaño de la población
- p = Proporción de aciertos
- q = 1 - p
- e = Error
- z = Nivel de confianza

La muestra se calculó con un nivel de confianza del 95% y con un error del 5%.

- N = 200
- p = 0,24
- q = 0,76
- e = 0,05
- z = 1,96

$$n = \frac{200 \cdot 0,24 \cdot 0,76}{(200-1)\left(\frac{0,05}{1,96}\right)^2 + 0,24 \cdot 0,76}$$

n=117

Para la intervención etnográfica en redes sociales, se dio seguimiento a seguimiento a 90 cuentas de Twitter de académicas y científicas ecuatorianas, entre marzo y septiembre de 2020, a fin de recuperar sus narrativas autobiográficas sobre la vivencia de la pandemia, así como sus interacciones en la red. Por razones de espacio, en este artículo nos enfocaremos únicamente en el proceso de entrevistas, el cual, concluyó antes de la escritura de este artículo.

Los guiones para las entrevistas enfatizaron las experiencias vivenciales: casi todas las dimensiones de la experiencia humana están relacionadas en alguna medida con marcos de legalidad y con conceptos jurídicos (por ejemplo, la doble y triple carga de trabajo que enfrentan las mujeres durante la pandemia se relacionan con los derechos laborales), pero nuestro enfoque no parte de lo que las leyes dicen o los juristas suponen, sino de lo que las mujeres cuentan que viven para, desde esas narrativas, valorar las presencias y ausencias del derecho. Naturalmente, las personas no narran sus experiencias de vida en términos de derecho positivo.

Adicionalmente, una perspectiva feminista para acercarse a la experiencia humana incorpora una ética de trabajo que ve en las participantes no a "objetos" de investigación, sino a co-creadoras del conocimiento. Así, más allá de los protocolos estándar (indispensables) de consentimiento informado, las técnicas de investigación de este proyecto se diseñaron para permitir a las narrativas de las participantes tomar el protagonismo. Así, la entrevista semiestructurada a profundidad es una técnica que se adecua a los fines de la investigación sociojurídica feminista, pues, permite que las informantes lleven la batuta de la conversación. A esta técnica se incorporaron las narrativas visuales a través de fotografías tomadas y/o escogidas por las participantes, como representativas de su día a día. Éstas permitieron abrir las puertas hacia los espacios de vida de las participantes, siempre en la medida de su comodidad, para conocer aspectos cotidianos e invisibilizados, desconocidos por sus empleadores y colegas, e incluso por su familia no inmediata.

De acuerdo con la literatura metodológica (Kallio et al., 2016), la planificación de un proceso de entrevistas idealmente incluye la formulación de un guion preliminar, el testeado interno del guion con el equipo de investigación, una fase piloto externa y, finalmente, la presentación del guion definitivo. En nuestro caso, luego de las pruebas internas, en la fase piloto se trabajó con un grupo compuesto por seis académicas cercanas al equipo, de quienes se recibió retroalimentación. La muestra definitiva se determinó mediante el método de bola de nieve a fin de identificar informantes adicionales por referencia hasta alcanzar la saturación de los datos (Guest et al., 2006). En este caso, se condujeron 17 entrevistas a profundidad. Durante las entrevistas, que se desarrollaron por videoconferencia, se mostraron referencias visuales para cada tema abordado, las cuales, habilitaron una conversación más dinámica. Los tiempos dedicados por cada informante a hablar de cada tema del guion, fueron absolutamente respetados. En suma, las técnicas se rigieron por un principio según el cual el guion se propone desde el proyecto, pero, son las informantes, quienes desarrollan, expanden, contraen, detallan o compactan, los temas que ellas escogen.

Un aspecto más que mencionaremos por su relación con los enfoques feministas, es el proceso de entrenamiento de las estudiantes asistentes de investigación. En las entrevistas, previo consentimiento informado de las participantes, se contó con la asistencia de una estudiante de pregrado (coautora de este artículo) que pudo observar cómo una investigadora con más experiencia conduce una entrevista, obteniendo así un conocimiento práctico que pocas veces se prevé en una malla curricular de pregrado. Esta experiencia supuso una forma particular de entender la materialización del derecho que, de otro modo, se estudia casi exclusivamente en normas y códigos abstractos. Tal y como se ha expuesto, algo esencial en la investigación feminista es la valoración de la vida y voz de las mujeres, en este caso madres, docentes, investigadoras, ciudadanas, que en medio de una pandemia viven situaciones en las que el derecho está presente/ausente de maneras en las que tradicionalmente no pensamos ni analizamos. La investigación sociojurídica feminista sin duda representa una posibilidad ir más allá de los paradigmas dominantes en cuanto al conocimiento y el campo de acción del derecho.

Una reflexión final se relaciona con la manera como se establecen los vínculos e interacciones entre investigadoras *senior* y *junior*. Aunque ningún proceso es perfecto, la ética feminista determina cuidar la horizontalidad en las relaciones entre investigadoras. Esto implica consultar los criterios de todo el equipo, permitiendo a las más jóvenes no solo "ayudar", sino tomar decisiones sobre el proceso indagatorio y la recolección de datos. El trabajo de asistencia, entonces, no puede concebirse como una labor que se hace "para" o "por" un investigador principal; más bien, es una dimensión central de la producción colectiva del conocimiento y enriquece un proceso que sería mucho menos fértil sin ese aporte. Es responsabilidad y compromiso de la persona con más experiencia, hacer que la investigadora que se inicia se sienta acompañada, valorada y respaldada en todo momento: es crucial preguntarle qué espera obtener y qué quiere aprender, respondiendo con generosidad y transparencia a esos intereses.

Algunos aspectos del marco analítico

En el aspecto analítico-conceptual, este proyecto parte de elaboraciones centrales de las teorías feministas del derecho, entre ellas, la noción de trabajo reproductivo, que se refiere al trabajo no remunerado que realizan las mujeres, generalmente, en la esfera privada. A diferencia del trabajo "productivo", que se ve como merecedor de una remuneración y beneficios de ley, y que se acepta socialmente como trabajo formal, el trabajo reproductivo involucra una serie de tareas relacionadas con el cuidado de las personas y los quehaceres domésticos que, a más de no ser remunerados son invisibilizados y delegados de forma desproporcionada a las mujeres. Un reporte de la Organización de las Naciones Unidas (United Nations, 2020) sobre la pandemia indica que las mujeres dedicaban ya tres horas semanales más que los hombres a este tipo de tareas, situación

que se ha visto agravada por el confinamiento, acentuándose aún más la carga y profundizando la precarización de las condiciones de vida de las mujeres y sus oportunidades de acceder a trabajos y actividades productivas. Dentro de nuestro proyecto, sin la teorización feminista sobre el trabajo reproductivo, habría sido difícil reconocer que las académicas dedican mucho su tiempo personal a atender las necesidades emocionales y materiales de las personas de su entorno laboral, incluyendo a sus alumnos y, naturalmente, su familia.

Otro elemento analítico-teórico que incorporamos desde los estudios feministas del derecho laboral corresponde a la noción de temporalidad *no lineal* (Beynon-Jones & Grabham, 2018). Según explicamos en la siguiente sección, la desaparición de las barreras entre el tiempo personal y el tiempo de trabajo fue referida por una amplia mayoría de las entrevistadas. Este fenómeno representa un desafío para la manera “natural” de percibir el tiempo desde el ámbito legal (como una sucesión lineal de momentos); sin embargo, analizar la relación que existe entre el derecho y el tiempo, entendido este último, no como un parámetro objetivo de medición, sino como inherente a la percepción humana, permite visibilizar la acumulación del trabajo de cuidado a través de la realización de actividades productivas y reproductivas simultáneas (Maher, 2009). A su vez, esto revela un menoscabo de los derechos de las mujeres en relación con el trabajo y la seguridad social que, de otra manera, no podrían detectarse. Los aspectos propios de la precarización de la vida durante una pandemia, son mayoritariamente asumidos por las mujeres, al tiempo que las decisiones institucionales suelen tomarse sin atender a estas particularidades, de una forma universal y generalizadora, que no considera la materialidad de los cuerpos sobre los que impacta una crisis.

Algunos hallazgos preliminares

En el momento en el que se escriben estas palabras, contamos con hallazgos emergentes a partir del análisis de los datos cualitativos, incluyendo el material narrativo y visual recolectado durante las entrevistas. Este análisis se está realizando con el soporte del paquete de software Atlas.Ti Cloud. Anticipamos, según se indicó en la introducción a este artículo, que por consideraciones éticas y metodológicas propias de una investigación no concluida, no presentaremos fragmentos del material etnográfico recogido, sino una referencia a los patrones que se han empezado a observar.

Como mencionamos, muchas de nuestras observaciones preliminares se relacionan con el uso del tiempo por parte de las mujeres, siendo evidente una disrupción del equilibrio vida-trabajo, vinculada a la acumulación y aumento de labores reproductivas desproporcionadamente asignadas a las mujeres. Durante el confinamiento, las divisiones entre espacio y tiempo colapsaron y se diluyeron, provocando que el cuidado, el trabajo, las tareas del hogar y otras labores no pagadas realizadas en su mayoría por las mujeres, se efectúen simultáneamente y con frecuencia de forma ininterrumpida. A esto se suma la expectativa de empleadores y estudiantes de que las académicas estén disponibles vía Internet, más allá del horario ordinario de oficina e, incluso, en días no laborales. Es observable también una tendencia al aumento del tiempo dedicado al trabajo profesional por la necesidad de preparar nuevo material para la docencia virtual, lo que resulta en un número considerable de horas que terminan siendo impagas, aunque se trate de actividades que deberían ser remuneradas. En ningún caso se registró compensación económica por las horas extra, existiendo, más bien, reducción salarial o atraso en los pagos, en varios casos.

Otro aspecto relacionado con el uso del tiempo es la persistencia de la distribución inequitativa del trabajo del hogar. La investigación feminista ha demostrado históricamente que el ingreso de las mujeres al trabajo formal *no* conlleva una disminución de su carga de trabajo reproductivo (Moser, 1993). No solo las narraciones de las entrevistadas, sino también las fotografías que compartieron, muestran de forma reiterada la superposición de actividades productivas y reproductivas en un mismo espacio/tiempo: hemos observado a hijos e hijas en regazos o bajo los escritorios, computadoras para el trabajo ubicadas en la cocina o en una zona de la vivienda no adecuada para oficina, cuadernos y materiales de estudio de niñas y niños en la misma mesa usada por sus madres para impartir clases universitarias, entre otras imágenes que más allá de la romantización que se pueda hacer de la “abnegación” de las mujeres, dan fe de una doble y hasta triple jornada de trabajo. Ésta se vuelve invisible porque no necesariamente transcurre de forma cronológica sucesiva, sino que se colapsa en un mismo instante a través del llamado *multi-tasking* y la sorprendente creatividad de las mujeres para coordinar varias tareas.

Tal sobrecarga no es considerada por empleadores ni políticas públicas estatales. Las medidas adoptadas durante el confinamiento volvieron a las tareas de cuidado, extendidas debido a las labores de prevención sanitaria, un trabajo permanente, dejando entrever la afección causada por

la falta de instituciones y sistemas sociales de ciudad, sumado a la falta de compartimentalización del tiempo y espacio. Estas historias de vida muestran que el derecho laboral positivo y las políticas institucionales son ciegas ante varios fenómenos recurrentes de la vida de las mujeres, incluyendo su derecho al descanso, a una remuneración justa por las horas extra y la posibilidad de conservar para sí zonas de tiempo y espacios que no puedan ser invadidos por las necesidades del entorno laboral. Las necesidades determinadas por el trabajo de cuidado no han formado, en el contexto de la pandemia, parte central de las políticas laborales: en ningún caso las mujeres indicaron haber recibido apoyo estatal o institucional frente a la sobrecarga de trabajo asumida.

Entre los hallazgos que nos sorprendieron más, se encuentra un patrón relativamente frecuente por el cual, pese a las dificultades de un confinamiento que funde la profesión y el cuidado en un mismo espacio/tiempo, muchas mujeres preferirían continuar trabajando desde sus casas. Con frecuencia esto se debe al entorno hostil enfrentado en el trabajo presencial, en el que algunas científicas se sentían ajenas, poco valoradas, invisibilizadas y excluidas de los procesos de toma de decisiones. Tales dificultades, a su vez, fortalecen la sensación de seguridad que proporciona la permanencia en el hogar, aunada, por ejemplo, a la disminución del estrés por el tiempo de traslado hasta el lugar de trabajo.

En otro ámbito, nuestros hallazgos están sugiriendo una incidencia importante de varias formas de inequidad de género *online*. En una mayoría de casos, las entrevistadas manifestaron preocupación por la falta de paridad de género en la conformación de espacios académicos virtuales (paneles, *webinars*, videoconferencias, etc.), la invisibilización de los aportes científicos de las mujeres para el manejo de la pandemia o el silenciamiento de las mujeres académicas en las redes sociales. También escuchamos narraciones sobre trato hostil o irrespetuoso desde colegas e incluso desde los estudiantes, a través de chat, correo electrónico, videollamadas, etc. Si bien, las entrevistas en este proyecto no se dirigieron a identificar violencia de pareja, sí existieron testimonios tangenciales sobre el aumento de la tensión en las relaciones interpersonales, debido a la permanencia continuada en un mismo espacio reducido. En este punto, cabe referirse a la brecha existente entre las formas de violencia descritas por el derecho y la percepción que tienen las personas que la viven: la investigación feminista ha revelado que la normalización y naturalización de la violencia, excluyen su representación como hecho susceptible de denuncia (Albiston & Sandefur, 2013), por lo que de poco sirve la existencia de reglas procesales al respecto (Tapia Tapia et al., 2020). Escuchamos, también, con alguna frecuencia, la idea de que ciertas formas de violencia son muy “sutiles” como para abordarlas con algún tipo de acción o intervención. Este es un ejemplo de cómo las herramientas que ofrece el derecho estatal pueden tener poca presencia en la vida real de las mujeres.

Conclusiones

Con este artículo hemos querido mostrar un ejemplo de cómo puede desarrollarse un diseño de metodológico sociojurídico que incorpore elementos y perspectivas de las teorías feministas. Por una parte, hemos querido acercarnos a quienes nos leen a los procesos de investigación interdisciplinarios que suelen escapar a la actividad universitaria de pregrado. Por otra parte, hemos buscado exponer cómo pueden articularse de manera congruente algunos aspectos éticos y teóricos con las metas de un proyecto de investigación concreto. Adicionalmente, hemos reflexionado sobre la importancia de analizar, no solamente las normas y los sistemas jurídicos, sino el efecto que estos tienen en la vida de la gente “de a pie” y, en particular, en las vidas de las mujeres excluidas de manera sistemática de la creación e implementación de normas jurídicas y políticas institucionales.

Las herramientas que proporcionan los métodos etnográficos guiados por un planteamiento sociojurídico feminista, demuestran su utilidad en la medida en que nos acercan al día a día de las personas a quienes se dirige el derecho idealmente, permitiéndonos entender el papel del derecho de una manera distinta a la tradicional. El estudio de la norma “neutra y abstracta” se debe completar con una comprensión del alcance que esta tiene en las relaciones sociales para las cuales se establece. Creemos que el contacto entre la persona que estudia derecho y la realidad de quienes cotidianamente existen en los márgenes y zonas de penumbra de las normas, es indispensable para un entendimiento multidimensional del derecho como dimensión de la vida social. Aunque el diseño de investigación que presentamos aquí como estudio de caso se refiere a las experiencias de las mujeres, estamos seguras de que cualquier proyecto de investigación social crítica puede beneficiarse de las herramientas tanto analíticas como metodológicas, que ofrecen las teorías feministas.

Referencias Bibliográficas:

- Albiston, C. R., & Sandefur, R. L. (2013). Expanding the Empirical Study of Access to Justice. *Wisconsin Law Review*, 2013, 101.
- Beynon-Jones, S., & Grabham, E. (2018). *Law and Time*. Routledge.
- Cowan, D., & Wincott, D. (2016). Exploring the "Legal." In D. Cowan & D. Wincott (Eds.), *Exploring the "Legal" in Socio-Legal Studies* (pp. 1–31). Palgrave Macmillan UK.
- Creutzfeldt, N., Mason, M., & McConnachie, K. (2019). *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. Routledge.
- García Villegas, M., & Rodríguez Garavito, C. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In M. García Villegas & C. Rodríguez Garavito (Eds.), *Derecho y Sociedad En América Latina: Un Debate Sobre Los Estudios Jurídicos Críticos* (pp. 15–66). Universidad Nacional de Colombia.
- Gregg, N. (1987). Reflections on the Feminist Critique of Objectivity. *The Journal of Communication Inquiry*, 11(1), 8–18.
- Guest, G., Bunce, A., & Johnson, L. (2006). How Many Interviews Are Enough?: An Experiment with Data Saturation and Variability. *Field Methods*, 18(1), 59–82.
- Hunter, R. (2018). *Feminist Judging in the "Real World."* <https://papers.ssrn.com/abstract=3198259>
- Hunter, R., McGlynn, C., & Rackley, E. (Eds.). (2010). *Feminist Judgments. From theory to practice* (01 edition). Hart Publishing.
- Kallio, H., Pietilä, A.-M., Johnson, M., & Kangasniemi, M. (2016). Systematic methodological review: developing a framework for a qualitative semi-structured interview guide. *Journal of Advanced Nursing*, 72(12), 2954–2965.
- Lacey, N. (1998). *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory*. Hart Publishing.
- Maher, J. (2009). Accumulating care: Mothers beyond the conflicting temporalities of caring and work. *Time & Society*, 18(2-3), 231–245.
- Measuring COVID-19's impact on higher education*. (2020, April 15). ICF Monitor - Market Intelligence for International Student Recruitment. <https://monitor.icef.com/2020/04/measuring-covid-19s-impact-on-higher-education/>
- Moser, C. (1993). *Adjustment from below: low-income women, time and the triple role in Guayaquil, Ecuador* (S. A. Radcliffe & S. Westwood (Eds.); pp. 173–196). Routledge.
- Patiño, C. (2017). *Análisis de la pobreza de tiempo con un enfoque de género: Caso del Ecuador 2012*. INEC. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Libros/1.%20Pobreza_de_tiempo_3112017_CP.pdf
- Smith, D. E. (1974). Women's Perspective as a Radical Critique of Sociology. *Sociological Inquiry*, 44(1), 7–13.
- Smith, D. E. (1987). *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*. University of Toronto Press.
- Tapia Tapia, S., Padrón Palacios, T., Sánchez Palacios, M., & López Hidalgo, S. (2020). *Women's experiences of using specialised courts for violence against women: Lessons and recommendations from Ecuador*. University of Birmingham. <https://www.birmingham.ac.uk/schools/law/news/2020/06/bedford-igi-ecuador.aspx>
- United Nations. (2020). *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women*. United Nations. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>
- Vincent-Lamarre, P., Sugimoto, C., & Larivière, V. (2020, May 19). *The decline of women's research production during the coronavirus pandemic*. Nature Index. <https://www.natureindex.com/news-blog/decline-women-scientist-research-publishing-production-coronavirus-pandemic>
- INEC. (2012). *Uso del Tiempo*. Retrieved May 5, 2020, from Instituto Nacional de Estadística y Censos website: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/uso-del-tiempo-2/>

The logo for Ulpik, featuring the word "Ulpik" in a bold, teal-colored sans-serif font, centered within a white square that has a thick teal border.

Reflexiones jurídicas del bloque de constitucionalidad ecuatoriano a la luz de la sentencia No. 11-18-CN/19: matrimonio igualitario

Diego Xavier López-Jara¹
Marianela Espinoza Álvarez²

Resumen:

El presente artículo de revisión bibliográfica, analiza el bloque de constitucionalidad ecuatoriano junto con sus matices y mutaciones, a raíz de la sentencia No 11-18-CN/19 expedida por la Corte Constitucional, a sabiendas de que su ejercicio hermenéutico ha sido imperioso para arrojar luces sobre ciertas instituciones que no forman parte del texto constitucional ecuatoriano de forma expresa, pero, sí lo hacen de forma implícita por mandato. El fin de la investigación es esclarecer la naturaleza de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Ecuador, para lo cual, se realiza tanto un estudio normativo -que abarca la legislación internacional y doméstica- como doctrinario, respecto del tema en cuestión. Del mismo modo, estudia y critica los argumentos centrales de la sentencia a efectos de tomar una postura, capaz de reflejar fidedignamente todo el aporte doctrinario y jurisprudencial que se ha forjado en la materia. Como conclusión, se puede advertir que las opiniones consultivas son vinculantes para el Estado ecuatoriano porque la Convención no es solo lo que esta establece literalmente en su texto sino, también, lo que la Corte deduce de esta; es decir, que este órgano es el intérprete auténtico y vinculante del instrumento convencional; en tal sentido, no es aplicable solo para el Estado consultante de la Opinión Consultiva, sino para todos los Estados que hacen parte del sistema interamericano.

Palabras Clave

Bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, derechos humanos, instrumento internacional, opinión consultiva.

Abstract

This bibliographic review article analyzes the Ecuadorian constitutionality block with its nuances and mutations as a result of the Constitutional Court's No. 11-18-CN / 19 sentence, knowing that its hermeneutical exercise has been imperative to throw lights on certain institutions that are not explicitly part of the Ecuadorian constitutional text, but do so implicitly by mandate of itself. The purpose of the investigation is to clarify the nature of the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights in Ecuador, for which both a normative -which covers both international and domestic legislation- and doctrinaire study regarding the issue in question is carried out. The article also studies and criticizes the central arguments of the sentence in order to take a position capable of faithfully reflecting all the doctrinal and jurisprudential contributions that have been forged in the matter. In conclusion, we can note that the advisory opinions are binding on the Ecuadorian State because the Convention is not only what it literally establishes in its text, but also what the Court deduces from it; In other words, the Court is the authentic and binding interpreter of the conventional instrument; in that sense it is not applicable only to the consulting State of the Advisory Opinion, but to all the States that are part of the inter-American system.

Keywords

Advisory opinion, constitutionality block, conventionality control, international instrument, human rights.

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

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

Introducción

La Constitución ecuatoriana es un espécimen jurídico *sui generis*, lleno de normas abstractas y cláusulas difusas que resultan cuasi poéticas, propias de los modernos Estados constitucionales de derecho. En la realidad jurídica ecuatoriana, la institución del bloque de constitucionalidad se concibe de manera distinta a la de otros países de la región por ser más general y extensa, tratándose de varias cláusulas de reintegro presentes, de manera no taxativa que, al sumarse a la actuación de los funcionarios jurisdiccionales a través del desarrollo jurisprudencial, establecen su utilidad, alcance y contenido. Prueba de ello es la sentencia No. 11-18-CN/19 -hito de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana- en donde se determina la utilidad, alcance y contenido de varias instituciones y figuras jurídicas para, finalmente, dar paso a la legalización del matrimonio igualitario en el Ecuador. Ahora bien, el escaso aporte académico ecuatoriano en la cuestión, sumado a la dispersa y confusa jurisprudencia constitucional en el desarrollo de esta enunciación, nos incita a analizar esta sentencia, en donde existe una potente discusión en torno a la condición jurídica de las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a propósito del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, el bloque de constitucionalidad es una doctrina de vital importancia que figura en la motivación que realiza el juez ponente en la sentencia, pues, en ella se refiere al principio de directa e inmediata aplicación³ -una de las cláusulas de reintegro anteriormente mencionadas- como uno de los ejes centrales de su argumentación. Si nos remitimos a la Constitución ecuatoriana vigente, puede observarse que el constituyente no definió ninguna diferencia entre 'tratado' o 'convenio', pues, se refirió de forma genérica a 'instrumentos internacionales de derechos humanos', lo que a primera vista conduciría a un dilema respecto a los documentos que integran el bloque de constitucionalidad ecuatoriano: ¿lo integran de forma exclusiva aquellos que han cumplido con el proceso de ratificación o se puede prescindir de este paso?

El bloque de constitucionalidad ecuatoriano conserva muchos de los matices del concepto original de la institución, engendrada en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés del año 1970. Ahora bien, si se analizan los textos constitucionales latinoamericanos, se puede percibir que la Constitución argentina⁴ es la única que consagra un catálogo taxativo de normas internacionales que conforman su bloque de constitucionalidad⁵. Por otro lado, la Constitución boliviana es la única que se refiere a la denominación 'bloque de constitucionalidad' en su texto constitucional para determinar su contenido (Pérez, 2019)⁶. De ahí que se puede evidenciar la heterogeneidad del tratamiento de la cuestión en el contexto andino y la imperiosa necesidad de ser categóricos en el escrutinio de la interpretación y alcance que le dan a estas instituciones, los máximos tribunales en materia constitucional de la región.

El presente artículo halla su justificación en la necesidad de dar solución a la interrogante antes planteada, remitiéndose al caso práctico de las Opiniones Consultivas (OC) que emite la Corte IDH en ejercicio de su función consultiva. Análogamente, se buscará determinar el alcance de la denominación 'instrumentos internacionales'. La Corte Constitucional ya aproximó una postura en la sentencia del matrimonio igualitario, en donde le atribuyó a la OC 24/17⁷ el estatus jurídico de 'vinculante'. Sin duda, esto marcó un fundamental precedente, determinando que las OC son de directa e inmediata aplicación, siempre que reconozcan derechos más favorables que los que reconoce el mismo texto constitucional. He aquí la singular complejidad del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

3. Art. 11 núm. 7 de la Constitución ecuatoriana. Claro está, que al encontrarnos ante una cláusula de remisión cerrada indeterminada como lo señala Pérez (2019), la labor del intérprete de la norma en cuestión y de los doctrinarios que propenden a cumplir el mismo cometido, se vuelve categóricamente más laberíntica.

4. Art. 75 no. 22 de la Constitución argentina.

5. La doctrina ha desarrollado la figura del bloque de constitucionalidad para hacer referencia a aquellos instrumentos internacionales que no siendo per se Constitución, se han integrado a esta normativamente mediante diversas vías.

6. Art. 410 inc. 2 de la Constitución boliviana.

7. Esta OC significó un avance en el marco del reconocimiento y la protección del matrimonio igualitario; la Corte IDH establece en ella que la negación del matrimonio a personas del mismo sexo está basada en estereotipos y convicciones religiosas y filosóficas que no deben ser utilizadas para condicionar el art. 17 de la CADH respecto de la protección a la familia, pues, se traduciría en discriminación por orientación sexual. Así, insta a los Estados a garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en su normativa doméstica -entre ellas el matrimonio civil- para asegurar la protección de los derechos de las familias formadas por parejas homosexuales.

Asimismo, el objetivo que persigue esta revisión y examinación bibliográfica consiste en dilucidar la naturaleza de las OC -resultado de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en el ordenamiento jurídico ecuatoriano *so pena* de desafiar o no el criterio que ya estableció la Corte, en aras de determinar si estas forman, en definitiva, parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Para el efecto, se recurrirá al criterio de notables doctrinarios en la materia, al desarrollo jurisprudencial ecuatoriano, al derecho comparado y a los argumentos de la misma Corte IDH.

Una nueva forma de ver el control:

Para definir al control de constitucionalidad, se puede decir que “es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad” (Charry, 1993, p. 73). En ese sentido, el presente estudio demanda -de entre la basta clasificación del control constitucional- ocuparse del criterio orgánico, que divide al control en político, cuando el parlamento se controla a sí mismo en su función legislativa; y jurídico, que subdivide a su vez al control, en concentrado y difuso.

Este último, presenta especial relevancia al significar la existencia o no de un órgano especializado para ejecutar el control. Así, según Intriago (2016), el control concentrado o kelseniano de constitucionalidad exige la presencia de un ente exclusivo con esta atribución especial, de una entidad estatal que haga las de juez constitucional. Por otro lado, el control difuso⁸ corre a cuenta de cualquier juez, siendo irrelevante el ámbito de su competencia o grado, aquí, si se advierte que una norma aplicable al caso conocido por el juez está en flagrante contradicción con la Constitución, se le atribuye al funcionario jurisdiccional la facultad de inaplicarla al resolver el caso.

Es importante señalar que el constituyente europeo quien había apostado históricamente por el modelo de control concentrado, siendo también su precursor, cambia de perspectiva tras finalizar la Segunda Guerra Mundial “a favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad [...] propiciará una hibridación del modelo kelseniano” (Segado, 2010, p. 63).

Entonces, se puede aseverar que, en la actualidad, no es posible concebir un modelo constitucional puro en *stricto sensu*; en esta línea, en Ecuador el control ha sufrido mutaciones entre las dos últimas cartas constitucionales. Por un lado, en la Constitución de 1998, existía un control mixto en tanto en cuanto el juez *a quo* estaba facultado para resolver el caso concreto, sin aplicar el precepto que se creyere inconstitucional -control difuso- para luego enviar un informe al -en ese entonces- Tribunal Constitucional a efectos de que este resolviese la consulta de manera *erga omnes* -control concentrado-. En contraste, la Constitución de Montecristi plantea una aproximación más palpable al control concentrado, en cuanto le arrebató al juez ordinario la atribución de tramitar la causa, y le ordena la suspensión de su trámite cuando exista sospecha de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional sea quien resuelva la existencia o no de esta⁹. Así, el Juez, Hernán Salgado, expuso en el voto concurrente de la sentencia 1116-13-EP/20, que:

En definitiva, el texto constitucional vigente consagra un sistema de control concentrado, en el cual, solamente la Corte Constitucional tienen atribución expresa para establecer una incompatibilidad entre disposiciones infraconstitucionales y la Norma Fundamental. En nuestra Constitución no se reconoce un sistema mixto y, mucho menos, un modelo difuso de control constitucional, debido a que el constituyente no mantuvo ni siquiera una regulación similar a la de la Constitución de 1998; al contrario, la cambió expresamente tal como se desprende de la redacción del artículo 428 de la Constitución de 2008, que refleja la postura de la Asamblea Constituyente que fue ratificada por la ciudadanía en referéndum (Salgado, 2020, p. 21).

Lo último, sin duda, ha llevado a interpretaciones impropias por los mismos órganos del Estado y operadores de justicia. Así, la sentencia No. 11-18-CN/19 comienza a ser importante para el estudio desde la aclaración hermenéutica que precisa sobre el control constitucional y convencional.

8. El control difuso es también denominado ‘control incidental de constitucionalidad’, puesto que, al surgir dentro de un caso concreto la inconstitucionalidad, se considera como un incidente.

9. Art. 428 de la Constitución ecuatoriana.

El juez ponente identifica dos errores aberrantes en cuanto a las declaraciones de la Procuraduría General del Estado (PGE) y el Tribunal que eleva la consulta en el proceso que desembocó en la mencionada sentencia. PGE aseveró en el documento de consulta que se pretendió que el juzgador se atribuya competencias propias de la Corte Constitucional. Asimismo, el tribunal consultante se refirió a la Corte Constitucional como el único intérprete de la Carta Fundamental y manifestó que si el juzgador ordinario se atreve a no aplicar la norma estaría prevaricando (Corte Constitucional, Causa No. 11-18-CN/19, p. 60).

A este respecto, el juez ponente Ávila (2019) da luces sobre la errada comprensión que se ha hecho respecto del texto constitucional:

Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez y la jueza sí tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen el carácter de precedente, que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero, no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican (p. 60).

Por otra parte, Kelsen desarrolla otro criterio clasificatorio para el control de constitucionalidad, dividiéndolo así en concreto y abstracto. El control concreto, según el autor, habilita a los jueces para establecer la constitucionalidad o no de las normas infra constitucionales que se pueden emplear en un caso concreto y, consecuentemente, no aplicar aquellas en las cuales perciban una antinomia respecto de la Constitución. En contraste, el control abstracto habilita al juez para decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma, desligada de un caso específico (Kelsen, 1991).

El control convencional:

Idrovo (2015) aparta una lectura sobre lo escrito por Ovalle (2012) y asevera que al mismo tiempo que las Cortes Constitucionales del respectivo Estado practican el control de constitucionalidad, la Corte Interamericana tiene a su cargo el control de la convencionalidad. No obstante, es imperativo establecer una precisión nuevamente en el concepto precedente, pues, se incurriría en un grave sinsentido jurídico si se desconociese que el control convencional no posee uno sino dos niveles de operadores. El primer nivel, a cargo de la Corte Interamericana; y, el segundo nivel, el realizado usualmente por los jueces y tribunales estatales, consagrado en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs Chile.¹⁰

Asimismo, dada la particular configuración constitucional ecuatoriana y considerando el tinte altamente garantista de sus disposiciones, algunos autores como Yépez et al. (2019) han llegado a afirmar que en Ecuador ya ni siquiera puede hablarse con propiedad de un control convencional, pues, los instrumentos internacionales de derechos humanos se hallan constitucionalizados; es decir, son Constitución *per se*, por lo que, en lugar de hacer referencia a dicho control o al bloque de constitucionalidad, lo pertinente sería referirse a un concepto ampliado de Constitución, es decir, de una ‘Constitución material’.

Por otro lado, es apremiante poner de manifiesto que, la clasificación de control abstracto y concreto, también es aplicable al control convencional. Así, el control concreto es el que se aplica en referencia a disposiciones aplicadas en casos específicos y de las cuales ha surgido una violación a la Convención vigente. Mientras que, el control abstracto, se refiere a la aptitud de la Corte Interamericana para examinar normas o leyes que, sin haber sido aplicadas a casos concretos, por su mera configuración anticipan una violación al marco convencional (Villacís, 2018).

Sobre el funcionamiento del SIDH¹¹

El sistema interamericano de protección de derechos funciona bajo la lógica de dos órganos estelares del sistema: Comisión y Corte. Por un lado, la Comisión tiene -en resumen- dos atribuciones importantes a propósito del presente estudio: la primera, consiste en la emisión de informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados de la región; y, la segunda, consiste en una función cuasi judicial que en la que se receptan denuncias, tanto de particulares y colectivos acerca

10. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs Chile. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de 26 de septiembre de 2006.

11. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

de la violación de derechos humanos en los antedichos Estados. Finalmente, examina las peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad (Corte IDH, 2020).

Por otra parte, la Corte ejerce -en resumen- una doble función: contenciosa y consultiva. La primera, le otorga a la Corte la atribución de conocer sobre casos contenciosos, sometidos ya sea por los Estados Parte de la CADH o por la Comisión. Las decisiones de la Corte, en función de esta competencia, son vinculantes para los Estados (León, 2019). En cuanto a su función consultiva, esta tiene como objetivo promover el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en esta materia tienen asignados los diferentes órganos de la OEA (Ventura y Zovatto, 1989).

El carácter jurídico de las OC de la Corte IDH *in genere*

En esta instancia es importante cuestionar, qué tan vinculante es la actuación interpretativa de la Corte Interamericana, asunto que ha encauzado cuantiosas criterios y discusiones relevantes para lo que respecta el ejercicio del control interno de convencionalidad. Para comenzar, es imperioso remitirse la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En virtud de dicho documento, se puede afirmar que, si un Estado en función de su capacidad de autodeterminarse y auto obligarse se convierte en signatario de un tratado internacional, queda sometido a las disposiciones que el mismo reza; deber que, a su vez, encadena el imperativo de acoger el criterio hermenéutico a propósito de la significación y alcance de sus cláusulas, que debe provenir del órgano con la respectiva competencia (Salazar et al., 2019).

En ese sentido, como ya se apuntó anteriormente, la Corte IDH además de ser el órgano jurisdiccional del sistema interamericano, también es el máximo órgano de interpretación convencional. Las disposiciones de la Convención de Viena parecerían poseer el fundamento jurídico suficiente para sostener que las OC tienen carácter vinculante; sin embargo, es necesario recordar que según se estudió anteriormente, la Corte posee una doble función, y cada una de ellas está dotada de una singularidad e intención particulares. Así, es en el mismo estatuto de la Corte donde se encuentran contrapuestas estas dos funciones.

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención (Estatuto de la Corte IDH, 1979, art. 2).

Es fundamental señalar dos cuestiones acerca de la disposición que antecede: primero el estatuto utiliza la denominación 'jurisdiccional' como sinónimo de 'contenciosa', dejando implícita su equivalencia. Así, si se recurre al efecto jurídico de las sentencias en materia contenciosa a las que le hace referencia en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), se evidencia claramente su estatus de obligatorio, pues, la disposición establece claramente que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (CADH, 1969, art. 68). Por tanto, *prima facie* podría concluirse que las OC de la Corte, no tienen la misma fuerza vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa, logrando así que no se las mire como vinculantes, sino tan solo como aclaratorias (carentes de jurisdicción).

Por otro lado, la afirmación que antecede carecería totalmente de validez si se argumentase que el foro que redactó el estatuto hizo un uso estricto del vocablo 'jurisdicción', mas no se refería al término jurisdicción *per se*. En esa línea, autores como Nikken (1999) -ex presidente de la Corte IDH- establecen que tanto en la función contenciosa como en la consultiva la Corte interpreta la Convención y asevera cómo debe propiamente aplicarse. En tales términos, determina lo que es derecho, es decir, ejerce la *iuris dictio*. Asimismo, León asevera que "las opiniones consultivas emitidas por este órgano tienen naturaleza jurisdiccional y, por lo tanto, producen efectos jurídicos para los Estados de la OEA" (León, 2019, p 47).

No obstante, son incuantificables los criterios que deslegitiman el argumento de que las OC son vinculantes para todos los Estados. Así, García (2011) apuesta por otro criterio que invalida los efectos jurídicos generales de las OC para todos los Estados integrantes del SIDH. Este autor sostiene que su fuerza vinculante surge solo respecto de aquellos Estados que la solicitaron. Aparentemente, el criterio suena coherente y racional, pues, al ser un Estado el peticionario del pronunciamiento

del tribunal interamericano, implícitamente estaría prestando su voluntad para sujetarse a la interpretación que la Corte manifieste.

Empero, debemos ser categóricos al señalar que la Convención no dispone literalmente en ninguna de sus cláusulas que una OC sea obligatoria para los Estados o los órganos de la Organización de Estados Americanos que la hayan solicitado, según corresponda, menos aún lo sería para todos ellos. Es absolutamente traslúcido el problema de carácter constituyente que yace en la cuestión, ya que en el momento en que tuvo lugar la redacción del histórico pacto, existió una flagrante negligencia al no señalar expresa y literalmente el estatus jurídico de las OC.

Es también manifiesto que la Corte buscó subsanar dicho vacío a través de la emisión de pronunciamientos ulteriores. Tal es el caso de la OC-15/97¹² en la que la Corte establece que "aun cuando la OC de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables" (Corte IDH, OC-15/97, p 9). Este último vocablo nos remite una vez más al mismo problema hermenéutico y abre un abanico considerable de posibilidades. Muchos doctrinarios han propendido a dilucidar el pleno sentido que la Corte buscó atribuirle a la denominación de 'efectos jurídicos innegables'. Algunos doctrinarios como León (2019) sostienen que estos se entienden como aquel deber de los Estados Parte del SIDH de adecuar a su normativa doméstica los estándares que la Corte interamericana establece en las OC.¹³ También la jurisprudencia ha buscado ocuparse de la cuestión apuntando hacia el esclarecimiento de la difusa denominación de 'efectos jurídicos innegables'. Así, nos permitimos hacer uso del derecho comparado para citar la pericia de la sala constitucional del Estado costarricense (1995) a propósito de una acción de inconstitucionalidad:

En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, (...) debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Causa N° 2313-95, p. 7).

Por otro lado, nunca ha faltado cierto sector doctrinario que sigue nutriendo el debate y que condena enérgicamente la posición de quienes defienden la obligatoriedad de las OC. En esta línea Vio Grossi (2018) -juez de la Corte IDH- afirma que las OC en *stricto sensu* no son de obligatorio cumplimiento y carecen de fuerza vinculante tanto para el Estado peticionario como para los demás miembros del SIDH, argumentando que el tribunal interamericano nunca ha decretado que sus OC son de forzoso cumplimiento ni para el solicitante ni para el resto de signatarios. De la misma manera, tampoco la doctrina edificada en estas décadas de funcionamiento del tribunal posibilita afirmar con propiedad que las OC del sistema interamericano ostenten *per se* fuerza vinculante. Todo esto a pesar de su evidente valor jurídico.

Por último, es menester referirnos a la OC 24/17, una de las piezas jurídicas más relevantes en la última década en la región y, sin duda, trascendental en la historia constitucional ecuatoriana. La Corte se expresa en los siguientes términos:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humano (Corte IDH, OC-24/17, p 14).

12. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos

13. Art 1.1 CADH

De esta manera, el tribunal no hizo otra cosa que recordar lo ya expresado dentro de su OC-21/14, precisando que, conforme a Derecho Internacional (en adelante DDII), los Estados que forman parte de la CADH están obligados a respetar el tratado -incluyendo sus poderes judicial y legislativo- de tal manera que cualquier vulneración de lo allí establecido, por cualquiera de dichos órganos desemboca en responsabilidad tanto nacional como internacional para el Estado (Corte IDH, OC-21/14); consecuentemente, dentro del país, se debería realizar el correspondiente control de convencionalidad, basado tanto en la competencia contenciosa como consultiva de la Corte

Si se acepta que las OC tienen carácter vinculante, se provoca que el control de convencionalidad interno sea llevado a cabo también tomando en cuenta las OC de la Corte, particular que resultó crucial dentro del proceso que desembocó en la sentencia que dio paso a la legalización del matrimonio igualitario en el Ecuador, pues, su máximo órgano de interpretación constitucional determinó que las OC forman parte del bloque de constitucionalidad, figura en virtud de la cual pasan a ser de directa e inmediata aplicación al otorgar derechos más favorables que la misma Carta Fundamental.

Empero, el fallo de la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido criticado por una parte importante de la doctrina, la cual establece que, para formar parte del Bloque, la naturaleza de las OC debe ser la de un 'instrumento internacional de derechos humanos'; en este sentido, una vez que ya se ha resuelto la condición de las OC *in genere*, es menester para nuestro estudio resolver su estatus dentro del contexto jurídico ecuatoriano.

¿Son vinculantes las OC de la Corte IDH para el Estado ecuatoriano?

La Constitución vigente del Ecuador se caracteriza por su tinte eminentemente garantista y su particular y holística concepción de los derechos. Así, aunque la Corte IDH ha configurado sus lineamientos y ha intentado esclarecer los efectos de las OC, la Constitución ecuatoriana no determina con claridad los documentos jurídicos internacionales que deben ser considerados por los órganos competentes para su aplicación directa e inmediata; o para realizar el respectivo control normativo. Si bien, la obligatoriedad de las OC ha quedado sentada en la sentencia del matrimonio igualitario, su condición despertó uno de los debates jurídico-constitucionales más peculiares -sin precedentes en la jurisprudencia constitucional del país- que será objeto de análisis en el presente acápite.

Para empezar, hay que señalar que el Ecuador forma parte de la corriente monista del DDII, lo cual, implica que una vez que el Estado ha suscrito, aprobado y ratificado un instrumento internacional; este hace parte del ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, es norma de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier juez de la República. En ese sentido, es menester definir uno de los conceptos más relevantes para el estudio- bloque de constitucionalidad- que es abordado con mucha pericia por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-225/95, de mayo de 1995.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderamente principios y reglas de valor constitucional (Corte Constitucional de Colombia, causa C-225/95, p. 45).

En cuanto al caso ecuatoriano, dada la particular morfología de su historia constitucional, es imperativo apartarse de la definición precedente para intentar esbozar un concepto que encaje con sus peculiares características. Entonces, el bloque de constitucionalidad ecuatoriano puede entenderse como lo concibe Pérez (2019) quien lo define como una institución jurídica de índole jurisprudencial que abarca los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario propios del sistema universal de protección de los derechos humanos, carente de prescripción normativa o determinado tácitamente en la carta constitucional, siendo utilizado por los jueces como ficción jurídica por medio de los métodos de interpretación y la asistencia de las técnicas de remisión, con la finalidad de completar o expandir el contenido de los derechos fundamentales.

Así, habiendo dilucidado una definición bastante próxima de lo que podría entenderse como el bloque de constitucionalidad, es necesario realizar un examen exhaustivo del articulado constitucional que consagra esta institución jurídica; en el caso ecuatoriano se trata de las disposiciones

11.3 y 426¹⁴ de la Constitución de Montecristi. Estas cláusulas pueden prestarse para un potencial análisis, empero lo que resulta fundamental para el estudio reside en la denominación de 'instrumento internacional'.

El constituyente ecuatoriano escogió la denominación 'instrumento internacional' antes que a otras denominaciones como 'convenio' o 'tratado', ampliando el listado de documentos jurídicos internacionales que deben considerarse vinculantes para el Estado ecuatoriano y, por ende, objeto de control de convencionalidad. Sin embargo, la materia en la que nos adentramos es estrictamente técnica, y para dilucidar finalmente la condición de las opiniones consultivas, es menester primero, dilucidar con absoluta circunspección el alcance de la denominación 'instrumento internacional'.

Si recurrimos al artículo segundo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -precepto en el cual se enuncia la definición de 'tratado'-, se puede notar que se deja abierto el margen de discrecionalidad a cualesquiera denominación que se le quiera dar, siempre y cuando se ajuste al concepto planteado. En esta línea, debe entenderse por tratado a un "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*" (Convención de Viena, 1969, art. 2). [énfasis añadido].

Sin embargo de lo antedicho, el constituyente de 2008 prefirió el término 'instrumento internacional', abriendo paso a una ambigüedad patente acerca de qué es lo que se entiende inmerso dentro de esta denominación, especialmente, en lo que respecta a las interpretaciones autorizadas de los organismos internacionales como la Corte IDH tales como las OC; es así que dentro de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, se busca definir el alcance de dicha locución. En la sentencia el presidente de la Corte se aparta determinadamente del criterio del juez ponente, estableciendo en su voto salvado elementos de convicción que objetan la consideración de la OC como instrumento internacional.

El juez constitucional Hernán Salgado, se sostiene en el criterio de Decaux y Frauville (2008) plasmado en su Tratado de Derecho Internacional Público, donde se asevera que existen dos elementos constitutivos en un tratado internacional, el denominado 'instrumento' o *instrumentum* que constituye el componente formal, en contraposición al *negotium* -elemento material- que se refiere al contenido del acuerdo. Salgado (2019) se refiere en los siguientes términos a las OC:

De allí que las OC, al ser un pronunciamiento de la Corte IDH dentro de procedimientos no contenciosos, no pueden ser consideradas como "instrumentos" según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), debido a que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional (Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado de la Causa No. 11-18-CN/19, p. 14).

Prima facie, podría creerse que el potente argumento que presenta el presidente de la Corte Constitucional podría ser contrastado por el argumento de la legitimación democrática que plantea el juez ponente; no obstante, nos apartamos categóricamente de este último criterio.

Las opiniones consultivas gozan de particular legitimación democrática porque, antes de emitir su opinión, de acuerdo con el Reglamento de la Corte (artículo 62.1), se notifica a todos los Estados parte de la CADH, a cualquier persona para que participe por escrito y en audiencia, y se hace un análisis exhaustivo del corpus iuris de derechos humanos sobre el tema de la consulta (Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 11-18-CN/19, p. 11).

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

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

Art. 426.-Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (Constitución del Ecuador, 2008, arts. 11.3, 426).

La argumentación que antecede es, sin duda, forzada, porque aunque el juez ponente cumple su cometido de demostrar que las OC gozan de cierto consentimiento otorgado por los Estados, de ninguna forma puede decirse que exista *stricto sensu* el segundo elemento constitutivo de los tratados: el *negotium*. En ese sentido, siguen pareciendo más atractivos aquellos argumentos que se inclinan por que la denominación de 'instrumentos internacionales de derechos humanos' abre paso a la directa aplicabilidad no solo de pactos o convenciones, sino de otra especie de instrumentos, como son las interpretaciones auténticas de la CADH.

Finalmente, es imprescindible referirnos a las OC que han sido consideradas como vinculantes por la Corte Constitucional en otras causas, a efectos de aportar al lector más elementos de juicio que le permitan dilucidar un criterio propio acerca de la naturaleza de las OC en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ejemplificar lo antedicho, se pueden revisar las sentencias No. 003-14-SIN-CC, No. 064-15-SEP-CC y No. 019-16-SIN-CC, en las cuales, se acoge el criterio de la Corte IDH plasmado en las opiniones consultivas: OC-5/85¹⁵, OC-21/2014¹⁶ y OC-17/2002¹⁷ respectivamente. En estas últimas, puede evidenciarse claramente que la misma Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado interpretaciones autorizadas de la Corte IDH en sus OC, es decir, otorgándoles el carácter de vinculantes. Así, ¿puede entonces decirse que poseen un carácter vinculante de *facto* más no de *iure*?

Conclusiones

La sentencia del matrimonio igualitario ha precisado cuestiones técnico-jurídicas trascendentales en lo que se refiere al bloque de constitucionalidad y su control normativo. La conclusión del estudio precedente podría ser predecible y banal si aseveramos que simple y llanamente al bloque de constitucionalidad ecuatoriano lo conforman todas las normas que deriven de la dignidad del ser humano, indistintamente de que su origen sea en el *hard law* o *soft law*, fundamentándonos en que el constituyente simplemente prefirió ampliar el campo de protección de los derechos humanos al utilizar la denominación de 'instrumento internacional'. En ese sentido, aunque ratificamos el criterio que sostiene que el bloque de constitucionalidad en el contexto jurídico ecuatoriano ya no debe entenderse solo como aquella extensión del texto constitucional constituida por tratados y convenios, sino ampliando a otros tipos de instrumentos internacionales -que no han sido taxativamente enunciados ni por la misma Corte Constitucional ni por la doctrina-, disidimos en creer que cualquier norma puede formar parte del bloque siendo indiferentes a su proceso de creación y aprobación. Por ello, la condición jurídica de las OC tuvo que haberse dilucidado por un desarrollo jurisprudencial ulterior, como en efecto, se hizo en la sentencia del matrimonio igualitario.

Así, las OC son vinculantes para el Estado ecuatoriano por ninguna otra razón sino por la que sostiene que estas hacen parte del *corpus iuris* internacional de derechos humanos, pues, dentro de la Convención Americana se contempla a la Corte y a la Convención como los órganos garantes del instrumento convencional, y a la interpretación que haga la Corte respecto del instrumento. Entonces, la Convención no es solo lo que esta establece literalmente en su texto, sino también lo que la Corte deduce de este; es decir, que la Corte es el intérprete auténtico y vinculante del instrumento convencional, en tal sentido, no es aplicable solo para el Estado consultante de la OC, sino para todos los Estados que hacen parte del sistema interamericano. Por tanto, adoptan el carácter de vinculantes y de directa aplicación, aunque esto no implique que, de *iure* y por naturaleza posean tal cualidad. Lo anterior, sin duda se traduce en una transformación directa en la comprensión del bloque de constitucionalidad y en la dinámica del control convencional en el Ecuador.

15. Para definir la naturaleza de los derechos a la libertad de expresión y a la rectificación (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 003-14-SIN-CC).

16. Con el fin de desarrollar el contenido de los derechos de los niños y niñas (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 064-15-SEP-CC).

17. Al determinar el alcance del derecho a la igualdad y sus límites (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 019-16-SIN-CC).

Referencias Bibliográficas

- Causa N° 2313-95. (1995, 9 de mayo). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (Solano Carrera, M.P) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/2844.pdf>
- Charry, J. (1993). *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*. Banco de la República
- Constitución del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo, 1969, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Corte IDH. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABC_CorteIDH_2020.pdf
- Decaux, E., Frauville, O. (2008). *Droit International Public*. Dalloz.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos humanos. (1979, octubre). Asamblea General de la OEA. Artículo 2. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5(28), 123-159. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&tlng=es
- Idrovo, D. (2015). *El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuestas para su implementación efectiva*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4463/1/T1591-MDE-Idrovo-El%20control.pdf>
- Intriago, A. (2016). *El control constitucional en Ecuador*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4765/1/T1777-MDP-Intriago-El%20control.pdf>
- Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Trad.; 2a ed.). Editorial Porrúa.
- León, M. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" para el Estado ecuatoriano *FORO: Revista de Derecho*, (32). 43-60. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1256>
- López, S. (2019). El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista Iuris*, 1(17), 119-135. <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2419>
- Nikken, P. (1999). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [memoria]. Seminario El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Tomo 1, San José, Costa Rica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>
- Opinión Consultiva OC-15/97. (1997, 14 de noviembre). Corte interamericana de derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-21/14. (2014, 19 de agosto). Corte interamericana de derechos humanos. <https://www.acnur.org/es-es/5b6ca2644.pdf>

Opinión Consultiva OC-24/17. (2017, 24 de noviembre). Corte interamericana de derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Ovalle, J. (2012). La influencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno de los estados latinoamericanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (134). <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a5.pdf>

Pérez, P.B. (2019). *El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6616/1/T2843-MDP-Perez-El%20bloque.pdf>

Pulido, F. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 14 (27). <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038012.pdf>

Salazar, D., Ordoñez, A., Cruz, C., Guevara, M., Mesías, M. (2019). La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 123-143. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>

Segado, F. (2010). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. En F. F. Segado (Ed.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Bolonia: Centro de Estudios Constitucionales y Serie de Conferencias de Desarrollo Democrático.

Sentencia No. 019-16-SIN-CC. (2014, 17 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.fundamedios.org.ec/wp-content/uploads/2015/05/003-14-SIN-CC.pdf>

Sentencia No. 019-16-SIN-CC. (2016, 22 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e34d25a5-cc11-4d06-b9d4-9d33af4c7a63/0090-15-in-sen.pdf?guest=true>

Sentencia No. 064-15-SEP-CC. (2015, 11 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e9de9c4a-933d-4924-b2e9-fa44513d3ce7/0331-12-ep-sen.pdf?guest=true>

Sentencia No. 11-18-CN/19. (2019, 12 de junio). Corte Constitucional. (Ramiro Ávila Santamaría, M.P). <https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf>

Sentencia No. C-225/95. (1995 18 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (Alejandro Martínez, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Sentencia No. 1116-13-EP/20. (2020, 18 de noviembre). Corte constitucional del Ecuador. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnL-CB1dWlkOic5Y2ZmZjhmYi05Mzg4LTRhMzMtOGNkZC05Mzk2Zjg2NmQyMzkucGRmJ30=

Tomás y Valiente, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC.

Ventura, M., Zovatto, D. (1980). *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1a ed.). Civitas. https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf

Villacís, H. (2018). El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador. *Revista San Gregorio*, (26), 84-91. <https://dx.doi.org/10.36097/rsan.v1i26.501>

Vio, E. (2018). La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 200-214. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7175015.pdf>

Yépez, N., Guerra, M., Storini, C. (2019). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 7-25. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1256>



Alternativas frente al tráfico y consumo de sustancias: Un criterio desamparado por el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano

J. Sebastián Ordóñez Inga¹

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo exponer el tratamiento penal relativo al consumo y tráfico ilícito de estupefacientes, desde la óptica de la prevención, siendo este el estandarte que debe guiar el actuar del Estado para cumplir con el objetivo de no criminalizar el consumo de estupefacientes, al ser este un problema de salud pública; también, pretende exponer desde la dogmática jurídico-penal, los argumentos que nos permiten comprender que tanto el consumo como el tráfico, pueden ser resueltos mediante alternativas a la mera punición. El proponer alternativas a la mera punición del consumo y microtráfico es urgente, ya que este ejercicio desproporcionado del poder punitivo es una de las principales razones de la crisis que afronta el sistema penitenciario; si bien el Ecuador ha demostrado su capacidad en proponer nuevos enfoques, su carácter contradictorio lo ha llevado a retroceder en la búsqueda de un nuevo paradigma sobre el tratamiento del fenómeno socio económico que son las drogas.

Palabras Clave

Alternativas, Dosis Personal Mínima, Consumo, Finalidad de la Pena, Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Abstract

The objective of this article is to present the criminal treatment related to the consumption and illicit trafficking of drugs from the perspective of prevention, being this the standard that should guide the actions of the State to comply the objective of not criminalizing the consumption of narcotics, being this a public health problem. It also aims to present from the legal-criminal dogmatics the arguments that allow us to understand that both consumption and trafficking can be solved through alternatives to mere punishment. Proposing alternatives to the mere punishment of consumption and micro-trafficking is urgent because this disproportionate exercise of punitive power is one of the main reasons for the crisis facing the prison system. Although Ecuador has demonstrated its ability to propose new approaches its contradictory nature has led it to regress in the search for a new paradigm on the treatment of the socio-economic phenomenon of drugs.

Keywords

Alternatives, Personal Minimum Dose, Consumption, Purpose of the Penalty, Illegal Drug Trafficking.

1. Abogado de los Tribunales de Justicia de la República por la Universidad del Azuay. Asociado Senior del Estudio Jurídico: *Vignolo Barzallo*. Coordinador de Proyectos y Asesoría Jurídica en Corporación CORPOSERIN-DE Cía. Ltda. s.ordonez@vignolobarzallo.com

Introducción

El Ecuador, como varios países de la región, sufre los estragos que ocasiona el fenómeno socioeconómico de las drogas, frente al cual se vuelve imperioso redireccionar los esfuerzos y mecanismos, tanto políticos como jurídicos, que combaten al tráfico ilícito de sustancias. Para analizar este particular, desde la óptica del Derecho Penal, es necesario comprender las limitaciones que tiene el aparataje punitivo del Estado y así entender cuáles son sus fines para poder plantear nuevas alternativas al encarcelamiento por delitos relacionados con las drogas, mediante mecanismos que no son novedosos hoy en día, pero, esbozan soluciones para afrontar la crisis carcelaria que mantiene el Ecuador.

Nuevamente debemos referirnos al debate internacional entre prohibición y prevención, sus razonamientos, los cuales, han generado diversas consecuencias a lo largo de los años, pues, siempre serán las bases que guíen cualquier política o reforma jurídica; es así como este tema no ha sido tratado desde ninguna esfera distinta a la criminal, pese a que la Constitución determina al problema del consumo como una afectación a la salud. Mientras las políticas criminales y la legislación no se adecúan con la finalidad de la prevención, se seguirá combatiendo con un arsenal desmedido, cuando no se entiende lo que se combate cualquier medida es insuficiente, cualquier medida es excesiva.

Por lo tanto, es relevante estudiar el deficiente desarrollo que ha tenido la legislación y política criminal ecuatoriana respecto al tráfico ilícito de sustancias para tener un panorama de los mecanismos que pueden producir resultados y cuáles han sido sus errores. Este análisis conduce a la promulgación de un nuevo paradigma penal, un tratamiento penal distinto que tiene por objetivo garantizar y proteger bienes jurídicos de la sociedad, sin olvidar la resocialización de las personas condenadas, este es el mecanismo que permite, a la par de las garantías, una disminución de los conflictos sociales y un límite al poder punitivo (Ferrajoli, 2006), para plantear alternativas al encarcelamiento como el no ingreso al sistema penitenciario, entender al consumo como un problema de salud y no de seguridad, y reconocer la importancia de mantener regulada de manera eficaz la dosis personal mínima o de consumo personal.

Desarrollo de la legislación y política ecuatoriana respecto al fenómeno socioeconómico de las drogas

El Ecuador es un país contradictorio, pese a no ser considerado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos como un país productor de coca como sus vecinos Colombia, Perú y Bolivia (Paladines, 2016), ha adoptado las directrices internacionales represivas, impulsadas por la afamada *War on Drugs*, políticas que influyen hasta la fecha en Latinoamérica.

El origen del problema radica en identificar nuestra propia realidad frente a este fenómeno, ejemplo de esta falencia se evidencia en entender cómo la información estadística sobre el consumo de drogas era casi inexistente para 1988, año en donde se realizó la investigación *El Consumo de Drogas en el Ecuador: Una aproximación Cuantitativa* considerada como la primera investigación cuantitativa confiable (Andrade, 1991), varios años después de que el país encuadre su normativa a las directrices internacionales.

Desde este sometimiento se aceptó que el fenómeno del consumo de drogas responde a un tema de seguridad, llevando el consumo al campo penal, al prohibicionismo, este tratamiento genera una retórica sobre las políticas públicas, retórica secuestradas por el poder punitivo, la cual, establece que todo consumidor es dependiente y todo dependiente es un criminal. Sin embargo, la nueva Constitución parecía establecer un nuevo hito al determinar en su texto que las adicciones deben ser tratadas como un problema de salud pública, la prohibición de criminalizar al consumo de sustancias ilícitas, además de reconocer los diferentes tipos de consumo, siendo necesarios tratamientos diferenciados, de igual manera la nueva normativa creada con el propósito de cumplir con lo establecido en la Constitución; incluso, podemos referirnos al indulto conocido como 'Indulto a las mulas del narcotráfico', estos sucesos permitieron que el país sea considerado un precursor respecto a la formulación de alternativas en la región y reconocido por la Organización de Estados Americanos en su informe de 2015, *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*.

Lamentablemente, este nuevo paradigma no llegó a consolidarse y mediante varias reformas, resoluciones y decretos se volvió al enfoque del prohibicionismo, nuevamente se volcó todo el aparataje punitivo del Estado no únicamente hacia los consumidores, sino también sobre los micro traficantes, aumentando desproporcionadamente las penas para mínima y mediana escala de tráfico de sustancias, reafirmando el carácter contradictorio del Ecuador.

Reforma y Finalidad de la pena del tipo penal: Tráfico ilícito de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización

Al encontrarnos bajo una concepción de Derecho Penal de acto y no de autor, el poder punitivo del Estado sanciona a la persona que realiza una determinada conducta y cuya responsabilidad se comprueba; para el razonamiento del presente artículo, es preciso establecer cuál sería la finalidad de esa pena que sanciona dicha conducta.

Para determinar una pena es primordial entender su fundamento, el cual, vincula al delito con la pena como su consecuencia natural, es el Derecho Penal el encargado de reprimir aquellas conductas que violentan bienes jurídicos protegidos y reafirmar el ordenamiento jurídico quebrantado, así se racionaliza mediante un proceso, la facultad punitiva del Estado; sin embargo, no se debe confundir el fundamento de la pena con su finalidad, puesto que, se entendería a la pena como una respuesta vacía frente a una acción, por lo que para proponer alternativas a la mera punición, debemos comprender la finalidad entendida a partir de la doctrina.

Las teorías unificadoras de la pena son aquellas que conciben que la pena debe ser impuesta para garantizar la protección de bienes jurídicos y a la norma; pero, la mera imposición no puede ser su finalidad, ese fin es la prevención, influyendo sobre la sociedad de manera colectiva, así como la resocialización de las personas procesadas.

La mayoría de la doctrina, con el maestro Roxin a la cabeza, se decantan por la teoría unificadora preventiva o teoría de la prevención general positiva. Esta teoría plantea que el único fin de la pena es la prevención, pues, la pena solo se justifica cuando esta pretende proteger la libertad individual y un orden social, para lo cual, la prevención general como la individual deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, 2009), por lo que esta teoría actuaría en tres momentos; un primer momento, de prevención general, en donde se amenaza a la sociedad, haciéndole saber cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias; un segundo momento, en donde la pena se la determina e impone para reafirmar a la sociedad las consecuencias de los delitos; y, un último momento, que sería la ejecución de la pena, la cual, debe pensar en la resocialización del delincuente y su reinserción en la sociedad.

Es evidente que Ecuador sigue la teoría de la prevención general positiva, podemos analizarlo en la Constitución, en donde se desarrolla el sistema nacional de rehabilitación social, siendo su objetivo principal la resocialización de las personas privadas de la libertad. Bajo el mismo razonamiento, el Código Orgánico Integral Penal establece que la finalidad de la pena será la prevención general para la comisión de delitos, la rehabilitación de las personas condenadas y la reparación a la víctima; excluyendo toda posibilidad de una teoría retributiva especial siendo concordante con la prohibición de criminalizar el consumo de sustancias. Tomando en cuenta lo expuesto sobre la finalidad de la pena, no es lógico sancionar desproporcionadamente a los micro traficantes, mucho menos a los consumidores, porque no se alcanzaría esa resocialización al ingresarlos al sistema penitenciario; únicamente, se reafirma la represión en contra de cualquier individuo que tenga relación con las drogas.

Mediante las reformas al Código Orgánico Integral Penal, vigentes desde junio de 2020, se nota que no se ha trastocado el fondo del tipo, es elogiable el esclarecimiento en cuanto a su redacción y siendo este un tipo penal complejo, se ha logrado una mejor comprensión de su naturaleza, la doctrina jurídico-penal denomina a estos tipos como tipos penales incongruentes.

El tipo penal es una figura conceptual que tiene un esquema complejo, posee un aspecto objetivo y otro subjetivo, llámense elementos descriptivos y normativos los primeros, mientras que, su aspecto subjetivo se enfoca en el dolo y la culpa, esto a rasgos generales; por lo tanto, la congruencia del tipo penal plantea que debe existir armonía entre la esfera objetiva y la esfera subjetiva del tipo. El principio general será que el tipo objetivo se encuadre dentro de lo que el autor piensa y ejecuta, lo que es abarcado por el tipo subjetivo, así serán congruentes y paralelos (Maurach & Zipf, 1994). Por lo tanto ¿Qué debe de entenderse por congruencia de los tipos penales?

Empero, cuando esta congruencia objetivo-subjetiva se encuentre alterada, concurren los tipos incongruentes de los cuales se destacan dos clases; la primera, es cuando el tipo subjetivo sobrepasa los presupuestos del tipo objetivo, es decir, la voluntad del autor se sobrepone al dolo y lo rebasa. Donna menciona ciertos casos en los que sucede esta eventualidad, los que merecen nuestra atención son los llamados delitos de intención que exigen al autor una finalidad que exceda claramente al dolo, en palabras del jurista:

Se trata de tipos penales mutilados en varios actos, donde el tipo exige una acción inicial que esté dirigida a un actuar posterior. Dicho de otro modo, son casos en los que el hecho es querido por el agente como un medio para la obtención de otro fin (Donna, 2008, p. 386).

La otra clase de tipos penales incongruentes son los que el tipo objetivo supera al tipo subjetivo, llamados delitos calificados por el resultado, como ocurre en el caso del homicidio preterintencional, donde se exige que el dolo alcance un primer resultado, pero, el tipo objetivo requiere la producción de otro resultado, más grave; en el ejemplo el autor ejecuta su acción con el fin de causar un daño en el cuerpo, pero, el tipo objetivo exige como condición la muerte de la víctima (Donna, 2008). Por lo tanto, el tráfico ilícito de sustancias es un tipo incongruente, ya que requiere incurrir en cualquiera de los verbos descriptivos del tipo y, adicionalmente, es necesaria la voluntad de traficar o comerciar con sustancias estupefacientes.

En la actualidad, el delito por tráfico ilícito de sustancias se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será sancionada (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, p. 74).

Al modificarse la redacción, permite una comprensión acertada de la naturaleza de este tipo penal; para procesar a una persona, a más de incurrir en cualquiera de los verbos descriptivos, se requiere que esta conducta tenga por finalidad el comercio o tráfico propiamente dicho de las sustancias; partiendo desde la dirección final de su autor podemos esgrimir si su voluntad se ajusta al tipo penal, más allá de la cantidad de sustancia, razonamiento también acogido por la reforma. Es pues, la dogmática jurídico-penal quien nos otorga, desde el estudio del tipo penal, el fundamento diferenciador entre consumo, posesión y tráfico.

Una desamparada resolución administrativa la 001 CONSEP-CO-2013, ha permitido a jueces y tribunales no sancionar a los consumidores, sin embargo, dicha resolución es obsoleta, por no apegarse a la realidad que mantiene el país frente al consumo de sustancias; esta es una simple resolución administrativa, mientras que, el COIP se refiere a toda una normativa que permita el desarrollo de la dosis personal mínima, solamente con la creación y desarrollo de una legislación que concrete la dosis de consumo personal mínimo, apegada a la realidad que afrontan los consumidores, permitirá diferenciar a consumidores de traficantes, impidiendo que las personas más vulnerables ingresen al sistema penitenciario.

Es también la jurisprudencia quien desarrolla el tratamiento penal del tráfico de sustancias; mediante la sentencia 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia se ha resuelto acabar con el criterio draconiano de acumulación al incurrir en el tipo penal mediante varias sustancias estupefacientes, criterio que estuvo vigente desde el 2015 y que ocasionó estragos en la lucha por la prevención. Empero, dicha resolución en cuanto a su contenido jurídico no es correcta, puesto que, se establece un criterio de aplicación de concurso ideal de delitos, cuando en realidad al incurrir en este tipo penal, se comete uno solo y no dos como lo requiere la teoría del concurso de delitos; de cualquier manera, aquello es asunto de otro análisis, pero, es importante recalcar la importancia que ha tenido esta resolución para corregir los problemas prácticos ocasionados por los anteriores criterios.

Alternativas al encarcelamiento: Legislación comparada y dosis personal mínima

Para plantear una reforma legislativa o política pública, el pilar fundamental que se debe seguir no es otro que la prevención, una verdadera prevención del consumo de estupefacientes, así como una auténtica prohibición de criminalizar al consumo. Pues bien, ahora se esgrimirán algunas propuestas del autor que, si bien, no están exentas de equivocaciones, para evitarlas, es necesario la investigación y estadística de todo el espectro del fenómeno de las drogas, así como estudios que permitan acoplar estas alternativas a la realidad del Ecuador.

Como primer punto, es necesario referirse a la última normativa sobre el tema: la Ley Orgánica Contra el Consumo y Microtráfico de Drogas. A rasgos generales, esta ley pretende 'erradicar el consumo' objetivo retrogrado y rancio en cuanto a su contenido; será este objetivo el que guíe el

actuar de los gobiernos autónomos descentralizados, impidiéndolos optar por enfoques distintos a la prohibición del consumo, particularmente, en espacios públicos. También se plantea el uso de los cuerpos de seguridad municipales o metropolitanos para la aprehensión de personas, en donde se asume, a simple vista, la posesión como delito flagrante de tráfico de estupefacientes, hecho que no haría más que incrementar el número de procesados y sentenciados por delitos menores relacionados con drogas.

Lo más preocupante es que, mediante la falaz 'protección de nuestros jóvenes', se establece una intromisión en su privacidad, mediante su control y vigilancia; pero, en cuanto a la educación y planes de prevención, cabe la duda en saber cuál será el enfoque utilizado para los planes de formación y comunicación, pues, sabemos que, si se utiliza una retórica prohibicionista, no existirán alternativas, ya que esta ley se aprovecha de la oscura y frágil frontera entre consumo, posesión y tráfico (Paladines, 2020).

En conclusión, el motivo de criticar de manera muy general a esta ley es porque no crea o fija metodología alguna sobre el consumo o tratamiento al microtráfico; la única narrativa que existe es el prohibicionismo policial y mediático, siendo un ataque claro al uso de drogas, es decir, un eufemismo para atacar a los usuarios y consumidores, sin interesarse por una distinción en cuanto a los tipos de consumidores. Al no plantearse alternativa alguna, ese nuevo paradigma sobre el tratamiento del fenómeno de las drogas, cada vez, se siente más lejano.

Le corresponde a la academia e investigadores proponer, plantear y esbozar estas alternativas y mecanismos que puedan solucionar los problemas vinculados al consumo, reducir el número de nuevos consumidores, impedir que tanto consumidores como personas procesadas por delitos menores -como el microtráfico en mínima y mediana escala-, ingresen al sistema penitenciario y sigan siendo capital humano para las organizaciones criminales. No son alternativas novedosas, sino mecanismos que generan soluciones en cuanto al tratamiento penal sobre el fenómeno de las drogas.

Desde el campo jurisprudencial se debe difundir la sentencia 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia, que establece que mediante la aplicación del principio de favorabilidad reduciría o, incluso, liberaría a personas que han sido sentenciadas mediante el criterio absurdo y draconiano de acumular penas por contar con varios tipos de sustancias en el cometimiento del tráfico ilícito de estupefacientes. Esta labor corresponde a abogados, defensoría pública y jueces; esto permitiría investigar cuántas personas se beneficiarían y entender qué consecuencias generaría la liberación de procesados relacionados con microtráfico en mínima y mediana escala, pudiendo ser este un proyecto de indulto, como lo fue el indulto a las mulas del narcotráfico en 2008 (OEA, 2015).

Así mismo, la sentencia 7-17-CN/19 de la Corte Constitucional, refiere a una consulta de constitucionalidad, en donde se establece que las tablas para determinar el tráfico ilícito, así como el consumo de estupefacientes, son referenciales:

...en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso (Sentencia 7-17-CN/19, 2019, p. 6).

Quedará por analizar las consecuencias de esta sentencia que resulta una herramienta para la defensa de personas procesadas, en las que su actuar se encuentra en el límite entre posesión, consumo y microtráfico, pues, no sabemos si este razonamiento haga eco en la mayoría de jueces que aún mantiene ese modelo represivo en sus resoluciones judiciales, siendo esta sentencia un mecanismo que efectiviza la prohibición de criminalizar el consumo, criterio acogido en las últimas reformas al COIP.

Por lo tanto, es necesaria una reforma integral en el razonamiento legislativo ecuatoriano, dicha reforma, debe fundamentarse en una diferenciación clara entre consumo y tráfico; posesión y microtráfico es una tarea compleja, pero, ese es el propósito de esgrimir alternativas a la mera punición. Se debe iniciar con una reducción de las penas para el microtráfico, es decir, tráfico de mínima y mediana escala (Paladines, 2016), puesto que, si se pretende cumplir con una rehabilitación

integral, no se puede aspirar a mantener encerradas desproporcionadamente a las personas que, por tener un desliz normativo, quedan señaladas por la sociedad. Así mismo, una reforma integral permite al aparataje punitivo del Estado, tener clara la diferencia entre la posesión y microtráfico, hecho que deberá repercutir en los cuerpos de seguridad y en su tratamiento frente a estos conflictos.

Estos puntos son claves para el éxito de la reforma, la distinción de sustancias y la categorización de consumidores; ambas ideas responden a la lógica de tratar el tema desde la óptica de la salud. Si supiéramos diferenciar los estupefacientes que alteran y dañan en distinta medida a la salud, podríamos enfocarnos en aquellos que mayor riesgo producen; así mismo, si nos tomamos en serio el asunto de la rehabilitación, sabremos que al conocer los tipos de consumidores que existen se pueden generar distintos tratamientos. Estos consumidores pueden ser de uso libre, experimentales, ocasionales, habituales o problemáticos (Paladines, 2020), por lo que sabiendo de qué sustancia son consumidores, se brinda un tratamiento penal distinto. Con la diferenciación de sustancias y tratamientos a los distintos tipos de consumidores, también se pueden crear mecanismos que impidan el ingreso al sistema penitenciario o que suspendan procesos ya iniciados por delitos menores relacionados con las drogas.

Cuando pensamos en alternativas, uno de los países precursores en plantear enfoques distintos es Holanda, quien ha preferido la prevención ante la represión; esto se puede evidenciar en sus políticas y no es correcto, como el imaginario colectivo suele creer, que en los Países Bajos las drogas se encuentran legalizadas. Holanda parte de una distinción al tráfico de sustancias, en su Ley del Opio (*Opiumwet*), vigente desde 1928, se distingue entre drogas duras y drogas blandas (Staten-Generaal Países Bajos, 1928); se considera que las drogas duras causan mayor riesgo a la salud que las drogas blandas y optan por una política de prevención ante estas, es así como se puede normar de manera distinta el tráfico y consumo de estupefacientes, tolerando la tenencia de cannabis para consumo propio, hasta 30 gramos, y no calificándolo como delito sino como falta; además permite a las denominadas *coffeeshops*, cafeterías en donde la venta de cannabis y hachís es permitida, siempre y cuando, se sigan las condiciones estrictas establecidas por el gobierno; como no publicitar su venta, vender un máximo de cinco gramos a cada persona en un día, no servir alcohol, etc. (Gobierno Central de los Países Bajos, 2019).

El resultado de esta política es conseguir que los consumidores no entren en contacto con las drogas duras y sus repercusiones; también, minimizar la demanda de drogas y minimizar los riesgos que implican el consumo. Es así como la política holandesa tiene por objetivo la prevención del consumo de drogas y la reducción de los riesgos que acarrear al consumidor (Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores, 2008). Esta propuesta, desde la distinción de las sustancias ilícitas, permite plantear soluciones que eviten que el consumidor sea confundido por un micro traficante e ingrese al sistema penal, evitando criminalizar el consumo, pero, sobre todo, permite que el gobierno se centre en combatir a los medianos y grandes agentes del narcotráfico, problema que enfrenta nuestro sistema penitenciario, el cual, se encuentra sobrecargado, colmado de consumidores y de micro traficantes que deben afrontar penas desproporcionales; esta medida conjuntamente con una reducción en las penas de mínima y mediana escala seguramente produciría resultados positivos.

Otro país que ha propuesto alternativas es Alemania, en el Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch - StGB*), el cual, su última reforma la vio en 1998. En ningún lugar se encuentra al tráfico de sustancias tipificado como delito sino que poseen una ley particular para el efecto, la Ley de Estupefacientes de Alemania (*Betäubungsmittelgesetz - BtMG*); en esta ley se regula tanto las definiciones correspondientes a la materia, los procedimientos de autorización, delitos y faltas, al igual que el sistema de rehabilitación de los delincuentes dependientes.

Ahora bien, la similitud que compartimos con la normativa alemana es la de prohibir la criminalización del consumo y la punición por compra o posesión; prohibición que llega a ser real por los mecanismos que prevé esta ley, ya que en Alemania, la posesión para uso personal que no afecte a terceros es sancionada como falta y no como delito, lo cual, permite que el consumidor no ingrese al sistema penal, cabe detallar es que en esta ley se establece una proporcionalidad idónea de acuerdo al delito o falta que puede ser desde multas, hasta la pena privativa de libertad (Stöver, Michels, Werse, & Pfeiffer-Gerschel, 2019).

La sección 29 de la *BtMG*, establece una pena privativa de libertad de hasta cinco años a quien cultive, fabrique, comercie, comercialice, importe, exporte, venda, compre, entregue, distribuya o adquiera, por cualquier modo, cualquier narcótico (Bundestag, Parlamento Federal de Alemania, 1981); es apreciable que, en el sistema penal alemán, el manejo de las penas es en virtud de un máximo a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico; así mismo, hay que mencionar que en Alemania, pese a que existe la cadena perpetua, la pena máxima por conductas graves es hasta 15 años, lo cual, denota cómo el sistema penal alemán, pese a tener mecanismos severos, trata al tráfico de sustancias ilícitas desde un enfoque distinto, otorgando mecanismos que no criminalicen el consumo o perpetúen en las cárceles a las personas vinculadas al microtráfico. El mayor desarrollo de esta legislación lo podemos verificar en la sección 31 y 31a, en donde se establece la posibilidad de no iniciar el proceso penal por el consumo de sustancias estupefacientes, en determinadas circunstancias, como cuando la conducta en cualquiera de los verbos rectores, se manifiesta, teniendo por objeto pequeñas cantidades para uso exclusivamente personal, además de que la conducta del sujeto activo sea establecida como leve y no exista un interés público para procesarlo (Bundestag, Parlamento Federal de Alemania, 1981).

Este mecanismo se complementa con que casi todos los estados federados, han establecido límites en cuanto a las pequeñas cantidades respecto al cannabis, siendo esta la droga más consumida en Alemania (Stöver, Michels, Werse, & Pfeiffer-Gerschel, 2019). Es así como se evidencia que se pueden formular alternativas tanto jurídicas como políticas enfocadas en la prevención y no la represión.

Ahora bien, uno de los ejes principales en una reforma al tratamiento penal del tráfico y consumo de estupefacientes, indiscutiblemente, debe ser la regulación íntegra y actualizada de la dosis personal mínima, íntegra en cuanto a todo el conjunto de normas que regulen las cantidades, espacios, mecanismos de no criminalización de los usuarios de drogas, tratamientos y demás; esto no quiere decir una legalización de las sustancias, sino plantea una solución para que las personas ya consumidoras pueden optar por mecanismos de rehabilitación, en vez de la mera punición; por esto es tan importante, también, conocer los distintos tipos de consumidores; y, en segundo lugar, actualizada, es decir, que responda a la realidad; creer que 10 gramos de marihuana como dosis personal mínima es una cantidad suficiente para que un consumidor habitual no sea criminalizado, es desconocer la realidad del consumo de estupefacientes en el Ecuador.

Respecto a dicho tópico podemos tomar a nuestro vecino Colombia como ejemplo, el cual, pese a no haber regulado la dosis personal mínima desde el ámbito legislativo, sí lo ha hecho desde el ámbito jurisprudencial, siendo un mecanismo pionero en la región. Mediante su Corte Constitucional, la cual, tiene una larga data de poseer avanzados criterios en materia de derechos, gracias al fallo C-221 del 5 de mayo de 1994, despenalizó el consumo y estableció que una persona no puede ser sujeto de sanción si esta posee o mantiene la dosis mínima para el consumo personal, ya que se estaría vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad (Sentencia C-221, 1994); es así como la dosis personal mínima se encuentra plenamente regulada, tanto en resoluciones de la Corte Constitucional como en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que en su artículo 2 literal j) establece que una persona puede portar o conservar para su consumo hasta 20 gramos de marihuana, 5 gramos de hachís, 1 gramo de cocaína o sus derivados y 2 gramos de metacualona (Congreso de Colombia, 1986).

Recordar que el propósito de regular la dosis personal mínima es diferenciar el consumo, posesión y tráfico, permitiendo que los cuerpos de seguridad se enfoque en los criminales y no en los consumidores, que vuelquen el poder punitivo sobre los grandes agentes del tráfico y otorguen alternativas a los procesados de mínima y mediana escala; esta tarea se dificulta cuando la única referencia a la dosis personal mínima es la resolución 001 de 2013 del CONSEP y cuando la nueva ley pretenden “erradicar el consumo” en vez de prevenirlo.

Conclusiones

El desarrollo de la normativa y tratamiento penal al tráfico y consumo de estupefacientes en el país ha sido insuficiente y contradictorio; esto ha impedido desarrollar políticas públicas propias, coherentes con nuestra realidad, así como proponer alternativas a la mera punición. La idiosincrasia de la colectividad de pensar que toda persona que tiene contacto con drogas es un criminal, es uno de los principales obstáculos por vencer; dicho obstáculo se ve alimentado por los criterios de la clase política y los medios de comunicación que, en vez de abrir el debate, la discusión, prefieren criminalizar y estigmatizar a los consumidores. El problema de las drogas es un problema de salud y nunca más un problema de seguridad, entendido esto, hace falta más discusión y criterios que permitan proponer un nuevo paradigma en cuanto al tratamiento del tráfico y consumo de estupefacientes en el país.

Desde el punto de vista dogmático jurídico-penal, tanto la finalidad de la pena como el estudio del tipo penal específico, permite a los operadores de justicia, contar con herramientas para un ejercicio justo en la defensa de los consumidores y también de procesados vinculados al microtráfico, recordando que la finalidad de la pena en el Ecuador concuerda la teoría de la prevención general positiva, procurando influir en la sociedad a modo de prevención y, luego, de forma individual en los sentenciados, buscando su reinserción a la sociedad; esto es clave al proponer alternativas, ya que si se logra impedir el ingreso de los consumidores al sistema penitenciario, así como formular mecanismos que suspendan el proceso penal en delitos de tráfico de mínima y mediana escala, no solo se estaría dando un paso más adelante en la búsqueda por un tratamiento penal eficaz, sino sería un gran inicio en resolver el problema penitenciario que enfrenta el país en la actualidad.

Las verdaderas alternativas son penas proporcionales al tráfico de mínima y mediana escala, así como en una distinción entre los tipos de sustancias y una diferenciación entre las clases de consumidores; esto da como resultado una clara diferenciación entre consumo, posesión y tráfico, objetivo principal en un tratamiento que priorice la prevención, lo cual, permite desarrollar aquellos mecanismos que suspenden el inicio del proceso penal, así también, la creación de sanciones administrativas, regularización de la dosis personal mínima, métodos y políticas de rehabilitación.

Una de las alternativas más relevantes es la creación de una normativa íntegra y actualizada de la dosis personal mínima, regulación tan esperada por quienes promulgamos el enfoque de la prevención. Dicha normativa acompañada de una diferenciación de tipos de sustancias permite que no todo lo relativo a los estupefacientes sea trastocado por el martillo del Derecho Penal; una regulación selectiva sobre el uso de sustancias permite reducir los riesgos del consumo, permite crear mecanismos de regulación de los lugares de consumo (Paladines, 2020), iniciativa que puede ser propuesta por los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Hay que recordar que al prohibir y criminalizar el consumo, se está negando el derecho a la ciudad a los usuarios de drogas, exponiéndolos a la clandestinidad, insalubridad, estigmatización, violencia y persecución penal.

Sin una reforma integral y con la legislación vigente, se violenta el principio de inocencia de los consumidores y, nuevamente, son los operadores de justicias quienes se encuentran en un papel protagónico en la lucha por la protección de los derechos de las personas procesadas, así como en la creación de herramientas jurisprudenciales que permitan trastocar el asunto del tráfico y consumo, conforme lo establece la Constitución, desde la salud y mediante la prevención. Es por esto por lo que debemos abrir el debate y empezar a formular criterios y alternativas, desde la academia, desde la práctica, desde el campo investigativo; es imperioso buscar estas soluciones que permitan proponer y desarrollar un nuevo paradigma respecto al tratamiento del tráfico y consumo de drogas.

Referencias Bibliográficas

Andrade, P. (1991). Consumo, prevención y tratamiento: El caso ecuatoriano. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. Miño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico: El Caso Ecuatoriano* (págs. 46-62). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.

Bonilla, A. (1991). Ecuador: actor internacional en la guerra de las drogas. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. Miño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico, el caso ecuatoriano* (págs. 9-45). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.

Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1981). *Ley de Estupefacientes-Betäubungsmittel-gesetz-BtMG*. Berlín: Gaceta de Leyes Federales 1 p. 358. http://www.gesetze-im-internet.de/btmg_1981/BjNR106810981.html#BjNR106810981BJNG000101308

Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1998). *Strafgesetzbuch - StGB*. Munich: Fiel Web.

Código Orgánico Integral Penal. (2020). Asamblea Nacional del Ecuador. Quito: Ediciones Legales.

Donna, E. (2008). *Derecho Penal: Parte General: Tomo II: Teoría General del Delito*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gobierno Central de los Países Bajos. (12 de Agosto de 2019). *Rijksoverheid*. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/drugs/gedoogbeleid-softdrugs-en-coffeeshops>

Ley 30 de 1986. (1986, 31 de enero). Congreso de Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/LEY-0030-DE-1986.pdf>

Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal: Parte General: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Astrea.

Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores. (2008). FAQ Drogas la política holandesa sobre drogas. *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45925.pdf>

OEA, O. (2015). *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas*. Washington: CICAD y Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia.

Paladines, J. (04 de Junio de 2020). *La legalización de la prohibición: El proyecto de ley contra el consumo de drogas en Ecuador*. Obtenido de International Drug Policy Consortium: <https://idpc.net/es/blog/2020/06/la-legalizacion-de-la-prohibicion-el-proyecto-de-ley-contra-el-consumo-de-drogas-en-ecuador>

Paladines, J. (2016). *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en el Ecuador*. Quito: Estudios Friedrich Ebert Stiftung.

Resolución 001 CONSEP-CO-2013, 001-2013 (CONSEP 21 de Mayo de 2013).

Rivera, F. (2005). Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas. En C. A. Rosin, A. Isacson, R. Neild, M. Ramirez, K. Stanton, J. Walsh, . . . G. Cordero, *Drogas y Democracia en América Latina: El impacto de la política de Estados Unidos* (págs. 287-323). Buenos Aires: WOLA, Editorial Biblos.

Roxin, C. (2009). *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Sentencia 7-17-CN/19, 7-17-CN/19. (2019, 2 de abril). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/da517326-6dc6-4c7a-872f-a8cea789c83e/0007-17-cn-sen.pdf?guest=true>

Sentencia C-221, C-221. (1994, 5 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6960#1>

Staten-Generaal Países Bajos. (1928). *Opiumwet*. Apeldoorn, Paleize het Loo.

Stöver, H., Michels, I. I., Werse, B., & Pfeiffer-Gerschel, T. (2019). *La regulación del cannabis en Europa: Informe sobre Alemania*. Transnational Institute (TNI). https://www.tni.org/files/publication-downloads/germany_spanish.pdf



La nueva Sociedad por Acciones Simplificada y las compañías tradicionales

María Caridad Sánchez Palacios¹

Resumen:

Hasta el año 2019, nuestra legislación solo conocía cinco especies de compañías. No obstante, la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación reforma esta concepción tradicionalista, hacia nuevas sociedades que permitan fomentar la formalización y desarrollo de empresas. Gracias a esta progresión, actualmente la Ley de Compañías (2020) recoge seis especies de compañías dotadas de personalidad jurídica: la compañía en nombre colectivo, la compañía en comandita simple y dividida por acciones, la compañía de responsabilidad limitada, la compañía anónima, la compañía de economía mixta y la sociedad por acciones simplificada. En este conglomerado, en la práctica, las más utilizadas son las cuatro últimas, con preponderancia en el ámbito privado de la *compañía de responsabilidad limitada, sociedad anónima y la emergente sociedad por acciones simplificada*. Para efectos de este trabajo, analizaremos la caracterización general de cada una de ellas y discutiremos sus principales comparaciones respecto a la innovación legislativa de la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S).

Palabras clave

sociedad, compañía, responsabilidad, Ley, Compañía de responsabilidad limitada, Sociedad anónima, Sociedad por Acciones Simplificada

Abstract

By 2019, Ecuadorian legislation only knew five species of companies. However, the Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, reforms this traditionalist conception, towards new societies that promote the formalization and development of companies. Thanks to this progression, currently, the Ecuadorian corporative law includes six types of companies with legal personality: the company in collective name; the company in a simple limited partnership and divided by shares; the limited company; the anonymous company; the mixed economy company and the S.A.S. In this conglomerate and in practice the most used are the last four, with a preponderance in the private sphere of the limited company, public limited company and the emerging S.A.S. For the purposes of this work, we will analyse the general characterization of each of them and discuss their main comparisons with respect to the legislative innovation of the new Company (S.A.S).

Keywords

partnership, company, liability, Law, Limited Liability Company, Limited Company, Simplified Stock Company

Introducción

El derecho mercantil y societario se ocupa de darle un contenido a la noción de sociedad. Al respecto, Narváez García² considera que una sociedad es un ente con unidad voluntaria de personas que ponen esfuerzos para conseguir un objetivo que en el área mercantil corresponde a realizar actividades económicas, de la cual, los asociados esperan derivar un beneficio pecuniario (Narváez García, 1990, p.1). Objetivamente, esta rama del derecho apunta a un concepto más concreto e idóneo: la compañía. Por lo tanto, la sociedad aterriza en una compañía cuando esta última está dotada de personalidad jurídica plena para cumplir con el interés supraindividual, común, posible y lícito de lucro, que lleva a los socios a su constitución. Como tal, la compañía cuenta con derechos y obligaciones atribuidas por ley y por fuente contractual.

La compañía, ante el avance progresivo de la sociedad y el dinamismo de las relaciones comerciales, ha evolucionado para responder a las constantes demandas sociales y económicas. Así, codifica el concepto de compañía en la legislación, que en síntesis establece que “el contrato de compañía es aquel por el cual una o más personas, dependiendo de la modalidad societaria utilizada, unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles, participar de sus utilidades y de otros beneficios sociales, colectivos y/o ambientales” (Ley de Compañías, 2020, art. 1). Si bien, esta disposición trae consigo varias falencias, como la propia consideración de que un contrato puede ser unipersonal, algunas de las circunspecciones obedecen al carácter evolutivo de las compañías en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como se verá a continuación.

Compañía de Responsabilidad Limitada (Cía. Ltda)

La compañía de responsabilidad limitada como estructura social legislativa, nace en Alemania, en 1892, llamada *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (G.M.B.H), modelo imitado y depurado más tarde por otros países europeos y latinoamericanos. Diferentes reformas le fueron adaptadas a dicho ente: pluralidad de cuotas, mayoría decisoria, *afectio intuitus pecuniae*³ y por fin, en Inglaterra aquella empieza a denominarse *private company* o compañía privada; mientras que, en otras naciones adscritas al *common law*, como Estados Unidos, se titulaba *closed corporation* (Narváez García, 1990, p.75). La entonces denominada *closed corporation* precede a la compañía de responsabilidad limitada, ya que, por configuración estatutaria, se estructura como una sociedad de confianza, en la cual, los socios imprimen sus capitales a base de las relaciones que mantienen entre sí. En la legislación ecuatoriana este tipo de compañía nace recién en 1952 y su tipología se establece en el artículo 92 de la Ley de Compañías que manda:

La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras “Compañía Limitada” o su correspondiente abreviatura. (..) En esta compañía el capital estará representado por participaciones que podrán transferirse (...) si se obtuviere el consentimiento unánime del capital social (Ley de Compañías, 2020).

En consecuencia, la Sociedad o Compañía Limitada es una especie de sociedad mercantil, cuya primera notable característica es su organización estructural. Esta es una compañía personalista; es decir, aquella en la que el punto de referencia de los demás consocios se constituye con preponderancia en la confianza mutua, con la particularidad de que, a diferencia de las demás sociedades de esa categoría, en la compañía de responsabilidad limitada sus socios solo responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales al capital social. Al respecto, la doctrina considera que ésta no es sino una consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica plena en el derecho societario. Ello implica que, la personalidad de la sociedad y sus miembros gozan de un principio de separación que se proyecta en dos dimensiones: *jurídico-corporativo y patrimonial-financiera*. En cuanto a la primera, la sociedad actúa como un sujeto de derecho completamente independiente, tanto así que cuenta con atributos propios (capacidad, razón social, patrimonio, etc.); desde el segundo aspecto, la sociedad posee un activo y un pasivo organizado contablemente con un inventario y balance, adscrito a un riesgo propio (Vásquez Palma, 2014). Este aspecto se refiere pues, a que, siendo la sociedad limitada una persona jurídica, con patrimonio propio expresado en su contabilidad, este se compone de los activos iniciales que los socios aportan. A partir de entonces, en general, los socios no tienen ninguna obligación de responder por la sociedad, pues, son personas diferentes y como tal sus activos no se entremezclan. Por consiguiente, la sociedad limitada no deja de ser una compañía personalista, ya que a todas las características

2. José Ignacio Narváez García. (1990). Teoría General de las Sociedades. p.1

3. Voluntad de poner en común el dinero para la consecución de un fin determinado.

1. Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay - Cuenca, Ecuador. mcsp1999@gmail.com

de esta última se suma la seguridad para los socios, sean estas personas naturales o jurídicas, de que su patrimonio individual no se verá inmiscuido en pérdidas sociales. No obstante, además de esta regla general, existen casos excepcionales en los que los socios se ven obligados a cubrir obligaciones inclusive con su propio patrimonio, ya sea por desestimación de la personalidad jurídica o por cometimiento de delitos calificados como tal, en el ordenamiento jurídico como la quiebra fraudulenta.

Por su naturaleza personalista, la compañía limitada, además, tiene como característica principal una limitación expresa en la ley del número de socios que pueden conformarla. Las sociedades de personas, en general, se forman *intuitus personarum*³, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas (Narváz García, 1990, p.75). Es por este motivo que la Ley de Compañías limita el rango de un mínimo de 2 socios, a un máximo de 15, lo que es lógico porque con una cantidad mayor, la confianza entre ellos se puede ver afectada. Esto mismo compromete a los consocios a suscribir una escritura pública de cesión de participaciones para transferirlas o cederlas, siendo imperativo contar con el consentimiento y anuencia unánime del total del capital social, esto es, de todos los que conforman la compañía. Las participaciones no son de libre transferencia y por lo tanto están condicionadas al asentimiento de los socios, ya que nuevamente, sus relaciones podrían quebrantarse.

El capital de las compañías limitadas se divide en participaciones o aportaciones que realizan los socios con la debida capacidad legal para suscribir el contrato social, al momento de su constitución plasmados en certificados que acrediten el derecho de participación, mas no en títulos que lo avalen. Ello es concebido de acuerdo al concepto de Feine de que las sociedades de responsabilidad limitada son personas colectivas dotadas de un capital social adscrito a sus fines y dividido en partes alícuotas, numerario, especie o crédito (Feine, 1930 citado en Cevallos Vásquez, 2016). La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ente regulador de las sociedades mercantiles, esclarece esta situación fijando un capital mínimo de cuatrocientos dólares, que deberá suscribirse en el contrato social y pagarse al menos en el 50% de su valor al momento de su constitución y el restante hasta en el plazo de un año (Superintendencia de Compañías, 2016).

Por último, en cuanto a su establecimiento y estructura orgánica, como la mayoría de compañías en nuestro país⁴, debe constituirse mediante escritura pública ante un notario, inscribirse en el Registro Mercantil y deberá contener en su estatuto social: un nombre que podrá ser razón social, una denominación objetiva o de fantasía; *domicilio* de la compañía, *plazo*, *capital*, *objeto social* a definirse y delimitarse en cualquier acto civil o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley; y órganos de gobierno (Junta General), administración (gerente o presidente) y, si es el caso, de fiscalización (comisario y Consejo de vigilancia)⁵.

Sociedad Anónima (S.A. o C.A.)

A pesar de que esta compañía cuenta con una amplia trayectoria, la estructuración de la sociedad anónima S.A. o C.A. es simple y puede abarcar a una gran cantidad de socios. Sus primeros vestigios nacen en Roma con la *Societates Vectigalium* y las *Societas Publicanorum*⁶; y más adelante, se desarrollan en la Edad Media los *montes* o *compere* y las *maone*⁷ (Cevallos Vásquez, 2016, p. 344). El avance de la colonización, la dinamización del comercio y la ampliación de la economía, hicieron imperativo que estas sociedades se institucionalicen y, por ello, han sido reguladas en las Siete Partidas y en cartas de compañías orientales y holandesas. Así, la primera compañía anónima que la historia registra es la Casa de Crédito General, que recibió el nombre de Banco de San Jorge de Génova (1504-1799) y se caracterizó por la limitación de la responsabilidad de los accionistas al aporte por ellos efectuado y la emisión de títulos representativos de los aportes (Cevallos Vásquez, 2016, p.344). De igual manera, con el avance de la tecnología, en Inglaterra se esboza este modelo

3. José Ignacio Narváz García. (1990) *Teoría General de las Sociedades* (p.75).

4. A esta regla se excepciona la Sociedad Anónima simplificada.

5. En las compañías de responsabilidad limitada por ser personalistas y pensadas para asociaciones cercanas, no es menester configurar un órgano de fiscalización.

6. Sociedades regidas por el Derecho Público, formadas para la realización y recaudación de ingresos del Estado, el aprovisionamiento y suministro del pueblo y de los ejércitos y la construcción de obras públicas.

7. Consiste en la unificación de la deuda pública en *monti masse* o *compere*, subdividida en tantas cuotas iguales consideradas como cosas muebles, enajenables y aptas para producir frutos, que daban derecho a una participación correspondiente a aquellas entradas del Estado que habían sido cedidas en garantía del crédito y de sus intereses.

como *limited company by shares* y *public company*⁸, en la cual, los accionistas quedan limitados de su responsabilidad únicamente respecto a sus aportaciones y el capital está representado por acciones al igual que en el modelo italiano (Narváz García, 1990, p.76).

La sociedad anónima es una compañía capitalista, en donde impera el capital aportado por los accionistas, el mismo que, dividido en acciones, es de libre negociación. Se considera pues que, en esta compañía, pondera la organización patrimonial, *intuitus rei*, por la cual, los accionistas pasan a la penumbra y son inadvertidos frente a terceros, en razón de que solamente responden hasta la concurrencia de sus respectivas aportaciones, característica que fue trasladada a la compañía limitada, a pesar de ser una compañía personalista, y como se ha desarrollado ya, responde a la implementación de un sistema en el que los socios, sean personas naturales o jurídicas, no vean perjudicado su patrimonio por una persona diferente a ellos mismos (Narváz García, 1990). En este sentido, la Ley de Compañías en su artículo 143 establece: "La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden, únicamente, por el monto de sus acciones" (Ley de Compañías, 2020).

Georges Ripert⁹, por su parte, acompaña a esta definición y expresa que la sociedad anónima es una sociedad comercial de accionistas que portan un derecho representado por un título negociable y solo responden con su aporte, es pues, "el tipo de sociedad de capitales" (Ripert, 1954, citado en Cevallos Vásquez, 2016). En definitiva, en la sociedad anónima el capital es el eje central y se subdivide en acciones cuyos titulares se denominan accionistas. Este capital cuya suscripción mínima debe ser de ochocientos dólares, deberá pagarse en al menos un 25% al momento de su constitución y la diferencia en un plazo máximo de 2 años (Superintendencia de Compañías, 2016). En esta clase de sociedad, las acciones de capital se encuentran contenidos en títulos valores nominativos, libremente negociables de acuerdo al artículo 191 de la Ley de Compañías, lo que quiere decir que los accionistas pueden transferir las acciones en su poder a otra persona, a título oneroso o gratuito y de la manera en que mejor convenga de conformidad a la Ley o disposición en contrario¹⁰.

Por lo tanto, la emisión de las acciones le da legitimidad al accionista respecto a ese título valor y se le atribuye, como mínimo, los derechos que de este deriva. Las acciones son, pues, tal como lo prescribe el artículo 106 de la Ley de Compañías (2020); indivisibles, acumulables, embargables y endosables con configuración de la cesión después de su inscripción. Además, las acciones pueden ser ordinarias o preferidas, según lo establezca el estatuto y de conformidad con el art. 170 de la Ley de Compañías (2020). Las acciones ordinarias confieren todos los derechos fundamentales, voz, voto y los demás que en la ley se reconocen a los accionistas. En cambio, los accionistas titulares de las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero, contarán con derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía de acuerdo con lo que disponga la Junta General. En este mismo sentido, la sociedad anónima se constituye como una persona jurídica diferente de sus socios por medio de su inscripción en el Registro Mercantil, la cual, debe hacerse por escritura pública y deberá contener en su estatuto: razón social, domicilio, objeto social, plazo, capital y órganos de la compañía¹¹.

Ahora bien, la constitución de esta compañía puede hacerse de dos maneras, de acuerdo a su temporalidad: simultánea y sucesiva. Es simultánea cuando, por contacto previo de los accionistas, ya se tiene claramente establecido o definido el capital y el estatuto de la compañía. Los accionistas fundadores deben acudir, en un mismo momento, ante un fedatario público para que proceda a la protocolización de la escritura de sociedad. Es sucesiva, en cambio, cuando se llama a la suscripción pública de las acciones de la compañía con el objeto de viabilizarla, por medio de un boletín, proceso que más tarde se concretará en una Junta de los accionistas que la suscribirán. En este caso, empero, al momento de la constitución ya se requiere que el capital se encuentre suscrito en su totalidad, es decir, que los accionistas se hayan ya comprometido a transferir dicho capital. Por lo tanto, en esta última forma, llamada también suscripción pública, la constitución de una compañía implica básicamente los mismos requisitos de la simultánea, pero, lo que varía, es el orden de

8. Hace referencia a que se acude al público para la suscripción de los títulos emitidos por la sociedad.

9. La Ciotat, 1880-París, 1958. Jurista francés. Profesor de derecho mercantil y marítimo en las universidades de Aix y de París

10. Los accionistas pueden pactar la primacía de ellos sobre otras personas para la compra de títulos, aunque esto no afecta el título de terceros.

11. En este tipo de sociedad se cuenta con tres órganos de naturaleza obligatoria, a saber: el de gobierno o Junta General de accionistas, de administración para la representación y tramitología de la misma correspondiente al Presidente y Gerente en cualquiera de sus denominaciones; y, el órgano de fiscalización o Comisario que vigila la acción administrativa.

cómo se deben cumplir dichos requisitos (Visoso del Valle, 2007). Igualmente, una vez constituida la compañía, las acciones de esta especie son de libre transferencia, tanto es así que pueden ser comercializadas en mercados de valores, siendo una alternativa favorable y beneficiosa para sus accionistas.

Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.)

El antecedente de esta compañía nos traslada a Alemania con la misma G.M.B.H.¹², pero, a su vez, se perfecciona en Estados Unidos con la *Limited Liability Company* (LLC). Esta sociedad, es una estructura comercial que combina la protección de responsabilidad, con la flexibilidad en términos de gestión y estructura de propiedad¹³. Poco a poco, esta figura se ha popularizado alrededor del mundo, haciendo que distintas legislaciones acojan esta institución. Así, el predecesor inmediato de la S.A.S. en Ecuador es la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia, adscrita bajo la Ley 1258 de 2008 (Superintendencia de Sociedades, 2009, p.13). En Ecuador, la S.A.S. se instituye desde la vigencia de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, en 2020; y, en la cual, se pretende, desde el legislativo, satisfacer la creciente necesidad de una compañía que cuente con personalidad jurídica plena de fácil constitución.

Previo a la entrada en vigencia de esta ley, muchas personas optaban por sociedades de hecho para desarrollar sus actividades comerciales, sometiéndose a la posibilidad de responder las deudas con su propio patrimonio por la confusión de ellos. No obstante, dando un giro a la concepción jurídica tradicional, la Ley tiene por objeto establecer el marco normativo que incentive y fomente el emprendimiento, la innovación y el desarrollo tecnológico, promoviendo la cultura emprendedora e implementando nuevas modalidades societarias en compañías ya establecidas y de financiamiento para fortalecer el ecosistema empresarial; y qué mejor innovación que la Sociedad de Acciones Simplificada para la consecución de este fin (Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, 2020, art.1). En consecuencia, de acuerdo al propio significado que da la Superintendencia de Compañías, la S.A.S. es un tipo de compañía que se constituye por una o varias personas naturales o jurídicas, mediante un trámite simplificado, sin costo, que tiene como objetivo impulsar la economía mediante la formalización de los emprendimientos, constituyéndose en sujetos de crédito y, con ello, ampliar sus procesos productivos (Superintendencia de Compañías, 2020). Igualmente, hoy la Ley de Compañías, establece:

Es un tipo de sociedad mercantil de capitales conformada por una o más personas, mediante un trámite simplificado para fomentar la formalización y desarrollo de empresas (Ley de Compañías, 2020).

La Sociedad por Acciones Simplificada desafía el concepto clásico de compañía y adhiere diferentes características que han sido consecuencia de un proceso económico y social al que trata de responder. Por lo tanto, la S.A.S. es una nueva entidad diferente a las compañías clásicas que facilita la tramitología jurídica no solo para su creación, sino también para el desarrollo de sus actividades sociales que conlleva intrínsecamente el crecimiento productivo. Tanto es así, que la Sociedad por Acciones Simplificada se encausa, además del principio clásico de sociedad capital, en un criterio que consiste en aplicar formas jurídicas de concepción y estructura *sui generis*¹⁴, distintas por la actividad económica de la compañía (Narváez García, 1990, p.61). Es claro, entonces, que el contexto ecuatoriano necesitaba de una forma de organización como la S.A.S., pues, es para el comercio del país y la sociedad en general, una oportunidad de progresión a base de las particularidades que se mencionan a continuación.

En primer lugar, cabe traer a colación la naturaleza de esta compañía; esto es, una sociedad de capitales que, por lo tanto, tiene una preponderancia de capital sobre los accionistas, quienes detentan una responsabilidad limitada a sus aportaciones, y cuyas acciones contenidas en títulos valores, son de libre transferencia. Esto prescribe la Ley de Compañías, que manda que la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables limitadamente, hasta por el monto de sus respectivos aportes (Ley de Compañías, 2020).

Por lo tanto, abandonando el concepto de contrato de compañía, hoy puede constituirse una S.A.S. tan solo por un acto jurídico unilateral. La posibilidad de configurar una "sociedad unipersonal", ha sido criticada fuertemente en la doctrina, sobre todo, desde la teoría de la unificación que estima que una persona puede tener un solo patrimonio asociado con su personalidad. Contraria-

mente, la teoría del patrimonio de afectación promulga la coexistencia de dos o más patrimonios de una persona, dentro de la cual, puede conocerse el patrimonio de afectación, vinculado a la S.A.S. y con una finalidad concreta (Narváez García, 1990, p.107). En cualquier caso, la situación jurídica a la que se asocia el patrimonio por la personalidad jurídica plena de la S.A.S. deviene en una distinción de patrimonial accionista-compañía, lo cual, representa una ventaja para sus miembros, quienes no extienden las obligaciones de la compañía a su patrimonio propio.

Otro de los argumentos en contra de esta institucionalidad es la poca regulación y restringido desarrollo doctrinario de las sociedades unipersonales. Sin embargo, el contraargumento es el desarrollo legislativo que han tenido en naciones como Suiza, Holanda, EEUU, Colombia y hoy Ecuador (Narváez García, 1990, p.107). Por último, se esgrime que, la conservación de la empresa y desnaturalización del concepto mismo de sociedad, implica, incluso etimológicamente, la asociación o unión de dos o más personas. Contrariamente, el concepto en la S.A.S. y sus análogos se entiende desde un ámbito teleológico, comandado por la razón de que su vida económica denota un fin jurídico. Ello se esboza en la práctica, pues, algunas sociedades clásicas no cuentan con un real *affectio societatis* sino solo con el requisito mínimo de dos socios, lo que ocasiona que, habiendo pluralidad física, no haya en realidad pluralidad jurídica, por lo que la solución es la intervención y responsabilidad limitada de un único y verdadero socio (Narváez García, 1990, p.109). Así, posturas a favor consideran que la sociedad de un solo socio es una oportunidad resuelta de crecimiento económico.

Ahora bien, los criterios legislativos de la caracterización de la S.A.S son variados y, normalmente, un tanto aislados de los requisitos comunes de las demás sociedades. La primera particularidad, como ya se ha delineado, la posibilidad de constituir una compañía con responsabilidad limitada, unipersonal o pluripersonal. Una vez acordada su constitución, el trámite jurídico se acorta, pues, esta se constituye únicamente frente a la Superintendencia de Compañías en su Registro de Sociedades, sin intermediación del Registro Mercantil. En consecuencia, su creación, conforme a lo dispuesto por la Ley de Compañías, podrá realizarse, incluso de manera virtual, mediante contrato o acto constitutivo que conste en documento privado o público inscrito en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, momento desde el cual adquiere vida jurídica (Ley de Compañías, 2020). No es imperativo, entonces, conforme a esta disposición, que la constitución de la compañía se realice por escritura pública (salvo en los casos en los que el aporte inicial constituya un bien inmueble), lo que agiliza este proceso y, a su vez, reduce los costos sociales de constitución. Al momento de su constitución, la Superintendencia, además, analiza todos los requisitos necesarios prescritos en el artículo innumerado 8, posterior al artículo 317 de la Ley de Compañías y documentos habilitantes que deben contar con declaraciones de voluntad de los accionistas respecto a su veracidad y autenticidad.

Ulteriormente, el trámite reservado y gestionado por la Superintendencia, puede estar sujeto a consideraciones u observaciones que una vez sido superadas o no habiéndolas, se procede a su inscripción. En este mismo sentido, el documento constitutivo, sea acto o contrato, debe contar con ciertos requerimientos para fundar la compañía, entre otros: lugar y fecha en que se celebre el acto o contrato constitutivo, datos de los accionistas, razón social o denominación de la sociedad, domicilio, plazo de duración que puede ser indefinido en caso de no haber disposición expresa, objeto social o la enunciación (expresa o tácita¹⁵) de que la sociedad podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil, lícita; importe del capital social; y, el gobierno, que en esta clase de compañía está representado por Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de accionistas; el órgano de administración y fiscalización de la sociedad en caso de que la tuviere y la declaración de la veracidad y autenticidad de la documentación que soporta la S.A.S. (Ley de Compañías, 2020). Entre estos requisitos destacan frente a las demás compañías los siguientes: razón o denominación social, plazo, objeto social, capital mínimo, etc.

Entre las nociones innovadoras de esta compañía está la facultad de establecer un plazo indefinido para duración de la sociedad. En las compañías limitadas y sociedades anónimas, uno de los requisitos básicos que debe contener el estatuto para la constitución de una compañía es el plazo. Esto no es más que la fijación del lapso o tiempo de vigencia de la compañía, el cual, se define por los socios con fundamento en muchas consideraciones prácticas: la vida útil de la empresa, su naturaleza económico financiera, el período en que se presume se realizará el objeto social, las limitaciones y debilidades del mercado en que va a actuar, etc. (Dávila Torres, 2011, p. 47). Considerando que al momento de terminación de dicho intervalo la compañía se disuelve de pleno derecho, la ley

15. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

12. *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*

13. Véase <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/limited-liability-company>

14. Francisco de Solá Cañizares, 1963, *Tratado de derecho comercial comparado*, t.III. Barcelona. Edit. Montaner y Simón S.A. (p.59)

ha ampliado la posibilidad de los accionistas a fijar un plazo específico o indeterminado de constitución de la compañía. Así, en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificada, el plazo es un requisito casi facultativo de los accionistas y, por lo tanto, puede incluirse o no en su constitución, en este último caso se entenderá como indefinido.

En cuanto al objeto social, la evolución normativa permite hoy que este pueda no estar delimitado a una actividad comercial única, aunque, claro, deberá guardar armonía con las demás instituciones de control societario. Anteriormente, el objeto social de las compañías clásicas debe circunscribirse a uno de los establecidos por la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU)¹⁶. En cambio, el objeto social de la S.A.S. de acuerdo a la Ley de Compañías puede no ser determinado sino determinable por los accionistas en ejercicio de su actividad económica. Es decir, la S.A.S. puede, en su estatuto, expresar que la compañía podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil, con la única condición de que sea lícita y que no estén relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores, seguros y otras que tengan un tratamiento especial¹⁷ (Ley de Compañías, 2020). Optando por este mecanismo de constitución, la sociedad incrementa las posibilidades a las que se puede dedicar, incluso, si sus objetos sociales no cuentan con relación alguna. Tesis a favor y en contra de este criterio han sido establecidas por juristas, quienes consideran, por un lado, que es favorable para la dinamización de las sociedades mercantes; aunque, por otro, podría ser un detonante para actuar fraudulentamente, por el abanico infinito de posibles actividades a las que puede dedicarse la compañía.

Otra particularidad de la S.A.S. es la suscripción del capital de la compañía. Es connatural que, para la organización y el cumplimiento del objeto social de una sociedad, exista un fondo determinado que constituya el patrimonio de la nueva persona jurídica que se ha creado. El *capital social* es un requisito fundacional de carácter jurídico y una cifra fija que representa las aportaciones iniciales que realizan los socios o accionistas, al momento de constitución de la Compañía. Según Chulia¹⁸, "constituye una noción jurídica que desempeña tres funciones: de garantía para los acreedores, organizativa (de la estructura financiera y corporativa de la sociedad) y empresarial o de explotación" (Velasco Granda, 2011, p. 22). Para la S.A.S., a diferencia de las otras compañías, la Superintendencia no fija un valor relativo a su capital mínimo, en cambio, la Ley de Compañías establece que la sociedad por acciones simplificada no tendrá un requerimiento de capital mínimo (Ley de Compañías, 2020). No obstante, la normativa manda que, respecto a la Sociedad Anónima, las acciones de la S.A.S. no pueden ser distribuidas en el mercado de valores. En resumen, para constituir una S.A.S. el capital es la voluntad verdadera de los accionistas.

Habiendo analizado algunas de las características de las principales sociedades ecuatorianas encontramos, entre ellas, una comparación que deja entrever semejanzas en ciertos aspectos y diferencias sustanciales en otros. Por ello, enunciaremos un resumen de las semejanzas y diferencias fundamentales de la S.A.S. como compañía emergente respecto a la Compañía Limitada y Sociedad Anónima, como compañías clásicas:

Semejanzas:

- Como semejanza que comparten las tres compañías es la personalidad jurídica de la que gozan; es decir, al momento de su constitución, como se ha establecido, la sociedad, sea anónima, limitada o por acciones simplificada, se transforma en una persona jurídica diferente de sus socios o accionistas.
- La Cía. Ltda., la S.A. y la S.A.S. pueden estar constituidas por personas naturales o jurídicas, ya sean estas nacionales o extranjeras, lo que consecuentemente hace que no exista limitación en cuanto a la determinación de los socios, salvo las ya especificadas en este texto, de acuerdo a las disposiciones de Ley.
- A pesar de que la compañía limitada es una compañía de carácter personalista, se apega a una singularidad característica de las capitalistas, esto es, la S.A. y la S.A.S. que, conjuntamente, están determinadas porque la responsabilidad de los socios o accionistas solo se limita al valor de sus aportaciones.
- Respecto a estas aportaciones, en las tres compañías en cuestión los socios o accionistas podrán hacerlo en numerario, en especie o en créditos, que configuran el patrimonio social que estará, conforme a la modalidad societaria adoptada dividido en acciones (S.A. y S.A.S) o participaciones (Cía. Ltda.).

16. Véase https://unstats.un.org/unsd/publication/seriesm/seriesm_4rev4s.pdf

17. Prohibición expresa del objeto social en la Sociedad de Acciones Simplificada en la Ley de Compañías.

18. CHULIA, F. Vincent, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Barcelona-España, Editor José M. Bosch, 3era Edición, 1991 (p. 421).

Diferencias:

- De algunas de las analogías que hemos establecido se coligen también ciertas diferencias, la primera respecto al número de socios o accionistas ya que, la compañía anónima y limitada deben contar legalmente con 2 socios como mínimo y, en el caso de la sociedad limitada 15 como máximo. Como ya se ha visto, la S.A.S. renueva esta concepción dando rienda a que pueda ser constituida de manera unipersonal.
- En el mismo sentido, otra diferencia se encuentra frente a la división del capital, al cual, se ha hecho alusión, ya que en la S.A.S y en la S.A. por ser de naturaleza capitalista el capital se divide en acciones de libre negociación; mientras que, en la Cía. Ltda. en participaciones, cuya transferencia necesita el acuerdo unánime de los socios.
-
- Igualmente, en cuanto a la constitución de las compañías hay una diferencia clara ya que la S.A.S a diferencia de las otras dos compañías analizadas, se constituye mediante documento privado o escritura pública, lo que a su vez responde a que dicha sociedad está regulada por la Superintendencia de Compañías en la que se deben inscribir sus actos; abandonando la intervención del Registro Mercantil. Por lo tanto, la inscripción de la S.A.S se hace únicamente ante la Superintendencia, mientras que, las otras dos, deben ser inscritas en el Registro Mercantil.
- El objeto social de la compañía también es otra de las características que deben anotarse. La S.A.S, de acuerdo a lo establecido previamente, tiene un objeto social múltiple o puede incluso no tenerlo, lo cual, la faculta para realizar cualquier actividad lícita. En cambio, si bien la Cía. Ltda. y la S.A. pueden tener objetos múltiples, estos deben estar relacionados y claramente determinados en su estatuto.
- Por último, se ha hablado también del monto de capital mínimo que para la compañía de responsabilidad limitada debe ser, de acuerdo a la resolución de la Superintendencia, de \$400; y, para la sociedad anónima, de \$800. La sociedad por acciones simplificada, por el contrario, no requiere de un capital mínimo (Chico, Vicuña; 2020).

Conclusiones

La evolución del derecho responde a los factores sociales, políticos y económicos de la sociedad a la que rige. Ecuador necesitaba una concepción nueva y distinta para el desarrollo de sus actividades mercantiles. Por este motivo, el legislador prevé nuevas formas societarias que significan nuevos proyectos y espacios, una oportunidad de desarrollo económico que pretende reactivar la comercialización del país. En cualesquiera de estas concepciones hablamos de la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), que representa una nueva forma de organización social en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. A pesar de que esta figura se instituye recién en 2020, alrededor del mundo, ya ha sido desarrollada por otros países que han incorporado esta modalidad social desde hace tiempo. Así, su generación doctrinaria y jurisprudencial está dada por otras naciones, aunque su aplicación pragmática en nuestra sociedad, solo será definida por el tiempo. Sin embargo, considero positivo aplicar el criterio simplista de la S.A.S. en la legislación ecuatoriana, ya que acarrea diferentes características que otras sociedades no tienen.

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, las más notables son la facultad de constitución unipersonal, eliminación del capital mínimo y posibilidad de determinación indefinida del plazo y el objeto social. Todas estas características son innovadoras ante las sociedades clásicas que encuentran un candado constitutivo en la Ley y las instancias que lo rigen. Entonces, como lo hemos notado en esta tesis, las formas de asociación mercantil clásicas se ven opacadas por una sociedad que cuenta con mayores facilidades constitución y desarrollo. La S.A.S. toma los conceptos principales de la compañía anónima y la sociedad limitada para construir sobre sus hombros una renovada forma de hacer negocios. Por ello, encontramos aunque diferencias sustanciales, elementos semejantes en las tres compañías que evidencian la tesis de que la nueva S.A.S. es solo un producto de la invención y la simplificación del derecho mercantil y societario. Consecuentemente, es recomendable que la S.A.S. sea tan aplicada en nuestro país como nombrada como concepto, para alcanzar el fin último que persiguió el legislativo al incluirla en nuestra ley: fomentar, formalizar y evolucionar el desarrollo productivo del país con una compañía que renueva los estándares, una compañía diferente.

"la S.A.S. es un animal de otro zoológico"

Dr. Esteban Ortiz Mena
Intendente Regional de Compañías de Quito

Referencias Bibliográficas

Cevallos, V. (2016). *Nuevo compendio de derecho societario*. Tomos I-III (3a. ed.). Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/115664?page=185>.

Chico, M y Vicuña, J. (3 de abril de 2020). *Ley de Emprendimiento e Innovación: Una mirada teórica y práctica a la nueva ley, sus beneficios, desventajas y su aplicación en la vida profesional*. [Discurso Principal]. Teleconferencia vía zoom. Cuenca- Ecuador.

Dávila, C. (2011). *Derecho Societario*. Volumen I: Parte general y sociedades personalísticas. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/116522?page=76>.

Feine, E, *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Logos Ltda., Madrid, 1930, p. 13. citado en Cevallos Vásquez, V. (2016). *Nuevo compendio de derecho societario*. Tomos I-III (3a. ed.). Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/115664?page=340>.

Ley de Compañías. (2020). *Asamblea Nacional del Ecuador*. República del Ecuador. <https://classroom.google.com/u/0/c/NjExNjg4ODU1NTZa/m/NjMyNTIwOTI4MzJa/details>

Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. (2020). *Asamblea Nacional del Ecuador*. República del Ecuador. https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-03/Documento_LEY-ORGANICA-EMPREDIMIENTO-INNOVACION.pdf

Narváez García, I. (1990). *Teoría General de las Sociedades*. Volumen 3 de Derecho Mercantil colombiano. Sexta Edición. Editorial Temis S.A. ISBN: 84-8272-482-7. Bogotá: Colombia.

Ripert, G. (1954). *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires. p. 211. citado en Cevallos Vásquez, V. (2016). *Nuevo compendio de derecho societario*. Tomos I-III (3a. ed.). Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/115664?page=707>.

Superintendencia de Compañías. (2016). Instructivo societario. https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/ss/instructivo_soc.pdf

Superintendencia de Compañías. (2020). *Guía constitución de sociedades por acciones simplificadas*. <https://portal.supercias.gob.ec/images/SAS.pdf>

Vásquez, M. (2014). Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización. *Revista derecho (Valdivia) vol.27 no.2* Valdivia dic. 2014. p.105-132 *Revista de derecho (Valdivia): versión On-line ISSN 0718-0950*. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200005>

Velazco, E. (2011). *Los Bienes Intangibles, como aporte al Capital Social de una Compañía ecuatoriana*. [Tesis de Grado]. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito: Ecuador. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4556/Los%20Bienes%20Intangibles%2C%20como%20Aporte%20al%20Capital%20Social%20de%20una.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Visoso del Valle, F. (2007). *La sociedad anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles y en la Ley del Mercado de Valores*. Presentación comparativa. Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal. ISBN: 9685450447. Colegio de Notarios del Distrito Federal: México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/11.pdf>

 PINO/ELIZALDE

La imputación penal en supuestos o circunstancias de inconsciencia

Santiago Israel Brito Martínez¹

Resumen

La doctrina con sus teorías, durante la construcción del Derecho Penal, ha creado diferentes circunstancias o conceptos jurídicos que eliminan la responsabilidad penal. Dicha eliminación consiste en despojar de relevancia penal a un determinado comportamiento humano, suprimiendo ya sea uno o más de los elementos o categorías básicas de la teoría del delito. Este trabajo se centra en analizar, en concreto, los estados de inconsciencia, los cuales, son generalmente considerados como causas que concluyen en la ausencia o exclusión de una conducta como penalmente relevante. Existen, no obstante, un sinnúmero de estados de inconsciencia que, a la luz actual de la ciencia médica, son realmente estados de alteración de la salud mental; asimismo, situaciones de inconsciencia que son intencionales, previsibles o evitables en razón de los criterios normativos descritos en el tipo penal. Debido a esto, lo que se pretende, con este manuscrito, es dotar al delito de aspectos propios de la teoría de la imputación normativa y general, para así consolidar criterios válidos y suficientes que coadyuven a legitimar o no la intervención penal en ciertos actos considerados a *prima facie* como delictivos o no delictivos, cuando estos, causalmente, sean cometidos en circunstancias de inconsciencia, tomando como referencia en algunos casos, lo dispuesto en la ley penal ecuatoriana.

Palabras clave

imputación, objetiva, subjetiva, inconsciencia.

Abstract

The doctrine and its theories, during the construction of Criminal Law, has created different circumstances or legal concepts that remove criminal responsibility. That elimination consists of divesting of criminal relevance to a certain human behavior, suppressing either one or more of the elements or basic categories of the theory of crime. This work will focus on analyzing, in particular, the states of unconsciousness, which are considered usually as causes that conclude in the absence or exclusion of a behavior as criminally relevant. There are, however, many states of unconsciousness, which in the current light of medical science, are really states of alteration of mental health; likewise, situations of unconsciousness that are intentional, foreseeable or avoidable due to the normative criteria described in the criminal definition. Due to this, what is intended, with this manuscript, is to endow crime with aspects of the theory of normative and general imputation, in order to consolidate valid and sufficient criteria that help legitimize or not the criminal intervention in certain acts considered *prima facie*, as criminal or non-criminal, when these, causally, are committed in circumstances of unconsciousness, taking as reference in some cases, the provisions of the Ecuadorian criminal law.

Keywords

imputation, objective, subjective, unconsciousness.

Introducción

El Derecho Penal tiene su pilar intervencionista cimentado en sancionar comportamientos lesivos, siempre y cuando, a nuestro modo de ver, estos sean libres, previsibles y evitables. Por consiguiente, busca prevenir aquellas conductas que pueden llegar a lesionar o poner en peligro la confianza general en la vigencia normativa.

La conducta delictiva —acción u omisión— es el elemento básico de la teoría del delito y de la imputación penal. Su construcción se sustenta en los elementos de *libertad, evitabilidad y previsibilidad*. Por este motivo, la dogmática penal ha desarrollado causas específicas de ausencia de conducta, entre las que están: los movimientos reflejos, la fuerza física irresistible y los estados de inconsciencia.

En lo que respecta a los estados de inconsciencia, no existe discusión alguna sobre la imposibilidad de imputar penalmente una conducta que encierra en sí misma un estado inconsciente, esto debido a que al momento en que el agente actúa es inimputable o, simplemente, es incapaz de acción. Por ende, la discusión no se centra en este asunto, sino en dilucidar si una actuación o no actuación precedente a la conducta inconsciente, fue efectivamente previsible, evitable y libre, para admitir la atribución de responsabilidad a quien comete un acto injusto en estas condiciones. Estos problemas de imputación han sido comúnmente resueltos, sin revestir mayor análisis, por la teoría de la *actio libera in causa*.

En virtud de aquello, el problema real de la imputación en estados de inconsciencia es la verificación de la tan necesaria e indispensable *relación de causalidad*. ¿Cómo imputamos un resultado o peligro típico a una conducta previa que causalmente no lo provocó? Esta posibilidad es plenamente aceptada por la doctrina en la actualidad, empero, como lo haremos en este estudio, debe regir su aplicabilidad conforme a los planteamientos normativos propios de la teoría de la imputación general y normativa.

Por último, es imperioso analizar si los estados de inconsciencia son causales de exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de conducta o, en su defecto, verdaderas causas de inculpabilidad para, finalmente, resolver en qué condiciones en cambio sí amerita la respuesta punitiva del Estado.

En algunos supuestos de este estudio, haremos referencia a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal —en adelante COIP—.

La conducta penalmente relevante

La conducta penalmente relevante es, asimismo, socialmente relevante. Es decir, los comportamientos que interesan al Derecho Penal pueden ser construidos y catalogados como peligrosos, dañinos o lesivos, solamente en el seno de una sociedad constituida bajo roles. Para Jakobs (1994): “El concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. En el ámbito de concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal” (p.69).

La conducta criminal funda su punibilidad en tres aspectos primordiales: *libertad, previsibilidad y evitabilidad*. Partamos diciendo que todo comportamiento tiene su sustento en la libertad de actuación. Este planteamiento tenía su soporte en la idea de libertad, en donde lo único antijurídico era la acción, que siempre se concebía como libre, porque no se admitía penar un comportamiento no libre, dado que no sería negar al derecho (Hegel citado en Zaffaroni, 2002).

Sin embargo, este concepto de libertad asociada a la voluntariedad humana, no debe ser considerado como un proceso causal o final de acción, sino como uno normativo, creado en la idea o concepto de previsibilidad y evitabilidad de las conductas suscitadas en una sociedad (Díaz-Aranda et ál., 2012).

Ahora, como habíamos manifestado, cualquier conducta penalmente relevante y sus consecuencias punibles corresponde, además, por otra parte, que sean previsibles. Es decir, debe de por medio existir la probabilidad de ajustar el agente un comportamiento adecuado para de este modo poder suponer la posterior afectación del tipo penal reflejado en la norma. Este es por antonomasia el elemento característico de los delitos imprudentes, no obstante, no está negada su aplicación en tipos dolosos.

1. Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca-Ecuador. Máster Universitario en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de la Rioja-España. Maestrante en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Estudiante de Medicina y Cirugía en la Universidad de Cuenca-Ecuador. santiagoelbritomartinez@hotmail.com

Asimismo, de conformidad al concepto negativo de acción, se desarrolló la evitabilidad. Al autor se le imputa un resultado que no ha evitado debiendo y pudiendo hacerlo y cuando el derecho así se lo exigía. Con ello, se refiere a que tanto el autor por comisión como por omisión, no intenta evitar o disminuir un riesgo precedentemente creado cuando tiene la obligación jurídica de hacerlo; el autor comisivo en cuanto se hubiera retraído del mismo, y el autor omisivo, en cuanto hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado. Por tanto, a ambos se les achaca un no evitar evitable (Roxin et ál., 1997).

Finalmente, para Jakobs et ál. (1994), actuar es convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación de “determinante” por un esquema social de interpretación.

La actio libera in causa

La teoría de la actio libera in causa consiste, básicamente, en: “el fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior —*actio praecedens*— en que era plenamente capaz” (Alonso, 1989, p.55). Como hemos dicho antes, esta teoría ha sido utilizada como un remedio muy poco efectivo para solucionar casos concretos de imputación de delitos cometidos en estados inconscientes.

La figura referida ha recibido un sinnúmero de críticas en cuanto al asunto de marras, sobre todo, su modelo de imputación extraordinaria, el cual, admite la *culpabilidad* en el momento que el agente del delito es incapaz de culpabilidad. Su crítica se justifica por menoscabar el principio de culpabilidad —*nullum crimen sine actione y nulla poena sine culpa*—.

Ante lo dicho, el modelo actualmente admitido y que mejor se adecua para resolver los problemas de imputación cuando media un estado inconsciente en el agente, es el de la *tipicidad*, el cual, estriba en adelantar el *ius puniendi* al acto previo en que el autor aún tenía la capacidad de manejar su conducta, es decir, cuando tenía bajo su cargo o responsabilidad el dominio del hecho para la generación o no de su inimputabilidad y la creación o no del riesgo prohibido. “El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a la conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una causación dolosa o imprudente del resultado” (Roxin, 1988, p.22).

Muy a pesar de aquello, esta teoría con su modelo admitido, es nada más que complementaria, lo que significa que por sí sola no puede zanjar categóricamente la problemática si no se nutre de los criterios normativos y generales de la imputación.

Estados de inconsciencia

Primero, es evidente que los estados de inconsciencia son la antítesis al estado consciente o de vigilia. Desde la medicina, los estados de inconsciencia son fenómenos, en los cuales, el funcionamiento cerebral se encuentra alterado por un problema fisiológico o fisiopatológico, como, por ejemplo: traumatismo de cráneo, enfermedad vascular, epilepsia, intoxicación alcohólica, etc. (Kaplan y Sadock citado en Ávalos, 2009). La doctrina, si en algo está de acuerdo, es en la real existencia y aplicación de los estados de inconsciencia como causales excluyentes de la responsabilidad penal por ausencia cognitiva y volitiva en el agente bajo ciertos parámetros, no así en su ubicación dogmática dentro de la teoría del delito.

Sin embargo, como hemos dicho, la impunidad del agente en estados de inconsciencia no es absoluta y, en ciertos casos, es factible su juzgamiento y punición, en virtud de que los comportamientos precedentes pueden esconder manifestaciones delictivas.

Debe advertirse, sin embargo, que la función atribuida a las “causas de exclusión” de la acción por la teoría dominante no tiene carácter absoluto. La denominación que se les da, induce evidentemente a la falsa creencia de que en estos supuestos, la acción resulta excluida en todos los casos (Bacigalupo, 1998, p.93).

Muñoz Conde et ál., (2016) complementa al respecto de la *actio libera in causa* que aun cuando en los estados de inconsciencia falta la acción, la conducta puede ser penalmente relevante si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir.

En cuanto a la imputabilidad y su relación con los estados de inconsciencia, es donde queremos explicar la discusión aportada al inicio de este acápite. Zaffaroni (2002) enseña: “El Estado de inconsciencia es una privación de la actividad consciente. No se trata de una perturbación de consciencia sino de su cancelación” (p. 420). No obstante, ¿son realmente todos los estados de inconsciencia circunstancias de ausencia de acción?; o, en ciertos casos, ¿esconden verdaderos estados patológicos? La comunidad médica actual manifiesta que, en numerosas ocasiones, aquellos son síntomas o efectos de trastornos ya sean mentales, del sueño, o perturbaciones cualitativas o cuantitativas de la consciencia. Lo que se debe identificar, conforme manifiesta Bacigalupo et ál. (1998), es en qué supuestos estamos ante ausencia de conducta y bajo qué parámetros ante una inimputabilidad, debido a la íntima relación entre injusto y culpabilidad.

Los estados de inconsciencia que mayor repercusión han revestido en el análisis actual son: el sueño, las crisis epilépticas, los estados crepusculares y la embriaguez e intoxicación por ingesta de estupefacientes —este último, no aceptado por todos como estado de inconsciencia en sí mismo—. Mención por el contrario, merecen el sonambulismo y la hipnosis. La mínima criminalidad existente, bajo el influjo de ambas condiciones inconscientes, ha dejado de lado su estudio dogmático por poca incidencia.

En el COIP (2014), los estados de inconsciencia están previstos en el artículo 24 como causales que excluyen la conducta penalmente relevante, en conjunto con los movimientos reflejos y la fuerza física irresistible.

La imputación penal

La imputación en materia penal, en un principio, consistía en apropiarse un hecho injusto como suyo a quien intervino en la cadena causal creando un peligro o, en su defecto, desembocando un resultado lesivo. A partir de la aparición de Honig y su teoría de la imputación, se consiguió encaminar al Derecho Penal hacia una verdadera imputación normativa, dejando de lado, toda aquella atribución de resultados lesivos derivados de la causalidad ciega. Mir Puig et ál. (2003), opina que la imputación se divide en tres niveles: *imputación objetiva* —tipo objetivo—, *imputación subjetiva* —tipo subjetivo— y, finalmente, *imputación personal* —culpabilidad—.

La imputación objetiva

Cuando hablamos de imputación objetiva, nos referimos al nexo imprescindible entre la acción y el resultado provocado, pero, sobre la base de los criterios normativos implícitos del tipo. No se trata de eliminar el nexo causal existente entre la conducta y el resultado, sino de otorgar sentido objetivo a dicha causalidad; en cierta forma, como dice Vásquez et ál. (2016), en depurar y seleccionar normativamente, las causas jurídicas relevantes que han sido incontrastablemente idóneas para provocar la aparición del resultado lesivo descrito en la norma. La imputación del tipo objetivo presupone la creación de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido en el alcance del tipo (Roxin citado en Vásquez, 2016).

Entre los conceptos normativos desarrollados por la teoría de la imputación objetiva están: la creación, disminución o aumento del riesgo, la realización del riesgo en el resultado, el alcance del tipo, el riesgo permitido, ámbito de protección de la norma, principio de confianza, competencia de la víctima, teoría de los roles y la prohibición de regreso.

La imputación subjetiva

En cuanto a la imputación subjetiva, nos referimos a la existencia de los elementos subjetivos del tipo presentes en la conducta. Se trata básicamente de atribuir a título de dolo, culpa o de otros elementos subjetivos distintos al dolo, la tipicidad subjetiva y, por ende, el injusto a su autor, ya que sin estos es improcedente nombrar injusto a cualquier comportamiento. En los actos inconscientes es obligatorio que exista conexión subjetiva entre la conducta precedente y el peligro o resultado ocasionado y descrito en el tipo para complementar la imputación.

La imputación personal

La imputación personal o individual se refiere a la culpabilidad y todos sus elementos. “La imputabilidad y demás elementos de la imputación individual o personal, son necesarios para poder imputar el hecho antijurídico a su autor como persona imputable que actuó en circunstancias de normalidad motivacional (Mir-Puig, 2003, p.10).

Finalmente, podemos definir a la imputación en su estructura objetiva, subjetiva y personal, con lo dicho por Mir-Puig (2003):

Pues bien: lo que tienen de común todos estos usos de la palabra "imputación" es que expresan requisitos necesarios para poder atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la relación que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, con el autor de un delito (p.10).

La imputación con la estructura analizada, es indispensable para sancionar la *actio praecedens* a la que fuera la conducta ejecutada en estado inconsciente.

La imputación penal en supuestos de inconsciencia

Llegamos al apartado clave de este estudio, el cual, consiste en determinar en qué supuestos de inconsciencia es posible la imputación en todos sus niveles y en cuáles no.

Empezamos. En las *crisis epilépticas*, durante el aura de sus ataques, asegura Díaz-Aranda et ál. (2006), que la persona pierde la conciencia y, por tanto, está anulada su voluntad. No existe mucha discusión en cuanto al contenido de esta enfermedad, pero sí, en cuanto a su ubicación dogmática; es decir, si su estudio corresponde exclusivamente a la imputabilidad o si se incluye en los estados de inconsciencia como causa que excluye la acción. Planteamos los siguientes supuestos:

a. Ramiro es diagnosticado con epilepsia, a pesar de ello, decide asumir el control de su enfermedad tomando el tratamiento preventivo para menguar sus crisis. Desafortunadamente, suele en algunas de estas cometer delitos.

Observamos de por sí que la epilepsia es una enfermedad que conlleva riesgos, sin embargo, es tratable; es decir, si Ramiro decide tomar el tratamiento y, pese aquello, comete delitos, sus actuaciones están dentro del riesgo permitido y, por lo pronto, ante un claro ejemplo de exclusión de acción y del tipo objetivo. Asimismo, no cabe la imputación subjetiva de la acción por imprudencia, dado que está cumpliendo los deberes positivos que se imponen en su tratamiento. No existe responsabilidad del sujeto, ya que, a pesar de tener controladas sus crisis, estas todavía pueden reaparecer, mas no con carácter libre, previsible y evitable. Ante esta realidad, el hecho no amerita castigo del poder punitivo, lo que hace reafirmar que estamos ante un universal incidente de exención de responsabilidad por carencia de un elemento constitutivo del tipo: la conducta.

b. En cambio, si Ramiro decide no tratar su problema, muchas de las conductas delictivas ejecutadas bajo la influencia epiléptica, pueden rebasar el foco del riesgo permitido y, como menciona Díaz-Aranda et ál. (2006), aumenta el riesgo que ya de por sí encierra dicha enfermedad. Hay verosimilitud de una conducta penalmente relevante y cabe la imputación objetiva ante un probable resultado lesivo, dado que la acción precedente contiene un riesgo en aumento que consiste en no restar los efectos negativos de la enfermedad. Por tanto, el tipo subjetivo imputable a estos actos es la imprudencia e inclusive puede encajar un dolo eventual. Ya en cuanto a la imputación personal hay lugar a un trastorno transitorio, en razón de la disminución de su capacidad cognitiva y volitiva al momento exacto del hecho, empero, no es tan sencillo.

En lo que se refiere a los *estados crepusculares*, existe una gran discusión en la literatura médica si estamos frente a verdaderos estados de inconsciencia o si solo coexiste una disminución en las capacidades cognitivas de la realidad. González et ál. (2010) precisa que son signos o síntomas de un trastorno cualitativo de la conciencia, una especie de obnubilación, en donde se conserva cierto grado de actividad mental y existe vinculación parcial al ambiente, pero, con percepción incompleta del medio.

Para analizar estos estados, vamos a hacer referencia a un caso real sucedido en Córdoba- Argentina, el 8 de febrero de 2006. Resulta que, a María Díaz, la encontraron en un baño ensangrentada, desnuda, mojada y desvanecida poco después de practicarse un aborto. La joven había sido abusada sexualmente de su patrón durante once años y producto de dichos abusos quedó embarazada. El proceso se resolvió ratificando la inocencia, por cuanto se prefirió la pericia psicológica que concluyó haber una actuación en inconsciencia absoluta, lo cual, permitió aplicar dicho estado como causal de exclusión de la conducta². Resolución que no compartimos.

2. TSJ de la provincia de Córdoba-Argentina: <http://www.cij.gov.ar/http://www.cij.gov.ar/d/doc-1784.pdf>.

Los estados crepusculares son de por sí estados de inconsciencia, pero, que derivan de un trastorno patológico de esta. Es por este motivo que al tratarse de un estado que nace de un trastorno, mal se puede excluir la conducta y la tipicidad por anulación de la conciencia y voluntad. El origen patológico de estos estados produce la inimputabilidad del agente, siendo la única solución para una sanción aplicar la responsabilidad en función de la finalidad perseguida por el derecho penal: la protección de la sociedad. Debe darse una imputación en el ámbito objetivo y subjetivo con base a todos los criterios normativos del tipo, no así un reproche dirigido al autor, sino, únicamente, la asignación de responsabilidad por el injusto, conforme a la consigna de máxima protección y erradicación de las conductas punibles de los inimputables, aplicando justamente no una pena, sino una medida de seguridad.

Sobre la *embriaguez* y *la intoxicación por ingesta de estupefacientes*, decimos que es un estado donde se alteran las capacidades físicas y mentales de la persona. Puede existir etapas de inhibición, euforia, exaltación, etc. En estos estados se pueden presentar una variedad de supuestos. Concretémonos en describir comportamientos dolosos, imprudentes y fortuitos.

a. Si Marco con el objetivo de obtener agallas para golpear al cónyuge de su expareja, decide embriagarse hasta el punto de quedar eufórico y, efectivamente, en tal estado lo ataca por la espalda causándole una lesión permanente, es indudable que a pesar de la inconsciencia con la que actuó, el resultado es imputable objetiva y subjetivamente a la conducta previa. Primero, porque la conducta precedente a su estado inconsciente encontró cómo y bajo qué circunstancias era posible lograr el resultado, creando y aumentando un riesgo prohibido por la ingesta excesiva de alcohol. Segundo, porque su conducta expresa dolo, ante la manifestación de conocimiento y voluntad de querer. La imputación personal también es posible y no existe ningún tipo de eximente por trastorno transitorio, debido a que el autor fue quien se generó el estado de inconsciencia e inimputabilidad.

b. El supuesto más común. Juan acude a una reunión con sus amigos y empieza a consumir alcohol, es tal su nivel de intoxicación corporal que pierde la capacidad para situarse en la realidad. Al momento de marcharse, una amiga le pide que la lleve hasta su casa, a sabiendas ella del estado etílico del muchacho. Ya en el trayecto Juan alcanza una *embriaguez letárgica* y, a consecuencia de aquello, estrella su vehículo, dejando como resultado la muerte de la mujer.

Juan tenía el deber jurídico de prever las consecuencias de su embriaguez culposa, tomando en cuenta que debía conducir su vehículo. Si bien, la conducción de vehículos forma parte del riesgo socialmente permitido, el hecho de consumir alcohol cuando se tiene de por medio ese deber, es aumentar el riesgo y desbordar lo permitido, con más razón si aceptó transportar consigo a otra persona pese a las condiciones en que este se encontraba. El peligro constatado en el resultado de muerte era totalmente previsible y evitable si Juan asumía su rol de conductor diligente y responsable del riesgo exponencial dentro de su ámbito institucional. Hay quienes sostienen que, ante este supuesto, se debe aplicar la figura de la *heteropuesta en peligro consentida de la víctima*, pero, que cuyo efecto para el caso, sea la no responsabilidad del agente, en vista de que esta conocía el estado físico paupérrimo del conductor. Sin embargo, no aplica en la especie, dado que la víctima no ha intervenido en el curso causal determinante para la configuración del resultado; es decir, jamás tuvo a su cargo el dominio del hecho y le era hasta imposible disminuir el peligro en cual se embarcó, era el chofer el único responsable de la conducción y, por tanto, garante de salvaguardar ambas vidas. Es claro que, en este supuesto de inconsciencia, al autor se le debe imputar la conducta imprudente anterior a la ingesta de alcohol, la misma que desembocó como resultado la muerte culposa de su acompañante. Él fue quien negligentemente provocó su inconsciencia e inimputabilidad y no hizo nada para evitar dañar o poner en peligro a cualquier persona que hubiera solicitado un aventón. En este supuesto, vemos que hay conducta penalmente relevante e imputabilidad total sin lugar a dudas.

c. Para este ejemplo, enfoquémonos en la ley penal ecuatoriana. En diferentes códigos penales del planeta, la inconsciencia provocada por intoxicación fortuita excluye la responsabilidad penal del agente, mas, el COIP (2014), no contempla esta posibilidad en los delitos de tránsito. El artículo 37 expresamente señala las reglas de imputación para cualquier delito cometido, culpable, fortuita o premeditadamente en estado de embriaguez o bajo efecto de estupefacientes³; empero, sin lógica alguna, deja fuera de todo aspecto a los delitos de tránsito, obviando que en aquellos también

3. Vale aclarar que lo hace no como una causal de ausencia de acción, sino, desde el ámbito de la imputabilidad, aspecto con el cual discordamos.

puede existir, al menos, una intoxicación fortuita. Pensemos en el supuesto en que una persona acude a una discoteca en donde corre el rumor que, sin anuencia, introducen en las bebidas sustancias estupefacientes que privan totalmente del conocimiento a quienes las consumen. Imaginemos que efectivamente esto ocurre y el intoxicado conduce un vehículo produciendo la muerte de un peatón. Esta intoxicación fortuita provocada por un tercero, además de no ser querida o conocida por el autor, debe indudablemente excluir la conducta por estado de inconsciencia no libre, imprevisible e inevitable. Muchos penalistas consideran que la intoxicación podía ser precavida, dado que es el mismo sujeto quien creó el riesgo, pues, conocía lo que en esta discoteca ocurriría reiteradamente. No obstante, en la especie, esta cuestión no es atribuible al agente, debido a que no es la intoxicación indeseada y fortuita un hecho que este pueda evitar y prever. Estamos frente a una verdadera causa de ausencia de acción y, por ende, de responsabilidad que, a la vez, elimina la posibilidad de cualquier castigo punitivo.

d. Al contrario de lo previamente expuesto, merecen ser examinadas las acciones delictivas de quienes padecen alcoholismo o drogadicción. Las personas que están bajo efectos de este tipo de sustancias siempre corren el riesgo de cometer delitos, sea cual sea su naturaleza y deben, indudablemente, ser castigados. Sin embargo, es diferente el caso del adicto que no puede decidir dejar de consumir, toda vez que su cuerpo ha generado una dependencia física a la sustancia. Consiguientemente creemos que, en el ámbito estrictamente de los delitos imprudentes, los alcohólicos y drogadictos debidamente identificados con la adicción deben ser considerados *inimputables*, con la condición que se adopte sobre ellos medidas de seguridad en torno a tratar su enfermedad, todo esto por el gran riesgo que siempre suponen dentro de la sociedad, permitiendo que, una vez superado su problema, puedan reintegrarse a la masa social. Los adictos no tienen capacidad de comprensión y voluntad, y, sobre todo, no se les puede exigir una conducta determinada y adecuada a lo que promulga la norma penal, tampoco un reproche, por su padecimiento. Tienen capacidad de acción, mas no de culpabilidad.

Llegamos finalmente al sueño, estado de inconsciencia muy controversial. Es frecuente observar resultados lesivos ante el acaecimiento del sueño, ante lo cual desarrollaremos supuestos en los que creemos debe ser considerado un auténtico estado de inconsciencia que excluye la acción penal, y otros, en donde sí existe responsabilidad del autor.

a. El guardagujas que, para producir la muerte de los ocupantes que viajan en el tren, se induce intencionalmente el sueño y alcanza el resultado querido.

Vemos en este supuesto un claro ejemplo donde el estado de inconsciencia es provocado por quien buscó delinquir. La imputación recaería sobre la acción anterior donde el sujeto era capaz de acción y, especialmente, al momento en que se indujo el sueño. Hay dolo directo en primer grado en el actuar del guardagujas, quien creó un riesgo fuera del permitido en el transporte ferroviario, que además se verificó en el resultado, siendo de aquellos resultados que el derecho penal prohíbe. Su acción es imputable en todo sentido, y no tiene una sola causal que le exima de responsabilidad por homicidio agravado.

b. La mujer que, al amamantar a su hijo, se duerme sobre él provocándole muerte por asfixia.

Debemos tener claro que el *sueño* es un estado que en muchas ocasiones es imprevisible e inevitable o dependiente de muchísimos factores de índole estructural, anímico, social, medioambiental, físico e, incluso, anclado a características genéticas o constitucionales de cada individuo; es decir, el sueño se puede presentar sea cual sea la condición en la que se encuentre el sujeto. En el ejemplo planteado, la mujer cumple su rol como madre dentro de su competencia institucional, que consiste en otorgar todas las necesidades de su criatura, prestándole la atención debida y todo el cuidado. El que, en un momento determinado, mientras desempeña esta actividad, le alcance un sueño profundo, no implica que haya creado un riesgo prohibido. A ninguna persona se le puede exigir dominar el sueño, porque es un evento que está fuera de su control y, por ende, es inevitable. La mayoría de tratadistas consideran que la mujer podía agotar todo lo que estuviera a su alcance para que, en caso de acaecer el sueño, no asfixie a su criatura y así evite matarla; no obstante, esta exigencia no está dentro del estatus operativo de la madre cuando está amamantando a su retoño, ya que en tal circunstancia, el organismo genera un alto nivel de relajamiento e inhibición. A este supuesto sí podríamos considerar un claro ejemplo de ausencia de acción típica, que excluye por completo la responsabilidad de la madre; ni siquiera cabe una imputación por imprudencia, dado que como vemos, la mujer está cumpliendo su deber de madre dentro del rol institucional socialmente impuesto.

c. Este supuesto lo vamos a desarrollar en referencia a un delito de tránsito establecido en el COIP (2014), concretamente el del artículo 377, que tipifica los comportamientos temerarios en el ámbito del tráfico terrestre, entre los cuales, está el conducir un vehículo en malas condiciones físicas, donde se agrava la pena por ser catalogada esta como una conducta innecesaria, peligrosa e ilegítima.

La presencia del sueño, al pilotar un vehículo, puede verificarse por una infinidad de situaciones, tales como: edad, estado físico, patologías, genética, etc. En muchos de estos casos, podemos estar ante verdaderos estados inconscientes, singularizados indudablemente por su carácter de imprevisibles e inevitables que eliminan irrefutablemente la acción típica y, por ende, el delito, al ser el sueño o pérdida de la conciencia, un cuadro físico que no se puede controlar fácticamente.

Verbigracia, si consideramos, dentro del supuesto en mención, que un conductor cualquiera, conociendo su mal estado físico, ya sea porque padece una enfermedad, está cansado o simplemente somnoliento, y resuelve tomar el volante —sin intención directa de generar un resultado lesivo— causando efectivamente, al momento de conducir, un accidente de tránsito con múltiples muertos dado que acaeció el sueño por cualquiera de las circunstancias antes anotadas, es obvio que las consecuencias de su conducta se las debe imputar objetivamente por infringir los deberes positivos institucionales que impone el pilotaje, imputación que implica igualmente no se la haga a título de culpa, sino de *dolo eventual*. Esto por una sencilla razón. ¿Qué conductor no conoce previamente que el manejar un vehículo en estas condiciones es un riesgo y, por lo tanto, una acción temeraria que puede desencadenar un resultado dañoso? Es evidente que el conductor sabe que su acción es por demás peligrosa y que, en definitiva, si no toma en cuenta su estado físico, lo más probable, causalmente, es que lesione o ponga en peligro la vida de quienes son parte del tráfico terrestre. Si el conductor se duerme, a sabiendas de su mala condición física, su comportamiento anterior se aparta del riesgo socialmente permitido, habiendo incuestionablemente un aumento ilegítimo perpetuado a todas luces y, sin más, en el resultado. Su imputación subjetiva debe ser con base al dolo eventual por las razones ya expuestas, pasando después a reprochar su comportamiento en la imputación personal a un exigencia razonable y justa, siendo, en consecuencia, responsable penalmente.

Luego, si el conductor en el mismo ejemplo, no tiene o presenta signo o síntoma alguno que le posibilite advertir una patología o una predisposición al sueño o, ya sea, que por razones genéticas o físicas sufra en el instante, imponderablemente, una afección que le haga perder sus facultades cognitivas y de reacción, desde luego, en todos estos casos, estaremos frente a un supuesto de inconsciencia con carácter no libre, imprevisible e inevitable, que conlleva a excluir la conducta como presupuesto de la tipicidad, dejando sin sustento la imputación en sus distintos niveles y, consecuentemente, la responsabilidad criminal.

Conclusiones:

Es necesario determinar si cada uno de los comportamientos inconscientes de quienes infringen la norma penal y, por ende, la confianza de su vigencia dentro del sistema social, son o no imputables. Para ello, es imprescindible que, basado en criterios normativos del tipo y de imputación, se estudie las conductas de cada caso en concreto. De ello derivará o no la responsabilidad del agente, decidiendo cuándo amerita sea sancionado o, en su defecto, cuándo se puede acudir a las causales excluyentes de la acción o de la culpabilidad.

Cada estado de inconsciencia estudiado puede ser sujeto de respuesta punitiva, pero, de igual manera, existe la posibilidad que, de conformidad a los elementos de evitabilidad, libertad y previsibilidad, además de los conceptos normativos del tipo, dichos estados sean de aquellos que excluyan por completo el *poder punitivo* del Estado.

Referencias bibliográficas

Alonso, M. (1989). La acción "libera in causa". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 42(1), 55-108. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46340.pdf>

Ávalos, A. (2009). *El estado de inconciencia y la simulación* [tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba]. Repositorio Institucional UNC. http://lildbi.fcm.unc.edu.ar/lildbi/tesis/Tesis_Dr_Avalos_080530.pdf

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal Parte General* (3.ª ed.). TEMIS.

Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 180.

Díaz-Aranda, E. (2006, junio). Imputación Normativa del resultado a la conducta (Una Propuesta de Fundamentación y Aplicación en México). *Revista Jurídica*. http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/06/21_Imput_normativa.pdf

Díaz-Aranda, E. (2012). *Dolo* (1.ª ed.). PORRÚA.

Jakobs, G. (1994, enero). El concepto jurídico-penal de acción. *Revista Peruana de Ciencias Sociales*. 2(3), 64-98.

Mir-Puig, S. (2003, mayo). Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-19 <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>

Muñoz Conde, F. (2016). *Teoría General del Delito* (3.ª ed.). TEMIS.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1.ª ed.). CIVITAS.

Roxin, C. (1998). Observaciones sobre la "actio libera in causa". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41(1), 21-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46318>

Toro, R. J., Yepes, L. E., Palacio, C. A. y Téllez-Vargas, J. E. (eds.) (2010). *Fundamentos de Medicina Psiquiatría* (5.ª ed.). Corporación para Investigaciones Biológicas.

Vásquez F. R. (2016). *El punto de inflexión de la Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Pena* (1.ª ed.). Editorial Jurídica del Ecuador.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General* (2.ª ed.). EDIAR.



Regímenes Híbridos de América Latina: el caso de Venezuela

Daniela Tamayo Álvarez¹

Resumen

La presencia de regímenes políticos que responden a una naturaleza ambivalente, entre instituciones y procedimientos propios de un sistema democrático y estrategias autoritarias en el ejercicio del poder, es una realidad cada vez más prevalente. La actual crisis de la democracia liberal y el declive autoritario de varios países de América Latina, a manos de líderes electos democráticamente, nos invitan a reflexionar sobre las particularidades y complejidades de los sistemas políticos contemporáneos. Con el objetivo de aportar al debate sobre dichas complejidades y sobre el futuro democrático de la región, el presente artículo analiza las características del caso venezolano. A la luz de las principales teorías sobre regímenes híbridos y de la propuesta metodológica de clasificación de regímenes políticos de la autora española Inmaculada Szmolka se exploran las particularidades del régimen de Nicolás Maduro. La hipótesis de partida es que, pese a los graves retrocesos democráticos, Venezuela no puede ser clasificada como un autoritarismo cerrado. Los resultados de la investigación evidencian que Venezuela configura un tipo de régimen híbrido, cuyas características lo clasifican como un autoritarismo pluralista hegemónico restrictivo.

Palabras clave

Autoritarismo, híbrido, democracia, régimen, Venezuela.

Abstract

The presence of political regimes that respond to an ambivalent nature, between institutions and procedures typical of a democratic system and authoritarian strategies in the exercise of power, is an increasingly prevalent reality. The current crisis of liberal democracy and the authoritarian decline of several Latin American countries, at the hands of democratically elected leaders, invite us to reflect on the particularities and complexities of contemporary political systems. In order to contribute to the debate on these complexities and on the democratic future of the region, this article analyses the characteristics of the Venezuelan case. In the light of the main theories on hybrid regimes and the methodological proposal for classification of political regimes by Spanish author Inmaculada Szmolka, the particularities of the regime of Nicolás Maduro are explored. The starting hypothesis is that, despite serious democratic setbacks, Venezuela cannot be classified as a closed authoritarianism. The results of the research show that Venezuela forms a type of hybrid regime, the characteristics of which classify it as a restrictive hegemonic pluralist authoritarianism.

Keywords

Authoritarianism, hybrid, democracy, regime, Venezuela.

Introducción

En el mundo contemporáneo, son cada vez más los regímenes políticos que evidencian una naturaleza ambivalente entre instituciones y procedimientos propios de un sistema democrático y estrategias autoritarias en el ejercicio del poder. Ciertamente, que las sociedades muestren formas imperfectas de organización política no es una novedad. Si bien, se considera que Finer (1970), al estudiar las 'democracias de fachada', fue el primero en profundizar sobre las características de este tipo de regímenes; fue en la década de los 90 cuando la politóloga norteamericana Terry Lynn Karl utilizó por primera vez el término 'híbrido', para referirse a los regímenes de América Central de los años ochenta y principios de los noventa. Karl criticó la simplificación conceptual de equiparar la democracia a las elecciones multipartidistas y argumentó que la dominación militar y las graves violaciones de los derechos humanos que la región enfrentaba en aquella época, no permitían considerar a esos regímenes como democráticos, sino que se trataba de 'regímenes híbridos' (Karl, 1990, p.15).

Al igual que otros cambios importantes del orden mundial contemporáneo, la aparición de estas nuevas configuraciones políticas obedeció, en gran parte, a las dinámicas que se desencadenaron tras el fin de la Guerra Fría y el surgimiento de la llamada tercera ola democratizadora' (Huntington, 1993). El desplome de las autocracias de aquel entonces, no supuso el nacimiento inmediato de regímenes democráticos, sino que llevó a muchas de estas sociedades a espacios de limbo e incertidumbre al que varios autores han denominado 'zona gris' (Bogaards, 2009; Diamond, 2002). En este sentido, señalan Levitsky y Way (2011), la post Guerra Fría desencadenó una nueva ola democratizadora, pero, también, 'hibridizadora' de los pueblos.

En efecto, el mundo se enfrentó a un cambio no solo cuantitativo sino, sobre todo, cualitativo respecto a la configuración de los Estados y las relaciones internacionales. A diferencia de otras regiones del mundo, el boom de los regímenes híbridos latinoamericanos no se produjo como consecuencia de las dinámicas de la post Guerra Fría, de hecho, la década de los 90 supuso para América Latina un período de relativa estabilidad política (Mainwaring et al., 2001, p. 49). En lo que a esta región respecta, el fenómeno 'hibridizador' se concretó una década más tarde, a finales de los años 90 e inicios de los 2000 (Freedom House, 2000), realidad que coincidió, en varios casos, con la llegada al poder de gobiernos de corte populista.

La actual crisis de la democracia liberal, nos invita a reflexionar sobre estos nuevos paradigmas de organización social. El imaginario social tiende a asociar la ruptura de un régimen democrático con episodios únicos y violentos, generalmente, ajenos al poder de turno. No obstante, en los últimos años, hemos sido testigos del declive autoritario de varios países de la región a manos de actores electos democráticamente y con el aval de las propias instituciones creadas para proteger la democracia (Levitsky & Ziblatt, 2018). De ahí la importancia de distinguir y entender estos procesos sistemáticos de configuración del poder.

¿Qué es un régimen híbrido y cuáles son sus características principales? ¿cómo clasificar a los regímenes de este tipo en América Latina?, son algunas de las preguntas que motivan la presente investigación. Para dar respuesta a estas interrogantes analizaremos, a la luz de las principales teorías, el caso de Venezuela. El artículo estará estructurado en cuatro partes principales. En una primera parte abordaremos el marco teórico; posteriormente, señalaremos las estrategias metodológicas, seguidas del análisis del caso, para, finalmente, esgrimir los principales hallazgos y conclusiones.

Marco Teórico y Conceptual

En términos generales, son tres las teorías que la doctrina ofrece para entender los regímenes de tipo híbrido, según su perspectiva sea autoritaria, democrática o autónoma. Dichas teorías, a su vez, se sustentan en dos posibilidades de análisis transversal: las que se desarrollan en el marco de la relación independiente entre autoritarismo y democracia, y las que defienden la necesidad de un posicionamiento dual. Dentro del primer grupo de posturas, es decir, aquellas que consideran que los regímenes híbridos no son categorías autónomas, sino que constituyen variantes de autoritarismo, encontramos conceptos como el de 'autoritarismo electoral', 'autoritarismo semiautoritario' o 'autoritarismo liberal' (Morlino, 2008, pp. 1-2).

De acuerdo al primer grupo de investigaciones los regímenes híbridos "violan las normas democráticas mínimas, tan severamente, que no tiene sentido clasificarlos como democracias... son formas autoritarias de gobierno" (Schedler, 2002, p. 36). La segunda corriente doctrinaria tiene

1. Abogada y Politóloga. Master en Política Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Candidata al Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, por la Universidad Autónoma de Madrid. datamayo@gmail.com

como eje la democracia. Los teóricos de esta vertiente argumentan que la democracia constituye la única forma de referencia legítima de régimen político (Diamond, 2002). Por esta razón, utilizan calificativos en torno a este modelo: ‘democracias de fachada’, ‘democracias delegativas’, ‘democracias liberales’, ‘democracias electorales’ (Szmolka, 2010, p. 24). Dentro de este grupo, destacan, de manera especial, las investigaciones de Merkel y Croissant (2001) sobre las democracias defectivas. Finalmente, encontramos las teorías que plantean una perspectiva dual, que no responde a la clásica relación dicotómica, en términos de ausencia-presencia, sino que se alimenta de las dos vertientes y que reconoce el carácter autónomo de los regímenes híbridos (Collier & Levitsky, 1997; Bogaards, 2009; Szmolka, 2010; Levitsky & Way, 2011). Esta última, es la línea teórica a la que se adscribe el presente análisis.

Definición de Régimen Híbrido

Una de las críticas más frecuentes a las ciencias sociales, en general y a las teorías de la democratización, en particular, es la falta de consenso y de metodología que permita traducir, operativamente, los conceptos en variables de estudio. Sin una metodología de este tipo, nos enfrentamos al riesgo de encontrarnos con resultados subjetivos y poco rigurosos. Bajo esta premisa merece la pena resaltar, de manera especial, la propuesta metodológica de la politóloga española Inmaculada Szmolka (2010). De acuerdo con esta autora, los regímenes híbridos son:

Regímenes que combinan elementos de la democracia —como pluralismo, instituciones representativas, elecciones o constitucionalismo— con otras formas de poder autoritarias. De esta forma, la competición política puede estar restringida o se puede excluir de ella a algún grupo con apoyo social relevante, pueden existir actores políticos decisivos, pero sin estar sujetos a responsabilidad política, lo que limita la autonomía de las instituciones representativas, y pueden restringirse de diversas formas los derechos políticos y libertades públicas, a pesar de estar formalmente garantizados (Szmolka, 2010, p. 115).

En los regímenes de tipo híbrido el pluralismo y la participación política se encuentran garantizados formalmente. La limitación se produce en el terreno de juego que tiende a ser, notoriamente, desigual. Esto se origina, ya sea porque se ha excluido a algún grupo de la competencia o porque se monopolizan los recursos del Estado y se instrumentalizan las leyes a favor del partido dominante. Otra de las características de los regímenes de este tipo es la existencia de actores con derecho a veto, también conocidos en la doctrina como ‘veto players’ o ‘dominios reservados’. Se trata de figuras que, sin haber sido elegidas mediante procedimientos democráticos y sin estar sujetas a responsabilidad política, ostentan atribuciones que les permite limitar el poder de decisión y las actuaciones de los representantes electos democráticamente. La diferencia principal entre los ‘veto players’ y los ‘dominios reservados’ radica en el carácter informal de los primeros, frente al formal de los segundos (Szmolka, 2010). De este modo, en el caso de las jerarquías religiosas nos encontraríamos ante un ejemplo de ‘veto players’, mientras que, la institución monárquica o los organismos supranacionales constituyen ejemplos de dominios reservados (Morlino, 2008).

Una característica adicional de los regímenes híbridos es el reconocimiento formal de las instituciones democráticas y organismos de control. La oposición puede y, de hecho, accede a estas instituciones para competir por el poder, pero, los procedimientos, las reglas de juego o los sistemas de contrapesos son injustos o inexistentes. Por otro lado, las libertades políticas y los derechos civiles, relacionados con la contienda electoral y el ejercicio del poder, están garantizados formalmente, pero, la sistemática acumulación de poder produce la limitación y, en algunos casos, el vaciamiento de dichos derechos y libertades (Szmolka, 2010, p. 116; Levitsky & Way, 2011).

Clasificación de los regímenes híbridos

En términos generales, los regímenes de tipo híbrido serán aquellos que se ubiquen entre la democracia plena y el autoritarismo cerrado. De acuerdo con la metodología planteada por Szmolka (2010), los regímenes híbridos pueden adoptar la forma de: ‘democracias defectivas’ o ‘autoritarismos pluralistas’. Partamos de la definición de los dos conceptos del extremo.

Democracia plena. Un régimen político refleja democracia plena cuando el acceso al poder se alcanza mediante procesos electorales periódicos y plurales, en igualdad de oportunidades. Los gobernantes están sujetos a responsabilidad política y deben ser capaces de responder a las demandas básicas de sus ciudadanos. Solo caben las limitaciones legalmente establecidas para proteger los propios principios constitucionales. Ha de fundamentarse en el consenso mayoritario y respeto a las minorías (Szmolka, 2010). Se trata de un concepto que tiene como referencia los “procedimientos mínimos”² de la clásica definición de poliarquía de Dahl (1974), que es, en térmi-

2. En su teoría sobre la *poliarquía* Dahl, establece tres condiciones para configurar un régimen democrático.

nos generales, la definición más ampliamente aceptada de democracia en el mundo occidental (Schmitter & Karl, 1991, p. 9) y cuyo fundamento central es la celebración de elecciones libres y competitivas (Huntington, 1993; Schumpeter, 2010).

Autoritarismo cerrado. En contraposición, en el autoritarismo cerrado no se respeta el Estado de Derecho ni las garantías fundamentales para el ejercicio de derechos civiles y libertades políticas. Las instituciones democráticas no son independientes, sino instrumentales al poder y no se contempla la posibilidad de competencia política abierta y plural (Szmolka, 2010).

Como categorías intermedias a estos dos extremos, encontramos:

e. Esta categoría, que como ya hemos expuesto, fue desarrollada por Lauth (1997) y Merkle y colaboradores (2001); se refiere a aquellos regímenes que no han completado su consolidación democrática – estado de transición- o que, habiendo alcanzado los supuestos formales básicos de un régimen democrático, ven limitado su contenido sustancial. Las democracias defectivas, pueden, a su vez, ser de dos tipos:

Democracia defectiva tutelada. Cuando los límites a la democracia vienen impuestos por actores sin responsabilidad política o por leyes (escritas o no escritas) que limitan la competencia política (Morlino, 2008).

Democracia defectiva illiberal. Si, por el contrario, la limitación se produce respecto al ejercicio de las libertades y al imperio de la ley³, nos encontramos ante un caso de democracia defectiva liberal (Szmolka, 2010).

Autoritarismo pluralista. Los regímenes políticos descienden hacia autoritarismos electorales o pluralistas, cuando las violaciones a los criterios mínimos de democracia son tan serias que crean “un terreno de juego desigual entre gobierno y oposición” (Diamond, 2002, p. 28). Sin embargo, el criterio de desigualdad en la competencia no parece ser exclusivo de este tipo de regímenes, también en los regímenes democráticos encontramos circunstancias inequitativas en la contienda. Por ello, han de sopesarse, además, otros factores relativos a la libertad, la justicia, la inclusión y el peso de las elecciones (Schedler, 2002). De este modo, las garantías respecto a la competencia y al ejercicio de las libertades políticas, determinarán el tipo de autoritarismo electoral:

Autoritarismo pluralista cuasi competitivo y cuasi libre. Nos encontramos ante un régimen de este tipo, cuando el grado de participación y pluralidad de los actores es amplio, pero, se excluye de la competencia a algún grupo o cuando las instituciones democráticas ven comprometidas su autonomía por la presencia de veto players (Szmolka, 2010, p. 118).

Autoritarismo pluralista hegemónico restrictivo. En este tipo de regímenes se reconoce, formalmente, la existencia de procedimientos electorales pluralistas; sin embargo, la acumulación de poder anula las posibilidades de la oposición de participar en una competencia real. Por otro lado, los derechos civiles y las libertades políticas se encuentran gravemente limitados o se ven, frecuentemente amenazados por los poderes públicos (ídem).

En el contexto de la teoría y la clasificación planteada, las hipótesis de nuestro estudio son las siguientes:

H1: Venezuela configura un régimen híbrido, que no contempla las garantías mínimas de una democracia, pero, que tampoco reúne todos los requisitos para constituir un autoritarismo cerrado.

H2: Las características del régimen venezolano permiten clasificarlo dentro de los regímenes híbridos de naturaleza autoritaria, concretamente, como un ‘autoritarismo pluralista hegemónico restrictivo’.

De acuerdo con el autor; todos los ciudadanos deben tener oportunidades para: “1. Formular sus preferencias; 2. Manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno (...); 3. Recibir por parte del gobierno igualdad de trato (...), dichas condiciones, a su vez, se desglosan en ocho garantías mínimas: “1. Libertad de asociación; 2. Libertad de expresión; 3. Libertad de voto; 4. Elegibilidad para el servicio público; 5. Derecho de los líderes políticos a competir en búsqueda de apoyo; 6. Diversidad de fuentes de información; 7. Elecciones libres e imparciales; 8. Instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos (...)” (Dahl, 1974, p. 14, 1983, p. 11).

3. De acuerdo con Szmolka (2010), “si existe una combinación de ambos aspectos (actores sin responsabilidad política y limitación de libertades públicas) ya no deberíamos hablar de ‘defectos del régimen democrático’, sino de la presencia de un régimen ‘autoritario’ (p. 117).

Metodología de análisis

El método analítico y el método histórico-descriptivo, serán los métodos de estudio principales. En cuanto a la operacionalización de las distintas variables; seguiremos, como habíamos anticipado, la propuesta metodológica de Inmaculada Szmolka (2010, pp. 119-130). La autora plantea una metodología cualitativa-cuantitativa, mediante la cual, elabora una tipología de regímenes políticos en relación a los dos extremos del *continuum*: democracia plena y autoritarismo cerrado. Su

propuesta consiste en medir el grado de presencia de cada uno de los elementos que componen las tres dimensiones analíticas de los regímenes políticos: 1. Pluralismo y competencia en la consecución del poder y en el desarrollo de los procesos políticos; 2. Funcionamiento del gobierno; 3. Derechos y libertades públicas. Cada elemento recibe una puntuación de 1 a 3 o 4, "donde 1 representaría la ausencia absoluta de esa característica y 3 o 4, la máxima. Si la puntuación obtenida es la máxima en todos los indicadores nos encontramos ante un régimen democrático, si es la mínima en todos ellos, el caso es susceptible de ser clasificado como un régimen autoritario" (Szmolka, 2010, p. 125). Por su parte, los supuestos que se ubiquen entre estos dos extremos serán considerados regímenes híbridos⁴.

El análisis del caso venezolano resulta paradigmático no solo porque refleja, de manera casi pedagógica, la hoja de ruta de erosión de un régimen democrático (Levitsky & Ziblatt, 2018), sino, además, porque constituye uno de los casos más drásticos de retroceso democrático que la región latinoamericana registra en su historia reciente (Corrales, 2020a). El estudio se centrará, principalmente, en el período presidencial de Nicolás Maduro, a partir del año 2013, aunque algunas referencias históricas al régimen chavista son ineludibles.

Análisis del caso venezolano

Pluralismo y competencia en la consecución del poder y en el desarrollo de los procesos políticos

Aunque el chavismo utilizó, desde sus orígenes, un discurso antagónico en detrimento de sus adversarios políticos, propio de un régimen populista (Hawkins & Rovira Kaltwasser, 2019), la apabullante popularidad de Chávez garantizaba su estabilidad, por lo que sus estrategias guardaban mucho más las formas. El régimen de Maduro, sin embargo, no gozaba de las mismas certezas. En 2014, tras enfrentar las primeras protestas en su contra y constatar el creciente apoyo hacia el líder opositor, Leopoldo López, el oficialismo desplegó todo un entramado para formular cargos en su contra y excluirlo de la contienda. Como López, otros líderes de la oposición, entre ellos, Henrique Capriles, María Corina Machado y el propio Juan Guaidó, han sido inhabilitados, encarcelados o llevados al exilio (Corrales, 2020b).

La falta de garantías propició la abstención de la principal coalición opositora, Mesa de la Unidad Democrática (MUD), en las elecciones presidenciales de mayo de 2018. Pese a ello, otras fuerzas adversarias estuvieron presentes en la contienda y su participación no fue solo instrumental⁵. Los resultados de las elecciones, que renovaban el mandato de Maduro por seis años, fueron desconocidos por la oposición y, en enero de 2019, tras alegar la usurpación del cargo presidencial, el representante de la Asamblea Nacional Legislativa (ANL), Juan Guaidó, se auto declaró presidente interino. Más de 50 naciones del mundo lo reconocieron como el legítimo presidente de Venezuela (BBC, 2020). Aunque el entusiasmo alrededor de la figura de Guaidó ha ido decayendo en los últimos meses, su papel como líder de la oposición se ha desplegado en giras internacionales y ha sido validado incluso por el oficialismo, que se ha visto obligado a llegar a acuerdos con este sector para afrontar la crisis sanitaria actual (El Mundo, 2020).

En definitiva, aunque el pluralismo en la contienda se encuentra fuertemente limitado por la exclusión de algunos actores importantes, la pluralidad, entendida en sentido estricto; es decir, como la existencia y reconocimiento de opciones diferentes a las del partido del gobierno, se puede constatar en Venezuela. Por otra parte, los procesos electorales siguen llevándose a cabo con periodicidad. A día de hoy, la propia oposición se encuentra discutiendo su participación en las elecciones legislativas, previstas para el mes de diciembre (Martínez & Kurmanaev, 2020). La garantía universal de derecho al voto se encuentra, también, reconocida por la Constitución y Leyes secundarias. Aunque las últimas elecciones presidenciales registraron el índice de participación más

4. Los Anexo1 y 2 muestran las dimensiones y puntajes correspondiente a cada caso.

5. Henri Falcón, el candidato oponente, no era un simple candidato de fachada. Según las encuestas se trataba de una de las pocas figuras de la política venezolana con el perfil para conciliar el dilema de gran parte de la población, antes chavista, que no se identifica ni con Maduro ni con el resto de la oposición que representa a las elites tradicionales (García, 2017).

bajo desde que el chavismo llegara al poder, con apenas el 46% (García, 2018), no existe evidencia de que algún grupo social haya sido vetado de ejercer este derecho en razón de su género, religión, nivel de educación, etc.

La inequidad de la contienda política y electoral es uno de los aspectos en donde mejor se constata la hibridización del régimen venezolano. Si bien, los 14 años de chavismo, que precedieron a la llegada de Maduro, sentaron las bases de un terreno desigual⁶, fue la pérdida de poder político, tras las elecciones legislativas de 2015, lo que aceleró la radicalización del régimen. A más de la exclusión de adversarios políticos, otras estrategias como la intervención a las direcciones nacionales de los partidos de oposición o la declaración del Estado de Excepción en época electoral, han sido utilizadas por el oficialismo⁷. Finalmente, la falta de imparcialidad por parte de las instituciones encargadas de velar por la transparencia y solidez de los procesos democráticos ha acrecentado las condiciones de indefensión e inequidad (De La Torre, 2016; Malamud, 2010).

La integridad de los procesos electorales ha sido otro de los aspectos que ha recibido graves cuestionamientos. De acuerdo con el 'Índice de Percepción de Integridad Electoral', Venezuela se ubica en la categoría 'baja-deficiente' (EIP, 2019). Si bien, las críticas a los procesos electorales no constituían una novedad, la elección de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), en julio de 2017, marcó un punto de inflexión respecto a este tema. Dicho proceso estuvo plagado de irregularidades desde sus inicios. Varias denuncias de manipulación del censo electoral, duplicación del voto, violación de las cadenas de custodia de las actas electorales o falsificación de resultados (*gerrymandering*) para la asignación de escaños, fueron registradas (Soto, 2017). Quizá la prueba más fehaciente de estos vicios de procedimiento fue el cese de opresiones de *Smartmatic*, empresa encargada del conteo de votos electrónicos, tras denunciar inconsistencias entre sus registros y los resultados presentados por el gobierno respecto al mencionado proceso electoral (Wallace, 2017). Todos estos aspectos, que volvieron a detectarse en las elecciones presidenciales de 2018 (Corrales, 2020a), han generado una grave situación de inseguridad, pero, sobre todo, de amenaza de las funciones básicas de los procesos electorales.

Funcionamiento del gobierno

El desmantelamiento de las instituciones democráticas en los regímenes de tipo híbrido nunca es repentino; aquella es, precisamente, una de las distinciones principales con los tradicionales golpes militares (Levitsky & Ziblatt, 2018). La acumulación sistemática de poder anuló los frenos y contra pesos del sistema democrático venezolano, permitiendo que el chavismo se apoderara de las instituciones representativas y de control más relevantes. Hasta el año 2015, el oficialismo controlaba todas las instancias tradicionales de poder, por lo que, más allá de que existieran procedimientos de control y rendición de cuentas, la responsabilidad (*accountability*) política horizontal, era mera fachada. De ahí que el régimen optara por mecanismos de responsabilidad vertical⁸, como una de sus principales estrategias para legitimar sus decisiones y el monopolio del poder (López La Torre, 2016). Tras perder el control de la ANL, el oficialismo desplegó una serie de estrategias⁹, incluida la instrumentalización del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰ (TSJ) y de la Contraloría General del Estado (CGE), para bloquear el papel de la oposición. Desde entonces, el poder legislativo ha quedado reducido a una función simbólica.

6. Al inequitativo acceso de fuentes de financiación se sumaron los procesos de censura y autocensura que sufrieron los medios de comunicación venezolanos entre 2003 y 2012, con casos emblemáticos como los de RCTV, lo que significó la reducción del 50% del espacio al que podían acceder las expresiones no oficialistas (López Maya, 2016, p. 1073).

7. Previo a las elecciones legislativas de 2015, las direcciones nacionales de COPEI y Movimiento Electoral del Pueblo fueron intervenidas y obligadas a cambiar su composición. En agosto del mismo año, pocas semanas antes de iniciar el período de campaña electoral, el régimen decretó el Estado de Excepción en cinco municipios del Estado de Táchira, que en las semanas siguientes se extendió a otros Estados (López Maya, 2016, p. 2481).

8. En línea con el modelo de democracia plebiscitaria, los venezolanos acudieron a las urnas por 16 ocasiones en 13 años (De La Torre, 2016, p. 62).

9. Otra de los recursos, comúnmente utilizados por el oficialismo, fueron las llamadas "Leyes Habilitantes"; esta figura permite al gobierno central asumir las funciones de otros poderes del Estado y gobernar por decreto, tal como sucede en un Estado de Emergencia (López Maya, 2016, p. 2374).

10. Antes de que su papel legislativo quedara anulado, con la entrada en vigor de la ANC, cualquier iniciativa de ley que pudiera estar en contra del oficialismo era, inmediatamente, declarada inconstitucional por el TSJ. De los 10 textos legales propuestos por los legisladores en el año 2016, solo uno llegó a ser expedido, seis fueron declarados inconstitucionales y los otros tres quedaron a discreción del Ejecutivo (García, 2016).

Por otro lado, existe evidencia que señala la presencia de estructuras paralelas de poder y de crimen organizado, que controla buena parte de la economía y, por tanto, de la política venezolana (Insight Crime, 2018; Plga-Hecimovich, 2020). Otro caso de ‘institucionalización informal’ (O’Donnell, 1996) propiciada por el régimen, es el caso de los ‘círculos bolivarianos’ y los ‘consejos comunales’, que son instancias de organización comunitaria a las que el régimen ha dotado de poder y recursos, a cambio de fomentar la lealtad hacia la revolución. De su parte, las Fuerzas Armadas (FFAA) constituyen uno de los ejemplos más claros de dominios reservados. En la actualidad, el Ejército es el principal beneficiario del monopolio generado por el sistema cambiario, ya que es el encargado del control, importación y distribución de alimentos, medicinas y demás insumos básicos (Insight Crime, 2018). Aquí radica la principal fuente de lealtad de las FFAA hacia el oficialismo y de aquí surge la creciente militarización¹¹ del régimen, que ha derivado en un auténtico pretorianismo (J. A. Rivas, 2016).

Por último, los escándalos de corrupción y las estrategias de clientelismo, constituyen características indelebles del funcionamiento del gobierno venezolano. Desde su llegada al poder, el chavismo puso en marcha un proyecto de políticas redistributivas, de carácter clientelar, que fueron heredadas por su sucesor. Dicha estrategia se plasmó en una serie de programas sociales que alcanzaron niveles de popularidad muy altos, como en el caso de las llamadas ‘misiones’, pero que, en buena parte de los casos, carecían de transparencia, planificación y eficiencia a largo plazo (De La Torre, 2016, p. 70). Con la agudización de la crisis económica y de gobernanza que atraviesa Venezuela, aquel ‘Estado Mágico’ (Coronil, 2016, p. 13), capaz de hacer realidad todos los deseos de las clases sociales más necesitadas, ha llegado a su fin, no así sus estrategias clientelares¹² y de corrupción. Venezuela se encuentra entre las cinco posiciones más bajas de percepción de la corrupción, según el último informe de Transparencia Internacional (2019).

Derechos y libertades públicas

Al igual que ocurriera con la apropiación de las instituciones estatales, el deterioro de los derechos y libertades públicas no ocurrió de manera repentina. El chavismo supo movilizar, a través de su discurso, una serie de clivajes y frustraciones sociales (Laclau, 2005), que encontraron en las promesas populistas del régimen el elemento identitario del grupo (Hawkins & Rovira Kaltwasser, 2019). Una vez concretada ‘la colonización de la sociedad civil’ (De La Torre, 2016, p. 63), el desmantelamiento se produjo sistemáticamente y la identidad de la ciudadanía se fue diluyendo en la efímera figura del pueblo. Hoy en día, la crisis es a todas luces evidente y los principales organismos internacionales de derechos humanos dan cuenta de la gravedad y la complejidad de la situación (ONU, 2019; CIDH, 2020). El Estado Venezolano ha faltado a los límites, mediante el abuso de poder y el uso indiscriminado de la fuerza, el castigo de la disidencia o la censura de medios, pero, también, a los vínculos; es decir, a lo que resulta obligatorio a los poderes representativos (Ferrajoli, 2011, pp. 9-11), al no ser capaz de garantizar los más elementales derechos económicos y sociales o el acceso a una justicia independiente. Precisamente, la incapacidad del régimen de cumplir con sus obligaciones y de proveer a sus ciudadanos de aquellos bienes políticos cruciales (R. Rotberg, 2003), ha llevado a muchos analistas a considerarlo al borde de ser un Estado fallido. En efecto, el único elemento que evita que Venezuela configure un Estado fallido, como Yemen o Siria, es que aún mantiene el control y el monopolio de la fuerza en la mayor parte de su territorio (Plga-Hecimovich, 2020).

Resultados y conclusiones principales

La Tabla 1 muestra los puntajes obtenidos para cada una de las dimensiones de análisis. Los resultados permiten constatar las hipótesis principales respecto al caso venezolano y clasificarlo como un autoritarismo pluralista hegemónico restrictivo. En efecto, la acumulación de poder ha provocado el desequilibrio en la contienda y el incumplimiento de las funciones básicas del sistema electoral y de gobierno. Por otro lado, las libertades políticas y los derechos civiles fundamentales se han visto seriamente violentados. Sin embargo, y pese al grave deterioro democrático, el reconocimiento formal de procedimientos electorales y la existencia de alternativas de oposición al régimen, que no constituyen mera fachada, impiden catalogar a Venezuela como un autoritarismo cerrado clásico.

11. El oficialismo exacerbó el discurso antiimperialista y antioligárquico para justificar la militarización del régimen (López Maya, 2016, p. 2374). En la actualidad, las FF.AA. controlan más de la mitad de los Ministerios de Estado.

12. En el severo contexto de crisis económica y humanitaria que atraviesa la nación, las aspiraciones para la mayor parte de la población son tan básicas, que ha llevado a niveles burdos las estrategias de clientelismo (ver, por ejemplo, McDonald et al., 2018).

Tabla 1: Clasificación del Régimen Venezolano

Variables	Puntaje y Clasificación para el Caso Venezolano					
	Democracia Plena	Democracia defectiva		Autoritarismo Pluralista		Autoritarismo Cerrado
		Tutelada	lberal	Cuasi Competitivo	Hegemónico restrictivo	
Pluralismo político						2
Competencia política						2
Periodicidad						2
Competencia electoral						2
Limpieza del proceso						2
Ejercicio de derecho al voto						2
Sistema electoral y distribución de escaños						2
Funciones de las elecciones de representación y producción del gobierno						2
Autonomía de las instituciones representativas					1	1
Instituciones representativas sujetas a responsabilidad política						1
Actores con derecho a veto					2	
Dominios reservados					2	
Baja incidencia de fenómenos de corrupción y clientelismo					1	1
Derecho de asociación y reunión					2	
Libertad de Expresión					2	
Libertad de prensa y pluralidad de medios y acceso a la información					2	
Poder Judicial						1
Protección legal y judicial contra los abusos por parte del Estado						1
Monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado						1
Respeto a los derechos humanos						1

Fuente: Elaboración propia, en función de la metodología propuesta por Szmolka (2010).

Esta distinción que puede, *a priori*, parecer de mera semántica es, en realidad, clave para descifrar la actual crisis venezolana. Creemos que estos nuevos paradigmas de organización política y social han venido para quedarse. Entender las dinámicas de acumulación sistemática de poder y el peligro que conlleva la instrumentalización de leyes e instituciones públicas para fines coyunturales es, sin duda, aleccionador desde el punto de vista ciudadano. Reconocer, de otra parte, su naturaleza ambivalente y escapar de clasificaciones en términos absolutos, contrario a legitimar este tipo de regímenes, constituye una herramienta para establecer estrategias¹³ que permitan contrarrestar sus amenazas.

Estamos conscientes de las limitaciones que la metodología propuesta puede presentar y de que existen otros parámetros que podían haber sido tomados en cuenta para analizar la calidad

13. Así, por ejemplo, pese a la falta de garantías, varios analistas apuntan que la participación de la oposición en la contienda electoral y la construcción de una alternativa viable de cara a la crisis, es una estrategia mucho más efectiva que sobreestimar el apoyo internacional con el que cuenta este sector (Lowenthal & Smilde, 2020).

de la democracia. Tampoco se ha profundizado en las causas y antecedentes de este tipo de regímenes. Sin embargo, dado que el objetivo de este estudio no era valorar la calidad o la eficacia del régimen, sino entender la dualidad a la que se enfrentan muchos regímenes políticos de la actualidad, creemos que la aproximación utilizada es una herramienta de utilidad. Investigaciones futuras pueden abarcar otros casos de estudio en la región, que permitan una perspectiva comparativa mucho más enriquecedora.

Referencias Bibliográficas

- BBC. (2020, enero 13). *Venezuela crisis: How the political situation escalated*. BBC News. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-36319877>
- Bogaards, M. (2009). How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism. *Democratization*, 16(2), 399-423. <https://doi.org/10.1080/13510340902777800>
- CIDH. (2020). *CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos* [Text]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>
- Collier, D., & Levitsky, S. (1997). Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. *World Politics*, 49(3), 430-451. JSTOR.
- Coronil, F. (2016). *El estado mágico: Naturaleza, dinero y modernidad en Venezuela*.
- Corrales, J. (2020a). Authoritarian Survival: Why Maduro Hasn't Fallen. *Journal of Democracy*, 3, 39-53.
- Corrales, J. (2020b). Retroceso democrático por irregularidades electorales: El caso de Venezuela. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 109, 41-60.
- Dahl, R. A. (1974). La Poliarquía del autoritarismo a la democracia. *Guadiana de Publicaciones, S.A.*
- Dahl, R. A. (1983). *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*. Yale University Press.
- De La Torre, C. (2016). Left-wing Populism: Inclusion and Authoritarianism in Venezuela, Bolivia, and Ecuador. *Brown Journal of World Affairs*, 23(1), 61-76.
- Diamond, L. J. (2002). Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*, 13(2), 21-35. <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0025>
- EIP. (2019). Electoral Integrity Report, 2019—*The Electoral Integrity Project* EIP. <https://www.electoralintegrityproject.com/the-year-in-elections-2017>
- EL MUNDO. (2020, junio 2). *Acuerdo inédito entre Juan Guaidó y Nicolás Maduro para combatir el coronavirus*. ELMUNDO. <https://www.elmundo.es/internacional/2020/06/02/5ed6b55521efa-0836c8b45d9.html>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia* (P. A. Ibáñez, J. C. B. Mohino, M. G. Abellán, L. P. Sanchís, & A. R. Miguel, Trads.; Edición: 1). Editorial Trotta, S.A.
- Finer, S. E. (1970). *Comparative Government*. Allen Lane.
- Freedom House. (2000). *Freedom in the world: He annual survey of political rights and civil liberties: 1999-2000*. Freedom House.
- García, D. (2016, octubre 24). *¿Se ha vuelto irrelevante la Asamblea Nacional de Venezuela?* BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37747842>
- García, D. (2017, junio 22). *Ni gobierno ni oposición: Cómo el chavismo crítico se perfila como alternativa en una Venezuela polarizada*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40283610>

García, D. (2018, mayo 21). *Qué dice la alta abstención sobre las elecciones presidenciales de Venezuela*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-44192914>

Hawkins, K. A., & Rovira Kaltwasser. (2019). *Introduction: The ideational approach*. En R. E. Carlin, K. A. Hawkins, L. Littvay, & C. R. Kaltwasser (Eds.), *The Ideational Approach to Populism: Concept, Theory, and Analysis* (Edición: 1, pp. 1-24). Routledge.

Huntington, S. P. (1993). Huntington, S: *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Edición: New ed). University of Oklahoma Press.

Insight Crime. (2018). Venezuela: ¿Un Estado mafioso? <https://es.insightcrime.org/investigaciones/venezuela-estado-mafioso-2/>

Karl, T. L. (1990). Dilemmas of Democratization in Latin America. *Comparative Politics*, 23(1), 1-21. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/422302>

Laclau, E. (2005). *La Razón Populista*. Fondo de Cultura Económica de España.

Levitsky, S., & Way, L. (2011). *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War (Illustrated edition)*. Cambridge University Press.

Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*. Crown.

López Maya, M. L. (2016). *El ocaso del chavismo: Venezuela 2005-2015*. Alfa.

Lowenthal, A. F., & Smilde, D. (2020, julio 20). *¿Qué tiene que hacer la oposición venezolana para avanzar?* The New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2020/07/20/espanol/opinion/venezuela-oposicion-guaido-maduro.html>

Mainwaring, S., Brinks, D., & Pérez-Liñán, A. (2001). Classifying Political Regimes in Latin America. *Studies in Comparative International Development*, 36(1), 37-65. <https://doi.org/10.1007/BF02687584>

Malamud, C. (2010). *Populismos latinoamericanos. Los tópicos de ayer, hoy y siempre*. Ediciones Nobel.

Martínez, M., & Kurmanaev, A. (2020, septiembre 7). *¿Postular o boicotear? La oposición venezolana, dividida ante las próximas elecciones*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2020/09/07/espanol/america-latina/venezuela-oposicion.html>

McDonald, B., DeKornfeld, O., & Casey, N. (2018). *Video: How to Win an Election in Venezuela: Control the Food*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/video/world/americas/100000005908945/how-to-win-an-election-in-venezuela-control-the-food.html>

Merkel, W., & Croissant, A. (2001). *La Democracia defectuosa como régimen político: Instituciones formales e informales*. Construcción de Europa, democracia y globalización, Vol. 1, 2001, ISBN 84-8121-967-3, págs. 119-150, 119-150. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1358010>

Morlino, L. (2008). *Hybrid regimes or regimes in transition?* (Working Paper N.o 70; FRIDE, pp. 1-16). Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo (FRIDE).

O'Donnell, G. (1996). *Another Institutionalization: Latin America and Elsewhere* (p. 22) [Working Paper]. The Helen Kellogg Institute for International Studies.

ONU. (2019). ACNUDH | *Informe de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Venezuela insta a adoptar de inmediato medidas para detener y remediar graves violaciones de derechos*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>

Plga-Hecimovich, J. (2020, febrero 12). *Venezuela: ¿Estado débil o fallido?* Agenda Pública. <http://agendapublica.elpais.com/venezuela-estado-debil-o-fallido/>

Rivas, J. A. (2016). Deterioro democrático e ingobernabilidad en Venezuela 1998—2016. *Reflexión política*, 18(36), 158-177.

Rotberg, R. (2003). *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*. Brookings Institution Press; JSTOR. <https://www.jstor.org/stable/10.7864/j.ctvbd8j54>

Schedler, A. (2002). *Elections Without Democracy: The Menu of Manipulation*. *Journal of Democracy*, 13(2), 36-50. <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0031>

Schmitter, P. C., & Karl, T. L. (1991). What Democracy Is... And Is Not. *Journal of Democracy*, 2(3), 75-88. <https://doi.org/10.1353/jod.1991.0033>

Schumpeter, J. A. (2010). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Kessinger Publishing.

Soto, C. G. (2017). La Asamblea Nacional constituyente en Venezuela. Origen y situación actual de un proceso fraudulento. *Revista «Cuadernos Manuel Giménez Abad»*, 14, 141-153.

Szmlka, I. (2010). Los regímenes políticos híbridos: Democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. | *Revista de Estudios Políticos*. *Revista de Estudios Políticos*, 147, 103-135.

Transparency International. (2019). *IPC 2019: Resumen Global*. Transparency.org. <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2019-global-highlights>

Wallace, A. (2017, agosto 2). *De dónde surgió y qué hace Smartmatic, la empresa de votación electrónica que denunció la «manipulación» de la elección de la Constituyente en Venezuela*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40808557>

Anexos

Anexo 1: Tabla de Dimensiones de análisis

Variables	Puntajes
Pluralismo Político	<ol style="list-style-type: none"> 4. Existe un reconocimiento pleno de las opciones políticas. 3. Los partidos o agrupaciones políticas se encuentran reconocidos, entre ellas, fuerzas de oposición, aunque existe alguna fuerza política relevante excluida. 2. Los partidos institucionales se ven relegados por la existencia de un partido o coalición de carácter hegemónico ultradominante. 1. La competencia política está excluida por completo por la negación del pluralismo.
Competencia Política	<ol style="list-style-type: none"> 4. Existe igualdad de oportunidades en el desarrollo de los procesos políticos. 3. Existe competencia política, por la existencia de distintas fuerzas que pueden confrontar sus posiciones en los procesos políticos. No obstante, esta competencia puede verse limitada. 2. Pese al pluralismo reconocido, no existe competencia política entre grupos políticos, por la situación hegemónica que disfrutaban los afines al régimen en todos los procesos políticos. 1. La competencia política está excluida por completo por la negación del pluralismo.
Periodicidad en las elecciones	<ol style="list-style-type: none"> 3. Las elecciones se celebran de forma periódica, de acuerdo con las previsiones establecidas constitucional y legalmente. 2. La periodicidad de las elecciones se encuentra sujeta a criterios políticos por parte del poder. 1. No se celebran elecciones pluralistas o no están previstos mecanismos de representación legitimados por la ciudadanía.
Competencia Electora	<ol style="list-style-type: none"> 4. Los partidos o grupos políticos gozan de similares oportunidades durante la campaña electoral y respecto a la exposición a medios de comunicación, de acuerdo a normas comúnmente aceptadas. 3. Formalmente, los partidos o grupos políticos gozan de similares oportunidades en el proceso electoral. Sin embargo, la competencia puede verse afectada por la utilización de ciertos recursos del Estado a favor de los candidatos afines al régimen (ej. mayor presencia en los medios de comunicación estatal de los partidos de gobierno, financiación pública favorable a los partidos afines).
Limpieza del proceso electoral	<ol style="list-style-type: none"> 4. No existen irregularidades significativas en los procesos electorales. Los votantes son libres en su ejercicio del voto, sin existencia de fenómenos distorsionadores como compra de votos, intimidación o violencia. 3. Aunque no existe un fraude electoral masivo, existen ciertas irregularidades no generalizadas como compra de votos o clientelismo electoral. 2. Las irregularidades observadas en los procesos electorales influyen claramente sobre el resultado final de la elección. 1. No se celebran elecciones pluralistas o no están previstos los mecanismos de representación legitimados por la ciudadanía.
Ejercicio del derecho al voto	<ol style="list-style-type: none"> 4. No existen exclusiones en el derecho al voto de los adultos, ya sea en relación con el sexo, raza, grupo étnico, propiedad, educación, etc. 3. Pueden existir demandas de la sociedad de disminución de la edad para ejercer el derecho al voto o producirse algunas irregularidades administrativas en la elaboración de los censos electorales. 2. Existe algún grupo social excluido del ejercicio del derecho al voto. 1. No se celebran elecciones pluralistas o no están previstos mecanismos de representación legitimados por la ciudadanía.

Fuente: Szmlka (2010, pp. 126-127).

Dimensión: Funcionamiento del Gobierno	
Variables	Puntajes
Sistema electoral y distribución de escaños	<p>4. Existe un sistema electoral y de distribución de escaños aceptado de forma mayoritaria por las fuerzas políticas y estatales.</p> <p>3. Aunque la ley electoral y de distribución de escaños han sido aceptadas de forma mayoritaria, pueden existir prácticas de gerry mandering.</p> <p>2. El sistema electoral ha sido establecido de forma unilateral por el partido o grupo en el poder, con la oposición relevante de fuerzas políticas o sin capacidad de influencia en las reglas de juego electoral.</p> <p>1. No se celebran elecciones pluralistas o no están previstos mecanismos de representación legitimados por la ciudadanía.</p>
Funciones de las elecciones de representación y producción de gobierno	<p>3. Los resultados de las elecciones se corresponden con las preferencias de los ciudadanos y sirven para determinar quiénes adoptan las decisiones del Estado.</p> <p>2. Los resultados de las elecciones sirven, parcialmente, para determinar las preferencias de los ciudadanos (al encontrarse algunas opciones políticas excluidas del juego político) y sus decisores (por existir otros actores influyentes no resultantes directa o indirectamente de las urnas).</p> <p>1. Los cargos públicos no dependen de las preferencias de los ciudadanos.</p>
Autonomía de las instituciones representativas en el ejercicio de sus funciones	<p>3. Las instituciones representativas son autónomas en el ejercicio de sus funciones, ejerciendo el Parlamento su actividad de legislación y control al Ejecutivo y, el Gobierno, su acción de dirección política.</p> <p>2. Instituciones formales de representación y de gobierno, que suponen arenas de confrontación, debate y representación, pero, con funciones legislativas y ejecutivas limitadas por el poder que detentan otros actores formales o informales.</p> <p>1. Instituciones sin ninguna capacidad de legislación y gobierno, dependientes del poder.</p>
Gobierno sujeto a responsabilidad política (accountability)	<p>3. El gobierno está sujeto a responsabilidad política a través del mecanismo de las elecciones (sistemas presidenciales) o de la investidura y la censura parlamentaria (sistemas parlamentarios).</p> <p>2. Existe, formalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad política, aunque es difícil de llevarla a cabo por la sumisión y dependencia de la institución parlamentaria o por la dificultad en la alternancia en el poder.</p> <p>1. El Parlamento no tiene capacidad de censura al Gobierno (sistemas parlamentarios) o no puede iniciar un proceso de impeachment (sistemas presidenciales).</p>
Actores que determinan las decisiones del Estado no sujetos a responsabilidad política	<p>3. Ausencia de actores que determinan las decisiones del Estado no sujetos a responsabilidad política.</p> <p>2. Pese a la existencia de un gobierno surgido directa o indirectamente a través de las urnas, actores no sujetos a responsabilidad política influyen en la toma de decisiones: potencias extranjeras, ejército, servicios de seguridad, elites económicas, grupos religiosos, grupos étnicos (determinadas tribus, p.e.).</p> <p>1. La toma de decisiones se realiza por actores no legitimados y no sujetos a responsabilidad política en el marco de sistemas políticos no pluralistas.</p>
Dominios Reservados	<p>3. Inexistencia de dominios reservados. Rige el principio de separación de poderes.</p> <p>2. Existencia de actores, reconocidos formalmente, que ocupan el centro del sistema político, asumiendo poderes institucionales o políticos que deberían ser ejercidos por el parlamento o por el gobierno, por lo que no existe un funcionamiento adecuado de los frenos y contrapesos de las instituciones del Estado.</p> <p>1. No existe separación de poderes por la existencia de una autoridad única.</p>
Fenómenos de corrupción y clientelismo	<p>3. Fenómenos de corrupción y clientelismo episódicos.</p> <p>2. Persistencia de fenómenos de corrupción y clientelismo, aunque no sea ésta una práctica generalizada.</p> <p>1. La corrupción y el clientelismo son elementos característicos en el funcionamiento del gobierno y la administración.</p>

Fuente: Szmolka (2010, p. 127)

Dimensión: Derechos y Libertades Públicas	
Variables	Puntajes
Derecho de asociación y reunión	<p>4. Existe un reconocimiento pleno de los derechos de asociación y reunión.</p> <p>3. Existe un amplio reconocimiento de los derechos de asociación y reunión, aunque éstos pueden verse vulnerados por la exclusión de algún grupo social relevante o por las limitaciones en el derecho de reunión de algunos grupos políticos.</p> <p>2. Existe un reconocimiento formal de los derechos de asociación y reunión, aunque éstos son violados habitualmente e incluso pueden existir normas que los restrinjan (por ejemplo, la vigencia de un estado de excepción).</p> <p>1. No existe reconocimiento legal de los derechos de asociación y reunión.</p>
Libertad de Expresión	<p>4. Reconocimiento pleno de la libertad de expresión.</p> <p>3. Amplio reconocimiento de la libertad de expresión, aunque pueden existir esferas sobre las que esta libertad se restringe (por ejemplo, integridad territorial, Rey/presidente, religión, etc.).</p> <p>2. Reconocimiento solo formal de la libertad de expresión, sujeta a habitual represión.</p> <p>1. Imposibilidad absoluta de ejercer la libertad de expresión.</p>
Libertad de prensa y pluralidad de medios de comunicación y acceso a fuentes alternativas de información	<p>4. Pluralismo en los medios de comunicación. Libertad de prensa garantizada dentro del respeto a los derechos de los ciudadanos.</p> <p>3. Pluralismo y libertad de prensa, aunque sujeta a restricciones en determinadas esferas (por ejemplo, integridad territorial, Rey/presidente, religión, etc.), atendiendo a criterios políticos.</p> <p>2. Reconocimiento solo formal de la libertad de prensa, sujeta a censura habitual. Dificultad en el acceso a fuentes alternativas de información.</p> <p>1. Ausencia absoluta de pluralismo y de libertad de prensa. Medios de comunicación sujetos a control del Estado.</p>
Autonomía del poder judicial	<p>4. Independencia del poder judicial y garantías de su imparcialidad respecto a los grupos políticos.</p> <p>3. Independencia formal del poder judicial, aunque los tribunales pueden reflejar ocasionalmente intereses políticos.</p> <p>2. Utilización habitual del poder judicial por parte del régimen político o existencia de tribunales politizados.</p> <p>1. Inexistencia de cualquier tipo de separación de poderes del Estado.</p>
Protección legal y judicial contra abusos cometidos por el Estado o terceros	<p>4. Amplia protección legal y judicial de ciudadanos contra los abusos cometidos por el Estado o terceros.</p> <p>3. Reconocimiento del imperio de la ley, aunque no sea un principio efectivo de forma absoluta.</p> <p>2. Referencia solo formal al imperio de la ley, ineficacia de este principio por la inseguridad jurídica de los ciudadanos en el marco de sistemas políticos pluralistas.</p> <p>1. Abusos continuos cometidos por el Estado o terceros sin que exista protección legal o judicial en el marco de sistemas políticos no pluralistas.</p>
Monopolio legítimo de la violencia por el Estado	<p>3. Monopolio legítimo de la violencia por el Estado.</p> <p>2. Utilización ocasional de los medios de persuasión y coacción con fines políticos.</p> <p>1. Uso arbitrario de la violencia por parte de grupo/s en el poder.</p>
Respeto a los derechos humanos	<p>3. Respeto y garantías plenas al ejercicio de los derechos humanos.</p> <p>2. Adhesión a los principales tratados internacionales de derechos humanos y existencia de mecanismos promovidos por el Estado que los garantice, aunque continúan existiendo episodios ocasionales de violación de derechos humanos.</p> <p>1. El Estado desempeña un papel policial y represor. Violación sistemática de los derechos humanos.</p>

Fuente: Szmolka (2010, p. 128)

Anexo 2: Tabla de Puntajes

Clasificación de los Regímenes Políticos						
Variables	Democracia Plena	Democracia defectiva		Autoritarismo Pluralista		Autoritarismo Cerrado
		Tutelada	lliberal	Cuasi Competitivo	Hegemónico o restrictivo	
Pluralismo político	4	4	4	3	2	1
Competencia política	4	4	4	3	2	1
Periodicidad	3	3	3	3(2)	3(2)	1
Competencia electoral	4	4	4	3	2	1
Limpieza del proceso	4	4	4	3	2	1
Ejercicio de derecho al voto	4	4	4	4(3)	4 (3-2)	1
Sistema electoral y distribución de escaños	4	4	4	3	2	1
Funciones de las elecciones de representación y producción del gobierno	3	3	3	2	2	1
Autonomía de las instituciones representativas	3	2	3	2	1	1
Instituciones representativas sujetas a responsabilidad política	3	3	3(2)	2(1)	2	1
Actores con derecho a veto	3	2	3	2	2	1
Dominios reservados	3	3(2)	3	3(2)	2	1
Baja incidencia de fenómenos de corrupción y clientelismo	3	3(2)	3(2)	2	1	1
Derecho de asociación y reunión	4	4	3	3	2	1
Libertad de Expresión	4	4	3	3	2	1
Libertad de prensa y pluralidad de medios y acceso a la información	4	4	3	3	2	1
Poder Judicial	4	4	3	3	2	1
Protección contra los abusos por parte del Estado	4	4	3	3	2	1
Monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado	3	3	3(2)	2	2	1
Respeto a los derechos humanos	3	3	2	2	1	1

Fuente: Szmolka (2010, p. 130).



Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional – Caso Leo Messi

Eduardo Alberto Palacios Cárdenas¹

Resumen

El error de prohibición es una eximente de responsabilidad penal que opera cuando el autor de un delito ejecuta su conducta sin conocimiento de que la misma es ilícita, es decir, sin conocimiento de antijuridicidad, o, sabiendo que su conducta es ilegal, dedujo que su actuar se encontraba permitido debido a la existencia de una causa de justificación, la cual, en realidad no concurría. El presente trabajo tiene el objetivo de explicar a cabalidad los criterios establecidos por la dogmática jurídico-penal que se aplican para la figura legal descrita. Además, el artículo tiende a generar un espacio de análisis y reflexión en el campo social moderno, adecuando las teorías postuladas a las circunstancias que se viven en la presente realidad material, con respecto a personas que, al ostentar un patrimonio personal a gran escala, son sometidos a procesos penales por cometer el delito de defraudación fiscal, como es el caso de Lionel Messi, jugador del Fútbol Club Barcelona, ya que, el jugador de fútbol profesional fue procesado por defraudar a Hacienda en el año de 2016. Por tanto, se busca demostrar que, simplemente, basta que un profesional en Derecho emita un consejo u asesoría equivocada, para que se configure el error de prohibición.

Palabras Clave:

Error de prohibición, culpabilidad, motivación, Lionel Messi, asesoramiento legal.

Abstract

The prohibition error is an exemption from criminal responsibility that operates when the perpetrator of a crime executes his conduct without knowing that it is illegal, that is, without knowledge of unlawfulness, or, knowing that his conduct is illegal, deduced that his acting was allowed due to the existence of a justification cause, which, in reality, was not presented. The present work has the objective of fully explaining the criteria established by the legal-criminal dogmatics that are applied to the described legal figure. In addition, the current article tends to generate a space for analysis and reflection in the modern social field, adapting the theories postulated to the circumstances that are experienced in the present material reality, with respect to people who, by showing a personal heritage on a large scale, are subject to criminal proceedings for committing the crime of tax fraud, as is the case of Lionel Messi, a football club Barcelona player, since the professional football player was prosecuted for defrauding the treasury in 2016. Therefore, it seeks to demonstrate that it is simply enough for a legal professional to issue the wrong advice for the prohibition error to be configured.

Keywords

Prohibition error, culpability, motivation, Lionel Messi, professional advice.

Introducción

A lo largo de la historia, la dogmática jurídico-penal ha buscado desentrañar de forma estratificada cuando se configura un delito, para así, posteriormente, imponer la pena como sanción frente a la infracción. Sin embargo, dentro de la formación de la teoría general del delito, y las distintas escuelas que la amparaban, ya sea la escuela causalista de Franz Von Liszt en los años de 1880 o la escuela finalista con Hans Welzel en el año de 1939 y hoy la escuela funcionalista con Günther Jakobs en 1997, se generó un interés preponderante en estudiar circunstancias y elementos que generaban que, en virtud de un razonamiento lógico racional, no sería justo imponer una pena a una persona que ha cometido un delito y como consecuencia ha vulnerado un bien jurídicamente protegido. Es así como surgen figuras legales dentro de la teoría del injusto, tales como: estados de inconsciencia, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de una orden de autoridad competente o de un deber legal (causas de justificación), error de prohibición, inimputabilidad o falta de capacidad de atribubilidad, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante (que excluyen la culpabilidad) y el encubrimiento de parientes, la cual, consiste en una excusa absoluta que ya no es un grado de participación delictual en el Código Orgánico Integral Penal.

El presente trabajo se limita a establecer qué es y cómo opera el error de prohibición, cuáles son sus teorías, doctrinas, criterios, parámetros, ejemplos, clases y su intrínseca relación con el asesoramiento profesional, aplicando el análisis dogmático personal, fundamentado en los postulados de Claus Roxin, al caso del futbolista Lionel Messi, pues, es evidente que, en diversas ocasiones, se alega por parte de procesados, que su actuar lo hacían conforme lo establece la ley, ya que sus asesores les afirmaron que deben ejecutar esas acciones para el real cumplimiento de la norma, cuando en realidad resulta que los consejos emitidos por los expertos en sus diferentes ramas no eran más que recomendaciones erradas y contrarias a la norma penal.

El Delito (Nociones Generales)

En términos generales, la escuela clásica planteó un postulado que necesariamente evolucionó, pues, se solía pensar que el delito es todo hecho, acto o conducta que es contrario a las normas y, como consecuencia, amerita una sanción para su autor, la cual, consiste en una pena de privación de libertad para la persona que ha ejecutado el hecho lesivo; sin embargo, esta definición no es suficiente, pues, la dogmática jurídico-penal se dedicó al estudio de un concepto de delito que abarque en su totalidad aquel conjunto de elementos que son necesarios que se deban cumplir para catalogar a un hecho como punible; es decir, la mera realización de una acción u omisión no es una condición necesaria para que esa conducta específica tenga la característica de delictual. Es por lo que, la doctrina ha establecido que para determinar los elementos que forman parte del delito se observe lo siguiente:

- a. Un juicio de desvalor sobre el acto.
- b. Un juicio de desvalor sobre el autor de la conducta.²

Del juicio de desvalor sobre el acto se deriva la 'antijuridicidad', como uno de los elementos inherentes al delito per se, la misma consiste en que el hecho, acto o conducta es contraria a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a las normas, leyes y reglamentos. Con respecto al juicio de desvalor sobre la conducta, se deriva la 'culpabilidad' como elemento que tiende a encontrar un nexo causal que permita atribuir el resultado lesivo de la acción, hecho o conducta, al autor, es decir, a la persona que ha ejecutado esa acción dañina.

Sin embargo, existe un elemento más y, para entenderlo, se debe afirmar que no todo acto antijurídico y culpable es penalmente relevante, sino solo aquel conjunto de actos que obedeciendo al principio de legalidad (*nullum pena, nullum crimen sine lege*)³ se encuentran tipificados como delitos en el código penal de la legislación vigente. Un ejemplo se produce cuando un estudiante de universidad decide copiar en su examen de Derecho Penal, es un acto, hecho o conducta antirreglamentario desde el punto de vista de las normas éticas de la universidad y, además, ese acto será susceptible de sanción disciplinaria, por parte del consejo universitario, porque existe un nexo causal, una relación entre el resultado lesivo (fraude, copia, trampa) y el autor de la acción (estudiante), sin embargo, eso no significa que sea un delito ni que la sanción sea una pena privativa de libertad, pues, la conducta que ejecutó el estudiante no es penalmente relevante porque no se encuentra tipificada en la norma, y si no se encuentra tipificada, la conducta tampoco será antijurídica ni culpable dentro de la esfera del Derecho Punitivo. Así es como surge la 'tipicidad', como un elemento más perteneciente al delito, entendida como la descripción material de la conducta

2. Muñoz Conde, Francisco; Mercedes García, Arán., *Derecho Penal General*, Sevilla, Tirant lo Blanch Libros (2010, p. 201)

3. Revisar Artículo 5, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal (2020).

1. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. edu@es.azuay.edu.ec

lesiva; es decir, únicamente serán considerados delitos aquellas conductas que taxativamente han sido tipificadas por el legislador en la norma penal, ya que solo aquellas circunstancias descritas en la norma, ostentarán relevancia penal y serán sometidas a un tratamiento específico por parte de la rama jurídica penal al momento de analizarlos, juzgarlos y sancionarlos. “En la moderna dogmática del Derecho Penal, existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin, 1997, p.193).

Después de todo lo dicho hasta ahora, se puede definir al delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica y, mucho menos, si es culpable o punible (Muñoz Conde; García, 2010, p. 202).

Por tanto, en virtud de los argumentos y citas precedentes, es que la doctrina ha decidido conceptualizar al delito como el acto típico antijurídico y culpable o atribuible a su autor. Es necesario afirmar que, para imputar o responsabilizar a una persona por la comisión de un delito, es indispensable verificar, de manera ordenada, cada una de las categorías que conforman el delito; es decir, primero, determinar si existe o no acción con sus respectivos requisitos; posteriormente, analizar si esa acción es típica, es decir, si la conducta se subsume tanto en el ámbito objetivo como subjetivo de la tipicidad, si la acción encaja, se procede a analizar la antijuridicidad y sus pertinentes elementos, si la acción es típica y antijurídica, bastará determinar si la misma es culpable, es decir, si es posible, desde la base del reproche, unir el resultado lesivo de la acción a su autor, si esto sucede, se habría configurado el injusto, delito o infracción, generando como consecuencia, la imposición de la pena. Sin embargo, se debe establecer que, si solo uno de estos elementos falta o no se cumplen, no será posible aplicar la pena.

El Error de Prohibición Definiciones Doctrinarias

El error de prohibición es un elemento que se configura en la culpabilidad; este se produce cuando una persona actúa sin conocimiento de su antijuridicidad y comete una infracción penal. La doctrina establece que:

“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida” (Roxin, 1997, p.861).

“Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho” (Muñoz Conde; García Arán, 2010, p.382).

De la doctrina, entonces, se colige que el error de prohibición procede cuando el justiciable que ejecuta una acción ilícita, carece de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta o, en términos simples, no se encuentra mentalmente capacitado para vislumbrar que su actuar es contrario al ordenamiento jurídico, ya que presume que sus acciones se encuentran completamente autorizadas por la legislación vigente o está protegido por una causa de justificación.

La razón de ser de esta figura jurídico-penal radica en que “Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de, acatar órdenes, que es capaz de reconocer que esa orden está dirigida a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden”. (Jakobs, 1996, p. 19). Es decir, que un individuo pueda conocer y entender una norma, es una condición necesaria para determinar o no la existencia del error, pues, en el caso de que la persona no conozca ni entienda la existencia de una orden normativa, se genera una situación que permite la existencia del error de prohibición.

Teoría de la Culpabilidad

Existen dos teorías de la culpabilidad respecto al error de prohibición: la teoría estricta y la limitada o restringida.

La dogmática estricta de la culpabilidad postula que es necesario demostrar si el error de prohibición es vencible o invencible, pues, si resulta ser invencible, la culpabilidad se excluye de manera total y, como consecuencia, la imposición de la pena. Sin embargo, si el error resulta ser vencible, subsiste la responsabilidad penal, pero, atenuada; es decir, procede la imposición de la pena, pero,

en menor grado. En las dos circunstancias, el dolo⁴ y la culpa⁵ del autor, que ejecuta la conducta lesiva, se mantienen intactos dentro de la categoría de la tipicidad de la infracción, esto se debe a que las diversas clases de error quedan para esta teoría estricta de la culpabilidad emparentadas a la culpabilidad, a excepción del error de tipo que, sin duda, pertenece a la categoría de la tipicidad.

Por su parte, la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, establece que únicamente existe error de prohibición cuando concurre, por parte del autor, un desconocimiento de los elementos objetivos inherentes a una causa de justificación, generando como consecuencia, efectos parecidos a los que produce el desconocimiento de los elementos objetivos que caracterizan a la acción como típica, es decir, el error de tipo. En términos simples, si concurre el error sobre una determinada causa de justificación o sobre cualquiera de los supuestos objetivos de estas, se genera la atipicidad de la conducta. Sin duda, este postulado no es compartido por la doctrina penal dominante, debido a que, conforme a esta teoría, el error de prohibición debe ser regulado de la misma forma y producir exactamente los mismos efectos que el error de tipo. Esta hipótesis permite que, en la realidad material, se presenten resultados a favor del procesado, si no existe una forma culposa de ejecución de la conducta, incluyendo también, a la omisión. Esto es evidente, pues, la dogmática limitada de la culpabilidad restringe la imputación al momento de analizar un error de prohibición indirecto, generando una regulación liviana y de similar tratamiento y efectos al que ostenta la figura del error de tipo.

La Conciencia Eventual de la Antijuridicidad

Existe una conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el sujeto tenga vacilaciones, dudas, incertidumbre e inseguridad con respecto a la ilicitud delictual de su actuar, siempre que el mismo agente, ostente en su poder, la posibilidad de actuar en conformidad al ordenamiento jurídico vigente. De manera ejemplificativa, se establece que una persona tiene conciencia de su antijuridicidad, cuando antes de ejecutar un acto, decide acudir ante cualquier persona o medio para determinar si la conducta que va a efectuar es lícita o no, como el funcionario público que antes de recibir dinero público decide informarse si está en su derecho de recibir la suma monetaria o podría estar recayendo en un delito en contra de la administración pública, o el empresario que decide consultar a su abogado y contador si la forma en cómo planea declarar sus impuestos es la correcta. En los casos que se exponen, la persona siempre tiene la capacidad mental para dilucidar aquel conjunto de dudas que tenga sobre criminalidad de su conducta.

Se debe exponer que ciertos sectores doctrinarios dominantes, afirman que:

Es doctrina dominante la que sostiene que también el conocimiento eventual es conocimiento de la antijuridicidad, suficiente para excluir el error de prohibición y hacer al sujeto penalmente responsable como en los casos de conocimiento seguro. En efecto, se piensa, generalmente, que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse en favor del cumplimiento de este y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso, en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuridicidad del hecho (Silva Sánchez, 1987, p. 649).

Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición, no solo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. (Roxin, 1997, p.871).

Categorización del Error de Prohibición

El error de prohibición se categoriza o clasifica en:

- a. Error de prohibición directo
- b. Error de prohibición indirecto.

El criterio de clasificación responde a la percepción que tenga el sujeto frente a la forma en cómo justifica o entiende que su actuar es conforme a Derecho, ya sea porque entiende que se encuentra amparado bajo una causa de justificación o, simplemente, porque cree que su conducta es totalmente lícita y no tiene relevancia jurídico penal.

4. *El conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo.* Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Traducido por Diego Luzón, Miguel Díaz, García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Alcalá (1997).

5. Revisar el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal (2020).

Error de Prohibición Directo

Este es el error de prohibición clásico, pues, se produce cuando el sujeto tiene la creencia de que la conducta que efectúa no es penalmente relevante, debido a que dentro de su conciencia concibe que el ordenamiento jurídico, no tiene disposición normativa alguna que prohíba su actuar o que, en el caso de que exista una norma al respecto, esta no ostente ámbito de aplicación ni vigencia en la realidad material. En términos simples, el sujeto que ejecuta la acción tiene un total desconocimiento sobre la ilegalidad de su conducta. Inclusive, este tipo de error engloba aquellas situaciones en las que el agente conoce la ley penal, pero, la interpretación que tiene es equivocada, generando que no pueda determinar que su conducta es antijurídica. Y, finalmente, el último supuesto, en el que el sujeto piensa que la norma, que catalogaba de ilícita a su conducta, no tiene ámbito de aplicación o simplemente no se encuentra vigente.

Ejemplos:

- “Cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido” (Roxin, 1997, p.871).
- Cuando el sujeto sigue las órdenes de un profesional en la materia y adecua su conducta a esos consejos, sin embargo, las recomendaciones emitidas por el profesional son erradas y contrarias al Derecho.
- Cuando el agente se reúne con varias personas para planear un delito, pensando que la conducta es punible solo si se materializa el plan, sin saber que, para el Código Orgánico Integral Penal, basta la mera reunión de personas con el fin de cometer un ilícito para que se configure la infracción de asociación ilícita.
- Cuando el sujeto es una mujer embarazada y decide abortar porque cree que tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo y que, por tanto, no será penado su actuar.
- Cuando el autor es un miembro perteneciente a una comunidad de la Amazonía ecuatoriana, aislada de la sociedad civilizada, en virtud de la cual, tienen la costumbre de consumir sustancias estupefacientes de la naturaleza para sus rituales y, un día, el agente decide ir a la ciudad de Cuenca, cuando de repente procede a consumir sustancias estupefacientes en vía pública para ejecutar algún ritual ceremonial.

Error de Prohibición Indirecto

El error de prohibición indirecto se configura en las situaciones en las que el autor sabe que está ejecutando una conducta antijurídica, sin embargo, el agente cree que esta se encuentra protegida por una causa de justificación que en la presente situación no existe o, que, en el caso de existir, el autor piensa que se encuentra dentro de los límites, cuando en realidad los ha sobrepasado. En términos simples, el sujeto tiene la convicción de que sus actuaciones ostentan una justificación total y, por tanto, se encuentran permitidas, cuando en realidad, no existe tal justificación o, existiéndola, ha excedido sus límites permitidos por la ley.

- “Alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones; se imagina una causa de justificación que no existe.
- Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga.
- Cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello” (Roxin, 1997, p.871).
- Cuando el sujeto cree que tomar dinero de la caja registradora es una forma correcta de compensar los sueldos que le debe su empleador.
- Cuando el sujeto es atacado por una persona salvajemente y, después de cinco minutos del ataque, decide ir hacia su agresor a golpearlo porque cree que está actuando bajo legítima defensa.
- Cuando quien es agredido por otra persona, aplica legítima defensa y noquea a su agresor, sin embargo, el lesionado saca un arma y decide disparar a su agresor inconsciente porque cree que la legítima defensa le permite asesinarlo.

Se debe afirmar que existe una forma más de error de prohibición indirecto, el cual, consiste en el error en el que recae el agente cuando cree que, sobre una situación específica, existen circunstancias que si se producen llegarían a justificar su conducta. Un ejemplo claro se produce cuando el autor piensa que se encuentra frente a una situación límite de peligro extremo, cuando en realidad, tal escenario no existe. Es decir, la no exigibilidad de la conducta se configura únicamente en la mente del agente, pero, no en la realidad, como son los casos del estado de necesidad exculpante o la legítima defensa putativa.

Ejemplo:

Varios amigos deciden ir en su yate a alta mar a pasar el día, sin embargo, comienza a caer un diluvio fuerte y uno de los jóvenes piensa que la nave se está hundiendo, por tanto, decide lanzar a uno de sus amigos al agua para que la nave se aligere y que esta no se hunda, cuando en realidad el yate no se estaba hundiendo, es más, ni siquiera existía tal posibilidad.

Vencibilidad e invencibilidad del Error

El error de prohibición puede ser vencible o invencible, como establece la teoría estricta de culpabilidad; si el error es vencible, se genera la imposición de la pena, pero, atenuada, ya que se disminuye el grado de culpabilidad. Sin embargo, si el error resulta ser invencible, se produce la extinción total de la responsabilidad penal, se elimina la culpabilidad como elemento final del delito y, por tanto, no se configura la infracción.

Roxin ha planteado que los medios para determinar si un error es vencible o invencible radican en reflexión e información, estableciendo que para determinar la vencibilidad del error es necesario atender a tres supuestos fundamentales:

- a. Motivación.
- b. Medios necesarios por los esfuerzos para cerciorarse.
- c. La posibilidad de acceder al Conocimiento de la Antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes.

La Motivación

El primer supuesto es la motivación, es decir, aquello que lleva al autor a determinar si es que debe o no informarse previamente sobre si la conducta que va a realizar es o no contraria al ordenamiento legal.

Cuando el agente no transforma su incertidumbre en una razón, fundamento o motivo para realizar una investigación sobre su conducta, no se configurará, por regla general, lo que se denomina error de prohibición vencible. Sin embargo, si “el sujeto reprime y no se toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta. Tal error es —si concurren los dos presupuestos o requisitos restantes— vencible” (Roxin, 1997, p. 886).

De manera universal, también es vencible el error de prohibición cuando el agente no realiza ningún esfuerzo para obtener la ilustración legal necesaria, sin importar de tener conocimiento de que en la arena que pretende actuar, se encuentra sometida a una regulación jurídica específica. Ejemplo:

Quien abre un banco o una tienda de comestibles, quien pretende explotar un negocio de hostelería o conducir un camión por la carretera sabe que para el ejercicio de estas actividades existen preceptos jurídicos que tienen el objeto de excluir en la medida de lo posible los peligros inherentes a las mismas. Simplemente el saber esto ha de suponer para él ya un motivo para preocuparse por los preceptos jurídicos vigentes en ese sector (Roxin, 1997, p. 886).

Por último, un error de prohibición también es vencible, cuando el autor tiene conocimiento total de que su conducta genera un daño al conglomerado social, pues se entiende que se ha dado una vulneración a normas inherentes al orden social y moral, generando la vencibilidad del error de prohibición.

La Medida Necesaria Por Los Esfuerzos Para Cerciorarse

Este requisito hace referencia al medio que, en virtud de su motivación, el profano⁶ decide utilizar para dilucidar si la conducta que pretende efectuar es lícita o no. Roxin plantea que generalmente se acudirá a un abogado, ya que es quien tiene el conocimiento necesario para informarle al agente sobre si su actuar, será conforme a Derecho.

6. Profano: que carece de experiencias en una determinada materia. En materia penal, se utiliza para referirse al ciudadano común que no tiene conocimientos legales.

En la sociedad radica un principio de confianza y este se traduce en que cualquier profesional está capacitado a dar asesoramiento en su área, ya que se entiende que ha pasado por procesos de estudio debidamente acreditados por el Estado y las instituciones públicas o privadas en donde ha estudiado, por tanto:

Una “información improvisada” determinada y clara de un abogado debe bastar también para hacer invencible un error de prohibición; pues el ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada (Roxin, 1997, p.889).

Roxin establece que también es totalmente válido, que el profano se confíe de una jurisprudencia uniforme dictada por el tribunal de justicia más alto del Estado, pues, se entiende que sus decisiones son vinculantes.

Finalmente, se debe afirmar, que los medios para acceder a información legal pueden ser diversos, pero, bajo ningún aspecto, debe confundirlos con un consejo emitido por el abogado o cualquier otro profesional, en el que el cliente le ha pedido ayuda para incumplir la norma jurídica, ya que, se trata de una situación totalmente diferente y bajo ningún aspecto configura lo que es un error de prohibición.

La Posibilidad De Acceder Al Conocimiento De La Antijuridicidad En Caso De Realizar Esfuerzos Insuficientes

El último requisito hace referencia a que no necesariamente existirá un error de prohibición vencible si el agente o profano no ha realizado los esfuerzos necesarios para conocer sobre la licitud de su actuar. Es decir, si el autor, a pesar de haber tenido un motivo para consultar información, no acudió a un jurista, sino que decidió de manera directa ejecutar su conducta pensando que lo hacía conforme al ordenamiento jurídico, se deberá tomar, no obstante, como invencible al error de prohibición, si es que cualquier abogado confiable le habría manifestado que la conducta realizada es la correcta y que, por tanto, es conforme a la norma penal. “Lo más importante aquí no es la constatación de un curso causal hipotético. No es decisivo lo que un determinado abogado realmente habría dicho, sino cómo habría sido una información de la que el sujeto se habría podido fiar” (Roxin, 1997, p.892).

Asesoramiento Profesional vs Error de Prohibición (Caso Leo Messi)

El asesoramiento profesional es una de las acciones más habituales que practican los seres humanos; la mayor parte de personas necesitan recibir las indicaciones de los expertos en un área determinada (arquitectura, economía, ingeniería, leyes, etc.) antes de ejecutar sus operaciones, para así, obtener beneficios y actuar conforme la ley. Durante la última década, ha sido común observar noticias en que celebridades y personas llenas de fama son sometidos a procesos penales por presuntamente haber cometido el delito de defraudación fiscal.

Lionel Andrés Messi Cuccittini, jugador del Fútbol Club Barcelona y de nacionalidad argentina, fue sometido a un proceso penal junto con su padre, Jorge Horacio Messi, por defraudar a Hacienda española por un monto de 4,1 millones de euros durante los años 2006, 2007 y 2008. Este caso se cita porque la defensa formulada por los procesados fue la siguiente:

Leo Messi había confiado sus obligaciones con Hacienda a su padre y este a sus asesores. “Yo me dedicaba a jugar a fútbol. Confiaba en mi papá y en los abogados que habíamos decidido que nos llevaran las cosas. En ningún momento se me pasó por la cabeza que me iban a engañar”, declaró entonces el jugador (Rincón, 2017). Se debe establecer que los procesados fueron sentenciados, inclusive la condena fue ratificada por el tribunal superior, la motivación principal de los jueces fue que:

Lionel Messi actuó con “ignorancia deliberada” cuando evitó informarse sobre lo que estaba a su alcance a través de “medios fiables, rápidos y ordinarios”. El Supremo ratifica este argumento y tumba uno a uno todos los motivos alegados por el delantero para recurrir su condena (Rincón, 2017).

Esta postura, adoptada por el tribunal, no observa los criterios establecidos por la doctrina dominante, pues, se trata de un evidente caso de error de prohibición, ya que, en virtud de lo afirmado por Roxin, el mero hecho de que el procesado haya acudido a abogados para ser asesorado, ya genera que cumpla con el requisito del motivo y de los medios idóneos de información para determinar si el error de prohibición es vencible o invencible. Se debe tomar en cuenta que el referido profesor alemán establece que basta una información improvisada y clara de un jurista, para que el error de prohibición sea invencible.

El argumento final de los juzgadores de Barcelona fue que:

Los magistrados del Supremo tampoco admiten que, como alegó el jugador, él fuera ajeno a las maniobras fiscales de sus asesores para eludir impuestos y entiende que Leo Messi conocía inequívocamente su obligación de tributar los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. En este sentido, afirma que “no resulta acomodado a lógica admitir que quien percibe importantes ingresos ignore el deber de tributar por ello. Ni se acomoda a lógica que quien constata que no abona nada en absoluto a Hacienda como tributo, pese a la elevada percepción de concretos ingresos (los derechos de imagen), sabe que está defraudando ilícitamente”. Advierten que el delantero empezó a firmar contratos de cesión de derechos de imagen cuando era menor, pero, siguió firmándolos cuando cumplió la mayoría de edad y aseguran que el futbolista “interviene personalmente en muchos de los contratos que se iban sucediendo”. “Si alguna duda pudiera alcanzar a quien eso percibe, cualquiera que fuera su ingenuidad, las actuaciones que indican que interviene en persona, y no solamente estampando su firma en documentos, revelan su plena consciencia de que ese camino llevaba inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal”, sostiene el tribunal (Rincón, 2017, p. 1).

La postura del tribunal es interesante, es un argumento válido por el cual se desvirtúa lo alegado por los procesados, sin embargo, el mismo tribunal establece que el procesado si tenía conocimiento de la antijuridicidad de sus actos y que sería imposible que no fuera así. Sin embargo, la doctrina establece “que normalmente un profano no está en condiciones de tomar tal decisión personal” (Roxin, 1997, p. 888).

“El ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada” (Roxin, 1997, p. 889).

Por tanto, no es una obligación jurídica del procesado el refutar los argumentos de su abogado o dudar de los mismos. Sin embargo, se debe manifestar que en el presente trabajo no se defiende la inocencia de los procesados, faltan diversos elementos suscitados en el proceso que merecen un análisis más profundo, el caso solo se expone como manera de ejemplo para demostrar como en la realidad se producen casos de error de prohibición en materia penal.

Conclusiones

El error de prohibición es una figura jurídico-penal que radica en la culpabilidad, esta se genera cuando el autor no tiene conocimiento de que su conducta es ilícita. El error de prohibición ha sido objeto de debate y estudio por parte de la doctrina durante años, sin duda, se trata de una exigencia de responsabilidad penal que debe cumplir de manera estricta y minuciosa con requisitos jurídico-fácticos para que proceda su invencibilidad y, como consecuencia, la extinción de la pena; caso contrario, el error es vencible, se configura el injusto y el error solo generará la atenuación de la sanción punitiva del Estado, pues, en el caso de asesoramiento profesional, se determina que basta el simple consejo improvisado de un abogado o experto, para que el error sea invencible.

Referencias Bibliográficas

Código Orgánico Integral Penal. (2020, 21 de junio). *Asamblea Nacional del Ecuador*.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad Hoc.

Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal General*. Octava edición. Tirant lo Blanch libros.

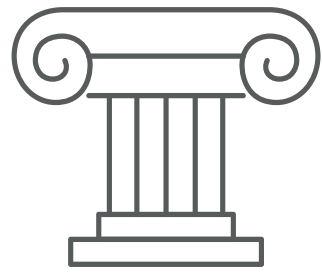
Reyes, R. (2017). *El supremo ratifica la condena de 21 meses a Messi por fraude fiscal*. Diario El País. https://elpais.com/deportes/2017/05/24/actualidad/1495623767_529582.html

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS.

Silva Sánchez, J. (1987). *Observaciones Sobre El Conocimiento "Eventual" de La Antijuricidad*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.



ESTUDIO
CENTRAL
ABOGADOS



— 2021 —



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



www.udalawreview.uazuay.edu.ec
udalawreview@uazuay.com.ec

 UDA Law Review

 UDA Law Review