

IURIS

Desde 1954

Revista de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Políticas y Sociales

ACUERDOS COLUSORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
EN ECUADOR: ¿UN TIPO SANCIONADOR IMPOSIBLE?

TRABAJO INFANTIL Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL CENTRO
DEL ECUADOR: EVIDENCIAS DE LAS PROVINCIAS DE
COTOPAXI Y CHIMBORAZO

SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD EN LA SOCIEDAD
CONTEMPORÁNEA

ÉTICA EMPRESARIAL, SUBORDINADA AL PODER
ECONÓMICO QUE GENERA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL
FINANCIAMIENTO DE DELITOS.

LA PENA NATURAL COMO CRITERIO DE OPORTUNIDAD:
UN FRENO AL EXPANSIONISMO PENAL.

LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO ECUATORIANO

Reseña de Libro
DERECHO DE AGUAS: IDENTIDAD Y TRANSFORMACIONES

ISSN No. 1390-0846

No. 17, Volumen No. 2
Bianual, 2018

IURIS

Revista IURIS, No. 17, Volumen No. 2, Bianual – 2018

ISSN No. 1390-0846



UNIVERSIDAD
DE CUENCA

Revista IURIS, de la Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
No. 17, Volumen No. 2, Bianaual – 2018
ISSN No. 1390-0846

Director:

Dr. Andrés Martínez Moscoso

Coordinador:

Dr. Teodoro Verdugo Silva

Asistente de la Revista:

Abg. Adriana Abril Ortíz

Lugar de Edición:

Cuenca- Ecuador

Dirección:

Av. 12 de abril y Agustín Cueva (Ciudadela Universitaria)

Ciudad:

Cuenca

Código Postal:

Apartado: 01.01.168

Provincia:

Azuay

Correo electrónico de la revista:

revista.iuris@ucuenca.edu.ec

País Editor:

Ecuador

Teléfonos:

+593-7-4051000- ext. 2280

Tiraje:

300 ejemplares.

**Director de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales:**

Dr. Andrés Martínez Moscoso

Diseño y diagramación:

Imprenta General de la Universidad de Cuenca

Consejo Editorial Externo - Revista IURIS

Manuel Francisco Ruiz Guerrero Nicaragua, PhD	Universidad Autónoma de Nicaragua, León
Santiago Basabe Serrano, PhD	FLACSO-Ecuador
Björn Arp, PhD	American University - Estados Unidos de América
Rhett Larson, PhD	Arizona State University -Estados Unidos de América
Efrén Guerrero Salgado, PhD	Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Renán Villacís, Dr.	Corte Penal Internacional - Holanda
Antonio Embid Irujo, PhD	Universidad de Zaragoza- España

Consejo Editorial Interno - Revista IURIS

Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña	Director de la carrera de Derecho
Mst. Fabián León	Director de la carrera de Género y Desarrollo
Lcdo. Francisco Astudillo Lucero	Director de la carrera de Orientación Familiar
Psc. Clin. Juana Ochoa Balarezo	Directora de la carrera de Trabajo Social

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Política y Sociales de la Universidad de Cuenca, publica la Revista IURIS, de manera bianual, con arbitraje anónimo de los manuscritos puestos a su consideración, los cuales son revisados a través del sistema de pares académicos (ciegos) nacionales e internacionales. Se autoriza la reproducción total o parcial de los artículos siempre y cuando se respeten las normas de uso justo de propiedad intelectual.

Las opiniones y criterios expresados en los artículos de la Revista IURIS no representan la posición de su Comité Editorial, ni de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Política y Sociales de la Universidad de Cuenca.

Miembros del H. Consejo Directivo

Dr. Jorge Moreno Yanes	Decano
Dr. José Montalvo Bernal	Subdecano
Mst. Rocío Guzmán	Vocal Principal Docente
Dra. Yolanda Dávila Pontón	Vocal Principal Docente
Sra. Mónica Mosquera Ambrosi	Representante de los Empleados y Trabajadores
Sr. René Peralta	Representante Principal Estudiantil
Dra. Graciela Encalada Ochoa	Secretaria – Abogada

Antecedentes:

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, nace en el año 1867, de manera conjunta con la fundación de la Universidad de Cuenca.

A lo largo de su historia ha tenido diversos espacios de reflexión jurídica, ensayo académico y difusión de opinión, en distintos soportes tales como revistas, folletos, diarios, etc.

Sin embargo, desde 1954 se funda la Revista IURIS, como medio de difusión de los resultados de investigación de la Facultad, en sus primeras carreras de Derecho y Trabajo Social.

En la nueva época, que inicia con la Revista No. 15 (2016), IURIS amplía su ámbito de difusión de resultados de investigación en las áreas: a) Derecho; b) Trabajo Social; c) Orientación Familiar; y, d) Género y Desarrollo, de autores nacionales e internacionales.

Objetivo:

El principal objetivo de la Revista IURIS es estimular la discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico, político y social, de una forma científica y abierta a la pluralidad del pensamiento, tanto a nivel nacional como internacional.

Temáticas:

La revista IURIS, acepta el envío de manuscritos en las siguientes líneas de investigación según las categorías del Código UNESCO:

Ciencias Jurídicas y Derecho:

Teoría y Métodos Generales; 560201 Derecho Anglosajón; 560202 Derecho Comparado; 560203 Filosofía del Derecho; 560204 Derecho de la Antigüedad; 560205 Derecho Natural; 560206 Legislación; 5603 Derecho Internacional; 560301 Derecho Aeronáutico; 560302 Derecho del Mar; 560303 Derecho Sobre El Espacio Ultraterrestre; 560304 Derecho Sobre Los Fondos Marinos; Organización Jurídica; 560401 Funcionarios de Justicia y Procesos Judiciales; 560402 Magistratura; 560403 Tribunales; 560499 Organización Jurídica; 5605 Legislación y Leyes Nacionales; 560501 Derecho Administrativo; 560502 Derecho Civil; 560503 Derecho Mercantil; 560504 Derecho Constitucional; 560505 Derecho Penal; 560506 Derecho Fiscal; 560507 Derecho Público; 560508 Derecho Privado

Ciencia Política:

5901 Relaciones Internacionales; 590101 Cooperación Internacional; 590102 Organizaciones Internacionales; 590103 Política Internacional; 590104 Tratados y Acuerdos Internacionales; 590105 Problemas de las Relaciones Internacionales; 5902 Ciencias Políticas; 590201 Política Agrícola; 590202 Política Cultural; 590203 Política Comercial; 590204 Política de Comunicaciones; 590205 Política demográfica; 590206 Política Económica; 590207 Política Educativa; 590208 Política del Medio Ambiente; 590209 Política Exterior; 590210 Política Sanitaria; 590211 Política Industrial; 590212 Política de la Información; 590213 Planificación Política; 590214 Política Científica y Tecnológica; 590215 Política Social; 590216 Política de Transportes; 5903 Ideologías Políticas; 5904 Instituciones Políticas; 590401 Poder Ejecutivo; 590402 Poder Judicial; 590403 Poder Legislativo; 590404 Relaciones Entre Los Poderes; 5905 Vida Política; 590501 Elecciones; 590502 Comportamiento Político; 590503 Grupos Políticos; 590504 Liderazgo Políticos; 590505 Movimientos Políticos; 590506 Partidos Políticos; 5906 Sociología Política; 590601 Derechos Humanos; 590602 Lenguajes; 590603 Minorías; 590604 Raza; 590605 Religión; 590606 Conflictos Sociales; 5907 Sistemas Políticos; 590790 Sistemas Políticos: Área Americana; 5908 Teoría Política; 5909 Administración Pública; 590901 Gestión Administrativa; 590902 Instituciones Centrales; 590903 Administración Civil; 590904 Servicios Públicos; 590905 Instituciones Regionales; 5910 Opinión Pública; 591001 Información; 591002 Medios de Comunicación de Masas; 591003 Prensa; 591004 Propaganda.

Trabajo Social: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Género: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Orientación Familiar: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

PRESENTACIÓN



PRESENTACIÓN

La apertura que presta la Revista IURIS a los académicos e investigadores en las áreas de las Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales es amplia, de tal suerte, en el presente volumen se reúnen trabajos de importantes autores quienes desde su esfera profesional realizan interesantes aportes sobre la dinámica del derecho, nuevas instituciones normativas, así como de la realidad social.

Cumplidores de los parámetros de indexación, el cuerpo editorial de la Revista conjuntamente con la Dirección y Coordinación, ha puesto énfasis en que se supere el porcentaje de autores externos, ya que si bien es cierto se trata de un medio de difusión de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, es fundamental que acoja más del 60% de trabajos de colaboradores de fuera de la Universidad de Cuenca, lo cual, desde su “nueva época” (2016), se ha venido cumpliendo a satisfacción.

IURIS No. 17, Volumen No. 2, se estructura a través de tres grandes secciones, la primera denominada “Artículos de investigación (Docentes e Investigadores)”, que recoge 4 manuscritos originales de colaboradores externos; la segunda, “artículos de estudiantes de grado y posgrado”, con 2 trabajos de estudiantes de posgrado de la Facultad, y, una final que corresponde a la reseña de libros.

La Revista inicia con un abordaje de dos temas trascendentales en la configuración del nuevo derecho ecuatoriano, acuerdos colusorios y la contratación pública, a cargo de Fabián Pozo Neira, quien realiza un recorrido sobre la tipificación de prácticas colusorias y cómo las mismas se convierten en restrictivas dentro del derecho a la competencia.

Por su parte, los autores Mathías E. Valdez Duffau y Fabricio Vaca, presentan un estudio sobre el trabajo infantil y las políticas pública en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo, donde ponen especial énfasis en que si bien es cierto el Ecuador fue el primer país en ratificar la Convención Internacional para los Derechos del Niño, el trabajo infantil sigue siendo una constante en el país.

Importante es el aporte que realiza Jorge Eduardo Verdugo Lazo, respecto de cómo la inseguridad es percibida en la sociedad contemporánea, para lo cual explora sus posibles causas y propone algunas soluciones que puedan ser tenidas en cuenta desde el gobierno central.

Siguiendo las nuevas tendencias del derecho, Iván Danilo Ortiz Alulema, se refiere en su manuscrito al lavado de activos y lo pone frente al concepto de ética empresarial, con el propósito de repotenciar este concepto

con el propósito que se rescaten valores, normas y principios para luchar contra este tipo de delitos que afecta a la sociedad del siglo XXI.

Especial reconocimiento tiene la publicación del manuscrito: “La pena natural como criterio de oportunidad: un freno al expansionismo penal”, a cargo de Grace Elizabeth Moreno Yanes, trabajo de investigación que en su versión original, mereció la máxima calificación de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Cuenca, y que se adapta en versión artículo científico para la Revista IURIS.

La sección de artículos de estudiantes de grado y posgrado, tiene el aporte del trabajo “La huelga en el sector público ecuatoriano”, a cargo de los maestrantes de la I Cohorte de la Maestría en Derecho Laboral, María de Lourdes Tamariz Aguilar, Romel Armando Sacta Caguana, Diego Andrés Zabala Romero y Jessica Karina Sánchez Sacoto, quienes realizan una propuesta acerca del alcance de la prohibición al derecho a la huelga por parte de los trabajadores del sector público y cómo las reformas constitucionales, pueden afectar a los derechos de este colectivos respecto a lo reconocido en tratados internacionales y la consecuente responsabilidad del Ecuador.

En la sección de reseñas, Francisco Bermeo Cabrera, comenta acerca de la obra del profesor Alejandro Vergara Blanco: “Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones”, un texto emblemático que recoge las principales posiciones de Vergara Blanco sobre el recurso hídrico, así como propone interesantes alternativas para su gestión y gobernabilidad.

Desde la dirección de la Revista, es menester reconocer el trabajo desinteresado que realiza el personal de apoyo, bajo la coordinación de la Ab. Adriana Abril Ortíz, así como el apoyo total que se recibe desde el Decanato, sin los cuales sería imposible mantener la continuidad de este espacio de divulgación del conocimiento y de los resultados de investigación.

Andrés Martínez Moscoso
Director de la Revista IURIS

ÍNDICE

Sección I *Artículos de investigación (Docentes e Investigadores)*

1. Fabián Pozo Neira
Pag. 17
Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿Un tipo sancionador imposible?
2. Mathías E. Valdez Duffau y
Fabricio Vaca
Pag. 41
Trabajo Infantil y Políticas Públicas en el Centro del Ecuador: Evidencias de las Provincias de Cotopaxi y Chimborazo.
3. Jorge Eduardo Verdugo Lazo
Pág. 59
Sentimiento de inseguridad en la sociedad contemporánea.
4. Iván Danilo Ortiz Alulema
Pág. 87
La ética empresarial, subordinada al poder económico que genera el lavado de activos y el financiamiento de delitos.

Sección II *Artículos de estudiantes de grado y posgrado*

1. Grace Elizabeth Moreno Yanes.
Pág. 105 *La pena natural como criterio de oportunidad: un freno al expansionismo penal.*
2. María de Lourdes Tamariz Aguilar,
Romel Armando Sacta Caguana,
Diego Andrés Zabala Romero y
Jessica Karina Sánchez Sacoto.
Pág. 125 *La huelga en el sector público ecuatoriano*

Sección III *Reseña de libro*

1. Francisco Bermeo Cabrera
Pág. 151 *Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones*

Sección IV

- Lineamientos editoriales
Pág. 159 *Formato para presentación de artículos IURIS*

SECCIÓN I

Artículos de investigación (Docentes e Investigadores)



ACUERDOS COLUSORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR: ¿UN TIPO SANCIONADOR IMPOSIBLE?

HORIZONTAL ILLEGAL AGREEMENTS IN PUBLIC PROCUREMENT IN ECUADOR: ¿AN ADMINISTRATIVE INFRACTION IMPOSSIBLE TO SANCTION UNDER COMPETITION LAW?

Fabián Pozo Neira¹.
fpozo@gottifredipozo.com
Recibido: 25/09/2018
Aprobado: 23/04/2019

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis de la tipificación de las prácticas colusorias en procedimientos de compras públicas como conductas restrictivas de la competencia en el Ecuador, y su incompatibilidad con la legislación de compras públicas vigente. Dado que la normativa de compras públicas impide en cierto tipo de procesos el asegurar definitivamente un resultado mediante un acuerdo entre oferentes, existen casos en que el tipo sancionador previsto en la norma de competencia se vuelve imposible de conjugar.

Palabras clave:

Colusión; derecho de competencia; contratación pública.

Abstract:

This paper analyzes the legal situation of collusive practices and bid rigging in Ecuadorian competition law, and its relation with the law on public procurements. Due to the fact that under Ecuadorian public procurements regulation there are certain types of procedures where it is not possible to definitively secure the outcome of a public bid through an agreement between offers, in some cases it will be impossible to sanction these conducts under competition law.

Keywords:

Bid rigging; antitrust law; competition law; public procurement.

¹ Grupo de Investigaciones en Derecho de la Competencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito. fpozo@gottifredipozo.com

1. LA COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA.

Además de la corrupción manifestada en forma de tráfico de influencias y sobornos en los que intervienen un contratista y uno o varios miembros de la entidad pública contratante que generalmente son cubiertas por la normativa penal, en la mayoría de países occidentales la legislación prohíbe también las prácticas colusorias en compras públicas como una forma de acuerdo restrictivo de la competencia.

Según algunos estudios, en América Latina y el Caribe, las compras públicas alcanzan una cuota del 10% al 15% del PIB regional (Weishaar, 2013:32-38)²; particularmente en el caso ecuatoriano, el porcentaje destinado a contratación pública respecto del Presupuesto General del Estado ha oscilado entre el 33% y 44% entre 2010 y 2014, descendiendo a un 24% entre 2014 y 2016 (SERCOP, 2017)³ por lo que el comportamiento económico de los participantes en este sector es de alta relevancia para la economía nacional.

Las prácticas colusorias en los procedimientos de compras públicas tienden a elevar el precio finalmente pagado por la entidad pública contratante, precisamente, por su naturaleza supresora de la presión competitiva. En los países miembros de la Organización para Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se han realizado varias mediciones sobre los efectos sobre los precios de las prácticas colusorias, que permiten concluir que *“a mayor número de carteles, mayor sobrecargo en el precio pagado”*; estos hallazgos se resumen en el siguiente cuadro presentado por Kenneth Danger (Danger, 2008)⁴:

2 Weishaar, Stefan. Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging, 32-38 (Edward Elgar Publishing: London, 2013).

3 Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública, SERCOP, Boletín de Contratación Pública, Febrero 2017. Disponible en http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/03/BOLETIN_FEBRERO_2017.pdf

4 Danger, Kenneth. Presentación realizada en Santiago de Chile, 13 de noviembre de 2008, en conferencia organizada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, “Día de la Competencia 2008”, disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2008_ddcc_0003.pdf



Estudios de Sobreprecios en Carteles

Referencia	Número de Carteles	Sobrecargo promedio (porcentaje)	Mediana Promedio (porcentaje)
Cohen and Scheffman (1989)	5-7	7.7-10.8	7.8-14.0
Werden (2003)	13	21	18
Posner (2001)	12	49	38
Levenstein y Suslow (2002)	22	43	44.5
Griffin (1989)	38	46	44
OECD (2003), excluyendo los más altos	12	15.75	12.75
Promedio Ponderado	102-104	36.7	34.6

Fuente: Connor and Bolotova (2006), Table 1.

En el caso latinoamericano, dado el tamaño relativa y naturalmente pequeño de los mercados internos de algunos países, particularmente en algunas industrias tiende a existir un entorno de baja competitividad sistémica, en el que participan pocas empresas, en un contexto además altamente politizado.

En este contexto, la colusión puede definirse como aquella situación en la que un conjunto de empresas acuerda no competir entre ellas con la finalidad de maximizar sus beneficios de forma conjunta (Coloma, 2009:95)⁵. Dicho aumento puede producirse a través de diferentes instrumentos o modalidades, tales como la fijación de precios, los acuerdos en cantidades de producción o la asignación de zonas o cuotas de mercado, la rotación de ganadores y presentación de ofertas complementarias o de resguardo, entre otros (Morales y Zavala, 2013: 143)⁶.

Sin embargo, la prueba de estas conductas es compleja y además requiere de una armonización entre la normativa de Contratación Pública y la normativa de libre competencia, pues de lo contrario puede derivarse en la imposibilidad de sancionar a los implicados por la prevalencia del estado de inocencia debidamente reconocido en la Constitución Ecuatoriana.

5 COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 2009. pág. 95

6 MORALES, Joaquín y ZAVALA, José L. Derecho Económico. Quinta Edición. Santiago, Legal Publishing. 2013. pág. 143

En el presente documento, analizaré precisamente la discordancia existente entre la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LOR-CPM) y la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública (LOS-NCP) y sus respectivos reglamentos, respecto de la imposibilidad fáctica de cumplir con uno de los supuestos que la primera de ellas requiere para el tipo sancionador de las prácticas colusorias en compras públicas, causada por la vigencia de algunas normas de la LOSNCP.

2. LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN COMPRAS PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA DE COMPETENCIA.

Las prácticas restrictivas de la competencia en las que intervienen dos o más operadores, generalmente se clasifican en acuerdos, decisiones colectivas, y prácticas concertadas conscientemente paralelas, que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia o que potencialmente provoque tales efectos (Bellamy y Child, 1992:85)⁷. En derecho anglosajón, los acuerdos expresos reciben el nombre de *agreement*, mientras los acuerdos tácitos reciben la denominación de *understanding*, mientras que las conductas conscientemente paralelas generalmente son denominadas como *conscious parallelism*.

No obstante, no todos los acuerdos entre competidores con efecto restrictivo de la competencia son ilegítimos, pues desde un punto de vista económico todo acuerdo o convenio restringe en cierto grado la competencia, por ejemplo, un acuerdo entre un grupo de abogados para conformar un estudio jurídico colectivo elimina la competencia entre ellos (Viscusi et al. 1998:123)⁸.

En este sentido, la jurisprudencia internacional y la doctrina aceptan que el concepto de restricción debe analizarse siempre de la mano con el de eficiencia. En base a ello, se distinguen generalmente entre acuerdos anticompetitivos generalmente nocivos en sí mismos -*naked cartels*- que algunas legislaciones prohíben absolutamente de forma *per se*, y los acuerdos que se consideran socialmente útiles o accesorios, que no son nocivos en sí mismos -*ancillary restrictions*- y que no se prohíben sino cuando sus efectos anticompetitivos sobrepasan los efectos pro competitivos del convenio principal (González-Días, 1995)⁹

⁷ Bellamy, y Child, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992.pág. 85

⁸ Viscusi, K. Vernon J. y Harrington J. *Economics of regulation and Antitrust*. 2da. Edición. The MIT Press. Cambridge, 1998, pág. 123.

⁹ González Díaz, Enrique. *The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*. Fordham International Law Journal. Vol. 19, Issue 3, 1995.

En los países anglosajones, esto deriva en la distinción entre prohibiciones sujetas a la regla *per se* (Miranda, 2011)¹⁰ y otras sujetas a la regla de la razón (Gagliuffi, 2011)¹¹, sin embargo este no necesariamente es el caso de los países de tradición de derecho continental. Si bien estas reglas se pueden asimilarse a una “*presunción de derecho*” y una “*presunción de hecho*” respectivamente, esto no es preciso, por la propia naturaleza de los sistemas procesales anglosajones y continentales, y los efectos procesales que la aplicación de estas reglas tiene en cada sistema.

Con esto dicho, la LORCPM sanciona las prácticas restrictivas en su artículo 11, estableciendo en su primer párrafo una prohibición general y estableciendo posteriormente un listado no taxativo de conductas particularmente prohibidas, así:

“Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. “

Como se puede ver, desde un análisis de tipicidad, la redacción del artículo 11 contiene varios verbos rectores (*impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectan negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general*), que pueden conjugarse por medio de varias posibles modalidades (*acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios*), en partien-

10 Miranda Londoño, Alfonso. ¿Existe la ilegalidad *per se* en el derecho de la competencia colombiano?. Bogotá, Colombia. Universidad Javeriana. Disponible en https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.javeriana.edu.co%2Fjuridicas%2Fmenu_lat%2Fdocuments%2FEXITE.DOC&ei=u43kUfPqK4eRqQGyYCoAQ&usg=AFQjCNHeA1X9pM1MTBWS_GYc6Zync5zpLg&sig2=gMdBoABI-c1aYG7pi_oHbw&bvm=bv.48705608,d.aWM consultado en fecha 15 de julio de 2013 a las 19h07

11 Gagliuffi, Ivo. La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón. Perú, INDECOPI, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12 disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/IvoGagliuffiPiercechi.pdf> consultado en fecha 14 de julio de 2013 a las 20h48. pag. 154

do siempre de la existencia de una pluralidad de sujetos activos del ilícito (*dos o más operadores económicos*).

Asimismo, se distingue entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales, siendo los primeros acuerdos restrictivos entre operadores económicos ubicados al mismo nivel de la cadena productiva y por ende competidores reales o potenciales entre sí, generalmente considerados nocivos e inclusive *per se* prohibidos, y los segundos siendo acuerdos entre operadores económicos ubicados en distintos niveles de la cadena productiva, sin que necesariamente sean competidores entre sí, por lo que la jurisprudencia tanto norteamericana como europea generalmente los ha considerado menos preocupantes¹².

Ahora bien, una de las distinciones más importantes que se derivan de esta tipificación se refiere a aquellas conductas prohibidas por su objeto, y aquellas prohibidas por sus efectos.

Como dije anteriormente, hay ciertas conductas que generalmente se consideran en sí mismas contrarias a la competencia, y otras que pueden ser consideradas anticompetitivas únicamente tras una ponderación de sus efectos. Entre las primeras, podemos citar los acuerdos horizontales de fijación de precios entre competidores, mientras en las segundas podemos encontrar los acuerdos verticales de exclusividad.

En el caso de las prohibiciones por su objeto, no llega a ser necesario que un acuerdo haya sido llevado a la práctica, bastando probarse que el mismo existió, mientras en las infracciones por su efecto, se requiere acreditar que el mismo afectó negativamente al mercado.

Esta distinción es de vital importancia, pues la situación procesal del investigado varía respecto de unas u otras, así como varía la asignación de cargas probatorias, debido a la vigencia y aplicación de los artículos 4 y 8 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM.

El primero de ellos establece como criterio general de evaluación para las conductas sancionadas en la LORCPM un análisis casuístico, diciendo:

“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de

¹² Respecto de los precedentes norteamericanos pueden mencionarse, entre otros: US v Griffith; Standard Fashion v Magrane-Houston; Standard Oil and Standard Stations v US; FTC v Motion Picture Advertising Service; Tampa Electric v Nashville Coal y por último, US v Microsoft. Jefferson Parish Hospital v Hyde; Eastman Kodak v Image Technical Service; Illinois Tool Works v Independent Ink, Inc.; En el caso europeo, son relevantes los siguientes precedentes: Decisión 88/138/CEE, Eurofix Bauco v Hilti; Decisión 92/163/CEE, TetraPak II y el caso T-201/04, Microsoft v Comisión.

las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

Sin embargo, el Art. 8, a continuación establece una presunción de práctica restrictiva y la subsiguiente inversión de carga probatoria para algunas conductas sancionables por su objeto, diciendo:

*“Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá **que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:***

- 1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.*
- 2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
- 3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.*
- 4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*

Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”(el resaltado me pertenece).

De la lectura de esta norma, es claro que una vez probado la existencia de un acto o conducta concertada entre dos competidores de las listadas en este artículo, se establece una presunción acerca de que aquellas tienen “objeto” anticompetitivo, pero no se establece una presunción de ningún tipo acerca de que las mismas tengan “efecto” anticompetitivo. Esto traslada la carga de la prueba que originalmente le corresponde a la Superintendencia según el art. 48 de la LORCPM, hacia el operador económico investigado, quien puede acogerse a las exenciones previstas en el art. 12 de la LORCPM, referentes a la generación de eficiencias en este tipo de acuerdos, debiendo probarlas.

De ahí la importancia de que al momento de formular cargos contra un operador económico por una conducta del art. 11 de la LORCPM sea indispensable que se distinga si se le acusa por una conducta presuntamente anticompetitiva por su objeto o por su efecto.

Con lo dicho, en cuanto a los tipos específicos, el segundo párrafo del art. 11 establece un listado no taxativo de conductas particularmente prohibidas, entre los que dedica los numerales 6 y 21 a casos relacionados con compras públicas, que dicen:

“En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: (...)

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.”

Para efectos de este trabajo, es necesario comentar primero acerca del numeral 21, pues este se refiere a “acuerdos entre proveedores y compradores”, por lo que se refiere necesariamente a acuerdos ilícitos entre el contratante de carácter público y el oferente privado. Esta redacción excluye necesariamente de la aplicación de este numeral a los acuerdos entre oferentes que son competidores entre sí, por lo que las prácticas colusorias entre oferentes siempre deberían tratarse bajo el supuesto del numeral 6. La relación entre este tipo y las tipificaciones existentes en materia penal sobre concusión y tráfico de influencias no son objeto de este trabajo.

Dicho esto, el numeral 6 en cuestión tiene varios elementos y modalidades, así, puede conjugarse este tipo por acción u omisión, mediante acuerdos o prácticas concertadas cualquiera sea la forma que adopten, distinguiéndose entre conductas prohibidas por su objeto y conductas prohibidas por su efecto, siempre que conjugaren los verbos “*impedir, restringir, falsear o distorsionar*” la competencia.

Como circunstancia indispensable, se establece que estas prácticas ocurran en la presentación de ofertas y posturas, licitaciones, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas de contratación pública o en procesos de contratación privados abiertos al público, estableciéndose además un elemento subjetivo que es el centro de este trabajo, referente a la existencia de una finalidad de aseguramiento del resultado en beneficio propio o de un tercero proveedor.

Cada uno de estos elementos tiene su propia complejidad, sin embargo, me centraré en el elemento subjetivo relacionado a la finalidad de asegurar un resultado, pues como expondré más adelante, en ciertos procedimientos de contratación pública esto resulta imposible en virtud de la propia normativa de la materia que se encuentra actualmente vigente.

Sin embargo, vale mencionar de forma general que uno de los principales problemas que plantean las conductas anticompetitivas de tipo colusorio es el de su prueba, la cual dependerá del tipo de acuerdo restrictivo de la competencia del que se trate, sea un acuerdo, un acuerdo tácito o una conducta de paralelismo consciente.

En el caso de los acuerdos expresos se requerirá prueba de la celebración de dicho acuerdo entre los competidores. En el segundo caso, se requerirá probar los hechos de los que se infiera razonablemente un entendimiento entre las partes sin necesidad de equipararlo a un contrato legalmente oponible entre las partes (*gentlemen agreement*). Y por último, en el caso del paralelismo consciente, al tratarse de una forma de “acuerdo presunto”, se requiere probar económicamente que la conducta de los implicados solamente se explicaría en existencia de un hipotético acuerdo entre ellos, luego de lo cual se invierte la carga de la prueba correspondiendo a las partes presentar una explicación alternativa plausible.

Lógicamente, la obtención de pruebas documentales que acrediten estos supuestos no siempre es sencilla, al tratarse generalmente de documentación de carácter privado y reservado.

Por esto, en el derecho comunitario europeo no necesariamente se exige que una acusación distinga en la tipificación de “acuerdo” y “práctica concertada”, pudiendo proseguir bajo una suerte de “tipificación conjunta” cuando las infracciones incluyeran elementos de ambas modalidades (Vane Bael y Be-

llis, 2005:40¹³), sin embargo, esto no sería posible en el marco garantista de la Constitución ecuatoriana de 2008 y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que establece como una garantía judicial del debido proceso la “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”, habiéndose determinado en reiterada jurisprudencia que:

“La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan.” (Corte IDH: Caso Fermín Ramírez c. Guatemala)

3. LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR Y LAS POSIBLES MODALIDADES DE COLUSIÓN.

En el Ecuador, así como en otros países, las compras públicas permiten al Estado actuar directamente en un mercado como gran adquirente, persiguiendo además de satisfacer sus necesidades de compra, algunas finalidades de carácter social, como por ejemplo la promoción de la pequeña y mediana empresa, o de la economía popular y solidaria.

De este modo, el Estado actúa como principal consumidor, configurando una situación de monopsonio.

Entre las modalidades de contratación pública más comunes encontramos la licitación pública, la subasta inversa, la contratación mediante proformas y cotizaciones e incluso en contratación directa en casos de ínfima y menor cuantía, y ciertos casos de contratación especial, como ser el contrato integral por precio fijo y la contratación de emergencia.

Dado que para coludir se requiere de una pluralidad de sujetos, las prácticas colusorias entre oferentes pueden ocurrir en aquellos procedimientos que por su naturaleza requieren de la participación de una pluralidad de oferentes, como la licitación y la subasta inversa, que en el caso ecuatoriano es electrónica¹⁴.

13 Van Bael, Ivo y Bellis, Jean Francois. Competition Law of the European Community”. 3ra Edición, CCH Europe, 1994.

14 En Ecuador, la Ley del Servicio Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, y sus posteriores reformas, es el cuerpo legal aplicable a la materia.

La licitación se caracteriza por un proceso de formación del contrato presidido por una convocatoria a presentar ofertas o invitación en igualdad de oportunidades, seguida por un procedimiento público de selección de la mejor oferta, a partir de bases y condiciones previamente establecidas por la entidad pública en los pliegos y/o términos y condiciones de referencia (Ramírez Duarte: 98)

La subasta inversa, por su parte, es un sistema de licitación por la que una vez calificadas las ofertas en su parte técnica y formal, se someten a aquellas calificadas a un procedimiento en el que los oferentes pujan hacia abajo los precios de sus ofertas iniciales, resultando ganador el que ofreciere el menor precio al terminar la etapa de puja.

Sin embargo, como veremos más adelante, existen circunstancias particulares en las que este procedimiento pasa a una etapa de negociación directa, conservando siempre la entidad la facultad de declarar desierto el procedimiento de contratación si encuentra inconvenientes las ofertas presentadas, en relación a sus presupuestos referenciales que forman parte del procedimiento.

En este contexto, la colusión de oferentes en compras públicas puede producirse en varias formas y en distintas etapas de los procedimientos de contratación, siempre vulnerando el principio de competencia abierta y eficaz, en detrimento del interés patrimonial del Estado y en beneficio directo a los oferentes que sean parte del acuerdo. Sin embargo, su prueba y detección no es sencilla¹⁵, siendo la línea entre lo prohibido y lo permitido bastante difusa (Ramírez Duarte: 262).

Las formas son sumamente variadas, pudiendo presentarse en forma de posturas encubiertas –*cover bidding*–, en forma de ofertas de resguardo, complementaria o simbólicas tendientes a simular un escenario competitivo por medio de la presentación de ofertas más elevadas o sin cumplir los requisitos formales o técnicos, de manera que resulte calificada una oferta cuyo ganador previamente ha sido acordado por los involucrados (OECD, 2009).

También pueden tomar la forma de supresión de ofertas –*bid suppression*– que consiste en el retiro sistemático de una o varias ofertas para dirigir el proceso hacia la contratación de la oferta que previamente ya se ha designado como ganadora en el acuerdo colusorio (OECD, 2009).

¹⁵ “Sobre la conducta específica de colusión en licitaciones, es importante tener en cuenta que el límite entre lo permitido y lo prohibido es bastante indeterminado, pues muchas acciones desplegadas por los competidores, son consecuencia del funcionamiento del mercado. Así las cosas, si mi competidor sube precios o actúa de determinada manera dentro del mercado, yo debo tomar una reacción que en muchos casos será una conducta similar. En estos casos, no podemos hablar de una conducta prohibida y por ende, sancionable” (Ramírez Duarte: 262).

Finalmente, en una tercera modalidad que puede combinarse con las anteriores, la colusión puede tomar la forma de rotación de ofertas ganadoras –*bid rotation*–, por la cual se aplican varios mecanismos de posturas encubiertas, supresión o no presentación de ofertas, a fin de que se rote la posición de ganador, generalmente en casos de requerimientos reiterados o periódicos que resulten previsibles (OECD, 2009).

Este tipo de conducta puede tornarse compleja, pues se divide en rotación simple por licitación, rotación por ingresos, rotación por reparto de entidades o zonas, entre otras formas que pueden acordar los coludidos para tender a un reparto medianamente uniforme de los ingresos para todos los participantes.

Inclusive, estas modalidades pueden complicarse aún más cuando la colusión no se limita a la etapa de licitación o precontractual sino se extiende a la etapa de ejecución, en la cual, por ejemplo, el ganador de una licitación subcontrata parcialmente a los perdedores, o cede el contrato cuando aquello es permitido por la ley, siendo muy difícil su detección y prueba, dado que en varios mercados es común y lícito que empresas competidoras en un mercado, no lo sean en otro, y que naturalmente mantengan contratos entre sí, lo que dificulta la distinción entre contratos lícitos y contratos fruto de un pacto ilegal.

4. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL Y LAS CONDICIONES DE MERCADO FAVORABLES A LA COLUSIÓN.

Precisamente por la dificultad de su prueba plena, las prácticas colusorias suelen ser inferidas mediante pruebas indirectas o circunstanciales, deducibles a partir de determinados indicios en el comportamiento de las empresas y del mercado (Buccirossi, 2008:213)¹⁶. Así por ejemplo, los Lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE:27) basados en el documento “An Antitrust Primer for Federal Prosecutors”, del Departamento de Justicia de los EEUU, dan pautas de cuales son estas evidencias, generalmente relacionadas con las particulares condiciones de un mercado en particular.

Entre estas evidencias circunstanciales podemos distinguir, entre otras, la presencia de escasos oferentes cuando es razonable esperar un mayor número de posturas en licitación, la no presentación de un oferente habitual, un historial nulo de licitaciones ganadas por un oferente, la presentación de una postura conjunta por medio de unión temporal de empresas (consorcio o *joint venture*) o asociación *ad hoc* en circunstancias en que es posible y

16 Buccirossi, P. Handbook of Antitrust Economics. MIT, 2008.

razonable esperar la presentación de posturas simples por cada empresa, recurrencia de una empresa ganadora en todas las licitaciones o en aquellas que responden a un patrón determinado de carácter geográfico, y la presentación de postura por empresa sin capacidad instalada para ejecutar el contrato público.

También, se puede distinguir indicios de colusión relacionados con el precio u otros elementos de los pliegos, por ejemplo por medio de la presentación de varias ofertas cuyo precio se ubica ligeramente por encima del precio del eventual postor-ganador designado en el acuerdo colusorio, la presentación de posturas bajo términos y condiciones inaceptables por la entidad convocante, los movimientos bruscos y homogéneos de precios entre los competidores sin justificación en base a costos, diferencias sustanciales entre precios ofertados para igual producto en distintas posturas en una misma época, entre otras.

Generalmente, dado que muchas de estas circunstancias podrían llegar a darse naturalmente en forma casual o coincidente y que esto podría llevar a la existencia de “falsos positivos” (Buccicrossi, 2008:214) se requiere además probar la existencia de compartición de información entre los presuntos coludidos de tal relevancia que elimine “*la incertidumbre propia de un entorno de dinámica competitiva*” (Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea: Cimenteries CBR y otros v. Comisión. Casos Acumulados T-25/95 y otros).

Esta puede inferirse de las condiciones de formalidad de la oferta, por ejemplo, al encontrarse una similitud no razonable en la papelería, tipografía, terminología u ortografía en la documentación presentada por varios postores.

Sin embargo, los indicios de colusión solamente permitirían inferir la existencia de una práctica ilícita en aquellos casos en que las condiciones del mercado en particular sean favorables a dicha práctica, pues de lo contrario podrían existir innumerables explicaciones económicas alternativas. De esta manera, la sola presencia de los indicios mencionados no puede actuar como prueba suficiente sin realizarse un prolijo análisis de las condiciones de cada mercado en particular.

Como condiciones de mercado favorables a la colusión, generalmente se mencionan las siguientes: elevadas barreras de entrada, escasos oferentes o situación consentida de monopolio legal, asociación institucionalizada con intensa actividad de los proveedores o activismo gremial, fácil constitución de uniones temporales de empresas, la fácil identificación de los oferentes entre sí, la carencia de productos o servicios sustitutos, la existencia de una demanda sostenida reflejada en una alta frecuencia de licitaciones similares, entre otras. La medición de cada uno de estos para determinar su inusualidad es compleja y responde a diversos indicadores económicos (Toth, Faze-

kas et. al. 2015), de manera que se reduzca la posibilidad de encontrar falsos positivos.

Ahora bien, en el caso de la legislación de competencia ecuatoriana, se exige expresamente la definición del mercado relevante de producto y de servicio dentro de toda investigación, según el artículo 5 de la LORCPM, que dispone:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”

Estos conceptos están instrumentalizados en la Resolución No. 011 de aplicación obligatoria de la Junta de Regulación de Poder de Mercado que establece la “Guía respecto a los métodos de análisis de mercados relevantes” y describe los análisis económicos necesarios para determinarlos.

Sin embargo, estos criterios no han contemplado expresamente ni de forma diferenciada la particular situación de los mercados relevantes en casos de conductas colusorias en compras públicas, los cuales por su particular naturaleza no son equiparables a los mismos mercados de producto

o geográficos privados en general, debido a la imposibilidad de sustitución del lado de la oferta -pues está limitada a los oferentes registrados, y en el caso de las subastas inversas, a las ofertas calificadas- y del lado de la demanda, pues ésta es fija y determinada por los pliegos o términos de referencia de un único comprador que es la entidad estatal.

Por esto, reiteradamente la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) ha considerado definir los mercados relevantes de producto como limitados al proceso de contratación específico sobre el que haya obtenido indicios o recibido una denuncia¹⁷, citando varios estudios y pronunciamientos de autoridades internacionales referentes a la poca utilidad de aplicar tests econométricos como el test del monopolista hipotético, test de correlación de precios o el de elasticidad precio de la demanda propia y elasticidad precio cruzado de la demanda en el caso de procedimientos de subasta pública.

Esto tiene una consecuencia -quizá no prevista por el legislador- respecto del monto de las sanciones posibles, ya que éstas se deben calcular respecto del “volumen de negocios dentro del mercado relevante” según los artículos 5, 6, 79 y 80 de la LORCPM y particularmente, según las metodologías establecidas en la Resolución 012 de la Junta de Regulación de Poder de Mercado.

Generalmente, las multas en materia de colusión son sumamente elevadas y pueden ascender hasta el 12% de la facturación bruta del operador económico en un mercado relevante, sin embargo, en el caso de las prácticas colusorias en compras públicas, dada la necesidad de definir los mercados relevantes en uno o varios procesos de contratación, el mercado relevante se reduce drásticamente.

En consecuencia, el monto de sanción posible también se ve necesariamente reducido, debido a que no se debería calcular en base al volumen total de negocios del investigado sino solamente al volumen de negocios dentro del mercado relevante, que en este tipo de casos se limita a uno o varios procedimientos de contratación pública, lo que lleva a que el valor de sanción sea bajo o incluso inexistente en el caso de los operadores que no hubieren resultado adjudicados con el contrato, por lo que debe pasarse a calcular la sanción en base al monto del beneficio ilícito obtenido, metodología compleja y que también desembocaría en varios casos en montos bajos.

Hasta la fecha, ninguno de estos supuestos ha sido tratado en una decisión judicial, pues aún son pocas las decisiones de la SCPM impugnadas que han sido resueltas definitivamente por las autoridades judiciales.

17 Por ejemplo, en los expedientes SCPM-IIAPMAPR-EXP-0021-2016, SCPM-IIAPMAPR-EXP-028-2014, SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-2015, SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2016, entre otros.

5. ATIPICIDAD NECESARIA POR LA IMPOSIBILIDAD DE ASEGURAR UN RESULTADO MEDIANTE UN ACUERDO ENTRE OFERENTES.

Más allá de las problemáticas inherentes a la colusión y su prueba, en el caso particular del Ecuador encontramos un problema adicional respecto a que en cierto tipo de procedimientos, como ser el de subasta inversa electrónica o el de contratación por negociación directa tras haberse descalificado varias ofertas, la entidad pública contratante conserva siempre la posibilidad de declarar desierto el proceso por razones de inconveniencia, lo cual conlleva a que ningún acuerdo o práctica concertada pueda efectivamente asegurar un resultado, eliminando el elemento subjetivo central del tipo previsto en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM.

En este sentido, resulta relevante el siguiente pronunciamiento de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, en el sentido de que en aquellos casos en contratación pública donde la entidad contratante conserva una facultad discrecional de seleccionar al proveedor con el que desea contratar, resulta imposible asegurar el resultado de un procedimiento de contratación pública por lo que no se cumple el presupuesto exigido por la LORCPM.

Así, en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015, se resolvió:

“La LOSNCP, establece que en el procedimiento de contratación pública de menor cuantía, la contratación puede realizarse directamente. En este sentido, de conformidad a la Ley no resulta lógico el cometimiento de acuerdos anticompetitivos entre los proveedores de este tipo de contratación, pues es una facultad discrecional de la entidad contratante la selección del proveedor con el que se desea contratar, cuestión que implica que los competidores en este tipo de contratación pública no puedan asegurar el resultado a través de un acuerdo meramente horizontal. 5.7.- En el ejercicio práctico, el proceso que sigue la menor cuantía ha sido automatizado, pues el mismo se realiza a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, siendo el sistema el encargado de realizar las invitaciones a los proveedores, y el encargado de seleccionar a la propuesta a ser revisada. Quedando siempre la apertura para que la entidad contratante se manifieste dentro del proceso, y lógicamente en la calificación de las ofertas presentadas. 5.8.- Si bien (XXXX) y (YYYY) [nombres censurados] son dos personas y proveedores distintos, comparten un elemento en común, que es la pertenencia de (XXXX) a la nómina de socios de (YYYY) CÍA LTDA., hecho que por sí sólo no constituye una infracción a la LORCPM o deviene en una conducta anticompetitiva. Dicha situación ocurre principalmente puesto que el resultado de los procesos de menor cuantía de bienes y servicios depende en mayor medida de factores ajenos a sus participantes, es decir, en la

decisión que tome la Entidad Contratante y en la forma de operar del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador. (...)Por las consideraciones expuestas en garantía del derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el resguardo de las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica; y, amparado en el artículo 63 del Reglamento de aplicación de la LORCPM en concordancia con el artículo 57 de la Ley, y siendo el momento procesal oportuno, esta autoridad en base a los fundamentos técnicos, de hecho y derecho expuestos en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-043-2016, RESUELVE: PRIMERO.- a) Acoger en su totalidad el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-043-2016, de 26 de julio de 2016, suscrito por la abogada Elizabeth Landeta Torbar, Directora Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas; b) Archivar el expediente signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015”

Este criterio excluye lógicamente la posibilidad de que en cualquier procedimiento de contratación de menor cuantía o similares en los que la entidad conserve la discrecionalidad para decidir acerca de la contratación, se verifique el tipo del art. 11 numeral 6 de la LORCPM, pues ningún acuerdo horizontal entre oferentes competidores podría -por definición normativa- asegurar un resultado a favor de uno u otro, siendo entonces el acuerdo de objeto imposible en los términos de los artículos 1476 y 1477 del Código Civil Ecuatoriano, por lo que no puede establecerse en base a ello existencia de ningún acto de voluntad.

Este criterio se puede extender sin dificultad al caso de las subastas inversas electrónicas, pues como se podrá apreciar de las normas citadas a continuación, la autoridad contratante conserva siempre la facultad de considerar inconveniente la oferta ganadora de la puja, contando para ello desde el inicio de la convocatoria con los Presupuestos Referenciales preparados por la misma entidad, como referencia para juzgar dicha conveniencia.

Así, el art. 47 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, dice

“Art. 47.- Subasta Inversa.- Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS.

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPUBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes.

De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única

de negociación entre la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente. (...)

En concordancia, el art. 45 del Reglamento general a dicha ley, dispone que en los casos de negociación directa por existir una única oferta calificada, ni siquiera dicha negociación implica adjudicación, y dispone que en todo caso el oferente deberá rebajar en al menos un 5% el precio establecido en el Presupuesto Referencial de la Entidad.

En este marco, según dispone el art. 48 del Reglamento a la Ley del Sistema de Contratación Pública, se puede ver que tras la puja o la negociación, la autoridad conserva la facultad de declarar desierto el procedimiento, así:

“Art. 48.- Adjudicación.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, una vez concluido el período de puja o de la negociación realizada, de ser el caso, adjudicará o declarará desierto el procedimiento, mediante resolución, de conformidad con la ley.”

Asimismo, la declaratoria de un procedimiento como desierto, efectivamente puede hacerse cuando se considere “inconveniente” la oferta, según la Ley de la materia en su art. 33 literal c):

“Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;”

Si bien no existe definición expresa de lo que se consideraría inconveniente, la referencia a “razones económicas” necesariamente nos lleva a establecer una relación entre la oferta y el presupuesto referencial previsto por la entidad, pues este documento integrante de la fase preparatoria de todo procedimiento de contratación pública, determina cuánto estaba dispuesta y autorizada a pagar la entidad contratante.

Así el valor establecido en el Presupuesto Referencial representaría el valor máximo que estuvo dispuesta a pagar la entidad, siendo ésta la medida referencial de la conveniencia económica de la oferta.

En términos económicos, esto permitiría medir la existencia o no de un excedente del consumidor -en este caso un único consumidor que es la en-

tividad contratante, dado que el procedimiento de compras públicas viene a ser un monopsonio- definido como la ganancia monetaria obtenida por los consumidores al ser capaces de adquirir un producto a un precio menor del que estarían dispuestos a pagar por el mismo (Miranda y Gutierrez, 2015: 343). Así, si la oferta presentada superare el Presupuesto Referencial, correspondería a la entidad declarar desierto el procedimiento por razones de inconveniencia.

En consecuencia, en base a esta normativa, se puede concluir que:

- a) Ningún acuerdo podría asegurar el resultado del proceso de contratación.
- b) Aún en el caso -legalmente imposible- de que pudiese asegurarlo, no habría perjuicio alguno, ni beneficio ilícito alguno, en aquellos casos en los que el valor adjudicado final se encuentre dentro del Presupuesto Referencial de la entidad, pues de lo contrario habría declarado desierto el proceso.
- c) Esto excluye el elemento típico del art. 11 numeral 6 de la LORCPM referente a la finalidad de aseguramiento de un resultado en un procedimiento de compras públicas, pues el mismo se vuelve de objeto imposible, lo cual necesariamente lleva a la prevalencia del estado de inocencia de los imputados por razones de atipicidad.

Lo dicho demuestra la necesidad de armonizar la legislación de competencia ecuatoriana con la normativa de contratación pública, pues de lo contrario aún contando con evidencias de la existencia de conductas colusorias entre oferentes, puede resultar imposible derrotar el estado constitucional de inocencia de los operadores económicos involucrados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Areeda, Phillip, Hovenkamp, Herbert & Elhaug, E.. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. Pag. 187. Ed., Wolters Kluwer Law & Business (2000).
- Bellamy, Christopher y Child, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid. Civitas, 1992. pág. 85
- Buccirossi, Paolo. Handbook of Antitrust Economics. The MIT Press, Cambridge, 2008.
- Coloma, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 2009.
- Danger, Kenneth. Mejoramiento de la Gestión Pública Mediante el Combate a la Colusión entre Oferentes en Licitaciones (Bid Rigging). Presentación realizada en Santiago de Chile, 13 de noviembre de 2008, en conferencia organizada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, "Día de la Competencia 2008", disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2008_ddcc_0003.pdf
- Gagliuffi, Ivo. La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. Perú, INDECOPI, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12 disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/IvoGagliuffiPiercechi.pdf>
- González Díaz, Enrique. The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law. Fordham International Law Journal. Vol. 19, Issue 3, 1995
- Kovacic, William y Shapiro, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Journal of Economic Perspectives. (2000). At. pp. 43-60.
- Lianos, Ioannis. *Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC*. Common Market Law Review. (2008). At. p. 1027-1077.
- Miranda Londoño, Alfonso. ¿Existe la ilegalidad per se en el derecho de la competencia colombiano?. Bogota, Colombia. Universidad Javeriana. Disponible en <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.javeriana.edu>

co%2Fjuridicas%2Fmenu_lat%2Fdocuments%2FEXITE.DOC&ei=u43kUfPqK4eRqQGyjYCoAQ&usg=AFQjCNHeA1X9pM1MTBWS_GYc6Zync5zpLg&sig2=gMdBoABI-c1aYG7pi_oHbw&bvm=bv.48705608,d.aWM.

Morales, Joaquín y Zavala, José L. Derecho Económico. Quinta Edición. Santiago, Legal Publishing. 2013.

http://www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_Spanish.pdf. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México, Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE. (2015).

Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública, SERCOP, Boletín de Contratación Pública, Febrero 2017. Disponible en http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/03/BOLETIN_FEBRERO_2017.pdf

Ramírez Duarte, Olga. *Mecanismos para Combatir la Colusión en Licitaciones: Efectos de las Decisiones Sancionatorias sobre el Proceso Licitatorio en Colombia*. (2012).

<http://www.sela.org/media/268508/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc.pdf>. Sistema Económico Latinoamericano. Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe, Documento SP/RRSSCPALC/DT 2-15. Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador, UNASUR, Redeplan. (2015).

Van Bael, Ivo y Bellis, Jean Francois. *Competition Law of the European Community*. 3ra Edición, CCH Europe, 1994.

Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2011).

Viscusi, K. Vernon J. y Harrington J. *Economics of regulation and Antitrust*. 2da. Edición. The MIT Press. Cambridge, 1998, pág. 123.

Stefan Weishaar. *Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Pag. 88, Ed., Edward Elgar Publishing. (2013).

7. LEGISLACIÓN:

Ley s/n de 2008. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial 395. Agosto 4, 2008.

Ley s/n de 2011. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Octubre 13 de 2011. Registro Oficial 555 del 13 de Octubre de 2011.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 697 del 07 de mayo de 2012.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 588 del 30 de Abril de 2009

Reglamento (CE) 772 de 2004 [Comunidad Europea]. Relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. Diario Oficial de la Comunidad Europea. Abril 27 de 2004.

Reglamento (UE) 1217 de 2010 [Unión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Diciembre 18 de 2010.

Reglamento (UE) 267 de 24/3/2010 [Unión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Marzo 30 de 2010.

Reglamento (UE) 461 de 2010 [Unión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. Diario Oficial de la Unión Europea. Mayo 28 de 2010.

Reglamento 17 de 1962 [Comunidad Económica Europea]. Normas de aplicación y de procedimiento de los artículo 81 y 82 del Tratado CE. Febrero 21 de 1962.

- Reglamento CE 1 de 2003 [Comunidad Europea]. Relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Enero 4 de 2003.
- Reglamento CE 139 de 2004 [Comunidad Europea]. Sobre el control de concentraciones entre empresas. Enero 29 de 2004.
- Reglamento CEE 4064 de 1989 [Comunidad Económica Europea]. Sobre el control de operaciones de concentración de empresas. Septiembre 21 de 1990.
- Reglamento UE 1218 de 2010 [Unión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización. Diciembre 18 de 2010.
- Reglamento UE 330 de 2010 [Unión Europea]. Relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Abril 23 de 2010.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea [Tratado CEE]. 1957.
- Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, [TFUE]. 2012.
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [Tratado UE]. 2007.

TRABAJO INFANTIL Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL CENTRO DEL ECUADOR: EVIDENCIAS DE LAS PROVINCIAS DE COTOPAXI Y CHIMBORAZO

CHILD LABOUR AND PUBLIC POLICIES IN THE CENTER OF ECUADOR:
EVIDENCE FROM THE PROVINCES OF COTOPAXI AND CHIMBORAZO

Mathías E. Valdez Duffau (PhD)¹

me.valdez@uta.edu.ec

Fabricio Vaca²

fabriva357@outlook.com

Recibido: 28/09/2018

Aprobado: 31/01/2019

Resumen

El trabajo infantil es toda actividad que priva a los niños, niñas y adolescentes de su proceso de crecimiento e impide el despliegue de su intelecto, capacidades, potencialidades y aspiraciones, afectándose así aspectos fundamentales para su desarrollo integral. No obstante haber sido el Ecuador el primer país en ratificar la Convención Internacional para los Derechos del Niño 1989, el trabajo infantil continúa siendo una asignatura pendiente. A pesar de haber logrado disminuir la tasa de trabajo infantil a un 6,27% hacia el año 2012, recientemente se ha venido registrando un retroceso significativo dado que para el año 2017, el cálculo oficial arrojaba un 8,41%. A este aumento comparativo de 2,14 puntos, se le suma que un 56% de los trabajos son considerados como peligrosos para el desarrollo efectivo de su salud, tanto física como mental. En el plano nacional, las provincias de Chimborazo y de Cotopaxi son dos de las más afectadas por el trabajo infantil, con un 31% y un 10% del total de casos a nivel nacional respectivamente. Debido a ello es que el presente trabajo se cuestiona la eficacia de las políticas públicas implementadas para la erradicación del Trabajo Infantil en el Ecuador, y en particular en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo. A partir de una labor metodológica mixta se analizan datos tanto a nivel nacional como local a la vez de haberse efectuado entrevistas con los principales actores locales en la materia. De esta forma, el trabajo evidencia, por un lado, una tendencia al aumento del trabajo infantil en términos generales a nivel nacional y de las dos provincias estudiadas, registrándose por otro lado, una reducción considerable de la mendicidad como una tipología de trabajo infantil en particular.

Palabras Claves:

Trabajo Infantil, Políticas Públicas, Niñez y Adolescencia, Ecuador

1 Investigador de la Dirección de Investigación y Desarrollo (DIDE) y Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato (UTA), Ecuador. Este artículo es un producto del Grupo de Investigación en Políticas Públicas, Derecho y Desarrollo Humano de la misma afiliación

2 Investigador de la carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Ambato (UTA), Ecuador

Abstract

Child labor is any activity that deprives children and adolescents of their growth process and prevents the deployment of their intellect, capabilities, potential and aspirations, thus affecting fundamental aspects for their integral development. Even though Ecuador was the first country to ratify the 1989 International Convention on the Rights of the Child, child labor continues to be a pending issue. Despite having managed to reduce the rate of child labor to 6.27% by 2012, recently there has been a significant decline since for the year 2017, the official estimate was 8.41%. To this comparative increase of 2.14 points, it is added that 56% of the jobs are considered as dangerous for the effective development of their health, both physical and mental. At the national level, the provinces of Chimborazo and Cotopaxi are two of the most affected by child labor, with 31% and 10% of the total cases nationwide respectively. Due to this, the present work questions the effectiveness of the public policies implemented for the eradication of Child Labor in Ecuador, and in the provinces of Cotopaxi and Chimborazo. Based on mixed methodological work, data are analyzed both at the national and local levels, as well as interviews with the main local actors in the field. In this way, the work shows, on the one hand, a tendency to increase child labor in general terms at the national level and in the two provinces studied, but on the other hand, a considerable reduction of begging.

Keywords:

Child Labor, Public Policies, Childhood and Youth, Ecuador

Introducción

La protección de la niñez y adolescencia contra el trabajo infantil

El trabajo infantil debe ser entendido como un problema social de la sociedad donde se manifiesta (Myers 2001, p.17; Medina, 2006, p.22). Debido a ello es que han ido desarrollando un andamiaje legal para garantizar la protección de conjunto de derechos fundamentales específicos para los niños, niñas y adolescentes (NNyA), siendo ellos el derecho a: la educación, salud, cultura, deporte, recreación, a la integridad física y psíquica que debe primar dentro del entorno familiar, social y escolar. Dicha protección se efectúa en función de erradicar cualquier tipo de conductas o actividades que impidan su desarrollo integral.

En realidad, la mayor parte de niños que suelen trabajar en condiciones que puedan atentar a su vida, son de familias con escasos recursos (Aries, 2000, p.55). Los niños procedentes de entornos desfavorecidos de grupos minoritarios o sustraídos del núcleo familiar carecen de protección. Sin embargo, sus empleadores hacen lo que sea necesario para hacerlos completamente invisibles, por lo tanto, son capaces de ejercer control absoluto sobre ellos. Por su parte, Sandoval (2007, p.76) afirma que las familias pobres, que viven al día, movilizan todos los recursos, incluyendo los de sus hijos, para sobrevivir ya que su preocupación está centrada en la mera cuestión de alimentación y manutención cotidiana del día a día.

En el Ecuador, ha habido un retroceso en materia de la protección de la NNyA en relación con el trabajo infantil. Según el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional (CNII) (2019), en base a datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), el trabajo infantil en el Ecuador ha desarrollado un aumento significativo. Mientras que la cifra en 2012 era del 6,27%, para el 2017 el cálculo oficial arrojaba un 8,41%, siendo ello un aumento de 2,14 puntos comparativamente. Complementariamente a estas cifras, la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil indica que, del número antes expuesto de NNyA que trabajan, más de la mitad, un 56% aproximadamente, lo hace en trabajo que son considerados como peligrosos para el desarrollo efectivo de su salud, tanto física como mental. A la vez, el mismo informe pone de manifiesto que dos de las tres provincias más afectadas por el trabajo infantil son la de Chimborazo, con un 31%, y la de Cotopaxi, con un 10% del total de casos a nivel nacional.

El marco normativo para la erradicación del trabajo infantil

En este sentido, vale recordar que Ecuador es un Estado de derechos y suscriptor de convenios internacionales en la materia, tal como la Convención Internacional para los Derechos del Niño (CIDN, 1989), y que fue el primer país en ratificarla en el mismo año de su creación en 1989. De esta forma, ha asumido el compromiso internacional de erradicar el trabajo infantil a la vez de establecer con claridad parámetros normativos en cuanto a la edad mínima y a las condiciones para que un NNyA pueda ingresar al mercado laboral (Convenio OIT, 1973, art. 138). Ahora bien, dentro de los términos de la CIDN (1989), se establece que niño o niña es todo ser humano menor de 18 años, y que el mismo es sujeto de derechos y está bajo la protección de estos.

Por su parte, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Convenio 138 OIT, 1973), creado en 1973 y ratificado por el Ecuador el 19 de junio de 1976, se expide sobre la edad mínima laboral para los NNyA la cual se aplica a todos los sectores económicos. La edad mínima que fija este convenio para que puedan trabajar los niños, niñas y adolescentes es de 15 años. Asimismo, en el Convenio 182 de la OIT (Convenio 182 OIT, 1999), adoptado por el Ecuador el 19 de noviembre del 2000, se determina que algunas formas de trabajo infantil deben ser eliminadas por considerarse inadecuadas para este grupo etario. Sin embargo, este convenio se aplica a todos los menores de 18 años, decisión que fue adoptada por todos los miembros de la OIT.

En cuanto al marco normativo ecuatoriano, ya en el Código Del Trabajo (Ley 167, 2006, art. 134) se establecía que estaba prohibido el trabajo infantil para menores de 15 años. A la vez, para el caso del empleador que violase esta prohibición se le exigía el pago de una remuneración doble como indemnización al menor. En este contexto, era el Comité Nacional para la Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil (CONEPTI) el encargado de la ejecución del Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil, el cual, apoyado en la participación ciudadana y a través de veedurías sociales y defensorías comunitarias, debía controlar el cumplimiento de las normas legales y convenios internacionales sobre el trabajo infantil.

En la actualidad, y conforme Heredia (2017, p.19), la normativa vigente estipula que es de gran importancia la protección de los NNyA, especialmente de los que trabajan entre los 5 y 14 años. Por cuanto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), fija a los 15 años como la edad mínima para todo tipo de trabajo. En su artículo 65 numeral 2 estipula que: “las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código” (CONA, 2003, art. 65). A la vez, el art. 86 (CONA, 2003, art. 86) estable-

ce que el trabajo formativo está relacionado con aquellas actividades que permitan el crecimiento y la formación integral, así como un refuerzo al ámbito de la educación. Por ende, estas actividades son específicas, porque protegen la integridad, los valores morales y culturales, el derecho al descanso y recreación de los niños, niñas y adolescentes. _

Las políticas públicas implementadas para la erradicación del trabajo infantil

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) dictó dentro del Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV, 2013, p. 28), el Objetivo 9 referido a esta materia. Éste incluye como meta la de erradicar el trabajo infantil de 5 a 14 años. Sin embargo, el Ecuador se comprometió alcanzar dicha meta para el año 2017, lo que, tal como se indicó en la introducción de este trabajo, lejos de haber cumplido se ha agravado. Según García (2014) esta meta ya estaba en los planes del gobierno nacional ecuatoriano desde el año 2008 y que fue para 2013 cuando se convirtió en una política de Estado.

Para dar cumplimiento a la meta de erradicación fijada por la SENPLADES, se han desarrollado una serie de políticas públicas. En primer lugar, el Ministerio de Relaciones Laborales, con el apoyo de UNICEF, crea la Red de Empresas por un Ecuador Libre de Trabajo Infantil (Medina, 2015). En esta alianza público-privada, las empresas miembros de la red podrán compartir buenas prácticas y diseñar las mejores estrategias que permitan erradicar progresivamente el trabajo infantil en las empresas y sus cadenas de valor. Esta red busca difundir y visibilizar estas buenas prácticas, con el fin de contribuir a la construcción de una cultura empresarial en el Ecuador que prioriza la erradicación del trabajo infantil en sus políticas corporativas y en sus principios de responsabilidad social.

Por su parte, el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) ha implementado varias políticas públicas como el Plan de Erradicación del Trabajo Infantil (PETI) y el plan “Da Dignidad”. Ambas están encaminadas a la erradicación del trabajo infantil. El PETI es una política pública nacional conexas con varias instituciones de diferentes niveles, tanto internacional, nacional y local. Por su parte, “Da Dignidad”, se consolida desde el nivel nacional solamente, y se aboca a la erradicación de la mendicidad específicamente (Arruabarrena, 2009).

Gráfico 1: Políticas públicas implementadas a nivel nacional en el Ecuador

Políticas Públicas
Da Dignidad <ul style="list-style-type: none">• Es Impulsada por el MIES• Con un presupuesto de 2.400.000 de dólares• Objetivo de erradicar la mendicidad
Plan de Erradicacion del Trabajo Infantil <ul style="list-style-type: none">• Impulsada por el MIES• Con un presupuesto de 4.100.000 de dólares• Objetivo de erradicar el Trabajo Infantil
Red de Empresas por un Ecuador Libre de Trabajo Infantil <ul style="list-style-type: none">• Impulsada por el Ministerio de Trabajo• Con un presupuesto de 1.800.000 de dólares• Objetivo de evitar que menores sean contratados en las empresas.
Plan Ecuador <ul style="list-style-type: none">• Es impulsada por el MIES• Con un presupuesto de 2.900.000 de dólares• Objetivo de erradicar el Trabajo Infantil

Fuente: Elaborado por los autores en base a datos proporcionados por Medina (2017)

Metodología

Con base en la problemática antes descrita, el presente trabajo de investigación busca dar respuesta al siguiente interrogante de investigación: ¿de qué manera las políticas públicas implementadas en el período 2012-2016 han incidido en la erradicación del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo? De modo de dar respuesta a la pregunta de investigación se efectuó primero una investigación de escritorio para relevar la información, datos y bibliografía en torno a esta problemática. En la segunda fase de la investigación se llevaron a cabo una serie de entrevistas, en base a un cuestionario estructurado con *open-ended questions*, a los principales referentes de la implementación de las políticas públicas de erradicación del trabajo infantil en las provincias de Chimborazo y Cotopaxi. Para ello, se seleccionaron previamente las unidades de investigación, siendo ellas el MIES, Ministerio del Trabajo, GAD municipal de las ciudades de Latacunga y Riobamba, etc.

Resultados

Incidencia del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo.

La evolución de la incidencia de la pobreza por ingresos permite verificar que hay una relación directa entre pobreza y trabajo infantil. Para Pavón (2017) la pobreza es el principal factor causal del trabajo infantil. A éste le sigue el hecho que los NNyA huérfanos son obligados por sus padres sustitutos o adoptivos, a realizar actividades laborales para hacerse de dinero para poder costearse la subsistencia diaria.

Por su parte, Lagla (2017), entiende que el número de NNyA víctimas de trabajo infantil en la provincia de Cotopaxi hacia el año 2016 ascendía a unos 11.987. De éstos, unos 6.000 son beneficiarios de programa de protección especial del MIES en la provincia, mientras que en el Patronato de Amparo Social de la localidad de la Maná son asistidos unos 1.200 NNyA. A ello se le suman los esfuerzos del Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) de Zumbahua asiste a 360 niños, de la fundación Plan Ecuador en la ciudad de Latacunga con unos 1.200 niños donde son atendidos por un equipo multidisciplinario compuesto por un psicólogo, un trabajador social y un promotor. Estas actividades se desarrollan durante todo el año. Del total de víctimas, unos 7.560 se encuentran acogidos por programas de los organismos estatales, mientras que el resto son absorbidos por programas de organizaciones no gubernamentales (ONGs) de la provincia. En otras palabras, se puede afirmar que para el año 2016, y no obstante el esfuerzo de los diferentes programas y políticas públicas, 1 de cada 6 NNyA están expuestos a situaciones de trabajo infantil.

Tabla 1: Total de NNyA beneficiarios en la provincia de Cotopaxi en el 2016

Instituciones	Casos de beneficiarios en Cotopaxi
Ministerio de Inclusión Económica y Social	6.000
GAD Parroquial de Zumbahua Cotopaxi	360
Patronato de Amparo Social la Maná en Cotopaxi	1.200
Plan Ecuador	1.200
Otros	3.227
Total	11.987

Fuente: *Elaborado por los autores en base a datos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social (2017).*

En lo que respecta a la provincia de Chimborazo, y según datos del MIES de dicha provincia (Vásquez, 2017), hacia el año 2016 existían 18.476 casos de NNyA asistidos por trabajo infantil. En dicha provincia, el MIES maneja programas con alrededor de 8.500 beneficiarios. A ello se le suma que la fundación Plan Ecuador ubicada, en la ciudad de Riobamba, atiende a 2.500 NNyA, el GAD Municipal el Cantón Guano atiende a 1.800 menores, el centro de salud del Cantón Chambo maneja programas con varios psicólogos y trabajadores sociales donde atiende a 790 niños, mientras que unos 2.600 son parte de programas locales como como “Riobamba sin Trabajo Infantil” el cual se ejecuta en varios cantones de la provincia, tales como: Cumandá, Colta y Guamote. En total, en toda la provincia de Chimborazo se le brinda asistencia a unos 18.000 NNyA, divididos en varios programas tanto gubernamentales como de ONGs locales.

Tabla 2: Total de NNyA beneficiarios en la provincia de Chimborazo en el 2016

Instituciones	Casos de beneficiarios en Chimborazo
Ministerio de Inclusión Económica y Social	8.500
Plan Ecuador	2.500
Centro de Salud de Chambo Chimborazo	790
GAD Municipal de Guano Chimborazo	1.800
Un Riobamba sin Trabajo Infantil Chimborazo	2.600
Otros	2.286
Total	18.476

Fuente: *Elaborado por los autores en base a datos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social (2017).*

Evolución del trabajo infantil por sectores: urbano y rural

De acuerdo con el coordinador del MIES en la provincia de Cotopaxi la causa principal del trabajo infantil está ligada a factores socioeconómicos (Lagla 2017). El porcentaje de NNyA de 4 a 17 años que trabajan en la provincia de Cotopaxi es de 14,4%. En cuanto a su evolución, se debe tomar en cuenta también el aumento del trabajo infantil que se viene produciendo

en la provincia de Cotopaxi a partir del año 2012 hasta el año 2016. Siendo que en 2012 hubo una tasa del 7,08% en la provincia de Cotopaxi, en el 2013 el porcentaje era el 8,2%, en el año 2014 sube aún más al 9,8%, en el 2015 se eleva al 11,9% y finalmente en el año 2016 llega al 14,4%.

Por otro lado, el director del MIES de la provincia de Chimborazo (Vásquez, 2017) informó que trabajo infantil ha registrado también un aumento en el período 2012-2016 llegando en la actualidad a alcanzar a un 17,9% de los NNyA de entre 4 a 17 años. Prueba de ello es la evolución porcentual creciente, siendo que en el año 2012 era del 3,9%, en el 2013 un 8,3%, en el año 2014 de 10,6%, mientras que en el 2015 descendió al 8,3% para luego elevarse en el año 2016 a un 17,9%.

Tabla 3: Total casos de trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo en el período 2012-2016

Período	Cotopaxi	Chimborazo	Total
2012-2013	5.876	3.956	9.832
2013-2014	6.854	8.587	15.441
2014-2015	8.108	10.986	19.904
2015-2016	9.923	13.298	23.221
2016	11.987	18.476	30.463
Total de casos	82.965	103.318	186.283

Fuente: *Elaborado por los autores (2017) en base a datos obtenidos del MIES (2016) y del INEC (2010)*

En la ciudad de Latacunga, la presidenta del Patronato Municipal de esta ciudad indicó que existen también programas locales, como por ejemplo: "Un Cuidado Para Todos" (Sánchez, 2017). El patronato Municipal de Latacunga y la Universidad Técnica de Cotopaxi (UTC) firmaron un convenio interinstitucional por medio del cual la UTC se comprometió a vincular a estudiantes de las carreras de Educación Básica y Educación Inicial, para llevar a cabo actividades con en plazas y mercados, tanto urbanos como rurales de la provincia, para morigerar la mendicidad y el trabajo infantil en dichos ámbitos. No obstante, el año 2016 culminó con un 24,8% de trabajo infantil en sector rural y un 10,5% en el sector urbano.

Tabla 4: Evolución del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo en el período 2012-2016 dividido por sectores urbano y rural

Casos por año	Cotopaxi		Chimborazo	
	Rural	Urbano	Rural	Urbano
2012	370	329	209	292
2013	733	301	1.288	274
2014	1.345	502	2.175	922
2015	2.084	684	3.577	1.197
2016	2.972	1.259	6.152	2.309

Fuente: *Elaborado por los autores en base a datos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social (2017).*

En cuanto a la labor del GAD Municipal del Cantón Riobamba (Cadena, 2017), el departamento de Trabajo Social de dicho GAD municipal en conjunto con el MIES de Chimborazo realiza operativos en los mercados de la zonas urbanas y rurales dentro del marco del Plan de Erradicación del Trabajo Infantil (PETI). De esta forma, el año 2016 culmina con un 33,3% de trabajo infantil en el sector rural, y con un 12,5% en el sector urbano. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que en Riobamba se aplicó una política pública a nivel local que sí tuvo un impacto positivo para disminuir el trabajo infantil en el sector urbano. Prueba de ello es que para el 2013 se logró una baja considerable del 7,4% al 3,2%.

Discusión

El trabajo infantil, de acuerdo con lo desarrollado en la sección anterior, ha ido en aumento en ambas provincias. Las explicaciones de esta situación negativa se pueden encontrar también en dos factores conexos. Si bien las políticas públicas logran acoger a un número creciente de NNyA en ambas provincias, el trabajo infantil también aumenta por consecuencia del aumento de la pobreza y del aumento poblacional (Lagla, 2017; Vásquez, 2017). Estos dos factores se conjugan en el que son las familias de más escasos recursos, principalmente de zonas rurales, las que precisan de la mano de obra de sus propios hijos para poder mejorar su situación de subsistencia.

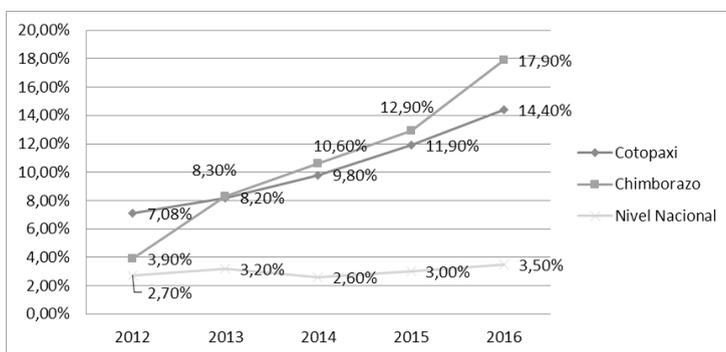
La labor de control por parte de las autoridades es una tarea fundamental y compleja. Si bien el Ministerio del Trabajo efectúa inspecciones en empresas, cuando constata la existencia de trabajo infantil se le debe dar intervención a la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y

Adolescentes (DINAPEN). Por otro lado, la sinergia en la labor conjunta entre actores nacionales, como los Ministerios, y los organismos municipales locales, es un factor esencial para la erradicación del trabajo infantil (Heredia 2017; Sánchez, 2017). De las entrevistas surge que la coordinación entre los diferentes actores involucrados es buena y la percepción de los resultados obtenidos también, especialmente en lo que reducción de la mendicidad se refiere.

Para el logro de este objetivo la inversión pública es elevada. Por ejemplo, en el 2017 el MIES ha invertido más de \$1.400.000 dólares para asistir a 268 personas que se encuentran en prácticas de mendicidad en Cotopaxi. El éxito del programa “Da Dignidad” se traduce en que ha logrado reducir del 13% al 2,7% la mendicidad, siendo ésta la acción más exitosa en la erradicación del trabajo infantil en los últimos años. En el caso de Chimborazo, el éxito no fue tan significativo como el Cotopaxi, aunque se ha registrado también una disminución en la tasa de mendicidad de dicha provincia ya que se ha reducido del 16% en el 2013 al 12,8% en el 2016.

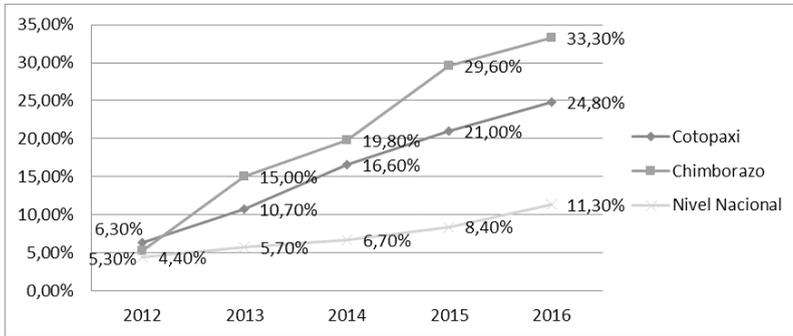
Sin embargo, en lo que referente al Plan de Erradicación del Trabajo Infantil la situación es diferente en razón que dicha política no ha logrado obtener los resultados esperados. Muy por el contrario, y no obstante la inversión pública, los datos indican una tendencia al alza en ambas provincias. Una explicación para ello es que los programas que trabajan acerca de la mendicidad son estacionales, concentrados en el mes de diciembre especialmente, que es cuando se da un mayor número de casos.

Figura 1: Evolución del trabajo infantil a nivel nacional del Ecuador y en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo en el período 2012-2016



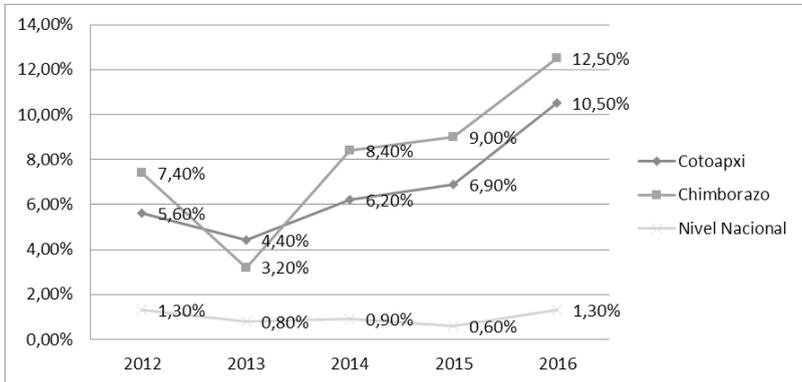
Fuente: Elaborado por los autores en base a datos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social (2017).

Figura 2: Evolución del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo en el período 2012-2016 en el sector rural



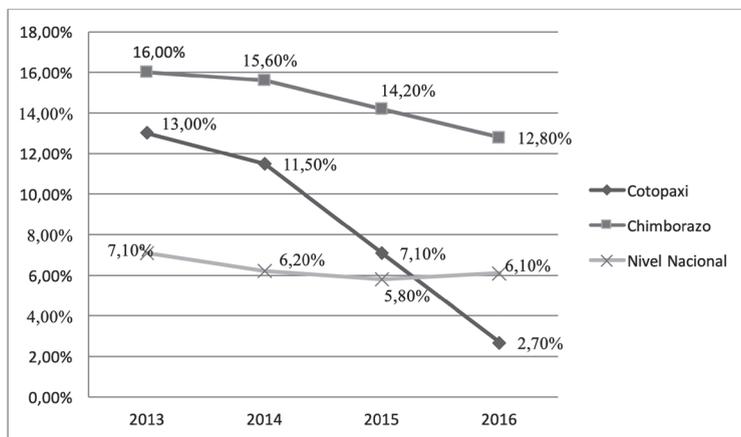
Fuente: Elaborado por los autores en base a los datos obtenidos del MIES (2017).

Figura 3: Evolución del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo en el período 2012-2016 en el sector urbano



Fuente: Elaborado por los autores en base a los datos obtenidos del MIES (2017).

Figura 4: Evolución de la mendicidad a nivel nacional y en las provincias de Cotopaxi y de Chimborazo en el período 2013-2016



Fuente: Elaborado por los autores en base a los datos obtenidos del departamento de trabajo social del MIES (2017).

Conclusión

La presente investigación ha girado en torno a brindar una respuesta al siguiente interrogante de investigación: ¿de qué manera las políticas públicas implementadas en el período 2012-2016 han incidido en la erradicación del trabajo infantil en las provincias de Cotopaxi y Chimborazo? En este sentido vale concluir que, a partir del análisis de las políticas públicas implementadas, se evidencia, por un lado, una tendencia al aumento del trabajo infantil en términos generales a nivel nacional y en las dos provincias estudiadas. Sin embargo, por otro lado, se registra a la vez una reducción considerable de la mendicidad como una tipología de trabajo infantil en particular.

La evolución del trabajo infantil en el período 2012-2016 en el sector rural muestra un fuerte incremento en ambas provincias. En el caso de Cotopaxi, pasó del 6,3% en 2012 al 24,8% en 2016, mientras que en Chimborazo en el 2012 existía un 5,3%, para el 2016 se registraba un 33,3%. A nivel nacional, y para el mismo período, si bien se registra una tendencia al aumento, ella es significativamente inferior, con un 11,3%, a lo registrado en las dos provincias.

En cuanto a la evolución del trabajo infantil en el período 2012-2016 en el sector urbano el incremento también considerable, aunque significativamente menor que al registrado en el ámbito rural. De esta forma, en el caso de Cotopaxi, pasó del 5,6% en 2012 al 10,5% en 2016, mientras que en Chimborazo en el 2012 existía un 7,4%, para el 2016 se registraba un 12,5%. En este aspecto, hacia el año 2013 se evidencia un significativa baja al 3,2% en Chimborazo. Ello se debe al éxito de la política pública implementada a nivel local. No obstante lo antes señalado, vale destacar que la tendencia al alza en las dos provincia no sigue el mismo patrón de evolución del nivel nacional el cual se mantiene estable.

En lo particularmente referido a mendicidad, su evolución es contraria a los datos generales de trabajo infantil. Ello se da por cuanto, en el 2013 se registraba un 13% y un 16% para Cotopaxi y Chimborazo respectivamente, en el 2016 se evidencia una reducción acelerada en el caso de Cotopaxi con un 2,7% y más leve en el caso de Chimborazo, con un 12,8%. En este sentido, se debe recalcar el impacto positivo de la política pública a nivel local, dado que a nivel nacional la evolución no muestra prácticamente alteraciones, sino que por el contrario aparece más como una constante con un 7,1% en 2013 y un 6,1% en 2016.

Referencias Bibliográficas:

- Aries, P. (2000). El niño y la vida familiar en el antiguo régimen. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/1051/105115241009/>
- Arruabarrena, M. (2009). Trabajo infantil en un marco de pobreza. Recuperado de: <https://www.academia.edu/people/utf8=%E2%9C%93&q+red=trabajo-infantil>
- Ayala, A. (2014). Análisis del rol de los actores sociales en la construcción de la política pública de erradicación del trabajo infantil en el caso de Ecuador. (Tesis de maestría). Recuperado de: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7459/2/TFLACSO-2014APAV.pdf>
- Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional (CNII) (2019). Informe de Observancia de Trabajo Infantil. Recuperado de: <https://www.igualdad.gob.ec/informe-de-observancia-de-trabajo-infantil-se-socializara-en-ambato/>
- Delgado, B. (1998). Historia de la infancia. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/1051/105115241009/>
- Esteves, A. (2009). Magnitud y características del trabajo infantil en Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/194/1/BFLACSO-AMP4-05-Esteves.pdf>
- García E. & Areldsen, H. (1997). El debate actual sobre el trabajo infantil en América Latina y el Caribe. Recuperado por: <http://www.redalyc.org/html/773/77315614005/>
- Heredia, (13 de febrero de 2012). El maltrato a la menor crece. *El Telégrafo*. Recuperado de: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/el-trabajo-infantil-en-ecuador-su-erradicacion-como-un-objetivo-comun>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) (2010). Número de Niños Niñas y Adolescentes en Cotopaxi y Chimborazo. Recuperador de: http://www.ecuadrencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) (2012). Anuario de defunciones generales 2013. Recuperador de: http://www.ecuadrencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/

- Myers, W. E. (2001). Determinantes y consecuencias del Trabajo Infantil. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4239648>
- Sandoval, A. (2007). Trabajo Infantil e Inasistencia Escolar. Recuperado de: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/v12n34/a06v1234.pdf>
- Vilches, A. (2015). *El Trabajo Infantil En Guayaquil Y Su Impacto Socioeconómico*. (Tesis de grado). Recuperado de: <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/8764/1/ TESIS%20TRABAJO%20INFANTIL%20EN%20GUAYAQUIL%20Y%20SU%20IMPACTO%20SOCIO-ECON%20C3%93MICO.pdf>

Referencias Jurídicas:

- Congreso Nacional (3 de enero de 2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Recuperado de: https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf?fbclid=IwAR3RMIP72fK2BF03tREMDWaUFq9vy8Wcs4eSPraqr9d9r1T1tXKFTgIGh-4
- Congreso Nacional (16 de diciembre de 2005). Código de Trabajo. (Ley 167 de 2005). Recuperado de: <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%20C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>
- Organización Internacional de Trabajo (OIT) (1973). Convenio número 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138
- Organización Internacional de Trabajo (OIT) (1999). Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182
- Organización Internacional de Trabajo (OIT) (2015). Trabajo Infantil en Ecuador: hacia un entendimiento integral de la temática. Recuperado de: <https://www.unicef.org/ecuador/LIBRO-UNICEF-FINAL-BAJA.pdf>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES)
(2013). Plan Nacional para el Buen Vivir. Recuperado de:
<http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional>

Referencias de Entrevistas:

Garzón, S. (2017). (F. Vaca, investigador). Inspector de Trabajo del Cantón Latacunga.

Heredia, R. (2017). (F. Vaca, investigador). Coordinador de la Junta Cantonal de Latacunga.

Lagla, L. (2017). (F. Vaca, investigador). Coordinador distrital MIES Cotopaxi.

Medina, S. (2017). (F. Vaca, investigador). Director del departamento de trabajo social de Chimborazo.

Pavón, F. (2017). (F. Vaca, investigador). Jefe del departamento de Trabajo Social.

Sacator, P. (2017). (F. Vaca, investigador). Director del Centro de control del MIES Latacunga.

Sánchez, A. (2017). (F. Vaca, investigador). Presidenta del Patronato Municipal de Latacunga.

Sánchez, P. (2017). (F. Vaca, investigador). Alcalde de Latacunga.

Vásquez, L. (2017). (F. Vaca, investigador). Director del Ministerio de Inclusión Económica y Social Chimborazo.

SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA, MODELO PREVENTIVO, CRIMINALIDAD Y RESPUESTA DEL ESTADO

*FEELING OF INSECURITY IN CONTEMPORARY SOCIETY, PREVENTIVE
MODEL, CRIMINALITY AND STATE RESPONSE*

Jorge Eduardo Verdugo Lazo¹
georgevl82@hotmail.com
Recibido: 26/09/2018
Aprobado: 31/01/2019

Resumen:

En el Ecuador, la coyuntura económica, social y política del país, refleja un incremento en el índice delincinencial en todos los estratos de la sociedad. Como resultado surge el fenómeno de la inseguridad, mismo que capta el interés y ocupa un lugar notable entre las preocupaciones del común de los habitantes en los grandes conglomerados urbanos; a esto se suma el reclamo por el derecho a la seguridad ciudadana que constituye una demanda colectiva y la principal preocupación de las diferentes instancias gubernamentales, dejando entrever que lo que se pretende es extralimitar el ejercicio de la venganza estatal o el ejercicio del poder punitivo a muchos espacios del conglomerado social.

Del mismo modo, la urgencia de generar respuestas a la demanda de seguridad, deviene en flagrantes transgresiones de derechos y garantías fundamentales de los más débiles. En tal virtud, constituye una verdad innegable, que la percepción de inseguridad se genera desde diferentes perspectivas sociales, y salen a la luz de diversas formas. Quizá la influencia más determinante se origina desde los medios de comunicación, que en forma mediática inciden en la consciencia social que como resultado forjan una sensación de inseguridad en el colectivo social y a su vez se traduce en reformas penales que implican la ampliación de la esfera penal, la intensificación de la venganza estatal y por ende la reducción de las garantías del derecho penal mínimo.

Palabras claves:

Sentimiento de inseguridad, seguridad ciudadana, venganza pública,
política criminal.

1 Jorge Eduardo Verdugo Lazo, Abogado de los Tribunales de Justicia, Licenciado en Lengua y Literatura Inglesa, Especialista en Derechos Humanos, Interculturalidad y Migración por la Universidad de Cuenca, Magister en Derecho Penal, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Especialista Superior en Género y Derechos Humanos por la Universidad de Chile, estudiante de la maestría en Docencia Universitaria de la Universidad de las Fuerzas Armadas -ESPE-, Juez Provincial de la Sala Especializada Penal y Tránsito de El Oro.

Abstract:

In Ecuador, the economic, social and political situation, shows an increase in the crime rate in every social stratum. As a result, the insecurity phenomenon emerges, which calls interest and occupies a significant place among the common concerns of the inhabitants of urban conglomerates. In addition, the obsessive demand of citizen security right, is a collective demand and the main concern in all governmental instances, suggesting that what is intended is to exceed the State revenge or apply the punitive power in society.

In the same way, the urgency of generate answers to the security demand, becomes in serious transgressions of rights and fundamental guarantees of the weakest. In that virtue, constitutes an undeniable truth, that the insecurity perception is generated in different social perspectives and come to the public eye in several ways. Maybe the most determinant influence comes from the mass media, that in a mediatic way, incise in social awareness, and as a result they forge an insecurity sensation in society, and at the same time generate criminal law reforms, which involve the expansion of criminal sphere, the increases of State revenge and what is more the reduction of minimum criminal law guarantees.

Keywords:

Insecurity feeling, citizen security, state revenge, criminal politics.

El modelo de seguridad ciudadana en la naturaleza social

En la naturaleza humana los seres se inclinan a compartir una serie de conductas propias, que se enmarcan desde las formas de pensar, de actuar y de sentir. Estas características que distinguen a nuestra especie como grupo social y asociado, abren la pregunta de dónde se origina: ¿son rasgos innatos o adquiridos? ¿El ser humano nace social o por el contrario, se hace con el paso y el aprendizaje de la vida? Esta cuestión tiene importantes implicaciones en los marcos de la ética, debido a que tras esta respuesta se estructuran normas, conceptos, y estándares sociales.

El ser humano es social de manera innata aunque es cierto que esta tendencia se ve modificada a lo largo del tiempo por cuestiones ambientales o culturales. Existen numerosas evidencias que provienen de la psicología del desarrollo, la biología evolutiva y las neurociencias, que avalan ampliamente la idea de que la cognición y neurofisiología de nuestra especie está compuesta de multitud de mecanismos y estructuras neuronales que nos conectan los unos con los otros. Una de las principales maneras de conseguir esa conexión es a través de las emociones. Éstas comunican una gran cantidad de información sobre el estado del emisor, pero también tienen la función de actuar como pegamento social entre los diferentes miembros de un grupo, vinculando a unos con otros por medio de relaciones afectivas.²

La violencia constituye uno de los comportamientos propios del ser humano. Hay una creencia extendida de que la agresividad es un componente más de la personalidad humana. El psicoanálisis demuestra que todos nacemos con un potencial instintivo que bien encauzado puede tener fines constructivos. Tratadistas como Ashley Montagu ponen del revés las tesis tradicionales sobre este concepto. En su opinión “por el contrario, es que todos los hombres han nacido para la cooperación, para jugar, amar y vivir, y solo la frustración de estos términos son los que conducen a la agresividad y la violencia, lo que combate el mito de la maldad innata”.

Por ende, la humanidad nace con unos caracteres inherentes que inclinan a ciertos comportamientos, no obstante es el aprendizaje y el ambiente, los que perfilan la personalidad. “Recordemos siempre que la humanidad no es algo que se hereda, sino que nuestra verdadera herencia reside en nuestra capacidad para hacernos y rehacernos a nosotros mismos”³. El comportamiento violento lo crea, por tanto, la misma sociedad.

2 Pablo, Herreros. *La naturaleza social del ser humano*, Fundación Eduard Punset, 2011, <http://www.fundacionpunset.org/apol/13918/la-naturaleza-social-del-ser-humano/> Acceso: 01-07-2014

3 (A. Montagu, *La violencia innata...*, pág. 4)

La seguridad nace de la necesidad de respuestas a ciertas agresiones que sufren o pueden llegar a sufrir los miembros de una comunidad. La seguridad ciudadana es una acción destinada a garantizar la convivencia pacífica de los grupos, la anulación de la violencia, el disfrute ordenado de los espacios sociales y sus vías en general, prevenir e impedir la comisión de delitos que atenten bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Los hombres, a través del “contrato social” constituyeron el Estado, y éste quedó obligado a brindarles la mayor seguridad posible para que puedan vivir en armonía y lograr la óptima satisfacción de sus necesidades. Siendo esto así, la seguridad pública, no solo es asunto de policía preventiva, involucra la procuración y la administración de justicia así como la ejecución de sanciones y todo en un sistema jurídico correspondiente a un Estado democrático.⁴

En filosofía y ciencias políticas, el concepto de contrato social nace del enciclopedismo⁵, que en esencia es un acuerdo real donde se admite la existencia de una autoridad, de unas normas, de unas leyes a las que el grupo se somete a través del control del Estado.⁶ La seguridad ciudadana se ha vuelto una de las recurrencias del discurso político de los gobernantes ante una sociedad vulnerable y cada vez más desconfiada de la honestidad del sistema político-jurídico.

La normativa penal inspirada por el “Derecho Penal del enemigo”, ideada por el tratadista Alemán Gunter Jacobs, son de carácter autoritario y las sanciones tiene un fin inculcador, dado que su objetivo constituye el excluir de la sociedad a los enemigos -malos- neutralizándolos en la cárcel. Esta normativa presenta una contradicción con los derechos humanos.⁷ Empero de aquello, para darle a la normativa una apariencia de legitimación, se recurre al revestimiento de constitucionalidad, maquillando así

4 Gregorio Romero, Tequextle. *Diagnóstico sobre el sistema de seguridad pública en Tabasco*, Villahermosa (México), Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2005, pág. 9

5 Enciclopedismo: Conjunto de doctrinas profesadas por los autores de la Enciclopedia publicada en Francia en el siglo XIII bajo la dirección de Diderot y de D’Alembert; proclama la independencia y superioridad de la razón frente a la autoridad, la tradición y la fe, manifiesta ilimitada confianza en el progreso fundado en aquella, y sienta los principios de libertad, igualdad y fraternidad que habría de adoptar la Revolución Francesa.

6 “El Contrato sirve a Rawls, Nozick y Buchanan autores neo-contractualistas, para la fundamentación de los principios teóricos de la justicia social y política”. Wolfgang Kersting. *Filosofía política del contractualismo moderno*, México, Plaza y Valdés, 2001, pág. 249

7 A manera de ejemplo, se puede citar lo acontecido el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norte América, cuando se declaró el Estado de Guerra contra toda legalidad, trasgrediendo los derechos humanos de las personas, bajo la consigna de garantizar la seguridad ciudadana

los vicios que la enturbian y simulando parecer acorde con el Estado de derechos⁸.

Por consiguiente, para poner fin a estos ciclos reiterados de violencia endémica, es imprescindible la transformación de instituciones legítimas y eficientes que mejoren la gestión de los gobiernos. En las situaciones de fragilidad y violencia permanentes, se deben realizar esfuerzos decididos para formar coaliciones políticas inclusivas, resguardadas de un amplio respaldo nacional y orientado a un cambio definitivo.

Además, el término, hace énfasis en el carácter preventivo y de colaboración con la ciudadanía de las actuaciones del Estado y no una actividad reactiva ante la comisión del delito.

La seguridad ha sido desde siempre una de las funciones principales de los Estados. Indudablemente, con la evolución de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad. El concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado. Hoy en día, los Estados democráticos promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales⁹.

Es importante, por tanto, crear un ambiente favorable e inclinado a preservar la convivencia armónica de los ciudadanos. Por ello, se debe hacer énfasis sobre los programas de prevención y atención respecto a los elementos que motivan las actuaciones violentas y de inseguridad.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo determina otra definición sobre la seguridad ciudadana donde se acentúa el carácter de salvaguardar de los derechos humanos:

8 Alrededor de 1500 millones de personas viven en países afectados por ciclos repetidos de violencia criminal y política, y ninguno de los países frágiles de ingreso bajo o afectados por conflictos ha logrado alcanzar todavía ni uno solo de los objetivos de desarrollo del milenio. FEPSU. *Seguridad ciudadana, justicia y empleo, fines fundamentales para romper los círculos de la violencia*, Fórum Español para la Prevención y la Seguridad Urbana, 2011, <http://www.fepsu.es/seguridad/seguridad-ciudadana-justicia-y-empleo-fines-fundamentales-para-romper-los-circulos-de-la-violencia.html>, pág. 1 Acceso 1-7-14

9 Organización de los Estados Americanos. *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>, pág. 7

La seguridad ciudadana es el proceso de establecer, fortalecer y proteger el orden civil democrático, eliminando las amenazas de violencia en la población y permitiendo una coexistencia segura y pacífica. Se le considera un bien público e implica la salvaguarda eficaz de los derechos humanos inherentes a la persona, especialmente el derecho a la vida, la integridad personal, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de movimiento.¹⁰

No se puede hablar de seguridad ciudadana sin evitar pensar en la autoridad o fuerza que controla y garantiza esa seguridad. La dialéctica actual sobre la concepción de la seguridad con el Estado, es que éste se ha convertido en el garante a través de medios coercitivos, y del monopolio de la violencia, entendida ésta como expresión democrática y autorizada del poder. Los Estados afirman su función mediante la reproducción de las formas de violencia que sustentan las relaciones existentes de poder social y la supresión de las formas de violencia que amenazan con perturbarlas.

En los aspectos de la percepción de inseguridad, es importante valorar el efecto dominó de los hechos sobre la opinión y sobre la percepción de inseguridad. Así, ¿se puede valorar cuantitativamente los efectos de una noticia o qué es la percepción o el sentimiento de inseguridad en determinados momentos?

En un intento de paliar los mencionados déficits de las estadísticas tradicionales se desarrollaron las encuestas de victimización. Estas encuestas, que pueden aplicarse a la población general y a personas que declaran ser víctimas de un delito, tienen un doble problema metodológico al basarse en la memoria de las personas y los posibles sesgos de respuesta.¹¹

Las encuestas de victimización son un instrumento para conocer de primera mano la criminalidad que se produce en un ámbito geográfico concreto durante un determinado periodo de tiempo. Las encuestas de victimización presentan muchos inconvenientes ya que no recogen toda la criminalidad posible, como los delitos económicos o los que no tienen una víctima identificable; ni toda la criminalidad susceptible de ser recogida (por causas atribuibles a la propia persona encuestada, al entrevistador, al tipo de delito o a la vía por la cual se realiza la encuesta, normalmente telefónica).

En términos sociológicos, el concepto de “seguridad ciudadana” es bastante impreciso. La seguridad ciudadana es, por definición, “la seguridad de los ciudadanos”. Sin embargo, la seguridad de la población es una realidad muy

10 Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo. *Sinopsis: Seguridad Ciudadana*, <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-andrecovery/IssueBriefCitizenSecurity.html>, 2013, pág. 1

11 Miguel Ángel, Sobria y José Antonio, Hernández. *El agresor sexual y la víctima*, Marcombo SA, Barcelona (España), 1994, pág. 78

amplia y que va más allá de los niveles de delincuencia, que es como se entiende habitualmente. Hay otras acepciones que extienden el término sobre los problemas de convivencia, civismo o incluso, de calidad ambiental. Estas visiones mezclan las normas penales, administrativas y los valores cívicos. Adicionalmente, la seguridad se puede entender de forma todavía más amplia entre otras: económicas, de bienestar, de salud o afectivas. Los estudios determinan que hay una correlación entre el sentimiento de inseguridad ciudadana y las incertidumbres laborales, económicas, de salud o emocionales de los ciudadanos.

Las consecuencias del sentimiento de inseguridad son posiblemente socialmente más graves que la delincuencia en sí. El miedo aísla a las personas, desincentiva su participación política, fomenta sentimientos de xenofobia, origina demandas represoras, favorece a partidos políticos antisistema y desestabiliza la democracia¹².

Por ende, hay una relación entre la delincuencia y las condiciones de vida de la población. Siendo consecuentes con esta visión, la seguridad ciudadana tendría que definirse cómo las condiciones necesarias para que las personas desarrollen todas sus capacidades. La noción de seguridad no está tan distante de las nociones de calidad de vida, bienestar o salud.

Siempre se escucha por los medios periodísticos que la inseguridad aumenta a cada día en nuestro contexto social. Que la delincuencia es un fenómeno social pero que cabe al Estado por sus medios combatir esa delincuencia con leyes más rigurosas, lo que incurre a veces a ciertos abusos por parte del poder policial gracias a la aprobación de leyes con ciertos requintes de los antiguos sistemas autoritarios¹³.

La “seguridad” no es algo absoluto, inamovible y fuera de los valores, problemas o conflictos sociales. El que se considera seguro o no, así como los niveles de tolerancia al riesgo varían según las sociedades y los tiempos. Un buen ejemplo es la situación de los países en riesgo. Las sociedades modernas, en su afán de orden y racionalidad, buscan que todo esté controlado y previsto, creando así una expectativa alta de seguridad. Cualquier pequeño incidente es vivido, a veces, como intolerable. La paradoja es que en un mundo globalizado, las incertidumbres vitales son crecientes y la angustia también. En este sentido, es útil el concepto de ansiedad que Anthony Giddens desarrolla:

12 Diego, Torrente. *Políticas de seguridad ciudadana: condicionantes y modelos recientes*, coordinador: Fernando Pérez Álvarez, ed. Sertá, Salamanca (España), 2004, pág. 1509

13 Ignacio Nunes Fernández. El sentimiento de inseguridad frente a la sociedad de riesgo: el paradigma de la seguridad insegura, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 25, 2013, pág. 205

En una sociedad post-tradicional, según Giddens, “la conducta y las actitudes han de ser justificadas cuando a uno se lo exigen, y ello significa que hay que aportar razones: y donde hay que dar razones las diferencias de poder empiezan a disolverse, o bien el poder tiene que convertirse en autoridad”. En suma, la expansión ilimitada del dominio racional, vía el estiramiento de los sistemas sociales, ha resquebrajado la tradición que ofrecía un marco para la acción (un esquema interpretativo)¹⁴.

Es entonces, que el estado de ansiedad tiene que ver con las carencias de certezas que el sistema social en conjunto produce en los individuos. El concepto va más allá de un sentimiento de miedo o inseguridad asociado a un riesgo o tema puntual (como por ejemplo el delito). Bajo esta visión de Giddens, el miedo al delito es más un desplazamiento a otros miedos, como por ejemplo: las incapacidades de la vejez, la carencia de sentido de la existencia, o el mundo hostil contemporáneo. De otra forma, la seguridad no es un valor absoluto y está impregnada de conflictos puesto que la seguridad de unos puede ser la inseguridad de los otros.

Una dificultad en el tratamiento de la seguridad ciudadana es que muchos de los estudios existentes parten de una definición de seguridad como contención del delito común y no de ésta visión compleja. Esto quiere decir que no sabemos bien, por ejemplo, hasta qué punto podría explicarse por otras incertidumbres vitales como el nivel de salud, carencias de capital social o el sentimiento de soledad. Por otro lado, los delitos de la calle que tanto acaparan la atención, son los menos importantes en términos de costes económicos globales para la sociedad y los menos amenazantes en términos políticos y de convivencia democrática. Lo son mucho más los delitos de cuello blanco, de la corrupción de los altos funcionarios del Estado o la criminalidad organizada. A veces, se parte de definiciones elementales o paradigmáticas de inseguridad, además, hemos fragmentado artificialmente el concepto con visiones corporativas e institucionales. Criminólogos, ingenieros, policías, médicos, psicólogos, sociólogos, antropólogos, quienes presentan opiniones subjetivas de una realidad donde todo está relacionado. Afortunadamente, cada vez más, y ante el problema complejo de la seguridad, se ve la necesidad de tratamientos transversales y holístico.

Las dimensiones de la seguridad se entremezclan en un amplio número de planteamientos teóricos, lo que dificulta cualquier intento por elucidar su sentido. No, es uno más entre los conceptos básicos de la Filosofía y la Teoría del Derecho, sino que aparece inmediatamente enlazada con el funcionamiento de las demás formas, insti-

14 Juan, Araujo González. *El concepto fiabilidad en Anthony Giddens. Análisis y crítica de una alternativa en la teoría sociológica*, ed. Plaza y Valdés SA, Barcelona (España), 2003, pág. 243

tuciones, derechos y deberes jurídicos de los que, en muchos casos, constituye un punto de referencia insoslayable¹⁵.

Bajo la misma línea de análisis, la idea de seguridad es multidimensional. Cualquier problema de seguridad no se entiende, más sin embargo, se analiza cómo se relacionan sus tres dimensiones: la objetiva, la subjetiva y la tolerable. La dimensión objetiva o real, “es decir, el riesgo real o probabilístico a sufrir un delito”¹⁶, tiene que ver con la cantidad y tipo de incidentes que se producen. Los factores en la delincuencia se relacionan con variables tan diversas como la estructura de la población, las oportunidades por el delito que ofrece el estilo de vida de las personas o sus rutinas cotidianas. La dimensión subjetiva, “término que se refiere a la percepción de la inseguridad”¹⁷, está relacionada en el cómo las personas y los grupos perciben los riesgos; la tercera dimensión tiene que ver con la tolerancia ante el riesgo.

Las tres dimensiones son relativamente independientes. Ante un hecho, las personas lo perciben, evalúan su aceptabilidad y adoptan conductas consecuentes. Por lo tanto, los problemas de inseguridad ciudadana se pueden analizar como riesgos siempre que el análisis no se reduzca al riesgo objetivo, que alcance el riesgo percibido y el tolerable. Por otro lado, también se pueden introducir factores correctores de vulnerabilidad o protección. La seguridad tiene dimensiones políticas, también se tiene que prestar atención a las demandas de la población así como a las prioridades en las políticas públicas y tendencias en el mercado privado y el tercer sector.

La seguridad ciudadana ha pasado de ser un derecho y un servicio garantizado por el Estado, a ser una mercancía ofertada por éste a diferentes demandantes. Está tan desarrollado el negocio, que paradójicamente el propio Estado es demandante de estos servicios, es decir, que los principales clientes de las empresas privadas de seguridad son los propios Estados.

La extensión de la seguridad privada en las cárceles ha llegado a ser considerada desde un punto de vista político-constitucional como una quiebra del monopolio estatal del uso organizado de la fuerza, en la medida en que la organización de una prisión se estructura y se fundamenta, esencialmente, sobre el uso de la coacción y de la fuerza¹⁸.

15 Antonio, Pérez Luño. *La seguridad como función jurídica*, coordinador: Mariano Hurtado Bautista, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia (España), 1992, pág. 280

16 Nadine, Jubb. *Curso de seguridad ciudadana con enfoque de género*, ed. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Santiago de Chile, 2012, pág. 15

17 Nadine Jubb, *Curso de seguridad...*, pág. 15

18 Bernardo del Rosal Blasco. *Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal*, Madrid (España), Dialnet, Tomo 43, n° 2, pág. 558

Efectivamente, una vez lesionado ésta estructura monopolística del Estado, en relación al uso de la fuerza, es posible ir delegando las funciones de seguridad y vigilancia de las instituciones públicas, y porque no, de otras funciones más directas que afectan específicamente a los ciudadanos. Estas políticas vienen definidas por una búsqueda de rentabilidad o de eficacia productiva del sector privado en los ámbitos penitenciarios. Sin duda alguna, esto es una distorsión de la concepción política y las percepciones éticas. Es de todo punto imposible, desde la perspectiva de la legitimidad del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que el Estado reduzca todo el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal, exclusivamente, a un problema de costos cuyo avalador de la seguridad debe ser el Estado.

El máximo garante de la seguridad es el Estado, mismo que tiene su manera de aplicar las políticas en torno a la seguridad ciudadana y esto determina su eficacia. Debido a esta diversidad de aplicaciones, radica la amenaza de que dichas políticas amenacen los derechos de los ciudadanos.

Los altos niveles de criminalidad acompañada por violencia contra las personas, genera también alarmas para la gobernabilidad democrática y la vigencia del Estado de Derecho, lo que se produce en los bajos índices de confianza que la población manifiesta tener hacia el gobierno, el parlamento, la policía y el sistema judicial. [...] Además, lo que aparece seguramente como el dato más serio de los analizados hasta el momento, solamente el 38% de la población expresa satisfacción con el régimen democrático¹⁹.

La garantía de integridad y libertad ciudadana debe ser compatible con las acciones del Estado en materia de seguridad. Algunas de estas acciones se han basado en incrementos de presión punitiva, reducción de garantías procesales o la reducción de la edad penal de los adolescentes en conflicto con la Ley, situación que ha provocado la desconfianza y el rechazo popular.

Con fundamento en lo previamente desarrollado, queda claro que el debate jurídico-social sobre la política criminal no se debate entre los polos equidistantes del más o menos garantismo de hecho es sobre los modelos más convenientes de prevención delincencial. En tal virtud, no es un modelo garantista, lo más eficaz, sino un modelo penal que antepone una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia, como una óptica diferente, tal vez influenciada por los principios armónicos y humanos del Buen Vivir.

19 (Organización de los Estados Americanos. *Informe sobre Seguridad...*, 12)

La contraposición entre estas dos perspectivas, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a contenidos de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en los síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo, y un abordaje de la criminalidad experta, consciente de la complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesta a dar su tiempo a las modificaciones sociales²⁰.

El referido modelo debe tomar forma frente a dos pautas de intervención político-criminal que también surgen tras el Estado de bienestar: una, es el modelo resocializador que marca su atención en las expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente descuidando las intervenciones sobre la sociedad; la otra, es el autoritarismo, que afronta con su cortedad de miras y su incapacidad de empatía, la ceguera sobre las razones y las motivaciones del delito.

En la Argentina de las últimas décadas la preocupación de la ciudadanía por el desempleo, la exclusión y la inflación fue sustituida por el miedo al delito. Sobre este respecto, Gabriel Kessler en la presentación de su libro "El sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito", afirmó: "El 40% de los homicidios por arma de fuego en todo el mundo, se producen en América Latina. Las tasas de delito y temor son de un 15 a 25% en la zona europea; mientras que los datos en América Latina son entre el 60 y 70%"²¹.

Kessler reconoce la validez de las encuestas y de los estudios minuciosos y cualitativos en el entorno del delito, pero no desde el punto de vista de ser datos que brindan soluciones al grave problema, sino desde un punto de partida, no como un fin en sí mismo, sino que permita la creación de políticas que aborden el problema. El autor, a lo largo de seis años recopiló los datos y formó una investigación que se concretó en su libro. En él, se aglutinan una serie de conclusiones a lo largo de los diferentes países, no para entender el delito desde el marco de la globalización donde los referentes sociales están compartidos, sino sobre el diálogo permanente con las referencias externas que le permitió entender las particularidades que caracterizan cada sociedad.

Más allá de las definiciones académicas, la inseguridad, no se refiere a todos los delitos violentos, se excluye a los que se vinculan con el crimen organizado, pueden incluir acciones que no están fuera del marco de la Ley, como por ejemplo, el temor que ocasiona en algunos, la presencia de

20 José Luis, Díez Ripollés. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, Málaga (España), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, pág. 31

21 Gabriel, Kessler. *Conferencia sobre el sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito*, Colegio de la Frontera Norte, Nuevo Laredo (México), 2010

jóvenes en la calle sin violar normativa alguna. Es decir, el sesgo particular de la inseguridad es lo que podría llamarse la aleatoriedad del peligro²².

Ésta aleatoriedad, entonces, puede ser parte de la relación con espacios específicos y sectores particulares de una ciudad. Se considera el temor o sobre el miedo a la delincuencia como una emoción humana básica que se alimenta ante el peligro en su potencialidad, pero que de ninguna forma debe estudiarse a través de los entramados y los discursos sociales. En su grado más profundo, el temor es en sí una función de supervivencia del espécimen. “El temor es un sentimiento subjetivo y circunstancial que no puede ser estudiado inserto en el tejido social”²³.

La respuesta, para el autor, está en los enfoques de distanciamiento y proximidad, donde se concreta la intensidad de un sentimiento de inseguridad; además, se incrementa la percepción con la cercanía física y social de la amenaza. De tal forma, se compara la seguridad a escalas barriales, locales y nacionales. El tratadista, asocia la vulnerabilidad al delito con una conjunción de factores socioeconómicos y ecológicos y que dentro de estos factores interviene también la clase social o el nivel económico. Por consiguiente, la clase es un elemento que influye en la percepción de los delitos.

“La paradoja de la victimización entraña un aspecto subjetivo y su impacto es medido por el tipo de delito sufrido, con violencia manifiesta o potencial”²⁴. Esto influye en un aumento sobre la desconfianza, el temor; así como también marca una experiencia aprendida que ofrece un margen de autogestión; y, produce en la sociedad una relación entre victimización y aumento de las medidas punitivas radicales.

El carácter esencial de los intereses protegidos y las premisas constitucionales del Buen Vivir, donde se exigen principios tan elementales como la igualdad de trato y el respeto del individuo en todas sus dimensiones, obliga a incluir la criminalidad de los poderosos al conjunto de las conductas que son objeto de consideración del Derecho Penal. Esta es, sin ninguna duda, la tarea expansiva de la criminalización que responde al modelo sugerido en los principios del Buen Vivir. Un modelo que no dirige las leyes mirando a los pobres, los excluidos o los desfavorecidos, sino un modelo que cumple su función “la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia”²⁵.

22 (Gabriel, Kessler. *Conferencia sobre el sentimiento...*, 2010)

23 (Gabriel, Kessler. *Conferencia sobre el sentimiento...*, 2010)

24 (Gabriel, Kessler. *Conferencia sobre el sentimiento...*, 2010)

25 (J. L. Díez. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, 32)

Desde la perspectiva social, para que una norma penal sea aplicable, ésta no debe estar solamente vigente en el ordenamiento jurídico, sino también debe ser válida, es decir consecuente con el pleno goce y ejercicio de los Derechos Humanos emanados de la Constitución²⁶.

Por lo cual, las normas establecidas y los nuevos modelos que se desarrollen, por muy relevantes que sean los intereses que amparen, deben someterse al modelo penal del bienestar (Buen Vivir) contenido en el espíritu de la Carta Magna. Esto obliga a un análisis minucioso, de forma que cualquier intervención penal habrá que pasar un filtro de idoneidad.

Toda modificación de un modelo de intervención social, más allá de los intereses generales que persiga y de su eficacia para obtenerlos, favorece los intereses particulares de ciertos grupos sociales y perjudica, o al menos no promueve, los intereses de otros. Ésta regla es perfectamente válida para las intervenciones político criminales y debería ser tomada muy en cuenta a la hora de buscar los apoyos sociales necesarios para desarrollar estrategias que contrarresten la actual deriva securitista²⁷.

Frente a grupos sociales que resultan beneficiados por el modelo asentado, existen otros que son perjudicados. Los beneficiados, son tratados dentro de éste trabajo académico. Entre otros: políticos populistas, empresas de seguridad, clases pasivas, ciudadanos con empleo estable, asociaciones con apoyo estatal y social. Se yuxtaponen los grupos sociales preferidos del escrutinio policial, los inmigrantes, las minorías sociales, los ciudadanos con antecedentes delictuales, asociaciones con actividades sobre colectivos marginales alejados del orden social.

Saber con exactitud quiénes son los favorecidos y los excluidos en un modelo nos dará la pauta a seguir para poder atender a los más perjudicados. Se debe prevenir las desvinculaciones frecuentes entre las instancias sociales que adoptan las decisiones político-criminales y las encargadas de ejecutarlas. “Está demostrado, que cuantas menores responsabilidades se tienen en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes aprueban y demoledoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas”²⁸. De hecho existen algunos ejemplos internacionales de éstas regulaciones que intentan corregir los

26 Harold, Burbano. Nuestros derechos son también humanos, Quito, Equipo jurídico INREDH, http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=548:seguridad-ciudadana-y-derechos-humanos-en-el-ecuador-el-derechos-penal-en-un-Estado-garantista-un-deber-ser-del-nuevo-codigo-organico-integral-penal-&catid=73:ddhh-Ecuador&Itemid=144 Acceso 1-7-14

27 (J. L. Díez. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, 33)

28 (J. L. Díez. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, 33)

gustos y preferencias populares en aras a unas conductas «política y socialmente correctas»²⁹.

De cualquier manera, los colectivos y agentes sociales afectados por el modelo de seguridad ciudadana, deben organizarse como grupos de presión reivindicativos, pues son éstos los que mejor pueden suministrar la información a la sociedad, con argumentos y posiciones que se hagan escuchar ante los demás grupos del colectivo social. De esta manera, las políticas públicas evolucionarán hacia modelos más razonables y justos de intervención penal. El riesgo de inclinar la balanza hacia una sociedad policial es un hecho a tener en cuenta. Un ejemplo de ello está en la Ley de orden europea de detención y entrega, o Eurorden, que fue creada y promulgada (marzo 2012) con urgencia tras los hechos del 11 de septiembre de 2001, sin contrastar pros y contras en aras de una mayor seguridad³⁰.

Inseguridad, riesgo y modelo preventivo

En un contexto social, la violencia es la consecuencia de múltiples factores, relacionados a la situación político-social de nuestra actualidad: la crisis económica, la reincidencia criminal asociada a la drogo dependencia, los abusos de poder y la perpetuación de conductas que agravan las diferencias

29 Un ejemplo de ellos lo tenemos en Cataluña (España), que en un proceso de sedición populista, las autoridades políticas decretaron en 2010 una Ley sobre el cine, con la obligatoriedad de distribuir dobladas en catalán o subtituladas todas las películas que se emitieran en esa región española. Como respuesta, la famosa compañía Disney, dijo que no era rentable doblar al catalán las cintas y que prefería que no se emitieran sus películas allí; el público dejó de ir a las salas de cines pues preferían las películas en castellano. Ante tal contradicción, la legal y la social, la norma no ha llegado a aplicarse ni tampoco se ha echado mano del reglamento sancionador. Este caso catalán, tiene algunos paralelos subjetivos (no lingüísticos pero sí intervencionista) con nuestra norma de Comunicación aprobada en el 2013 en Ecuador.

30 La orden europea de detención y entrega es el instrumento que sustituye en Europa a la tradicional extradición sobre la base de prescindir de la intervención de la autoridad política permitiendo que la persecución internacional de los delitos tenga lugar directamente entre autoridades judiciales. Esto supuso la abreviación de los trámites de extradición, haciendo que una simple orden de captura emitida por un juez de un país europeo era ejecutada sin ningún filtro legal por otro país. Esta Ley atenta contra los derechos básicos de defensa de todo detenido, produciendo estados de injusticia lacerantes para los presuntos inculcados. Por dar un solo ejemplo, no es lo mismo ser detenido en una cárcel sueca que en una rumana, donde los derechos humanos no tienen la misma consideración ni valoración. Esta Ley ha producido innumerables casos de injusticia al haber propiciado sentencias a ciudadanos que fueron luego inocentes, véase a este respecto, el caso de Manuel Lagos sentenciado en Italia.

sociales. En tal realidad, la violencia se fortalece en la pobreza, en la marginalidad, en la estigmatización y en la corrupción, entre otros. Las consecuencias y repercusiones afectan a la economía, la salud pública y al ejercicio de los derechos fundamentales.

La inseguridad ciudadana afecta, por consiguiente, al desarrollo y a la estabilidad social, ésta es una de las razones para elaborar una medida eficaz para combatirla, pero además, la inseguridad afecta algunos intereses nacionales dado que es un factor determinante para las inversiones empresariales y por tanto debilita las posibilidades de desarrollo y prosperidad. Cabe deducir que las instituciones de seguridad pública de los países con inseguridad ciudadana no tienen los mecanismos adecuados para su función, lo mismo cabe pensar de su justicia, de sus leyes penales y de su sistema carcelario.

Desde hace más de dos decenios, el tema de la seguridad ciudadana constituye uno de los principales problemas sociales de casi todos los países de América Latina, cuyos ciudadanos están hondamente preocupados por fuertes incrementos de las tasas de criminalidad (en particular de los delitos violentos), se sienten cada vez más inseguros en sus personas y bienes, y expresan su insatisfacción con respecto a la respuesta estatal ante el fenómeno delictivo³¹.

Efectivamente, ésta inseguridad creciente provoca la insatisfacción ciudadana ante un fenómeno delictivo que no puede controlar y que ve que las instituciones tampoco pueden atajar. Por consiguiente, aparte de los efectos que se señalaron se deben estudiar las causas que los producen. Debe haber una voluntad política que encauce mayores recursos económicos y los distribuya adecuadamente, con inteligencia, y con un especial cuidado en los mecanismos de control y auditoría.

En razón de lo antes expuesto la lectura de la problemática de inseguridad por parte de los gobiernos es confusa y complicada, ya que los problemas en las propias instituciones de seguridad, justicia y prisiones, tienen una compleja solución desde su raíz.

La erosión del imperio de la ley, del Estado de derecho y de la soberanía interna de los Estados constituye otros serios problemas desde la perspectiva de todos los países andinos. Este conjunto de fenómenos van desde el aumento de la criminalidad, la inseguridad ciudadana, la crisis de los sistemas judiciales, penitenciarios y policiales, y la anomia cultural, hasta la desintegración de las instituciones gubernamentales, la sobrecarga de las organizaciones formales, el desprestigio de los poderes públicos, los partidos políticos

31 José M^a, Rico & Laura, Chinchilla. *Seguridad ciudadana en América Latina: hacia una política integral*, México, Siglo Veintiuno Editores SA de CV, 2002, pág. 5

y de las comunidades y finalmente, pero no menos importante, la generalizada percepción de un galopante aumento y ubicuidad de la corrupción³².

Consecuentemente, la mayoría de países del mundo comparten éstas anomalías y todos los gobiernos tienen un interés concreto en llegar a una solución definitiva. Los procesos de transformación político social que han experimentado los países andinos han generado un intenso debate político “Se han dado particularmente en países como Venezuela 2007-2009, Bolivia 2006-2008, Ecuador 2007-2008, donde previamente hubo crisis de gobernabilidad y de legitimidad política. Al colapsar el viejo sistema partidario, surgieron nóveles líderes que han llamado a una refundación de dichos países e impulsado reformas constitucionales como parte de sus agendas”³³.

¿Cómo asumir el desafío social que representa la violencia? Responder estas preguntas, supone tener una comprensión de la violencia que vaya más allá del análisis patológico de las conductas individuales y la conciba a partir de un marco teórico que la entienda como lo que es: un tipo particular de relación social. Esta consideración de la violencia, como relación social, permite entender la organización del delito, las distintas formas que asume y, sobre todo, diseñar políticas preventivas que vayan más allá de lo punitivo, represivo y de control.³⁴

En consecuencia, la violencia es un producto de la relación social de varios actores con intereses dispares. La violencia delictiva es un fenómeno asociado a la historia humana pero es consustancial a las ciudades. Por tanto, la urbe es un escenario de múltiples relaciones e intereses sociales en donde algunas de ellas se manifiestan de manera violenta.

Asimismo, una trascendente visión sobre la sociedad del riesgo la tiene el sociólogo alemán Ulrich Beck. Quien refiere que a lo largo del siglo XX ha ocurrido un sinfín de catástrofes históricas. Desde las dos guerras mundiales, las bombas atómicas, los desastres de Bhopal (India), Chernóbil y últimamente el desastre de la central atómica de Fukushima. Estos fenómenos ponen en manifiesto la vulnerabilidad de la gente, no sienten un peligro controlable sino que se les escapa de sus posibilidades y crea un sentir de zozobra e inseguridad.

32 Fernando, Bustamante. *Los países andinos y los Estados Unidos en la primera década del milenio*, Buenos Aires (Argentina), Biblos, 2004, pág. 123

33 Poderes Inteligencia Política. *ONU y OEA presentan análisis sobre la democracia en América Latina*, 2010, <http://poderes.com.ec/2010/onu-y-oea-presentan-analisis-sobre-la-democracia-en-america-latina-2/>, acceso 01-07-2014

34 Fernando, Carrión. *De la violencia urbana a la convivencia ciudadana*, Quito (Ecuador), Flasco, 2012, pág. 16

Hasta ahora, todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los «otros»: los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Todo esto ya no existe desde Chernóbil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica³⁵.

Los peligros que encierra la era atómica no pueden ser salvados de ninguna manera a diferencia de todos los problemas anteriores. No hay lugar protegido. U. Beck abrió con su libro *La sociedad del riesgo* lo que se viene a llamar la sociología del riesgo. En este período moderno del siglo XXI, se han perdido los componentes clásicos de riesgos anteriores, abriéndose una serie de debates y de reformulaciones sobre las nuevas estrategias de dominación. En ésta sociedad postindustrial existe correlación de fuerzas que han cambiado de manera sustancial.

Las sociedades modernas, antes de la era atómica, sostenían una estratificación social junto con un reparto de la riqueza clásica: familia, empresarios capitalistas, sindicatos, proletarios y donde los agentes tradicionales se posicionaban en razón a éste reparto social. El progreso y las modernas tecnologías han traído consigo la aparición de nuevos riesgos con gran dificultad para el manejo, control y solución. Además, dicho riesgo afecta de manera radical a todos los actores y a todas las clases sociales. En estas circunstancias, ha aparecido una nueva forma de organización en la cual la sociedad ya no está basada en un reparto de la riqueza, más se basa en un reparto de los riesgos. “En el centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en amenazas irreversibles a la vida de los animales y de los seres humanos”³⁶. Cuando Beck se refiere a los nuevos riesgos atómicos, químicos o genéticos, se está refiriendo a unos riesgos normalmente imperceptibles, que no se pueden limitar temporal o localmente, es decir son globales, que suelen ser irreversibles, difícilmente cuantificables e indiscriminados.

La modernidad destruye la tradición. Sin embargo, y esto es muy importante, una colaboración entre modernidad y tradición fue crucial para las fases tempranas del desarrollo social moderno: el período durante el cual el riesgo era calculable en relación a las influencias externas. Esta fase concluyó con el surgimiento de la alta modernidad o lo que Beck denomina modernización reflexiva³⁷.

35 Ulrich, Beck. *Sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, Barcelona (España), Paidós, 2006, pág. 2

36 (U. Beck, *Sociedad del riesgo...*, 26)

37 Antoni, Giddens. *Vivir en una sociedad postradicional*, Madrid (España), Alianza Universidad, 1997, pág. 118

Para el referido autor, el peor enemigo de la tradición es la reflexividad institucional³⁸, dado que produce vaciamiento de los contextos locales de acción y del distanciamiento progresivo del tiempo. La globalización afecta a los individuos y los desplaza de los sistemas tradicionales y producen fracturas de espacio-tiempo. En todo esto, los medios de comunicación y la informática juegan un papel relevante porque ponen en evidencia las ventajas y desventajas, los éxitos y las precariedades, la justicia y la injusticia que la modernidad y la globalidad generan.

La prevención representa un elemento esencial del discurso sobre la criminalidad. En los últimos tiempos se viene imponiendo una nueva disciplina que se mueve fuera de las disciplinas penales. Ésta búsqueda de nuevas estrategias ha devenido por una crítica a la ineficacia de las medidas tradicionales tanto en el terreno de la disuasión, como en el de la rehabilitación. El crecimiento de la criminalidad, el hacinamiento de los centros penitenciarios y el fracaso de los procesos de rehabilitación social. Todo esto ha llevado a la investigación de nuevas estrategias y a la búsqueda de nuevos actores y contextos para la realización de actividades preventivas.

El concepto de prevención se ha extendido, volviéndose, por un lado, una actividad que se refiere a muchos sujetos (instituciones y ciudadanos comunes) y por el otro, un componente integrante e inseparable de las políticas de seguridad. En la nueva prevención encontramos hoy una gama articulada de medidas e intervenciones dirigidas tanto a la reducción de los fenómenos criminales en sentido estricto como a la reducción de la percepción de inseguridad o, en un sentido todavía más amplio, al aumento de la seguridad social³⁹.

Lo que resulta novedoso, entonces, es la utilización de manera combinada de diferentes interpretaciones del fenómeno criminal, la unión estrecha de intervenciones que se derivan de diferentes conceptos criminológicos, es decir, una prevención integrada.

En otras palabras, empieza a tomar fuerza una nueva corriente que busca mitigar los hechos delictivos, a través de la ampliación de los marcos institucionales (no sólo la policía y la justicia), la participación comunitaria, la prevención por encima del control y la intención integral del tratamiento de la temática⁴⁰.

38 En este contexto la categoría reflexividad institucional se la concibe desde la perspectiva del sociólogo Antoni Giddens, quien lo define como el peor enemigo de la tradición, genera un vaciamiento de los contextos locales de acción, una nueva conformación social en la que los mass media y la tecnología informática juegan un rol de transcendental importancia.

39 Rossella, Selmini. *La prevención: estrategias, modelos y definiciones en el contexto europeo*, Quito, Flacso, Urvía revista latinoamericana de la seguridad ciudadana, 2008, pág. 43

40 (F. Carrión, *De la violencia urbana a la convivencia ciudadana*, 52)

La idea de intervenir en el contexto puede tener un efecto reductor sobre los fenómenos delictivos o sobre la victimización, está en la base de la prevención situacional. Parte del presupuesto de que la criminalidad no es la consecuencia de una predisposición individual, sino que los factores que la crean o favorecen las oportunidades delictivas. Elementos como los hábitos, los estilos de vida de las víctimas, singularidad de los contextos sociales, los controles de seguridad, entre otros, integran la prevención situacional. Algunos juristas como Claus Roxin proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos. “El Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas. Éstas esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”⁴¹.

Selmini con fundamento en ideas de Clarke, escribe:

Partiendo del análisis de las circunstancias que dan lugar a formas específicas de delito, introduce discretos cambios manageriales y ambientales para reducir las oportunidades de que estos delitos ocurran. Por lo tanto, se focaliza en el escenario del delito más que sobre aquellos que cometen actos delictivos. Busca impedir la ocurrencia del delito más que detectar y sancionar a los ofensores. No busca eliminar las tendencias delictivas a través del mejoramiento de la sociedad o sus instituciones sino meramente hacer las acciones delictivas menos atractivas para los delincuentes.⁴²

Ronald Clarke es el más famoso sostenedor de la prevención situacional. El mejoramiento de la sociedad, para el autor por tanto, no hará disminuir las tendencias delictivas pero sí menos apetecibles para los delincuentes. Delitos de naturaleza terrorista tienen su máxima eficacia con este modelo preventivo compuesto de cinco formas que reducen las oportunidades de comisión de delitos; incrementando el esfuerzo del delincuente para llevar a cabo el delito; ampliando el riesgo que el delincuente debe enfrentar; reduciendo los beneficios que el delincuente aspira obtener; limitando las excusas que el delincuente puede emplear para “racionalizar” o justificar sus acciones; reduciendo las provocaciones que incitan a cometer los actos criminales.

Muestra Kessler, con respecto al sentimiento de inseguridad, que tras la preocupación y el temor, existe cierta lógica que facilita el encuentro racional entre temor y delito. Para esto, se apoya en el concepto de victimización indirecta, donde en una sociedad se reconoce la realidad de un gran número de víctimas, los hechos tienen un eco mayor, por lo cual, más personas son creyentes del peligro potencial que supuestamente les rodea.

41 Claus, Roxin. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976, pág. 20

42 (R. Selmini. *La prevención...*, 48)

El sentimiento de inseguridad colectivo no es otra cosa que la percepción de una amenaza externa discordante con la vida rutinaria. La inseguridad ligada al delito es sobre todo una percepción sociológica, esto es, una forma de explicar la realidad del sentido común antes que un concepto desarrollado por las Ciencias Sociales⁴³.

Ciertamente, la delincuencia ha crecido con el paso de los años y coincidiendo con las aglomeraciones en las ciudades, la utilización de los fármacos, los accidentes de tránsito. Los medios masivos de comunicación extienden las noticias durante todo el día informando a gran parte de la población e inciden en el imaginario social de manera elocuente.

Para Kessler, existen dos formulaciones que se ocupan de profundizar en los procesos de intimación y sobre el miedo al delito. Por un lado está la formulación anglosajona sobre la objetivación del miedo al delito y su analogía con las variables concretas como es el sexo, la edad, la clase social, la ocupación laboral, etc. Por otro lado, está la formulación donde se esclarecen los hechos de manera hermenéutica, es decir que se analiza captando y describiendo el sentido mismo del miedo al delito. “El temor es una red de desasosiegos generales”⁴⁴, donde el Estado demuestra su declive ante el sentimiento generalizado de inseguridad. El pensador propone una unión de ambas formulaciones tomando de ellas los aspectos más acertados y necesarios y descartando otros.

La criminalidad y la respuesta del Estado frente al fenómeno de la inseguridad

Los actuales índices de violencia y criminalidad en el continente han dejado a la seguridad ciudadana como una de las principales reivindicaciones de la sociedad hacia las autoridades de los Estados. Tal situación ocurre desde hace varias décadas debido a factores de tipo social, económico, cultural e institucional que han desembocado en distintas formas de comportamientos violentos y delictivos. Estos factores han puesto como consecuencia en riesgo la convivencia y han puesto en estado de alerta permanente a los ciudadanos, con las consecuencias psíquicas y sociales que tal acontecimiento acarrea.

Existen datos que afirman que la delincuencia es uno de los temas que más preocupan a la sociedad Ecuatoriana, debido a las altas cifras de delitos cometidos, al considerable número de personas privadas de la libertad, y ade-

43 Gabriel, Kessler. El sentimiento de inseguridad: Sociología del temor al delito, ed. Siglo XXI, Buenos Aires (Argentina), 2009, pág. 11

44 (Gabriel, Kessler. Conferencia sobre el sentimiento..., 2010)

más, que cada vez hay más adolescentes en conflicto con la Ley. El Estado ha enfocado el problema a partir de conceptos represivos; ha endurecido las penas contra esos delitos y ha incrementado notablemente el número de policías, pero nada de esto ha provocado la disminución de las incidencias. Tal vez, la solución no radica tanto en el incremento del aparato represivo más en zanjar el problema desde su base, que es sin duda la pobreza, generada por la inequidad en la distribución de la riqueza.

Las sociedades del hemisferio enfrentan cotidianamente renovados desafíos para la convivencia democrática. En éste escenario interactúan las diferentes formas de violencia, que se presentan en forma de variadas manifestaciones, entre las que se destacan: el crimen organizado; la presencia de un alto número de armas de fuego en manos de particulares; el abuso de sustancias estupefacientes y sicotrópicas; la violencia contra las mujeres; la violencia contra niños, niñas y adolescentes; la violencia contra la población indígena y población afrodescendiente; los conflictos que involucran a movimientos sociales y comunitarios y el fenómeno, pocas veces tratado en la profundidad de sus distintas causalidades, de la violencia relacionada con la delincuencia juvenil y de género.

Del mismo modo, el incremento de la pobreza ha originado el crecimiento de las desigualdades y la exclusión social, lo que ha provocado el aumento de la violencia, la criminalidad y el descontento social. La desconfianza en las instituciones, en el gobierno, la asamblea, las fuerzas del orden y el sistema judicial, son las reacciones lógicas a ésta problemática social.

La única justificación racional que puede ofrecerse desde el Derecho Penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir o minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad; no solo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos.

La mayoría de los diagnósticos coinciden en que en la actualidad el Derecho Penal moderno, surgido de la matriz de la Ilustración, no estaría siendo capaz de responder a las necesidades propias de las sociedades cada vez más complejas, en donde el aumento de los riesgos y las necesidades de seguridad se han convertido en una de las preocupaciones más relevantes para la colectividad.

En definitiva, la percepción de los índices de criminalidad no debe ser la excusa para promover medidas de endurecimiento. Se ha comprobado que los resultados criminológicos son muy escasos cuando se endurecen las penas o se toman acciones más represoras, dado que estas presiones solo agudizan más las diferencias sociales y las exclusiones de los más desfavorecidos. Medidas de reinserción, adaptativas, educativas, laborales o la ampliación del presupuesto en infraestructuras, son reactivos mucho más potentes e indudablemente más respetuosos y garantistas de los Derechos Humanos y de los que se obtienen mejores resultados contra los índices criminológicos.

Frente a ello, la necesidad de construir una criminología diferente, que pueda reflexionar sobre la propia acción punitiva del Estado sin caer en reduccionismos mecanicistas, hasta podríamos decir con una sabia humildad intelectual. De ésta propuesta crítica de la criminología cautelara se desprende la necesidad de orientar la política pública en materia de seguridad ciudadana y el des empeño del Poder Judicial. El Estado siempre ha proyectado su poder punitivo orientado por pautas culturales que justificaron su represión.

Las consecuencias sociales de una criminología mediática, desde el plano comunicacional pueden favorecer a una metodología de hostigamiento que crearía el grave riesgo de estimular a los que en toda sociedad tienen vocación de inquisidores para que terminen promulgando o imponiendo una ley mordaza. El único espíritu legal debe ser el de la Constitución, se debe rechazar cualquier intento de otra ley de prensa que interfiera los contenidos. El sensacionalismo no se combate con censura más con definiciones y propuestas concretas y sustentables, evitando que los medios serios ejerzan su rol desde perspectivas subjetivas y mediáticas.

La mencionada combinación debilita la credibilidad de los medios y fortalece a los partidarios de la censura. Es indiferente la orientación ideológica que los medios de comunicación, deben tenerla, unas serán más ostentosas y otras no, pero eso no hace perder la seriedad del medio, lo que le hace perder ecuanimidad es su mezcla con lo mediático. Los censuristas están al acecho y se apoyan en las reacciones vindicativas de las víctimas del hostigamiento de los medios de comunicación.

De la misma manera, no dejan de adoptarse medidas legislativas que pueden calificarse como actuaciones de “populismo penal”; incluso algunas normas recientes parecen hacerse eco de las nuevas –o no tan nuevas, según se mire– teorías que propugnan la elaboración de un “Derecho Penal del enemigo”, o una reacción más fuerte frente a las calificadas de “amenazas extremas”, destacadamente en aquellos Estados miembros que han sufrido con mayor intensidad el azote del terrorismo más salvaje. La expresión fue acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido. Castigan al autor por el hecho de considerarlo peligroso. “el concepto de Derecho Penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales”.⁴⁵

45 Günter, Jakobs. Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones SL, 2003, pág. 61

Estas medidas tomadas bajo la “amenaza extrema”, son abanderadas por el oficialismo e incluido la oposición, disputándose la imagen de mano dura y de higienista social. Estas fuerzas políticas han sustituido los diagnósticos violentos por las encuestas de opinión pública, que son al final de todo, los indicadores de su popularidad y de su continuidad en el poder⁴⁶.

Por lo tanto, el populismo punitivo y los medios de comunicación coexisten en un programa de permanente realimentación. A la opinión pública no le reconforta estar segura, sino sentirse segura, porque una cosa es el delito, que afecta directa y única a quien lo padece y otro el temor al delito que es un estado mental que provoca la victimización de la sociedad. La violencia se vende bien y los medios de comunicación a fuerza de exaltar los sucesos más deleznable, han contribuido definitivamente a que se instale en la sociedad una sensación permanente de inseguridad ante el delito, y su reacción es la demanda progresiva de más protección y más leyes punitivas.

El populismo penal y las políticas de mano dura fueron importados a América Latina con el fin de hacer frente a las situaciones de inseguridad que se presentaron en la región. Se dio un endurecimiento de las penas y se eliminó en muchos casos la posibilidad de obtener la libertad condicional. En todo caso, los estudios sobre la efectividad de estas medidas han mostrado que solo han contribuido al aumento de las personas en prisión, pero no han producido una reducción significativa en la criminalidad y el delito. Por el contrario, se ha agudizado el estado de hacinamiento y la realidad de las cárceles; erróneamente definidos como centros de rehabilitación y reinserción social de los reos.

Bajo esta misma línea de análisis, es imprescindible construir y de construir categorías de análisis y mensajes sobre seguridad que cuestionen la validez de reducir toda conversación cotidiana a un tema de inseguridad. No se trata aquí de negar que la delincuencia haya subido o afirmar que la inseguridad es un problema de percepción. Se pretende, simplemente, desincentivar la opinión pública que tiende a reducir todo problema social a un asunto policial.

46 Tenemos el ejemplo del alcalde de Guayaquil, Jaime Nebot: “Al menos en delitos atroces como violación de menores, como sicariato, deberían elevarse la pena a 50 años”, según el burgomaestre y asegura que “por eso se pronuncia a favor, de acuerdo a encuestas serias, alrededor del 90% de los ciudadanos”. Claro, que el alcalde Nebot, no atiende al detalle de que los mayores índices de esa criminalidad de hallan en los suburbios más pobres de la ciudad, estigmatizando por ello, a la gente humilde que vive allí, y considerando su exclusión por encima de soluciones como más dignidad en las viviendas, mejores calles, más infraestructuras, más ofertas laborales, mejores centros de atención, etc. La solución aparentemente fácil de ampliar la exclusión de la población arrinconándola en las cárceles, o de más presencia policial, se ha demostrado poco eficaz.

En definitiva, es necesario extender sobre los político-legisladores y sobre la opinión pública una crítica sobre el populismo penal. Más allá de la evidente injusticia e ilegalidad de éste, por lo menos desde la óptica de un Estado constitucional de derechos y justicia, es claro, como se exteriorizó anteriormente, que la mano dura no logra controlar la criminalidad. Esto es así, en primer lugar, porque el actual sistema reproduce “ad infinitum” el número de delincuentes y de estereotipos delincuenciales fundados en la pobreza y en la marginalidad. Por otro lado, porque la política de mano dura no enfrenta la delincuencia especializada como la organizada, transnacional y de cuello blanco que, por su poderío, escapa a una política diseñada para combatir sectores vulnerables.

Bibliografía:

- Araujo González, J. (2003). *El concepto fiabilidad en Anthony Giddens. Análisis y crítica de una alternativa en la teoría sociológica*. Barcelona, España: Plaza y Valdés SA.
- Asamblea Nacional. (2008). *Contitución de la República del Ecuador*. Archivo General.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y la Código Penal*. Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2013). *Ley Orgánica de Comunicación*. Archivo General.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial.
- Beck, U. (2006). *Sociedad del Riesgo, hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España: Paidós.
- Bulcourn, P. (2011). La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar. Eugenio Raúl Zaffaroni. (pág. 640). Buenos Aires: Ediar.
- Burbano, H. (2014). *Nuestros Derechos también son Humanos*. Obtenido de Equipo jurídico INREDH: http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=548:seguridad-ciudadana-y-derechos-humanos-en-el-ecuador-el-derechos-penal-en-un-estado-garantista-un-qdeber-serqdel-nuevo-codigo-organico-integral-penal-&catid=73:ddhh-ecuador&Itemid=144
- Bustamante, F. (2004). Los países andinos y los Estados Unidos en la primera década del milenio. En C. Fuentes, & Flacso (Ed.), *Bajo la mirada del halcón: Estados Unidos-América Latina post 11/9/2001* (1ª ed., págs. 93-134). Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Carrión, F. (2002). De la violencia urbana a la convivencia ciudadana. En F. Carrión, *Seguridad ciudadana, ¿espejismo o realidad?* (págs. 13-58). Quito, Ecuador: Flacso.
- del Rosal Blasco, B. (1990). Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. En

- Dialnet, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. 43, págs. 557-580). Madrid, España: Fundación Dialnet.
- Díez Ripollés, J. (19 de mayo de 2004). El nuevo model penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-34.
- Fernandes, I. (2013). el sentimiento de inseguridad frente a la sociedad de riesgo: el paradigma de la seguridad insegura. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*(25).
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal* (Vol. Colección lecturas jurídicas). México, Méjico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Forum Español para la Prevención y la Seguridad Urbana. (2001). *Seguridad ciudadana, justicia y empleo, fines fundamentales para romper los círculos de la violencia*. Obtenido de Por una convivencia Urbana posible: <http://www.fepsu.es/seguridad/seguridad-ciudadana-justicia-y-empleo-fines-fundamentales-para-romper-los-circulos-de-la-violencia.html>
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona, España: Gedisa.
- Guiddens, A. (1997). *Vivir en una sociedad postradicional*. Madrid, España: Alianza Universidad.
- Herreros, P. (30 de agosto de 2011). *La naturaleza social del ser humano*. Obtenido de <http://www.fundacionpunset.org/apol/13918/la-naturaleza-social-del-ser-humano/>
- Hulsman, L., & de Celis, J. (1984). *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona, España: Ariel Derecho.
- International Press Institute. (2014). Obtenido de <http://www.free-media.at/>
- Jakobs, G., & Cancio, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.
- Kessler, G. (2010). *El sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito*. Nuevo Laredo (México): El colegio de la Frontera Norte.
- Kersting, W. (2001). *Filosofía política del contractualismo moderno*.

México, Méjico: Plaza y Valdés.

Montagu, A. (14 de agosto de 1983). La violencia innata del ser humano es un mito. *El País*, págs. Dominical, Cultura.

Organización de los Estados Americanos. (2009). *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo. (30 de enero de 2013). *Sinópsis: Seguridad Ciudadana*. Obtenido de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-and-recovery/IssueBriefCitizenSecurity.html>

Rico, J., & Chinchilla, L. (2002). *Seguridad ciudadana en América Latina: hacia una política integral*. México, Méjico: Siglo Veintiuno Editores S.A. de C.V.

Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid, España: Reus.

Sartori, G. (2014). *Virtudes y defectos de los informativos*. (M. d. (España), Editor) Obtenido de La información en televisión: http://tv_mav.cnice.mec.es/Informativos/InforCulturaAudiovisual/A_UD3/Actividad4_aud3.htm

Selmini, R. (2008). La prevención: estrategias, modelos y definiciones en el contexto europeo. *Urvio, revista latinoamericana de seguridad ciudadana*, 41-57.

Tequextle, G. R. (2005). Introducción. En G. Vautravers Tosca, *Diagnóstico sobre el sistema de seguridad pública en Tabasco* (págs. 9-10). Villahermosa, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

LA ÉTICA EMPRESARIAL, SUBORDINADA AL PODER ECONÓMICO QUE GENERA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DE DELITOS

BUSINESS ETHICS, SUBORDINATED TO THE ECONOMIC POWER THAT GENERATES MONEY LAUNDERING AND THE FINANCING OF CRIMES

Iván Danilo Ortiz Alulema¹

dusnavy@gmail.com

Recibido: 20/09/2018

Aprobado: 15/03/2019

Resumen:

En un mundo globalizado donde la evolución de los medios tecnológicos para facilitar la circulación del flujo de capitales de un lugar a otro en busca de oportunidades de inversión, ha provocado cambios en los modelos de negocio, así como en las actividades de control de las entidades financieras, además estos cambios obligan literalmente a la evolución de la “Administración de Gestión de Riesgos” para dar respuesta a este vertiginoso avance de la tecnología y redes de negocio. Sin embargo, este avance en la sofisticación de la banca virtual y medios de pago para la movilización de capitales, ha dado lugar también a que las organizaciones delictivas aprovechen estos mecanismos para introducir en los bancos fondos de origen ilícito o de procedencia ilegal para consumir el lavado de activos y otros delitos.

Con este antecedente, la ética empresarial está enfocada en el rescate y realce de los valores, normas y principios éticos de buena convivencia de los actores sociales arraigados en su cultura organizacional –incluye los *stakeholders*– y que deben estar presentes y llevarlos a la práctica en la gestión integral de dirección de las empresas y sus diversas formas de asociatividad de negocios. Todo esto acompañado de leyes y un marco regulatorio para la prevención y control de la materialización de estos delitos.

De la solidez de la cultura empresarial respecto al cumplimiento de valores éticos de la organización depende que ésta se encuentre fortalecida para enfrentar la amenaza del avance de estos graves delitos de lesa humanidad y precautelar su interés empresarial como una empresa en marcha.

Palabras clave:

Ética empresarial, valores, riesgo, cultura organizacional.

1 Fiscalía General del Estado - Quito, Ecuador.

Abstract:

In the global world where the evolution of the technological means to facilitate the traffic of the capital flow to in search of opportunities of investments, has provoked changes in the models of business as well as the activities of control of the financial institutions, in addition these changes force literally to the evolution of the Administration of Management of Risks to give response to this dizzy advance of the technology and networks of business

This advance in the sophistication of the virtual banking and means of payment for the capital mobilization, has given place also to that the criminal organizations take advantage of these mechanisms to introduce in the banks funds of illicit origin or of illegal origin to commit the money laundering and other crimes

The managerial ethics are focused in the rescue and embossment of the values, procedure and ethical beginning of good conviviality of the social actors established in his culture - it includes the stakeholders - and that must be present and to take them to the practice in the integral management of direction of the companies and his diverse forms of association of business. All that accompanied of the laws and regulative frame for the prevention and control of the materialization of these crimes.

On the solidity of the enterprise culture with regard to the fulfillment of ethical values of the organization it depends that this one is strengthened to face the threat of the advance of these serious crimes of lesa humanity and to protect his managerial interest as a going concern.

Keywords:

Business ethics, values, risk, organizational culture.

1.- Antecedentes

El lavado de activos probablemente sea uno de los problemas más graves que tendrá que enfrentar la humanidad de la post modernidad, llamada así por Ulrich Beck en su obra “La Sociedad del Riesgo Global” (Beck, 2006). Las tecnologías de información, las redes sociales, el comercio electrónico, la globalización de los negocios y los capitales que se movilizan de un lado a otro del mundo a la búsqueda de concreción de oportunidades de negocios para obtener utilidades, han abierto un espacio de incertidumbre de enormes dimensiones, que sirve de escenario perfecto para una delincuencia camuflada y organizada cuyos niveles de organización y profesionalización son cada vez más sorprendentes y de alcance extraterritorial. De otro lado, Geoffrey Robertson, menciona que al tratarse de delitos que atentan gravemente contra la salud mental o física, son considerados como delitos de lesa humanidad”(Robertson, 2008), en tanto que en el plano regional y local muchas de las condiciones de desviación y deterioro social que señalan los autores citados, que imperan a través de las actividades ilícitas, tales como el narcotráfico, el secuestro, la extorsión, el terrorismo, el contrabando, la minería ilegal, la trata de personas, la explotación infantil, la evasión tributaria, la corrupción, entre otros, son delitos eventualmente interrelacionados y sistematizados, que terminan alineándose en un orden que sirve de estructura perversa para sostener con mucha eficacia el escenario de complejidad y convulsión social antes descrito a través del lavado de activos y el financiamiento de delitos.

Dentro del contexto indicado, las entidades financieras a nivel mundial por la naturaleza de su giro de negocio de captación y colocación de recursos de sus clientes, están expuestas a riesgos relacionados al ingreso de recursos de origen ilícito dentro del flujo de sus operaciones provenientes del lavado de activos y/o financiamiento de delitos –incluye la corrupción–, de consecuencias negativas a la imagen y reputación de aquella entidad financiera o sus clientes que se encuentren inmersos en tales delitos que por acción u omisión, puede provocar el cierre de sus operaciones y lo que es peor, *el deterioro y la pérdida de los valores* de la propia sociedad que está sumida en una corriente de consumo sin límites, con base a la acumulación y obtención de riquezas y ganancias fáciles, muchas veces de procedencia ilegal u obtenidas con la abierta transgresión de los valores éticos, sin cuestionar su verdadero origen.

Frente a esta problemática se debe destacar la importancia que representa para la sociedad moderna y sobre todo para las entidades financieras y sus clientes (personas naturales y jurídicas), más allá de contar con sistemas de control interno que mitigan estos riesgos, *contar con lineamientos de ética empresarial* al interior de sus procesos operativos, en la labor de dirección de la empresa, en la gestión comercial, el cumplimiento de las obligaciones

societarias y principalmente en las relaciones con los stakeholders o grupos de interés de su entorno como: propietarios o accionistas, clientes, proveedores, colaboradores internos, medios de comunicación, competidores, distribuidores, entes de control y con la comunidad en general, ya que es tarea de todos los estamentos de dicha sociedad combatir y precautelar el avance de estos riesgos que amenazan la estabilidad económica, social, emocional y de seguridad física de la propia sociedad contemporánea y sus actores.

2.- Crecimiento acelerado de estos delitos a nivel mundial

En los últimos años se han hecho públicos múltiples casos de delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo al interior de varias organizaciones. Estos eventos han llevado a la mayoría de países, a unirse bajo un concepto cosmopolita de ciudadanos del mundo para dictar y observar leyes de aplicación universal orientadas al uso de prácticas de *gestión de control y ética empresarial transparentes*, no solo para precautelar el interés societario de la empresa, el gobierno corporativo y la imagen reputacional, sino para enfrentar estas amenazas transnacionales como un conglomerado universal unido bajo un precepto de colaboración mutua para combatir y erradicar estos delitos que van en aumento a nivel mundial. Dentro de este contexto, se debe profundizar en establecer y explicar el origen de este fenómeno social y entender la importancia de la serie de sucesos y acontecimientos históricos en el desarrollo de la sociedad a la hora de crear una conciencia organizacional del comportamiento del ser humano con base a los estímulos, percepciones y acontecimientos de su entorno, aun cuando éstos en principio rebasen su nivel de entendimiento racional y aceptación, que muchas veces han derivado en efectos traumáticos que marcan la vida cotidiana de la propia sociedad.

El acontecimiento terrorista del 11-S, es considerado como el de mayor repercusión traumática a inicio del siglo XXI, de hecho marca una generación que vivió los efectos de una sociedad islámica extremista por demostrar su poder basado en su filosofía radical y anteponiendo al mundo contemporáneo sus creencias religiosas y tendencias de expansión geopolíticas. “Esta generación será consciente de los efectos negativos del terrorismo en las oportunidades de la vida (en lo referente a los viajes, a la seguridad urbana, al empleo en el ámbito global, a las libertades civiles, a las libertades religiosas y nacionales y a la marginalización y empoderamiento del mundo postcolonial). Este acontecimiento cosmopolita traumático -el 11S- fue celebrado por los adversarios del imperialismo occidental” (Beck, 2008). Se debe tener presente que a diferencia del lavado de activos, los fines del terrorismo y su financiamiento son el mantenimiento de su filosofía extremista a través de su organización terrorista, más que de legitimar capitales.

Los autores intelectuales de la difusión y crecimiento de la corriente religiosa radical de Medio Oriente de donde se deriva la mayor actividad y atentados terroristas en el mundo de occidente y hasta en la propia Europa, han sabido manejar y utilizar a favor de sus protervos y desmedidos intereses particulares la corriente de la Propaganda (Ellul, 1962), ya que conocen bien y los recursos de difusión están a su disposición en los diferentes medios de comunicación –industria del cine, televisión, internet–, no solamente para proveer a la gente lo que quiere como información y/o diversión, sino para *moldear percepciones y las creencias acerca de la vida* ligada con la religión y su perfección, en función del mensaje o percepción que el mentalizador de la corriente religiosa radical quiere exaltar o transmitir a las masas de audiencia en todo el mundo.

Por otro lado, los temas de los actos de corrupción son otro de los problemas socioeconómicos serios que afronta la sociedad contemporánea y que inciden en la generación de capitales de origen ilícito. De hecho, dentro de los Principios del Pacto Mundial que promueve Naciones Unidas, donde se invita a las empresas a incorporarlos en sus operaciones de negocios más importantes, uno de los principios es el de Anticorrupción, que menciona que los negocios deben trabajar e incorporar políticas internas en contra de todas las formas de corrupción. “La corrupción se percibe como el mayor obstáculo de negocios al cuál las PYMES deben enfrentarse en sus actividades comerciales, particularmente en los países en vías de desarrollo y en los países en transición. Lograr la aplicación de una política de cero tolerancia con respecto a las prácticas de corrupción a menudo es difícil para las PYMES, ya que carecen del poder de negociación y de los recursos para lograr un equilibrio de las desventajas que surgen” (Oficina del Pacto Mundial de Naciones Unidas, 2007,11).

En el año 2012 el Fondo Monetario Internacional, estimó que el lavado de activos en el mundo podría representar una cifra de entre el 2% al 5% del PIB bruto mundial, en tanto que el Banco Mundial calcula que el flujo a través de las fronteras por actividades criminales, corrupción y evasión de impuestos es de entre US\$ 1 billón y US\$ 1,6 billones de dólares, de los cuales US\$ 40.000 millones son producto de la corrupción en países en desarrollo y en transición (CESOP, 2012). Estas cifras materiales representan una amenaza para las entidades financieras –principalmente bancos– que no demuestren ante la autoridad competente que han sido proactivas en implementar y ejecutar acciones de control preventivo y procedimientos de verificación de la información general de sus clientes, para minimizar su vulnerabilidad frente a la materialización de estos riesgos a través de la utilización de su infraestructura física y tecnológica de servicios financieros para la colocación, estratificación e integración con apariencia de legitimidad de estos capitales de origen ilícito cuyo destino final es el financiamiento de delitos, fomentando así en todo el mundo generaciones globales inmersas y conviviendo en la sociedad del riesgo global que menciona Ulrich Beck.

En el Ecuador de acuerdo al estudio realizado por la FLACSO, en el periodo 2010 a 2014 las denuncias por lavado de activos se incrementaron de 65 a 193 (aumento del 297%) de los cuales solamente 15 casos tienen sentencia en firme en el periodo indicado, siendo las provincias de Pichincha y Guayas en donde se identifica la mayor concentración de estos delitos con el 39% y 38% respectivamente, el resto de provincias tienen una participación que oscila entre el 1% al 6% (FLACSO, 2015, 15).

Al tratarse de un tema de implicación y connotación mundial, las regulaciones promulgadas en materia de gestión y administración de estos riesgos han sido emitidos por los principales organismos internacionales de control de Estados Unidos, como el Consejo Federal de Inspecciones Financieras (FFIEC), Departamento del Tesoro, Grupo de Acción Financiera Internacional²(GAFI), la Oficina de Control de Activos Extranjeros³(OFAC), la Red de Lucha contra Delitos Financieros de USA (FinCEN), entre otros. A nivel local el marco normativo está dado a través de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos⁴ –que la administran la Superintendencia de Bancos y la Unidad de Análisis Financiero y Económico–, que está basada en el marco conceptual de control de los organismos y leyes internacionales indicadas.

El principal enfoque de control de las regulaciones universales para combatir estos riesgos, es el conocimiento de la identidad del cliente o último beneficiario final de una sociedad mercantil o persona natural que controla dicha sociedad o maneja los recursos a través de entidades bancarias; sin embargo, son los propios países que ostentan el control extraterritorial – como Estado Unidos en el mundo occidental– para perseguir y sancionar estos delitos, que por sus grandes y propios intereses económicos mantienen mucha veces en su propio territorio jurisdicciones bajo el *régimen de refugios financieros* o admiten que existan en otros países un régimen de privilegios respecto al sigilo bancario y reserva de la identidad de los clientes a través de los denominados *paraísos fiscales* que han coadyuvado a la ejecución material de estos riesgos, convirtiéndose de esta manera en un problema que se vuelve más complejo y sensible por la coyuntura socioeconómica, geopolítica y religiosa extremista, donde se desenvuelve la sociedad instrumental convulsionada, abrumada y temerosa de los alcances de los

2 El GAFI es un organismo inter-gubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, en los niveles nacional e internacional, para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

3 OFAC es una regulación que aplica a todos los bancos de los EE.UU., y que no solamente puede listarse a un banco sino también a personas que se encuentren dentro y fuera de EE.UU., lo que significa que las sanciones de OFAC son bastante extensas y de carácter extraterritorial.

4 Registro Oficial 352 del 30 de diciembre del 2010.

riesgos ciertos que afronta en el presente y en un futuro incierto, ya que “la creatividad de los autores intelectuales de los que estructuran las transacciones es el único límite para el número, combinación y propósito de las operaciones que pueden realizarse desde un paraíso fiscal para fomentar estos delitos” (Lara 2004, 9).

3.- Reacción empresarial ante sanciones a entidades locales y del exterior

Muchas entidades bancarias a nivel mundial han sido sancionadas con cuantiosas multas que han llegado hasta los US\$ 1.921 millones (Gestión, Economía y Negocios 2012), procesos judiciales en contra de sus directivos, representantes legales y funcionarios involucrados en estos delitos y hasta el cierre de operaciones (Riggs Bank, Wachovia N.Y., American Express Bank), pero no solamente han sido afectadas bancos del exterior, sino también en el Ecuador ya han ocurrido casos de sanciones penales y cierre de operaciones de ciertas entidades financieras relacionados con casos de lavado de activos (Banco Territorial, Cooperativa de Ahorro y Crédito Coopera, entre otros), esto básicamente por la falta de una adecuada gestión de administración del riesgo con base a un efectivo programa de control de prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos y sobre todo por la *ausencia o falta del cumplimiento de códigos de conducta y ética empresarial* en todos los niveles de la organización, para enfrentar y mitigar estos riesgos.

En Ecuador el último escándalo sobre la creación de empresas en paraísos fiscales –caso Panama Papers- dio lugar a que el Servicio de Rentas Internas (SRI) mediante sus investigaciones relacione a 589 firmas nacionales con el estudio jurídico Mozack Fonseca de Panamá y hay 1.852 empresas más que están vinculadas al mismo, según la investigación del Consorcio Internacional de Periodistas (ICIJ) hay hasta 5 niveles de intermediación donde se ocultan a los accionistas o últimos beneficiarios de estas sociedades mercantiles, mismas que serán investigadas por los potenciales nexos a delitos de lavado de dinero, financiamiento de actividades ilícitas y actos de corrupción de sus funcionarios.

Con estos antecedentes las entidades financieras –locales y del exterior– están enfocadas a buscar asesoría especializada o capacitar a sus propios funcionarios en estos temas controversiales y sensibles, que les permita implementar o fortalecer sus controles de prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos y en especial el fortalecimiento del gobierno corporativo para enfrentar estas amenazas a través de lineamientos de ética empresarial, buenas prácticas, principios y valores corporativos. De hecho, muchas entidades financieras y empresas del sector privado ya cuentan con

un código de ética con políticas definidas de comportamiento dentro de su gestión operativa, comercial y de dirección para lograr sus objetivos de generación de utilidades, basados en principios como la imagen corporativa, comercio justo, ética y responsabilidad social empresarial, respeto a acuerdos pactados entre las partes, sigilo y confidencialidad de la información, cumplimiento de normas en materia anti-corrupción, entre otros.

4.- La ética empresarial un factor de control preventivo del avance de estos delitos

Frente a la amenaza que representan estos delitos, surge la necesidad de fomentar una verdadera cultura empresarial y corporativa de fortalecimiento de valores, principios y normas éticas para todos los niveles de una entidad y de la sociedad contemporánea en general, que relacionados de forma directa o indirecta a estos riesgos, tienen la responsabilidad de cumplir su rol de control preventivo para evitar involucrarse con *fondos aparentemente fáciles de obtener* de estas organizaciones delictivas, manteniendo la convicción firme y privilegiando los aspectos éticos y de control apoyados en la buena convivencia de la racionalidad histórica de la sociedad por sobre los intereses económicos y la obtención de recursos fáciles de obtener que tienen un origen cuestionado e ilegal y que son producto del deterioro social de valores y principios de la propia sociedad.

La ética empresarial “es el conjunto de valores normas y principios reflejados en la cultura de la empresa para alcanzar una mayor sintonía con la sociedad y permitir una mejor adaptación a todos los entornos en condiciones que suponen respetar los derechos reconocidos por la sociedad y los valores que esta comparte” (Flores, 2008, 1), en tanto que según la Guía ISO 26000 para la responsabilidad social de las organizaciones expresa que: “el comportamiento ético, es un comportamiento acorde a los principios de correcta o buena conducta aceptados en el contexto de una situación determinada y que es coherente con la normativa internacional de comportamiento”(Argandoña, 2011,11). De estas definiciones se desprende que la ética empresarial está enfocada en el rescate y realce de los valores, normas y principios éticos de buena convivencia de los actores sociales arraigados en su cultura organizacional –en especial de los stakeholders– y que deben estar presentes y llevarlos a la práctica en la gestión integral de dirección de las empresas y sus diversas formas de asociatividad de negocios.

Cuando en cualquier organización prima la observancia y el respeto por los valores éticos basados en el contexto de la racionalidad histórica del hombre, que pueden sustentarse a largo plazo y están basados en valores más que en intereses que los orientan en la modernidad especialmente de aquellos que dirigen o dirigirán organizaciones (Morán 2015, 265) es casi una

condición fija que nadie procederá o será muy difícil vulnerarlos, en tanto que en aquellas organizaciones en las cuales los intereses económicos están enfocados a la obtención de utilidades –muchas veces a cualquier precio– y son los únicos que son importantes, existe mayor riesgo o tendencia a incumplir los principios éticos empresariales y destruir la realidad y los preceptos de dicha racionalidad histórica, y es esta última situación real la que está ocurriendo en el mundo empresarial contemporáneo como un reflejo de la pérdida y decadencia de valores de la sociedad instrumental, ya que esto explica el aumento beligerante de estos delitos y los montos elevados de fondos de origen ilícito que circulan a través del sistema financiero, es decir *la ética empresarial muchas veces está subordinada al poder económico* que manejan estas organizaciones delictivas dedicadas a fomentar e instaurar la sociedad del riesgo mundial.

Uno de los mecanismos que utilizan las organizaciones ilegales es ocultar el origen de sus fondos colocándolos en empresas u organizaciones que pudieren estar atravesando situaciones financieras adversas respecto a la falta de capital de trabajo, problemas de liquidez o requerimiento de nuevas inversiones para generar ingresos sostenidos que le permitan obtener o incrementar sus rendimientos, es así que estas personas dedicadas a estos delitos realizan ofertas discretas o a fuerza de presión a sus propietarios para inyectar capital en estas empresas y no solamente ofrecen fondos o recursos sino además no exigen una tasa de rendimiento de la inversión de acuerdo a las condiciones del mercado, sino tasas menores o ínfimas, esto por cuanto el lavado de activos y el financiamiento de delitos no buscan la máxima rentabilidad de sus recursos, sino *ocultarlos y camuflarlos en empresas legales* para luego de un tiempo recuperar los fondos invertidos pero con apariencia de legitimidad y plenamente justificados.

Pero resulta un tanto irónico, que inclusive en empresas u organizaciones que en teoría tienen apego a normas éticas, pero que en la realidad son sólo postulados teóricos que no llevan a la práctica en lo referente a un trato digno y el pago de una justa remuneración a sus empleados y una lucha frontal contra la corrupción, son situaciones que ocasionan que muchas veces los propios trabajadores son los que ayudan a vulnerar estos controles y normas para obtener recursos ilegales de estas organizaciones delictivas o a cometer actos de corrupción al interior de las organizaciones. La insuficiencia del salario, la escasa o ninguna formación, las experiencias de trabajo acumuladas, las condiciones de trabajo flexibles y la precarización del trabajo se suman a las escasas expectativas laborales de los sujetos y a la incapacidad del empleo de satisfacer sus necesidades básicas (De la O Martínez, 2006), es decir muchas veces la falta de reconocimiento y el trato desigual entre las personas fomenta que el trabajador se sienta, despreciado, excluido y sin reconocimiento por su labor, que hasta puede llegar a perder su integridad, sus derechos, su autonomía personal y su autonomía moral y así desaparece sus valores éticos personales y con ello los de la organización (Honneth, 1997).

Los resultados del deterioro de los valores éticos de la sociedad en su conjunto están reflejados además en los altos índices de casos de corrupción en la región y el impacto en la calificación y reputación de los 180 países objeto de estudio, publicado por Transparencia Internacional en el último periodo 2018. El índice de percepción de la corrupción⁵ (IPC) revela la incapacidad de la mayoría de los países para controlar la corrupción, lo que a su vez contribuye a una crisis de la democracia en todo el mundo, con impacto negativo para la sociedad y el propio Estado. Según se desprende del último IPC, la lucha contra la corrupción a nivel mundial se ha estancado en los últimos años (2019). Más de las dos terceras partes de países obtuvieron puntajes debajo de 50 del IPC del año 2018, que en términos generales revela que la mayor parte de países deben realizar mayores esfuerzos para fortalecer los preceptos de los valores y la ética empresarial para reforzar el combate contra los actos de corrupción que registran los países en diversas latitudes del mundo.

Tabla 1

Índice de percepción de corrupción 2018 – América Latina

Escala	País / Territorio	Ranking	Escala	País / Territorio	Ranking
81	Canadá	9	37	Guyana	93
71	Estados Unidos	22	37	Panamá	93
70	Uruguay	23	36	Colombia	99
68	Barbados	25	35	Brasil	105
67	Chile	27	35	El Salvador	105
65	Bahamas	29	35	Perú	105
58	San Vicente y Granadinas	41	34	Ecuador	114
57	Dominica	45	30	República Dominicana	129
56	Costa Rica	48	29	Bolivia	132

5 El índice, que alinea 180 países y territorios por sus niveles percibidos de corrupción de sector público según expertos y la gente de negocio, usa una escala de 0 a 100, donde 0 es sumamente corrupto y 100 está menos propenso a corrupción. El IPC de 2018 se nutre de 13 encuestas y evaluaciones realizadas por expertos para medir la corrupción en el sector público de 180 países y territorios

Escala	País / Territorio	Ranking	Escala	País / Territorio	Ranking
55	Santa Lucía	50	29	Honduras	132
52	Granada	53	29	Paraguay	132
47	Cuba	61	28	México	138
44	Jamaica	70	27	Guatemala	144
43	Surinam	73	25	Nicaragua	152
41	Trinidad y Tobago	78	20	Haití	161
40	Argentina	85	18	Venezuela	168

Fuente: Transparencia Internacional

Es en estas situaciones, la ética empresarial es el factor clave con los que el empresario honesto y el resto de niveles deben actuar para rechazar estas ofertas o involucrarse en actos de corrupción y no ser parte del fomento de estas actividades ilegales. Esto obliga al empresario a realizar procesos de evaluación y verificación a la medida de su alcance de los antecedentes y reputación de los potenciales nuevos socios o inversionistas interesados en invertir sus recursos en su negocio, capaz que pueda identificar señales de alerta o inconsistencias en la propuesta de nuevas inversiones para evitar involucrarse con estas personas, así como el de crear mecanismos efectivos para que los valores éticos y principios de la cultura organizacional sean conocidos, compartidos y cumplidos por todos los colaboradores internos.

Los socios fundadores y la alta gerencia de una empresa deben ser los primeros en observar y cumplir los principios de ética empresarial. Toda acción o acto que pretenda ir en contra de los valores éticos de la empresa no deben ser admitidos y deben ser sancionados en función de la gravedad de la falta y el nivel de exposición de la empresa por dicha falta.

De la *solidez de la cultura empresarial* respecto al cumplimiento de *valores éticos que impongan sus propietarios y nivel gerencial* va a depender que una organización se encuentre fortalecida para enfrentar la amenaza del avance de estos graves delitos de lesa humanidad y precautelar su interés social empresarial en el tiempo.

III La ética empresarial, subordinada al poder económico que genera el lavado de activos y el financiamiento de delitos.

4.- Conclusiones

La ética empresarial es plenamente aplicable a la gestión de dirección de las organizaciones nuevas o ya existentes, e inclusive en nuevos emprendimientos de creación de microempresas; siempre y cuando ésta vaya a ser adoptada y aplicada verdaderamente como parte de la cultura organizacional por todos los niveles que conforman la estructura de una empresa, y no solo por publicitar el cumplimiento con la corriente de adhesión a estos postulados y principios, ya que como se ha mencionado esta ética empresarial se ha visto superada y subordinada muchas veces por el poder económico de estas organizaciones delictivas, por la obtención de recursos provenientes de actos de corrupción (pública y privada) y demás actividades ilícitas, y en consecuencia están en aumento estos delitos, de ahí que el mundo empresarial, el sector financiero, las autoridades gubernamentales y demás actores de la sociedad, tienen el reto presente y futuro de enfrentar esta amenaza privilegiando el interés ético empresarial y social a los intereses económicos fáciles que ofrecen el aceptar fondos de origen ilegal.

Por otro lado, se debe enfatizar que una parte fundamental para que la ética empresarial cumpla su rol preventivo frente a estas potenciales amenazas internas y externas dentro de su giro de negocio, es que ésta sea parte activa y preponderante de las rutinas y actividades diarias de la entidad arraigadas en su cultura organizacional, cuyo cumplimiento se derive de una verdadera sensibilización y compromiso de todos los colaboradores internos y de todos los niveles jerárquicos, que coadyuven a controlar y erradicar estos riesgos.

5.- Lista de referencias bibliográficas

- Argandoña, Antonio (2011), *ISO 26000, Una guía para la responsabilidad social de las organizaciones*, cuaderno No. 11.
- Beck, Ulrich. (2006). *La sociedad del riesgo global*, Editorial Siglo XXI, España.
- Beck Ulrich. (2008). *Generaciones globales en la sociedad del riesgo mundial*, Revista Cidob d'Afers Internacionals n° 82-83.
- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. (2012). Lavado de dinero: indicadores y acciones de gobierno binacionales. Carpeta de indicadores y tendencias sociales. Carpeta No. 17, México. <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/274232/852053/file/Carpeta-17-lavado-de-dinero.pdf>.
- De la O Martínez, María. (2006). *Entre la flexibilidad, el trabajo fragmentado y la precariedad laboral*. Las trabajadoras de la maquila del centro y norte de México, V Congreso Nacional AMET.
- Ellul, Jacques (1973). Propaganda, Random House USA Inc.
- FFIEC. (2015). *Manual de Inspección Anti-lavado de Dinero y Ley de Secreto Bancario*. Consejo Federal de Inspección de Instituciones Financieras, USA.
- FLACSO. (2015), *Las cifras del Lavado de Activos, Perfil criminológico*. No. 14, Quito, Ecuador, p. 15.
- Flores, Daniela. (2008). Trabajo en equipo. Blog de WordPress. <https://inacap2008.wordpress.com/about/>.
- Gestión, Economía y Negocios. (2012). HCBS Multa récord en caso de lavado de dinero, Perú. <http://gestion.pe/empresas/hsbcpagaramulta-record-us-1900-millones-caso-lavado-dinero-2053942>.
- Hernández, Hernando. (2006). *El lavado de activos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia.

- Honneth, Axel (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Editorial Crítica, España.
- Lara, Antonio. (2004). *Lavado de dinero, paraísos fiscales y transacciones dudosas*. Edit. West Houston Reprographics Inc., Houston.
- Morán, Eduardo (2015). *Una reflexión epistemológica de la formación en administración: la posibilidad de la razón sustantiva*. Tesis (Doctorado en Administración). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Gestión. 265 p. Quito.
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Pacto Mundial (2007), *Guía operativa del Pacto Mundial de las Naciones Unidas para Medianas Empresas*.
- Transparencia Internacional. (2019). Índice de Percepción de Corrupción 2018. <https://www.transparency.org/cpi2018>.
- Robertson, Geoffrey. (2008). *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Editorial Siglo XXI, Madrid, España.

SECCIÓN II

Artículos de estudiantes de grado y posgrado



LA PENA NATURAL COMO CRITERIO DE OPORTUNIDAD: UN FRENO AL EXPANSIONISMO PENAL

NATURAL PENALTY AS A CRITERION OF OPPORTUNITY: A BRAKE ON CRIMINAL EXPANSIONISM

Grace Elizabeth Moreno Yanes'
gracemoreno59@hotmail.com
Recibido:28/11/2018
Aprobado: 22/04/2019

Resumen:

Las legislaciones latinoamericanas son reconocidas por propender hacia la inflación o expansión del derecho penal. Conforme señala (Maier, J. Córdoba, G. 2009) si esa expansión penal carece de límites, correlativamente a la de la expansión de la pena estatal; lo único que se logrará es un Estado policial o gendarme.

Afortunadamente frente a esta política expansionista, existen instituciones que propugnan un derecho penal más humanitario, una de ellas es la pena natural.

Por lo tanto, este artículo dilucidará que la herramienta jurídica que posee el ministerio fiscal para racionalizar el poder punitivo del Estado se encuentra en la institución de la pena natural como criterio de oportunidad reglado; haciendo efectivos los postulados del intervencionismo penal mínimo y proscripción de penas crueles, al prescindir de la acción penal o desistir de la iniciada cuando se presente un hipotético de su aplicación.

Palabras clave:

Pena natural, principio de oportunidad, principio de mínima intervención penal.

1 Graduada de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Cuenca. Trabajo de investigación recomendado por el Tribunal de sustentación para su publicación.

Abstract:

Latin American legislations are recognized for their propensity towards inflation or expansion of criminal law. As refers (Maier, J. Córdoba, G. 2009) if that criminal expansion has no limits, correlatively to the expansion of the state penalty; the only thing that will be achieved is a police state or gendarme.

Fortunately, against this expansionist politics, there are institutions that promote a more humanitarian criminal law, one of them is the natural punishment.

Therefore, this article will clarify that the legal tool that the fiscal ministry has to rationalize the punitive power of the State is found in the institution of natural punishment, through the principle of opportunity; making this way effective the postulates of minimum intervention and proscription of cruel punishments, by dispensing the criminal action or desisting from the one initiated when a case of its application is presented.

Keywords:

Natural punishment, principle of opportunity, principle of minimum intervention.

Introducción

Tradicionalmente el derecho penal ha sido reconocido por su carácter eminentemente sancionador. Por ello, (Maier, 2009) sostiene que la pena estatal desacertada o acertadamente da igual, pues actualmente no se trata de un juicio, sino de una realidad política y social verificable; lo que ha provocado su aplicación indiscriminada fenómeno conocido como inflación o expansión del derecho penal. Este expansionismo penal, pierde de vista al principio de subsariedad y con ello, el de la concepción de derecho penal como *última ratio* en la política social.

En esta línea, el Estado descarga su poder punitivo a través de su manifestación más latente: la pena privativa de libertad. Por ello (Nino, 1987) acertadamente sostiene que la pena se distingue de otras sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado por la finalidad (no necesariamente última) de colocar a sus receptores en una situación desagradable que implica sufrimiento.

Frente a la esencia castigadora del derecho penal, existen *instituciones* que pretenden limitar su ejercicio con miras a consolidar los postulados del intervencionismo penal mínimo, y; por consiguiente de un derecho penal más humanitario. Una de ellas es la *pena natural*, institución que recoge aquellos hipotéticos donde el infractor a consecuencia de la comisión del ilícito, sufre una pena de carácter físico, afflictivo o una combinación de ambas, la cual comporta perjuicios irreparables en su persona. Revisemos algunos ejemplos:

- a) El porteador de droga que resulta gravemente incapacitado por un efecto químico de la sustancia transportada. (Bustos, 2016)
- b) La persona que conduce un vehículo y por falta de acatamiento del deber objetivo de cuidado produce un accidente en el que fallece su hijo.
- c) Por último, el siguiente suceso mentado por (Bobadilla, 2016), merece mayor detenimiento y atención: El 4 de septiembre de 2009, en la provincia de Neuquén-Argentina, José Alberto Almendra, soldado voluntario del Regimiento 21 de Las Lajas, se encontraba limpiando su arma cuando debido a una errónea manipulación, esta se disparó produciendo la muerte de Gastón Cheuquel.

La peculiaridad de este caso residía en que Gastón y José Almendra eran *mejores amigos*, incluso mucho antes de entrar al régimen militar; además el vínculo emocional que unía a las familias de los jóvenes era tal que permanecieron juntas durante todo el proceso penal.

En esta línea, los criterios analizados por el Tribunal Oral Federal para no condenar a Almendra se basaron en dos particularidades: 1) las pruebas sobre la relación afectiva que existía entre ALMENDRA y CHEUQUEL. 2) el impacto que la muerte de CHEUQUEL produjo en Almendra (informes psicológicos donde se da cuenta del pesar y dolor post traumático que sufrió esta persona a causa de este percance).

Finalmente, el Tribunal Oral Federal de la capital neuquina resolvió absolver al procesado considerando el vínculo afectivo que tenía con la víctima, entendiéndose que el sujeto fue castigado con una pena natural, ya que el sufrimiento psíquico producto de este percance le ocasionará un perjuicio por el resto de su vida, razón por la cual resultaría errada la aplicación de una pena privativa de la libertad.

La problemática en torno a estos supuestos consiste en develar si debido a los *graves* perjuicios sufridos por el infractor en su persona: ¿La aplicación de la pena jurídica resultase desproporcionada? cabe asimismo examinar: ¿Se podría prescindir de la pena jurídica en los supuestos de pena natural? y; finalmente ¿Es posible medir la gravedad de la pérdida para el autor?

Para responder estos planteamientos, debemos reconocer que la institución de la pena natural no discurre por sí sola en el mundo jurídico, por el contrario para que sea aplicable debe articularse con otras figuras penales. Por ello, existen ordenamientos jurídicos donde la pena natural es aplicada por parte del juez al momento de dictar sentencia, como se observó en el caso *Neuquén-Argentina*.

Mientras que existen otros ordenamientos, donde la pena natural se conjuga con el principio de oportunidad reglado, el cual faculta al fiscal abstenerse de iniciar investigación penal o desistir de la iniciada cuando se presente un caso de pena natural; figuras que dan lugar a la extinción de la acción penal y serán motivo de análisis en este artículo.

La pena natural nociones generales

Immanuel Kant realizó una distinción entre “poena forensis” y “poena natural”. Según el tratadista, la primera resulta de la sanción impuesta por el Estado a quien encuentra culpable en la comisión de un ilícito; mientras que la segunda viene dada por la “punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente” (Kant 1978:167).

Por su parte, (Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A, 2002), definen a la pena natural de la siguiente forma:

Se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena

estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. (Zaffaroni et al, 2002: 996)

En este sentido, los autores advierten que si bien en el principio de proporcionalidad resulta imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas tienen la obligación o deber de: “constatar, al menos, que el costo de derechos de la *suspensión* del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*”. Adicionalmente sostienen que, pese a que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no se puede admitir que a esa “naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota máxima de irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado.” (Zaffaroni et al, 2002:130)

Siguiendo este orden, según los doctrinarios en función del *principio de humanidad* “es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, amputación (...)) Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona (...) pues implicaría admitir la existencia de una *persona descartable*.”

A su vez, sostienen que “Una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. (a) Uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un grave *castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho”. (Zaffaroni et al, 2002:132)

En palabras de (Jakobs, 1992:1052) “la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena. (...) una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social -sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil-. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal ---que utilizaremos aquí habitualmente «fines de la pena»”.

Con respecto al principio de proporcionalidad y su aplicación en supuestos de pena natural (Bustos, 2016:4) sostiene:

Este principio de proporcionalidad debe quedar imbricado con una idea dosimétrica básica: nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito. Por lo tanto, la pena forense aplicable nunca podrá superar el quantum del daño, o pena natural, sufrido por el autor del delito. Y si esto es así, entonces en aquellos casos en que el sujeto sufre un mal como consecuencia directa de la ejecución de un acto delictivo habrá de descontarse el «mal fáctico» del «mal jurídico» aplicable, pues de lo contrario se podría quebrar el principio de proporcionalidad entre el hecho acaecido y la pena finalmente aplicable.

De igual manera, (Choclán, 1999) sostiene que “la doctrina de la *poena naturalis* conduce a una serie de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo además del perjuicio causado a la víctima”.

Siguiendo esta línea, el autor cita un pasaje de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán donde se prescribe la renuncia de la pena en el siguiente supuesto “si las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la pena resultaría totalmente equivocada” (...) Ello, debido a que la renuncia de la pena contemplada en el derecho alemán se sustenta en que en situaciones específicas la pena jurídica no puede cumplir con los fines o funciones que se le asignan, puesto que el conflicto social se ha solucionado naturalmente.

Igualmente, el autor citando a Jescheck precisa que la pena en todas sus funciones “compensación del injusto y de la culpabilidad, prevención general y prevención especial-, debe haber perdido completamente su sentido a la vista de las graves consecuencias sufridas por el delincuente Razón por la cual, la renuncia a la pena se justifica no por la falta de **merecimiento** de la pena que supone un juicio global de desvalor de la conducta, sino por la falta de **necesidad** de la pena, esta última que atañe a criterios teleológicos que se fundamentan en los fines de la pena.

En resumen, de estos principios los doctrinarios deducen que en los supuestos en los cuales una persona en el cometimiento de un injusto sufre un daño o mal grave, este sujeto previamente ha sido *sancionado* con una pena de carácter natural. Por lo tanto, de aplicarse una pena estatal, se estaría violentando el principio de humanidad y proporcionalidad, ya que en estos casos la pena forense poco o nada puede aportar, sino por el contrario el Estado se extralimitaría en la aplicación del *Ius puniendi al preexistir una sanción*, en este caso una pena o castigo natural, la cual deviene de la propia actuación del agente.

Clases de pena natural

Pena natural física

Como su nombre lo indica la *pena natural física* resulta del efecto pernicioso externo que recae de forma directa en el autor del hecho punible. Al respecto, (Bustos, 2016:2-4) trae el siguiente ejemplo: “a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.” En este caso, el daño en la integridad física del hechor es evidente, extremo; y, por consiguiente, su repercusión fácilmente demostrable en un supuesto de pena natural. Con respecto a estos hechos (Coscia, 2000) arroja el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significado jurídico tiene la imposición de la pena cuando la desgracia personal que soporta el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción humana?

Pena natural moral

La *pena natural moral* deviene de supuestos en los que el efecto lesivo derivado de la conducta del agente está relacionado con una persona distinta a su autor, pero de quien se encuentra *ligado afectivamente*, por lo que el sujeto concibe al perjuicio ajeno como propio, afectando su psiquis de manera definitiva. Para efectos de mayor comprensión estudiemos una de las definiciones que trae la Real Academia Española, sobre el término pena: “3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal”.

Recordemos que los típicos supuestos donde procede la pena natural moral, son las infracciones de tránsito, donde quien causa el accidente no resulta afectado, no siendo así un familiar que fallece producto del incidente. Como indica la RAE, esta pena será un tormento, un dolor una aflicción etc. Por el lazo consanguíneo que une a las personas y presupone un vínculo afectivo, razón por la que en estos casos se encuentra deslegitimada la aplicación de la pena jurídica.

Armonizando lo expuesto, (Bustos, 2016) propone un hipotético: el caso de una anciana que da marcha atrás a su vehículo y debido a problemas de audición no escucha a su hija gritar indicándole que su nieto va a ser arrollado y en efecto así ocurre causando la muerte del menor. Al respecto, el autor indica que resultaría inhumano y degradante aplicar una sanción penal a esta persona, debido al sufrimiento, padecimiento moral y la carga aflictiva que pesará en la mujer por haber atropellado a su nieto y causado su muerte.

Sin embargo, debemos tener presente que estos hipotéticos no se limitan a las infracciones de tránsito. Recordemos el caso Neuquén-Argentina, donde las personas involucradas no eran familiares, sino por el contrario mantenían un vínculo afectivo trascendental. De este suceso resulta evi-

dente la configuración de una pena natural moral acontecida en el infractor, donde se vislumbra el mal de carácter aflictivo que sufre y sufrirá esta persona Resultando por ende innecesario la aplicación de una pena estatal considerando criterios de humanidad y proporcionalidad como dirían (Zaffaroni et al, 2002).

Meditemos sobre otro hecho que aconteció en Ecuador: en el sector Monte Sinaí de la ciudad de Guayaquil una mujer que trabajaba realizando labores domésticas en la casa de un vecino, llevó a su domicilio un frasco que supuestamente contenía un complejo vitamínico, sin consultar al dueño que sustancia en realidad poseía.

La mujer dio de beber el “vitamínico” a sus hijos. Sin embargo, poco tiempo después de haber ingerido esta mezcla los niños empezaron a convulsionar, ya que la mujer no sabía que lo que en realidad contenía este brebaje era una mezcla de drogas y diluyente que su propietario había depositado en el frasco.

Los menores fueron llevados al Hospital Universitario, sin embargo, uno de ellos murió producto de la ingesta de la sustancia nociva, mientras que los otros menores se encontraban en observación bajo pronóstico reservado. Tras el suceso la mujer fue detenida para investigaciones y posteriormente la Fiscalía del Guayas formuló cargos en su contra por el delito de homicidio culposo. (Teleamazonas, 2018)

Conforme, se señala en la noticia, la Fiscalía formuló cargos en contra de la mujer por el delito de homicidio culposo. No obstante, este caso, encasilla perfectamente en un supuesto de pena natural, que de estar regulado en la norma penal como criterio de oportunidad puede ser utilizado por el fiscal para prescindir de la acción penal en razón de la pena natural moral acaecida en la madre tras la pérdida de su hijo.

En este tenor, tal como sostiene (Coscia, 2000) ¿cuál es el valor o significado jurídico de imponer una pena cuando la desgracia personal que soportará el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción jurídica? En efecto como diría (Baratta:2004) los modelos de maximización del derecho penal crean más problemas de los que procuran resolver. Así en lugar de solucionar conflictos los reprimen y en muchas ocasiones estos adquieren un carácter más grave del contexto de donde se originaron.

Dimensión jurídica de la pena natural

No existe discusión con respecto a que la pena natural se encuentra reconocida por el derecho penal como institución o como una ficción legal y que por ende su aplicación tiene connotación en el mundo jurídico. Sin embargo, lo que resulta necesario delimitar es: ¿Por qué se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural? La respuesta

a este cuestionamiento está plasmada en la doctrina cuando los tratadistas analizan el principio de culpabilidad en relación con la pena natural.

Según (Jakobs, 1992), el principio de culpabilidad se traduce en un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Precisa el autor que es imprescindible vincular la legitimidad de la pena con un juicio de reprochabilidad-voluntad: culpabilidad, pues solo así se evitará la instrumentalización de la persona al imponerle una pena.

De igual forma (Bacigalupo, 1998:131) con respecto al tema dice:

... En lo referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche... se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supera la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito (...) Precisamente por ser cuantificable, *la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria...* La compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un Actus Contrarius reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Pero también *cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar... cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena.* Estos males pueden ser *jurídicos o naturales.* Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis...* En *estos casos...se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena (poena naturalis) porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna razón preventiva.* En tales supuestos la sanción sería una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2.1. de la Ley Fundamental..." (Cursiva fuera del texto)

Integrando estas ideas (Choclán, 1999:2-3) sostiene que la justificación de aplicación de la pena no puede fundarse únicamente en la necesidad de dar satisfacción a la víctima del delito, pues la reparación del daño puede obtenerse por vías alternativas con mayor grado de eficacia. En igual sentido, considera que "la pena solo puede ser necesaria y solo se legitima en la medida suficiente para compensar la culpabilidad declarada por el delito cometido".

Aclara el autor, que cuando se refiere a la compensación de la culpabilidad en la pena natural, esta compensación de culpabilidad se justifica por circunstancias que tienen lugar en un momento posterior al delito. La

propia pena natural se traduce en un acontecimiento posterior al hecho que *compensa* la culpabilidad por el *grado del agravio*, pero téngase en cuenta que no modifica la culpabilidad por el hecho cometido referido concretamente al momento de la acción. Finalmente, indica que constituye principio fundamental para la aplicación de la pena que ésta debe guardar debida proporción con la mayor o menor gravedad del hecho.

En resumen, el fundamento por el cual los autores sostienen que se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural es el siguiente: la culpabilidad del autor del ilícito ha sido compensada por las gravísimas secuelas que deja el hecho delictivo en su persona, constituyéndose este agravio en una pena natural, por ende, la sanción preexiste. Claro está que la pena natural no modifica la culpabilidad del hechor, sino tiene un efecto compensatorio, volviéndose por ello innecesario la aplicación de una pena jurídica.

El principio de oportunidad

La noción básica en torno al principio de oportunidad es que su esencia es constitucional y su carácter acusatorio. En este sentido, Maier sostiene que los objetivos principales de aplicación de criterios de oportunidad tienen que ver con “*la descriminalización* de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.” (Maier, 2004:837)

Por su parte (Cafferata, 1997:16) señala: “El principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (...) aun cuando concurren las condiciones necesarias para perseguir y castigar”

En la legislación latinoamericana que como sabemos brota del sistema europeo-continental, hay quienes sustentan que existe una dicotomía entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, puesto que al parecer estos principios sustentan una naturaleza contradictoria. Esto en razón de que el principio de legalidad en materia procesal versa sobre el deber que tienen los funcionarios adscritos al ministerio fiscal de al encontrarse frente a la noticia de un hecho punible, invertir todos los medios y esfuerzos para iniciar la investigación penal, y; una vez ésta haya comenzado: no se podrá suspender, interrumpir o cesar, sino por la forma establecida en la ley. (Maier, 2004)

Sin embargo, el tratadista al analizar el principio de oportunidad y su relación con el principio de legalidad, indica que el primero se refiere a la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les confiere la potestad de la persecución penal prescindan de ella por razones político-utilitarias criterios que han sido previamente definidos por el legislador en la norma penal. Por lo tanto, no cabe hablar de contradicción ya que precisamente es el principio de legalidad el que regula los criterios de oportunidad, caso contrario no pudiesen ser aplicados.

Desde otra arista, debe entenderse que el principio de oportunidad no constituye una realidad aislada, para que se efectivice en un modelo garantista debe vincularse con otros principios como el de subsidiariedad, lesividad, entre otros. Sin embargo, dedicaremos unas líneas en este apartado al *principio de mínima intervención penal*.

Prieto Sanchís, sostiene que el derecho penal mínimo se compone básicamente de dos exigencias o postulados: “una disminución de la extensión y rigor de las intervenciones penales (prohibiciones y sanciones), lo que incluye una ampliación de los límites y garantías al ejercicio del *ius puniendi* y, en segundo lugar, una vocación de monopolio del uso de la fuerza, en el sentido de excluir toda otra forma de intervención de cualquier modo coercitiva o punitiva.” (Sanchís, 2011: 63-64). Precizando que garantismo se refiere a la exigencia de justificación, y; garantismo penal equivale a la exigencia de justificación de las intervenciones penales, tanto de las prohibiciones como de los castigos.

Básicamente por estos motivos en un modelo garantista, el principio de oportunidad encuentra su esencia y está profundamente ligado al principio de mínima intervención penal, dado que el primero permite minimizar la intervención penal dentro de los presupuestos reglados en la norma penal por el principio de oportunidad. En efecto como diría Roxin “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán.” (Roxin, 1997:137)

Ordenamientos que regulan la pena natural como criterio de oportunidad

Una vez examinado el vínculo entre la pena natural y el principio de oportunidad. Lo conveniente, es analizar como se pragmatizan estas figuras en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para ello estudiaremos la legislación ecuatoriana, colombiana y mexicana.

Ecuador:

En la normativa penal ecuatoriana, el principio de oportunidad se encuentra descrito en el Art. 412 del Código Orgánico Integral Penal. Regulándose dos supuestos, el que nos concierne lo transcribimos a continuación:

Art. 412.- Principio de oportunidad. - La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

(...)

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

(...)

Conforme advierte la norma, este criterio de oportunidad hace referencia a la pena natural física en delitos culposos. El único supuesto que viene a nuestra mente es un accidente de tránsito en el que el individuo que causa la colisión queda cuadripléjico, mientras que la persona del otro vehículo fallece al instante. Evidentemente, en este caso el fiscal podría prescindir de la acción penal.

Sin embargo, resulta notorio que la regla es *limitada*, ya que regula únicamente el caso de pena natural física en delitos culposos; obviando los supuestos de pena natural física en delitos dolosos, y; de pena natural moral en delitos culposos.

Colombia:

En Colombia según el Código de Procedimiento Penal (2004) la aplicación del principio de oportunidad obedece a la política criminal del Estado. Otro aspecto interesante, es que fiscalía puede aplicar este principio, desde la investigación hasta antes de la audiencia de juzgamiento facultando al órgano: suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Además, las causales de su aplicación son vastas, regulándose un total de 18 criterios de oportunidad. El que nos interesa, se encuentra plasmado en el numeral 6 del Art. 324, que señala lo siguiente:

Artículo 324: Causales El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...)

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, *haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la*

aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción. (Cursiva fuera del texto)

Conforme se observa la norma regula un espectro mucho más amplio de aplicación, que de aquel regulado en la normativa penal ecuatoriana, ya que el criterio de oportunidad abarca la pena natural física y moral en delitos culposos.

México:

En México se regulan los criterios de oportunidad en el CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (2014), en el Art. 256 y siguientes:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos: (...)

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena; (...)

Es importante mencionar que en la parte final del artículo citado, se señala que el Ministerio Fiscal está facultado para aplicar estos criterios en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio. Asimismo, se establece que estos criterios deben aplicarse sobre la base de **razones objetivas, sin discriminación, y; valorando las circunstancias especiales en cada caso.**

Finalmente, se aprecia como el criterio de oportunidad delineado en la legislación mexicana regula todos los supuestos que pueden presentarse en torno a la figura de la pena natural. Claro está que la técnica legislativa es mayor, puesto que se señala que debe tenerse en cuenta las *circunstancias especiales de cada caso*, este punto merece especial cuidado, por lo que será tratado a continuación.

Límites y objeciones en torno a la institución de la pena natural

Así como resulta destacable estudiar la figura de la pena natural vislumbrando su institucionalidad, matices, y beneficios; por supuesto que es merecedor departir también sobre las debilidades y objeciones que giran en torno a esta figura.

De esta manera, Cocsia, 2000 citando a Ziffer indica:

...si bien la institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta de cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el sufrimiento... la valoración solo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. (...) En síntesis, si bien el principio de la "poena naturalis" puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema de hecho punible, sin conducir a contradicciones... (cfr. de la autora: "Lineamientos de la determinación de la pena", Editorial "Ad hoc", pag. 143, Bs. As. 1996)".

Sin lugar a duda, el cuestionamiento de la autora es válido, pensemos en el siguiente caso: un terrorista en un atentado suicida pretende que estalle una bomba en un lugar público, sin embargo, el hecho no deviene en lo planificado, y; al explotar el artefacto esta persona sufre las consecuencias lesivas de su actuación, resultado de lo cual sus extremidades inferiores son amputadas. ¿Podría en este supuesto la pena natural física estar compensada y por ende el hechor no ser merecedor de una pena jurídica?

La respuesta a este cuestionamiento, está plasmada en el ordenamiento jurídico mexicano, cuando establecen que el fiscal deberá valorar las *circunstancias especiales de cada caso*, en base a un razonamiento objetivo.

Por lo tanto, en este supuesto, como en muchos otros quedaría desestimada la figura de la pena natural. Teniendo en cuenta que si la persona tenía por objeto suicidarse, posiblemente no tendrá ningún remordimiento o sentimiento de aflicción sobre los acontecimientos devenidos en su persona. Asimismo, el fiscal considerará la incidencia catastrófica que el delito hubiese tenido en la sociedad de haberse consumado, es decir analizará las *condiciones especiales* en las que se *perpetró*.

No parece tener igual destino, la persona que tratando de robar un bien de menor valor, al ser detectada por las fuerzas del orden y no detenerse es disparado en la columna, perdiendo la capacidad para movilizarse. Este es un hipotético extremo pero con iguales consecuencias, ambas personas perdieron la capacidad de caminar; sin embargo, el atentado

sobre el bien jurídico no se compara con el del supuesto anterior. Consiguientemente, consideramos que en este supuesto sería plenamente aplicable el criterio de oportunidad de pena natural física, para que el fiscal prescinda de la acción penal.

Por otro lado, como señala Ziffer, a pesar de que puede resultar difícil probar la afectación moral o física de una persona, no es imposible. En efecto, en México, (Sierra, L. Guzmán, C. Vanegas, C. 2010) sostienen que la práctica judicial, experimentaba el problema de como probar el daño en los casos de pena natural.

Como es obvio, la discusión no fue mayor, ya que se estableció que el daño físico podía demostrarse a través de dictamen pericial, y; además, rige en el país el principio de libertad probatoria. Por otro lado, sostienen que el daño moral podrá acreditarse de diferentes maneras, dependiendo entre otras cosas, de si el imputado tiene o no vínculos de parentesco con la víctima. También se plantean otras circunstancias de fondo: si el vínculo consanguíneo existe entre las partes, pero no el afectivo, todos estos particulares deben ser cabalmente investigados por el fiscal para que acuse o por el contrario en aplicación de los criterios de oportunidad motivadamente ante el juez prescinda de la acción penal.

En síntesis, se observa que existen formas para probar la afectación física o moral de las personas en los supuestos de pena natural. Sin embargo, la prueba es más esquiva cuando la afectación es moral, porque el daño es interno, pero no imposible de demostrar.

Recordemos el caso Neuquén-Argentina, donde el vínculo no era consanguíneo pero sí de trascendencia afectiva, lo que fue evaluado por el tribunal al momento de dictar sentencia absolutoria. Lo mismo deberá ser precautelado por el fiscal, quien atendiendo las especificidades propias del caso, deberá encontrar la solución técnica y material para hacer viable su cometido y prescindir de la acción penal en los supuestos de pena natural.

Conclusiones

El análisis de esta línea de investigación nos ha permitido trazar las siguientes conclusiones:

Desde cualquier arista que sea enfocada la pena natural, se vislumbra como una institución que permite humanizar y ablandar el derecho penal. Evidentemente, se prevé de este mecanismo para no descargar el poder punitivo del Estado en contra del individuo que previamente recibió una sanción como consecuencia de su propia acción u omisión.

Definitivamente, esta institución para ser aplicable necesita de otras figuras penales. El principio de oportunidad reglado, permite viabilizar el cometido de la pena natural ya que brinda una solución alternativa y útil a los conflictos dentro del sistema penal; puesto que como sostiene (Maier, 2004) existen casos donde la aplicación del poder penal resulta innecesario.

Por otro lado, la idea de analizar la legislación ecuatoriana, colombiana y mexicana en torno a los supuestos de pena natural, no era casual. Como subliminalmente se captó, un ejemplo avanzado de regulación es México, donde existe la posibilidad de aplicar este criterio de oportunidad en delitos culposos y dolosos, donde la persona sufre a consecuencia del hecho delictivo daño físico o psicoemocional grave que torna notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de la pena jurídica. Sin embargo, la norma advierte que este criterio de oportunidad puede ser aplicado por el fiscal sobre la base de razones objetivas y *valorando las circunstancias especiales de cada caso*.

Recordemos ejemplos mentados en puntos anteriores. No tiene igual connotación jurídica un ataque terrorista que un robo menor. El sujeto activo en ambos delitos dolosos perdió la capacidad de movilizarse; los hipotéticos a pesar de ser muy distintos tienen idénticas consecuencias. Sin embargo, las variables son: los bienes jurídicos protegidos, las circunstancias en que se producen, etc. Indiscutiblemente ahí se refleja la facultad discrecional del fiscal, ya sea accionando el poder punitivo del Estado o en su defecto prescindiendo de la acción penal, en virtud de las especificidades propias del caso.

Consecuentemente, tal como señala (Choclán, 1999) se prescinde de la pena jurídica en los supuestos de pena natural no por la falta de **merecimiento** de la pena que supone un juicio global de desvalor de la conducta, sino por la falta de **necesidad** de la pena; ya que la culpabilidad del autor del ilícito ha sido compensada por las gravísimas secuelas que deja el hecho delictivo en su persona; constituyéndose este agravio en una sanción latente. Por lo tanto, en estos supuestos la aplicación de la pena jurídica resultase en un desacierto y de efectuarse se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues como afirma (Bustos, 2016) “nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito” (...).

En última instancia, se ha demostrado que la pena natural plasmada como criterio de oportunidad constituye la herramienta jurídica que posee el ministerio fiscal para racionalizar el poder punitivo del Estado, por consiguiente esta institución se instaure como un freno al expansionismo penal.

Bibliografía:

Artículos:

- Bacigalupo, E. (2010). FILOSOFÍA E IDEOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 17-30.
- Bobadilla, C. (2016). La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno . *Polít crim. Vol. 11 N.º 22*, 548-619.
- Bustos, M. (2016). El reflejo de la pena naturalis en la pena forensis. Posibilidades en el derecho penal español.
- Choclán, J. (1999). La pena natural. *LA LEY Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.
- Coscia, O. (2000). Revista Jurídica de LexJuris . *Poena naturalis versus pretensión estatal*.

Libros:

- Bacigalupo, E. (1998). *“Principio de culpabilidad, caracter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Baratta, A. (2004). *Principios del derecho penal mínimo*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Cafferata, J. (1997). *Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto .
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. ADPCP, Tomo XLV-Fascículo III.
- Julio Maier, Gabriela Córdoba . (2009). *Tiene futuro el Derecho penal?* Buenos Aires: AD-HOC.
- Kant, I. (1978). *Principios Metafisicos de la Doctrina del Derecho*. Madrid.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

- Nino, C. (1987). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Prieto, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Roxín, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Sierra, L. C. G. (2010). *Principio de oportunidad Bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación .
- Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (2002). *Manual de derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Cuerpos normativos:

- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- Código de Procedimiento Penal Colombia, 2004.
- Código Nacional de Procedimientos Penales México, 2014.

Medios electrónicos:

- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>
- Real Academia Española. <http://www.rae.es/>
- Teleamazonas, N. (2018, 03 12). Fiscal procesó a mujer que habría envenenado a sus hijos. *Recuperado de:* <http://www.teleamazonas.com/2018/03/guayaquil-una-madre-enveneno-a-sus-4-hijos-por-error/> ; <http://www.teleamazonas.com/2018/03/fiscalia-proceso-a-mujer-que-habria-envenenado-a-sus-cuatro-hijos/>

LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO ECUATORIANO

THE STRIKE IN THE PUBLIC SECTOR

María de Lourdes Tamariz Aguilar
Romel Armando Sacta Caguana
Diego Andrés Zabala Romero
Jessica Karina Sánchez Sacoto¹
sucatamariz@hotmail.com

Recibido: 24/09/2018

Aceptado: 15/03/2019

Resumen:

Con este artículo pretendemos mostrar desde el punto de vista legal, constitucional y de Derechos Humanos el alcance de la prohibición al derecho a la huelga de los trabajadores del sector público ecuatoriano, problema jurídico que surgió a raíz de las reformas y enmiendas constitucionales y legales, mediante las cuales el Estado lo restringió en el sector público, ocasionando su limitación y prácticamente anulación. Por un lado, se ven inmersos los derechos colectivos de los trabajadores del sector público como el derecho de asociación, negociación colectiva, libertad sindical y el derecho a la huelga como parte sustancial de los mismos, los cuales se encuentran reconocidos en Tratados y Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en los convenios de la OIT y, por otro, nos encontramos frente a los principios y derechos fundamentales de todo ser humano a no ser privado por ningún motivo al acceso a los servicios esenciales.

Palabras clave:

Huelga en el sector público, suspensión de servicios esenciales, paralización, conflicto de intereses y derechos colectivos vs intereses y derechos particulares.

Abstract:

With this article we intend to show from the legal, constitutional and human rights point of view the scope of the ban on the right to strike of workers in the Ecuadorian public sector, a legal problem that arose as a result of constitutional and legal reforms and amendments, through which the

¹ Estudiantes de Posgrado, Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Cuenca.

State restricted it in the public sector, causing its limitation and practically nullification. On the one hand, the collective rights of workers in the public sector are immersed, such as the right of association, collective bargaining, freedom of association and the right to strike as a substantial part of them, recognized in International Human Rights Treaties and Covenants, in the conventions of the ILO and, on the other hand, we are faced with the fundamental principles and rights of every human being, without being deprived for any reason of access to essential services.

Keywords:

Strike in the public sector, suspension of essential services, paralysis, conflict of interests and collective rights vs. interests and particular rights.

1.- Planteamiento del problema

Para comprender el alcance y la magnitud de este problema jurídico, es necesario sintetizar su análisis en un conflicto de derechos e intereses. Hace pocos años atrás, el Estado ecuatoriano restringió el derecho a la huelga en el sector público mediante reformas y enmiendas constitucionales, ocasionando la limitación y prácticamente anulación del mismo, más todavía, a raíz de la prohibición expresa y sancionatoria del Código Orgánico Integral Penal, que prohíbe la paralización de servicios públicos tipificado con un delito. Por lo tanto, por un lado, se ven inmersos los derechos colectivos de los trabajadores del sector público, como el derecho de asociación, negociación colectiva, libertad sindical y el derecho a la huelga como parte sustancial de los mismos y, por otro, nos encontramos frente a los principios fundamentales de todo ser humano a no ser privado por ningún motivo al acceso de salud, educación, seguridad, es decir los considerados por la doctrina, como servicios esenciales. Bajo estos presupuestos, no queda duda que nos encontramos frente a una franca lucha de intereses y derechos.

Si bien los derechos de asociación y libertad sindical no son los problemas directamente discutidos, deben ser tocados brevemente en este ensayo puesto que, incluso, no existiría un verdadero y efectivo derecho a la libertad sindical y negociación colectiva si no existe el derecho a la huelga como el arma y mecanismo de presión idóneo para hacer valer estos derechos.

La huelga, es parte esencial de los derechos y libertades sindicales y a su vez, se encuentra reconocida como un derecho laboral en el Ecuador. (Art. 326 #14, CRE, 2018), sin embargo, es la misma Constitución la que establece más adelante su restricción al prohibir la paralización de servicios públicos. (Art.326#15, CRE, 2018). Por su lado, en los Tratados y Pactos Internacionales de Derechos Humanos y los convenios de la OIT, se reconocen los derechos colectivos de los trabajadores, sin distinción ni discriminación, tanto para los empleados del sector privado como para los que laboran en el sector público de manera general y solo como excepción permiten su limitación en circunstancias muy puntuales.

La OIT surgió bajo el firme propósito y convicción de garantizar la paz mediante la justicia social, por lo tanto, la inobservancia de estos principios consagrados en Tratados y Convenios Internacionales, ocasionaría que el objetivo primordial de su creación resulte letra muerta, inaplicable a los fines perseguidos. Entre estos fines, se apunta a garantizar la libertad de sindicación de los trabajadores y si bien es cierto que, ningún convenio o tratado internacional hace alusión directa al derecho a la huelga, han sido los propios órganos de la OIT y de aplicación de los convenios, los que han reconocido este derecho para equiparar en igualdad las condiciones de los trabajadores, siempre apuntando hacia estos objetivos generales de paz y seguridad social.

El Ecuador ha ratificado muchos de estos Tratados y Convenios Internacionales que lo vinculan directamente con esta normativa, por lo que, es indiscutible que su incumplimiento acarrearía consecuencias internacionales. Este ensayo, pretende demostrar desde el punto de vista legal, constitucional y de derechos humanos el alcance de la prohibición al derecho a la huelga de los trabajadores del sector público ecuatoriano. Mediante diversas opiniones doctrinarias y de tratadistas, tanto a favor como en contra, analizaremos esta problemática, junto con las recomendaciones y observaciones dadas por organismos internacionales. Finalmente, aportaremos con nuestro criterio sobre esta institución y los postulados que motivaron su implementación en el Ecuador.

2.- Justificación del problema

Es menester referirnos a la contextualización histórica y teórica del Estado. Partiendo de ser en un inicio un Estado liberal, con una leve intervención caracterizada por controlar el orden interno, la justicia y la seguridad externa, como un ente no interventor, para posteriormente, convertirse en un Estado de Bienestar, con una ratio de acción mucho más participativa en búsqueda de la tutela, garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales de los individuos, que se reorienta hacia una prestación de servicios públicos encaminados a satisfacer sus necesidades primordiales. (Jaramillo, F, 2001)

A esto se suma más adelante, el reconocimiento de garantías y principios propios del neo constitucionalismo moderno que fueron definiendo diversos paradigmas impregnados de principios supremos, inalienables, innatos a la condición misma de los seres humanos en su calidad de tal y se logró afianzar un Estado regido y enmarcado bajo esta nueva visión. Este nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es eminentemente protector y guardián de este sinnúmero de derechos esenciales, por lo que resulta ineludible analizar e interpretar cualquier área legal con directa e inmediata relación a la misma, pues solo así, se podrá alcanzar su verdadera comprensión y entendimiento. (Ferragoli, 2001)

Si nos remontamos a la historia del Ecuador y su realidad en épocas pasadas, se observa que la paralización de los servicios públicos era pan de cada día. Si bien, el derecho colectivo laboral de sindicalización era el que permitía la posibilidad de huelga a los trabajadores del sector público en defensa de sus intereses, como mecanismo para la reclamación cuando sus derechos han sido menoscabados y lógicamente cumplidas las condiciones establecidas en la ley para que sea considerada huelga legal y justa, muchos de los servicios que prestaban estos trabajadores son de inmediato cumplimiento y su interrupción atentaba frontalmente contra el derecho de los demás miembros de la sociedad en general o un grupo de ella, dejándolos desprotegidos

con la suspensión de dichas actividades esenciales, por lo que resulta evidente el conflicto de derechos en juego.

Explicación y análisis del conflicto de intereses-normas

El origen del término *huelga* deriva del verbo *holgar* que proviene del latín *follicare* que significa resoplar, respirar, jadear, estar en ocio. De este significado se desprende, que antiguamente las huelgas eran resoplos, descansos, interrupciones a las actividades. Más adelante, se define a la huelga como un hecho voluntario nacido de una determinada situación social, concretamente estar en huelga significaba sustancialmente abstenerse del trabajo. (Jaramillo F, 2001)

Los conflictos colectivos de trabajo han tenido su génesis en la injusta distribución de la riqueza. En Francia, se dictó la ley de CHAPELIER con la finalidad de prohibir la reunión y asociación. Salvo contadas excepciones, hasta finales del siglo XIX la huelga era considerada una actividad ilícita y criminal y solo después de mediados y fines del siglo XX se convirtió y consagró en un derecho fundamental, reconocido ya en la mayoría de los países. (Mosquera, M, 1999)

En el siglo XIX no se pudo considerar verdaderamente el derecho a la huelga por las concepciones propias de la doctrina individualista y liberal, pero más adelante con los avances en torno a derechos en las sociedades, se dio cabida y reconocimiento a los derechos, no solo a los individuales, sino también al derecho de los grupos de personas abriéndose paso al nuevo fundamento esencial de las huelgas que era la defensa de los derechos e intereses colectivos de los participantes. Así, nace la huelga como un mecanismo eficaz de presión en contra de los empleadores que no estuvieren abiertos a las negociaciones colectivas a favor de sus obreros y solo de esta manera, se podrían hacer efectivos los derechos sindicales y los de negociación colectiva. (Piedra Orama, M, 1991)

Una vez que los ordenamientos jurídicos empezaron a contemplar la huelga como parte esencial de los derechos de sindicación, nació la necesidad de regularla en el plano positivo para que los Estados adecúen y garanticen este derecho y se eviten excesos. El tratadista mexicano Mario de la Cueva señala que la huelga es el derecho natural de todo ser humano a no trabajar sin su consentimiento. (Jaramillo F, 2001)

Tuvieron que pasar muchos años para que se alcance dicha condición y se logre dar paso a su reconocimiento como un derecho individual propio del trabajador pero con una serie de restricciones y únicamente, hace algunos años atrás, por fin pudo convertirse en un derecho colectivo incluso reconocido no solamente en la ley, sino como un derecho constitucional y como

una parte sustancial de los derechos de sindicación y negociación colectiva por parte de los organismos internacionales. En el ámbito internacional este derecho se encuentra reconocido en el Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de las Naciones Unidas 1966 y amparado más adelante por los órganos de control de la OIT principalmente el de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Por su lado, según la doctrina, se consideran necesidades esenciales aquellas que resultan indispensables para vivir en un estado de salud plena. Si bien se dice, las necesidades humanas son infinitas, estas necesidades consideradas esenciales están directamente relacionadas con las derechos fundamentales de todo ser humano por su condición de tal, así la subsistencia (salud, alimentación, etc.), protección (sistemas de seguridad y prevención, vivienda, etc.), afecto (familia, amistades, privacidad, etc.) entendimiento (educación, comunicación, etc.), participación (derechos, responsabilidades, trabajo, etc.), ocio (juegos, espectáculos) creación (habilidades, destrezas), identidad (grupos de referencia, sexualidad, valores), libertad (igualdad de derechos). (Goerlich, J,2015)

Por lo tanto, es de lógico entendimiento que dichas necesidades esenciales, estén ligadas directamente con la dignidad humana y de aquí la importancia esencial para su tutela y protección.

No se puede dejar de anotar la importancia que tiene un reconocimiento expreso del derecho eminentemente justo a la huelga como parte de la libertad sindical y de negociación colectiva de los trabajadores. Ha sido precisamente gracias a todas estas revueltas y luchas sindicales, que por fin, a lo largo de un proceso lento en la historia, se ha logrado reconocer los derechos de la clase trabajadora, por lo tanto, un desconocimiento o limitación del mismo, es incuestionable que constituiría un retroceso y una precarización de los derechos que con tanto esfuerzo lograron conseguir.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos una definición de huelga en los Art. 467 y siguientes del Código de Trabajo, los cuales señalan que la huelga es la suspensión colectiva de trabajo por parte de los trabajadores colegiados. Si bien es cierto que la huelga es un derecho de los trabajadores; para ser considerada como tal, se deben cumplir ciertos requisitos, caso contrario, se estaría hablando de huelga ilegal. El mismo cuerpo legal, señala que la huelga solo podrá efectuarse por el comité de empresa de existir el mismo o por la mitad más uno de los trabajadores. De igual forma, regula las causales previstas para considerar a la huelga como legal, las que se encuentran establecidas en el Art. 497 del Código de Trabajo. (CT, 2017)

Con relación al problema que nos involucra, concerniente a la huelga en el sector público como antecedentes encontramos que, para precautelar el interés público, el Estado en su artículo 326 numeral 15 de la Constitución ecuatoriana del 2008, establece la prohibición de paralización de servicios

públicos entre ellos salud, educación, justicia, seguridad social, energía eléctrica, agua potable, transporte, bomberos, telecomunicaciones (CRE, 2018). Debemos correlacionar estos preceptos legales con la modificación en el Código Orgánico Integral Penal en sus artículos 262 y 346, que imponen entre sus consideraciones que, por las características y condiciones propias de los derechos ventilados y a su vez, por velar por la defensa de la seguridad jurídica y tutela de los derechos humanos fundamentales, se prohíbe la paralización de dichas instituciones, imponiendo que su incumplimiento será sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 3 años. (COIP, 2018)

Tocaremos brevemente el problema suscitado a raíz de las enmiendas constitucionales del 21 de diciembre de 2015, entre las cuales, se modificaron temas relativos al derecho laboral colectivo, a través de la disposición transitoria 653, la cual imponía que, de ahora en adelante, todos los nuevos trabajadores que ingresan a laborar al sector público serían considerados como servidores públicos y, si bien se decía “mantendrán sus derechos individuales y colectivos”, en líneas inferiores, se enfatizaba que “iban a estar sujetos a las disposiciones que regulan el sector público”, es decir, a todas las limitaciones que esta conlleva. A su vez, la enmienda al Art 326, # 16 parte final, garantizaba la contratación colectiva únicamente para el sector privado. (CRE, 2016)

El 1ro de agosto de 2018, la Corte Constitucional del Ecuador, declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas – 653 diciembre de 2015-, y si bien, la declaratoria de inconstitucionalidad obedeció a defectos forma o procedimiento de cómo estas entraron a la vida jurídica, el resultado para el fin que persigue nuestro análisis resulta el mismo. A criterio de Doctor Pérez Loose, (2010) “La declaratoria de inconstitucional es la conclusión de que su vigencia, al final de un proceso interpretativo constitucional, debe suspenderse por encontrarse en oposición de la norma suprema”. Es decir, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad se suspenden sus efectos.

Por lo dicho, si bien los derechos colectivos en el sector público, como la negociación colectiva, libertad sindical y el contrato colectivo, se entenderían nuevamente reconocidos en el sector público ecuatoriano, no sucede lo mismo con el derecho a la huelga, como mecanismo de acción eficaz para el cumplimiento de los mismos, el cual continua restringido legal y constitucionalmente para el sector público.

Si bien no podemos negar que el trasfondo de estas reformas probablemente tuvo una connotación política, que pretendía y buscaba impedir y evitar desestabilizar al régimen de poder al mando, no se puede dejar de descartar los beneficios que en cierta medida aportaron las reformas, ojo -no las enmiendas que fueron declaradas inconstitucionales y que abiertamente atentaban contra la constitución-, nos referimos exclusivamente a las reformas relativas a la huelga en el sector público. La historia fue testigo y demostró que muchas veces, el derecho a la huelga fue abusado por los servidores pú-

blicos a sabiendas de que la prestación de sus servicios esenciales era de tal magnitud que con la sola paralización incluso muchas veces arbitraria, ilegal e injusta ocasionaba el lógico efecto directo que causa toda huelga, es decir, la presión hacia las autoridades estatales que se veían obligados a transar de alguna manera para solucionar el conflicto. Pero lo verdaderamente grave de esta situación, era la realidad de paralización de estos servicios básicos, elementales, directamente relacionados con derechos humanos a los que se veían abocados y vivían en el día a día los usuarios de la sociedad en general, más todavía de los de clase económicamente pobre, considerados incluso como una clase vulnerable por su condición y precisamente son quienes más requieren la prestación de dichos servicios. Por ello, como justificativos para esta reforma, primó en el Ecuador, la necesidad de proteger los derechos supremos que se encontraban en juego en la prestación de servicios esenciales suministrados por los servidores públicos.

Del mismo modo, podemos corroborar esta teoría sumando el criterio de algunos tratadistas que se inclinan por una defensa más legalista y de derecho. En sus criterios, realizan una distinción entre los derechos laborales del sector privado y las relaciones en el sector público. Manifiestan, que es indispensable realizar una diferenciación de los fines que persigue la una versus la otra. Primero, el derecho laboral es un derecho eminentemente social directamente encaminado a salvaguardar y proteger los derechos de la parte débil de la relación laboral que son los trabajadores, que por su propia condición de inferioridad económica en relación con los empleadores dueños de los medios de producción, necesitan un trato reforzado por normas legales y constitucionales para precautelar cualquier vulneración que atente contra sus derechos. (Ortiz, L, 2016)

Es lógico y adecuado que se haya implementado normas que garanticen sus derechos fundamentales con carácter de irrenunciables, intangibles, inembargables para de esta manera equiparar en cierta medida las condiciones entre ambas partes de la relación laboral. Si realizamos una comparación del derecho a la huelga, entre el ámbito privado y el público, observaremos que, el derecho a la huelga y demás derechos colectivos, emanados de la libertad sindical y libertad de asociación a través de los contratos colectivos tienen toda lógica, debido a que su finalidad esencial es encaminarse a la igualdad de derechos, no discriminación y protecciones laborales, todos inherentes a la dignidad misma del hombre, principios propios de visiones neo constitucionales. (Ibidem, 2016)

Por otro lado, en las relaciones laborales en el sector público su motivación y razón de ser, por el solo hecho de intervenir el Estado como ente prestador de servicios, es el brindar un servicio público a la sociedad, basado en los principios propios de la administración pública como son la calidad, eficacia, eficiencia, probidad, celeridad, imparcialidad, etc. (CRE, 2018). Es decir, los servidores y servidoras públicos cumplen el papel de intermediarios di-

rectos en calidad de representantes del Estado en la prestación de servicios a la colectividad y por características propias de los servicios que suministran lo fundamental en estas relaciones es la optimización y garantía de la prestación de servicios a los ciudadanos debido a que los mismos son en la mayoría de los casos, servicios encaminados a la satisfacción de necesidades primarias, primordiales y esenciales para una vida íntegra y digna. Por lo tanto, es elemental que entran en juego una serie de derechos considerados fundamentales en la prestación de servicios.

Partiendo de esta reflexión, en términos generales, no resultaría tan descabellado que el Estado ecuatoriano limite el goce de ciertos derechos individuales de los trabajadores como el de la huelga en el sector público, pero que si lo reconozca y permita dentro del sector privado. El derecho a la huelga en el sector público nos lleva a una situación directa de conflicto de derechos fundamentales, por un lado, el derecho a la huelga como parte esencial de la libertad de asociación y sindicación y por otro los derechos como la vida, la salud, la seguridad, la educación, etc, derechos, considerados todos como fundamentales, pero con la diferencia esencial e indiscutible de que los últimos son derechos que nacen para cubrir las necesidades de la colectividad, es decir tienen un carácter de interés general ya no solo particular.

Del mismo modo, si tomamos el famoso “juicio de ponderación de derechos” como elemento indispensable ligado a los parámetros neo constitucionales a los que apunta el Estado ecuatoriano, el resultado nos conduciría a inclinarnos por uno de estos dos derechos. La ponderación consiste en un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que defienden intereses y derechos diferentes y oponibles, por lo que necesariamente tendrá que prevalecer uno sobre el otro dependiendo de las circunstancias. (Atienza, M, 2010) A criterio de Ferragoli se debe considerar como un derecho supremo y primordial al de la dignidad humana, pues, aparte de ser un atributo propio del hombre por su condición de tal, nos permite diferenciarnos de otros entes y cosas materiales y volvernos únicos e irremplazables. (Ferragoli, 2001). Por lo dicho, sí se podría pensar en una superioridad a favor de los derechos esenciales que se prestan a favor de la colectividad, por ser de interés público y por su vínculo más cercano con la vida y dignidad humana aunque esto implique poner en riesgo y restringir el otro.

Desde el punto de vista de la OIT.

La normativa internacional y los convenios y tratados de la OIT no tratan de manera expresa el derecho a la huelga. Si bien se ha analizado el tema por varias ocasiones por los miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo, esto no ha dado origen a que se establezca normativa internacional al respec-

to. Esto no significa que la OIT no reconozca y tienda hacia el respeto, ejercicio y garantía a favor del mismo. En 1919, mediante el Tratado de Versalles se crea la OIT como organismo que buscaba la paz mediante la justicia social y se consagran, entre otros, el principio de libertad de asociación y libertad sindical, sin embargo, no se detallaba concretamente hasta donde esta expresión logra su cometido. Más adelante, interpretaciones dadas a estos principios, revelan su interdependencia y conexión entre el derecho de libertad sindical, libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva. (Bellace, J, 2014)

Años más tarde, durante la segunda guerra mundial, regímenes totalitarios por sus propios ideales y postulados políticos, destruyeron masivamente a muchas de las sociedades civiles, y trataron de eliminar completamente las organizaciones laborales internas dentro de sus países. La OIT, se vio obligada a consagrar a la libertad de sindicación como un derecho consagrado en la declaración de Filadelfia de 1944, como uno de los principios fundamentales de la OIT, constituyendo por ende una obligación y un derecho que debe ser respetado y garantizado por todo miembro por el solo hecho de serlo, es decir, se entiende la aceptación formal de las obligaciones que emanan de este, por ser parte de los Estados miembros. (Ibídem, 2014)

El derecho a la huelga ha sido reconocido de manera indirecta por la OIT. *La Resolución de la Conferencia Internacional de Trabajo sobre la abolición de la legislación antisindical (1957)* ha reconocido de cierto modo el derecho a la huelga, estableciendo que, se debe instar a un reconocimiento normativo que asegure el ejercicio directo y pleno de los derechos sindicales con inclusión a la huelga como parte de estos, es decir, se considera a la huelga como parte de los derechos de libertad sindical inmersa en ellos como el mecanismo de presión necesario para hacer valer sus derechos. A su vez la *Resolución sobre Derechos Sindicales y su relación con las Libertades Civiles (1970)* estableció una serie de iniciativas que invitaban a considerar medidas para lograr el respeto pleno de los derechos universales de sindicación en un sentido más amplio, consagrando atención particular a la huelga. También este derecho ha sido reafirmado en varias resoluciones de las conferencias regionales y comisiones sectoriales de la OIT.

Si bien el Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Conv. 87, 1948) y el Convenio sobre derechos de sindicación y negociación colectiva (Conv. 98, 1949), no mencionan directamente al derecho a la huelga, si se establece expresamente: “*el derecho que tienen los órganos colectivos de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción*” (Convenio 87, Art. 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “*fomentar y defender los intereses de los trabajadores*” (Convenio 87, Art. 10). Es a raíz de la interpretación que realiza el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, que se reconoce a la huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones.

Han sido varias las oportunidades en que se ha reunido la Comisión de aplicación de normas de la Conferencia Internacional de Trabajo y se ha discutido el derecho a la huelga, sin embargo, las opiniones de los grupos tripartitos de trabajadores, empleadores y gubernamentales no han sido coincidentes. Por un lado, el grupo de los trabajadores ha señalado que es necesario reconocer el derecho a la huelga como parte esencial de los derechos de sindicación y como el elemento indispensable para hacer valer sus derechos. Por su parte, los empleadores señalan que esta debe tener restricciones para que no atente contra otros derechos involucrados, a su vez, expresan que por no tener una normativa internacional propia, son los Estados los que deben en cada uno de sus ordenamientos internos regular la misma y establecer sus limitaciones. La parte gubernamental, se inclina por sostener que cada Estado debe gozar de su derecho de fijar las bases y establecer los límites para la aplicación de la misma debido a que, las recomendaciones y el análisis que realiza el comité de expertos y la comisión de libertad sindical no son de carácter obligatorio. (Bellace, J, 2014)

El Comité de Libertad Sindical estableció entre una de sus consideraciones, que existía un problema latente en varios países, específicamente relacionado con el tema de la huelga en el sector público y un aparente conflicto y antinomia de intereses y derechos. Como solución establecía reconocer y garantizar el derecho a la huelga como un mecanismo propio de las libertades sindicales y dejar solamente ciertas restricciones que en ningún caso sean atentatorias contra su esencia misma, ya sea prohibiéndolo solamente en actividades consideradas esenciales o brindando mecanismos a la par que cubran dichas necesidades. Los países han dejado claro que, si bien no niegan el derecho a la huelga, este no puede ser considerado como universal, global y sin restricciones, debido en gran medida, al vacío que surge por no disponer de un instrumento internacional específico que controle y regule directamente el tema y si bien las comisiones pueden dar criterios e interpretaciones, el único organismo que establece obligaciones vinculantes en el plano internacional, es la Corte. (OIT, 1996).

El Comité de Libertad Sindical ha establecido los elementos básicos o principios que derivan de este derecho, encaminados a sostener que este es un mecanismo y medio legítimo para hacer valer los derechos y defender los intereses de los trabajadores y si no existiera un reconocimiento del mismo, los fines que persiguen las organizaciones sindicales perderían sustento. De esta forma, ha mencionado que es un derecho propio del que gozan las organizaciones sindicales por su naturaleza y fines perseguidos y que las limitaciones al mismo, no deben ser excesivas para no menoscabar los derechos de los colegiados. El comité ha optado por el reconocimiento al derecho a la huelga de carácter general, imponiendo solamente restricciones a cierto tipo de funcionarios públicos y trabajadores de servicios esenciales o en situaciones de crisis nacional (OIT, 1996). Debemos recordar que la Comisión de Expertos es la que tiene facultad para pronunciarse sobre los temas res-

pecto a la conformidad de las legislaciones nacionales, en concordancia con las de la OIT; mientras que el Comité de Libertad Sindical, acoge las quejas relativas a presuntas violaciones de derechos sindicales presentadas por las organizaciones de trabajadores y empleadores. De esta manera, estos organismos de control han podido ir elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho a la huelga, ligados directamente con los conflictos que se presentan en las diversas legislaciones. (Bellace, J, 2014)

Por su lado, la OIT expresamente ha reconocido que los derechos consagrados en el convenio 87 no tienen relación alguna con la huelga de los funcionarios públicos. Igualmente ha establecido expresamente que, cuando los Estados no reconozcan estos derechos, con la finalidad de proteger los intereses esenciales, se deben tomar otra serie de procedimientos y garantías para avalar la defensa de ambos derechos para que ninguno de los dos sea menoscabado o anulado. (OIT, 1996).

El convenio 151 y la recomendación 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, no tocan el tema de la huelga de los empleados privados. Solo se refieren al sector público. Considerando estas limitaciones, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos, han señalado que las restricciones propias, previstas en estos convenios que se refieren únicamente a ciertas autoridades públicas, podrían generar una restricción muy amplia e incluso una prohibición total del derecho a la huelga de esos trabajadores. (OIT, 1996). Para evitar estos inconvenientes, propusieron una solución estableciendo: “no prohibir totalmente la huelga, sino proveer el mantenimiento de un servicio mínimo asociado con una cantidad mínima y limitada de personal para que no se de una suspensión total de dichas actividades que atenten contra la población en general.” (OIT, 1996)

La OIT y dentro de ella la Comisión de Expertos han hecho un análisis y conceptualización de los considerados servicios esenciales, dentro de los que se podría prohibir la huelga. En 1983, la Comisión los definió como “servicios cuyas características podrían poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. (OIT, 1983). Definición que más adelante, fue adoptada por el Comité de Libertad Sindical. Así, han considerado como tales los servicios como el hospitalario, electricidad, abastecimiento de agua, servicios telefónicos, control de tráfico aéreo. De la misma forma, han establecido una lista enumerativa de cuáles podrían ser consideradas a su criterio, como actividades que no deben constituir servicios esenciales. Por poner ejemplos citan, la radio televisión, bancos, sector minero, construcción, fábricas agrícolas transporte, correos, entre otros. (Bellace, J, 2014)

Según Bellace, (2014), el problema concerniente a la huelga a nivel de varios países, se debe en gran medida, a que ésta no ha podido ser reconocida explícitamente dentro de un instrumento internacional. Reconoce que si bien los organismos de la OIT han establecido la vinculación inexorable del derecho a la huelga con el de libertad sindical, esto tal vez no ha sido suficientemente

sólido debido como se dijo anteriormente, a la falta de acuerdo total entre los grupos tripartidos. Cabe recordar, que si bien el derecho a la libertad sindical ostenta categoría universal que obliga a todos los Estados incluso por el solo hecho de ser miembros, el tema puntual de la huelga aún mantiene un vacío en el tema internacional y ello podría ser parte del origen para que no se llegue a un acuerdo entre los grupos que conforman el comité tripartito y se deje el tema, de cierto modo, a discrecionalidad estatal, asunto que, como vemos, muchas veces produce excesos.

Pronunciamientos expresos de la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical a la legislación ecuatoriana, han elaborado varias observaciones en relación con el convenio 87 referente a la libertad sindical. Dicho documento, contiene varios pedidos al Gobierno para modificar la normativa interna y adecuarla conforme al Convenio. Entre dichas recomendaciones, la comisión analiza las denuncias planteadas por la internacional de servicios públicos ISP, la unión de trabajadores UNE y la confederación sindical internacional, respecto de las cuales realiza una serie de observaciones. Primero, señala que el Art. 498 del Código de Trabajo restringe implícitamente el derecho a la huelga de confederaciones y federaciones y esto contraviene el convenio 87. Segundo, establece su preocupación respecto a la disposición sancionatoria establecida en el COIP, que tipifica de 1 a 3 años de cárcel a los integrantes del sector público que participen en huelgas pacíficas, recalcando, que, la pena solo debería ser en caso de que exista violencia. (CIT, 2017, reunión 106a)

Los expertos consideran que hace varios años atrás ya se han hecho varias observaciones sobre disposiciones legales, entre ellas la establecida en el Art. 326 de la Constitución por ser contraria a lo establecido en el Art. 2 del Convenio 87 referente al derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y la imposibilidad de no constituir más de una organización sindical en el sector público, la misma que resulta atentatoria contra el pluralismo sindical y la movilidad de organizaciones sindicales, contrario a la disposición establecida en el Art. 326 de la Constitución que establece, “fomentar el principio democrático y dejar atrás prácticas de discriminación y perennización en el poder”. La OIT señala, que en general toda norma o disposición que restrinja la reelección para el ejercicio de funciones sindicales es incompatible con el convenio 87. (Convenio 87, CIT, 2017).

Tocando este tema debemos mencionar que el Comité ha recomendado no solo al Ecuador, sino a varios países que modifiquen su legislación con el objeto de que solo se prohíban las huelgas para servicios esenciales, mas no para todas las prestaciones en el sector público (OIT, 1984, informe 233). Por otro lado, a nivel internacional de todos los países, la OIT sostiene que, si bien es un avance en torno a derechos de sindicación que la mayoría de los Estados en casi su totalidad reconocen y norman el derecho a la huelga, el problema fundamental se dirige hacia la imposición de sanciones pena-

les por organizar o participar huelgas consideradas ilegales, la exigencia de condiciones excesivas para poder declararla y la prohibición de huelga a los funcionarios públicos que no ejercen funciones de autoridad y representación en nombre del Estado. (CIT, 2017, reunión 106a).

El problema que surge a raíz de las reformas en el Ecuador se encamina precisamente a esta problemática. Si bien por un lado, constituye un avance en torno a derechos la declaratoria de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional respecto a las enmiendas 653-2015, y que, lógicamente abre paso nuevamente a un reconocimiento de los derechos de negociación colectiva en el sector público; no debemos olvidar que la huelga, como único y eficaz mecanismo de presión para hacer valer estos derechos, sigue prohibida y limitada en el sector público.

Derecho Nacional

La Constitución de 1978 (Const. 1978, Art. 31) establecía el derecho de los trabajadores a la asociación y la huelga, sin especificar restricciones de ninguna clase, dando a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje la competencia para resolver los conflictos colectivos. La Constitución de 1998 (Const. 1998, Art. 35) reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga. Sin embargo, es aquí la primera vez, en la que se establece vía constitucional la restricción del derecho a la huelga, indicando que se prohíbe la paralización de los servicios públicos, en especial de salud, educación, justicia, seguridad social, energía eléctrica, agua potable, alcantarillado, transporte de combustible, transporte público, telecomunicaciones, delegando a la ley, el establecimiento de las sanciones correspondientes.

La Constitución de 2008 (Const. 2008, Art 326) de igual forma, consagra el derecho a la huelga de las personas trabajadoras, sin embargo, también establece la prohibición de paralizar los servicios públicos a las áreas de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarbúfera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transporte público, correos y telecomunicaciones. También se delega a la ley el establecer límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios y se reconoce a los tribunales de conciliación y arbitraje para conocer los conflictos colectivos de trabajo.

El Profesor Rubén Castro Orbe (2007, p. 14), citado por Ninagualpa, L (2012), nos explica esta restricción constitucional al derecho de huelga y su aplicación a los servicios públicos de manera general, como una regresión en el derecho laboral y un hecho que hace que inclusive, el personal integrante de empresas privadas no puedan declarar la huelga, pues la norma constitucional no distingue entre servicios públicos prestados por el sector público

y aquellos que presta el sector privado. En este caso, explica el autor, empresas privadas como el Hospital Metropolitano, la Universidad San Francisco, empresas eléctricas privadas, de alcantarillado y de recolección de basura privadas, Petrobras y otras petroleras, Duragas, Agipgs, Mobil, empresas telefónicas como Movistar, couriers como Servientrega y más, quedan a buen recaudo. Finalmente, el autor explica que la delegación que se realiza a que la ley establezca el “límite que asegure el funcionamiento de dichos servicios” es inaplicable pues no cabe limitación sobre un acto declarado prohibido.

La imposibilidad de realización del derecho a la huelga en el sector público es palpable en el Código Orgánico Integral Penal expedido por la Asamblea Nacional del Ecuador en el año 2014. Éste código establece normas protectoras al derecho de huelga pero también prohibiciones que la imposibilitan, como las siguientes:

Cuadro #1: Normas relacionadas con el derecho a la Huelga en el COIP.

Normas Protectoras

Art. 241.- Impedimento o limitación del derecho a huelga.-

La persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, **impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte en una huelga**, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año.

Normas Prohibitivas

Art. 218.- - Desatención del servicio de salud.

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

Art. 262.- Paralización del servicio de distribución de combustibles.- La persona que paralice o suspenda de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de hidrocarburos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Art. 346.- Paralización de un servicio público.- La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Nótese que este artículo sanciona la limitación a la libertad individual de formar parte de una huelga.

Nótese que estos artículos son más amplios sancionan conductas más amplias que las prohibidas constitucionalmente, pues utiliza verbos rectores como impedir, entorpecer o paralizar.

Nótese que este art sanciona la limitación a la libertad individual de formar parte de una huelga.

Nótese que estos arts. son más profundos y sancionan conductas más amplias que las prohibidas constitucionalmente, pues utilizan verbos rectores como impedir, entorpecer, paralizar.

Cuadro 1: (Autoría propia), Fuente: (COIP, 2018)

Del presente cuadro observamos, como en el COIP, si bien, existe una protección encaminada a no impedir o limitar el derecho a formar parte de la huelga, por otro lado, nos hallamos frente a normas que impiden la paralización de servicios públicos, en salud, hidrocarburos e incluso el Art. 346, impide sanciona penalmente a quien entorpezca o paralice la prestación de un servicio público. Realizando un análisis de esta normativa, se podría entender, por una parte, que la garantía y reconocimiento al derecho a la huelga, se refiere únicamente al sector privado, o dicho de otro modo, se reconoce el derecho a la huelga siempre que este no impida o paralice servicios públicos, ya sea porque una parte de los trabajadores mantienen los servicios básicos o bien porque la huelga no se configura en empresas que presten servicios esenciales. Creemos que cualquier interpretación que se dé, llegará siempre al mismo eje central, el cual impide un efectivo derecho de huelga en el sector público, debido al real y entendible temor por parte de los trabajadores a que se considere una paralización de servicios públicos y sea sancionada con pena privativa de libertad. Por otro lado, en el supuesto de que solamente se declarara la huelga por parte de unos pocos para no desatender los servicios mínimos, es evidente que su efecto no provoca más que una desnaturalización de este mecanismo que por estas condiciones no surtirá eficazmente los efectos de presión para la solución de los conflictos laborales para los cuales fue pensada.

Por su lado, la Asamblea Nacional mediante una reforma a la LOSEP de mayo de 2017, estableció el derecho a la huelga para estos servidores con una serie de requisitos adicionales a lo establecido en el Código de Trabajo. En un cuadro comparativo podemos distinguir las particularidades de cada régimen laboral:

Cuadro #2: Comparación Código de Trabajo y LOSEP

	Código de Trabajo	LOSEP
Alcance del derecho	Se reconoce este derecho a todos los trabajadores sujetos al Código.	Se reconoce este derecho para los servidores públicos de las instituciones del Estado en las que no se encuentre prohibida la paralización de los servicios públicos, incluyéndose la paralización de servicios administrativos.
Quién puede solicitarla	Podrá declarar la huelga el comité de empresa o la mitad más uno de los trabajadores de la Empresa.	Podrá declara la el comité de servidores, por mayoría absoluta.
Mediación	En caso de negativa, se deberá enviar a mediación laboral.	Se deberá someter el conflicto a mediación.
Causales de inicio:	<ul style="list-style-type: none"> • Si el empleador no contestare el pliego o si fuera negativa. • Si notificado se despidiere a uno o más trabajadores. • Si no se organizare o no funcionare el Tribunal en el término fijado. • Si no produjere la conciliación. • Si no se pronunciare el fallo. • Si el empleador faltare en forma injustificada a la conciliación. • Si se sacara maquinaria para dismantelar la industria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Incurrir en intermediación laboral y tercerización. • Aplicación de contratación por horas. • Privatización de servicios públicos. • Desacato a decisión de despido ineficaz. • Cuando el conflicto colectivo no llegue a solucionarse en mediación. • Falta de pago de remuneración por más de tres meses consecutivos.
Competencia del Tribunal	Si no existe acuerdo total se enviará al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.	Si no existe acuerdo total se enviará al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.
Suspensión de actividades	Declarada la huelga se deberá notificar a la inspectoría de trabajo. La policía cuidará el orden y prohibirá la entrada de rompehuelgas.	La podrá suspender las actividades luego de veinte días de declarada la huelga. Las partes deberán convenir la modalidad de prestación de servicios básicos.
Lugar de la huelga	Los trabajadores podrán permanecer en las fábricas o lugar de trabajo.	Los trabajadores podrán permanecer en las instalaciones de la institución.

	Código de Trabajo	LOSEP
<p>Causales de terminación:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arreglo directo de las partes • Acuerdo ante el Tribunal • Arbitramento • Fallo ejecutoriado. <p>Se garantiza la estabilidad de un año y se reconoce la huelga solidaria con las huelgas lícitas.</p> <p>Establece que las empresas del Art 118 Const, solo podrán suspender las labores 20 días a partir de la notificación con la declaratoria de la huelga. –art 118 fue derogado por la Const 2008-</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arreglo directo • Acuerdo ante el Tribunal • Fallo del Tribunal (no se dice ejecutoriado) • Estado de excepción • Declaratoria de ilegalidad de huelga.
<p>Art. 514 y siguientes:</p> <p>Huelga en Instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o público</p>	<p>Establece un plazo igual para empresas de energía eléctrica, agua potable, distribución de gas, combustibles, hotelería, bancos privados, asociaciones de ahorro y crédito, transporte, artículos alimenticios, hospitales, clínicas, asilos, en general servicios de asistencia social y salubridad, es decir empresas que por sus cuidados demanden cuidados permanentes.</p> <p>Las partes deben convenir modalidades de prestación de servicios mínimos mientras dure la huelga con un número no menor al 20% de empleados.</p>	<p>El MDT, podrá ordenar el reinicio de las actividades en caso no observarse la prestación de servicios mínimos.</p>

Código de Trabajo	LOSEP
<p>En caso de incumplimiento la autoridad laboral podrá ordenar el reintegro del personal, quienes se negaren no percibirán remuneración sin perjuicio de incurrir en causales de visto bueno.</p> <p>Finalmente, cabe resaltar, que la huelga de los servidores públicos puede terminar siempre por la decisión unilateral del Ministro de Trabajo, quien podrá contratar inclusive personal sustituto, dejando sin fuerza la declaratoria de huelga.</p> <p>Nota: El art 326 de la Const, #15 R.O 449 20 Oct- 2008, prohíbe la paralización de servicios públicos en servicios esenciales.</p>	

Cuadro 2: (Autoría propia), Fuente: (CT, 2018, LOSEP, 2018)

Como se observa del presente cuadro, la huelga para el sector privado, si bien con algunas limitaciones, sí se encuentra reconocida y regulada, sin embargo, derecho a la huelga para los servidores públicos, tiene restricciones tan altas que difícilmente se cumpliría.

Respecto al porcentaje mínimo de trabajadores para la prestación de servicios esenciales que establece el Código de Trabajo, a nuestro criterio, la huelga únicamente tendría lugar, en las instituciones del Estado cuya paralización de servicios públicos no se encuentre prohibida, restringiéndose inclusive la paralización de servicios administrativos. En las pocas instituciones en las cuales, en un caso hipotético se pudiera llegar a declarar la huelga, se exigen de manera general entre sus requisitos, que “las partes convengan” cómo van a prestar un servicio mínimo, sin que se puedan suspender las actividades, cuestión que podía solucionar el problema parcialmente, sin embargo, el mismo artículo reconoce y enfatiza lo previsto en la constitución de 2008, relativo a la prohibición de la paralización de servicios públicos, escenario que sumado a la normativa del COIP, que sanciona como un delito a la misma, cierra casi por completo la posibilidad de la huelga en el sector público, prevista en el código de trabajo.

Para finalizar y a modo de conclusiones.

Como vemos, el tema es complejo, entran en juego una serie de derechos confrontados. Nuestro criterio nos inclina más hacia una defensa de derechos supremos, ligados a la dignidad misma del hombre, que implica la defensa a favor de una prestación de servicios públicos esenciales, que, por ningún concepto puede ser interrumpida debido a sus características propias relacionadas con el interés común y colectivo de la sociedad.

Si bien, es un avance a favor de los derechos sindicales la declaratoria de inconstitucionalidad de las enmiendas, sin embargo consideramos que el Ecuador, sí se extralimitó a tal punto, de anular por completo los derechos propios de las libertades sindicales particularmente el de la huelga en el sector público, ocasionando una precarización de los mismos. Creemos que, en este caso, más que una anulación de un derecho sobre el otro, sería acertado dirigirse hacia una conciliación efectiva en esta pugna de derechos, estableciendo ciertas medidas que posibiliten el no eliminar los servicios esenciales, pero a su vez, permitan encontrar mecanismos aptos que puedan garantizar un efectivo uso y ejercicio de los derechos colectivos de negociación, sin embargo, con la normativa del COIP, el derecho a la huelga en el sector público seguirá estando anulado por sus consecuencias.

Creemos que el Ecuador tiene el deber no solo por ser parte de los miembros que conforman la OIT, sino incluso por considerarse un Estado de derechos y justicia social, de encontrar los mecanismos idóneos, para armonizar este conflicto de derechos.

Recalcamos que, así como se han presentado las circunstancias, es evidente que fue un avance el limitar los abusos de la supresión de servicios públicos bajo pretexto del derecho a la huelga, más, esto no significa que se haya regulado en el Ecuador de la manera correcta, puesto que, retroceder en derechos laborales eliminando de forma absoluta el derecho a la huelga para los trabajadores del sector público, de igual forma, genera abusos estatales y atenta contra el principio de igualdad.

El tema debe ser analizado minuciosamente para lograr un verdadero reconocimiento de todos estos derechos supremos que son la base de la nueva concepción estatal y será precisamente esta, la que de luces para poder encontrar un justo equilibrio.

Bibliografía

Artículos

- Bellace, J, 2014, La OIT y el derecho de huelga, Revista internacional de trabajo vol. 133, Constitución de 1978, Tribunal Supremo del Referéndum. Online Library.
- Goerlich, J, 2015, el derecho a la huelga en los servicios esenciales, disponible en: [www./Dialnet-ElDerechoDeHuelgaEnLosServiciosEsenciales-2531949.pdf](http://www.Dialnet-ElDerechoDeHuelgaEnLosServiciosEsenciales-2531949.pdf)
- Gernigon, B, Otero, A y Guido, H, 1998, Principios de la OIT sobre el derecho a la huelga, Suiza, Revista internacional de trabajo, edición 2000.
- Instituto Nacional de Educación Laboral, INEL, 1987, Los Conflictos Colectivos en el Ecuador una Visión Sindical, Quito- Ecuador, disponible en: <http://www.flacsoandes.edu.ec/biblio/catalog/>
- Otero, Mariano, 2001, citado en Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México
- Organización Internacional del Trabajo, OIT, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/elconf/documents/meetingdocumentInternet
- Pérez Loose, Hernán, 2010, Ecuador y su metamorfosis constituyente, revista jurídica UNAM, Ecuador, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2728/10.pdf>

Tesis

- Jaramillo F, 2001, Análisis jurídico del régimen de las empresas públicas en el Ecuador, tesis Universidad andina simón bolívar, Quito-Ecuador

Libros

FERRAGOLI, Luigi, 2001. "Los fundamentos de los derechos fundamentales" Edición Trotta, Madrid, España.

Mosquera, M, 1999, El sindicalismo público en el desarrollo económico del país. Quito- Ecuador, disponible en: <http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/534/1/MOSQUERA%20MARIA%20AUXILIADORA.pdf>

Ninagualpa Contreras, Luis, 2012, La huelga y el Paro, Universidad técnica de Loja, Loja Ecuador. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/cursocidct-C2P2-03-4-la-huelga>

Ortiz, L, 2016, La huelga en un Estado Constitucional de Derechos, Universidad de Cuenca, Ecuador.

Piedra Oramas, M, 1991, La huelga como derecho de los trabajadores en el Ecuador, Disponible en: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/8879>

Legal

CIT, Caso Individual, discusión 2017, 106ª reunión, OIT

Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Conv. 87, 1948)

Convenio sobre derechos de sindicación y negociación colectiva (Conv. 98, 1949),

Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2017, Corporación de estudios y Publicaciones Quito- Ecuador

Código Orgánico Integral Penal. COIP, 2017, Corporación de estudios y Publicaciones Quito- Ecuador

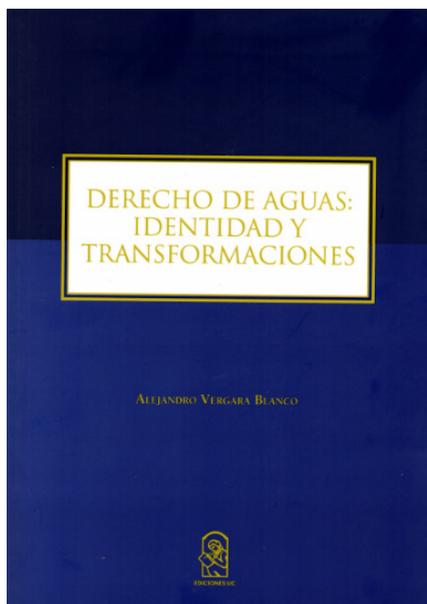
Código de Trabajo, 2017, Corporacion de estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador.

Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, 2017, Corporacion de estudios y Publicaciones, Ecuador

SECCIÓN III
Reseña



RESEÑA: DERECHO DE AGUAS: IDENTIDAD Y TRANSFORMACIONES.



Francisco Bermeo Cabrera¹
francisco.bermeo.ca@gmail.com
francisco.bermeo@ucuenca.edu.ec
Recibido: 18/12/2018
Aprobado: 23/04/2019

Blanco, A. V. (2018). *Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC.

El libro titulado como “Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones”, escrito por Alejandro Vergara Blanco, que es parte de las Ediciones de la Universidad Católica de Chile; es un texto, que hace una revisión de doctrinas y análisis del autor, sobre la identidad del derecho de aguas; además, con la intención de mantener la tonalidad de los textos recopilados, por ser de épocas diferentes, fueron presentados sin modificaciones, tal como lo comparte el propio autor en el prólogo de esta edición. Así, el autor hace un análisis de la identidad del derecho de aguas, desde el derecho neomoderno, contemplando así la transformación del derecho desde el moderno al neomoderno, destacando las diferentes variaciones que se dieron, con el fin de poder responder ante las distintas disciplinas jurídicas; contribuyendo con sus ideas y opiniones sobre el tema; y, con la recopilación de una serie de escritos del propio jurista.

1 Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca. Diploma en Gestión de Recursos Hídricos. ADECI-CIA. Asistente del Grupo de Investigación: “Water Law and Management Lab”; Cuenca-Ecuador.

En efecto, la obra revisada está compuesta por siete capítulos. En el Capítulo I, Alejandro Vergara Blanco, al remitirse a la “Regulación de recursos naturales y aguas”, hace una revisión del marco constitucional y legal, con la contribución en manera de análisis de las regulaciones y políticas liberalizadoras que componen la inter relación entre los bienes, servicios públicos y los respectivos recursos naturales; así, como una referencia de como regular sobre estos temas, señalando las innovaciones al actual régimen jurídico de aguas y sobre saneamiento.

En el Capítulo II, el autor, al tocar el tema sobre las “Modificaciones legales. Ensayos críticos”, estudia la codificación de las instituciones del derecho de aguas, así como, el avance de las mismas, haciendo un recuento del fallido intento de propuesta de ley sobre el derecho de aguas chileno, destacando los elementos innovadores encontrados, que pese a su gran desarrollo no pudo ser aprobada por los poderes políticos que se manejaron en esa época; a partir de este estudio, analiza la falta o la escases de instituciones sobre el agua, la falta de especialización de tribunales y la necesaria creación de tribunales especializados en el tema, ya que en la época actual se han generado una serie de conflictos relacionados al agua.

En el Capítulo III, el jurista desarrolla el tema sobre la “Naturaleza Jurídica de las Aguas”, en el que se explora lo referente a la titularidad del derecho de aguas, analizando cómo se han configurado históricamente los vínculos jurídicos con el agua; y, así haciendo un estudio concerniente a las aguas, tomando en cuenta desde la propiedad de las gotas de lluvia y la repartición del recurso hídrico entre en Estado, la sociedad y el mercado. Señalando de esta forma la posibilidad de la nacionalización de las aguas, teniendo en cuenta la administración dual en el modelo chileno. Concluyendo que la realidad del derecho viviente torna inútil la estatización de las aguas.

Ahora bien, en el capítulo IV, al referirse al “Uso común y distribución de Aguas”, el autor habla sobre el recurso hídrico desde la gestión del mismo, teniendo en cuenta que es de gran importancia, pese a que es un recurso escaso, por lo cual el uso y distribución del agua se convierte en el tema central de este capítulo, debido que abordan la construcción de la correcta administración de las aguas, con la búsqueda de la autogestión de las aguas en Chile. De igual manera, se presentan críticas a proyectos de política pública, haciendo constar que la administración pública utiliza mecanismos inadecuados para la solución de problemas relacionados a las aguas; concluyendo con la revisión de las instituciones más relevantes de autogobierno de la gestión de las Aguas en Chile, teniendo en cuenta que el uso de este recurso no está únicamente destinado para el consumo, sino también para el riego o para canales; desde esta perspectiva es que presenta posibles soluciones regulatorias y a la vez administrativas ante los principales desafíos que se presenten en lo relativo al rol y gestión de las juntas de vigilancia, expresión del modelo de autogobierno.

Vergara Blanco, al desarrollar el capítulo V, titulado como el “Mercado de derechos de aguas”, hace mención a las características del nuevo derecho de aguas chileno, con una revisión histórica desde 1979, incluyendo las innovaciones constitucionales y legales que se han dado sobre el tema; de igual manera, hace un análisis sobre las transacciones por el uso de las aguas que se pueden dar en el mercado, contemplando así los mecanismos jurídicos adecuados que permitan el reforzamiento del mercado de aguas en Chile.

En el penúltimo capítulo, el VI, sobre los “Derechos consuetudinarios de aguas” comienza con una referencia del libro de Daniela Rivera, con el título de “Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento y subsistencia”, examinando el tema desde la visión regulatoria y el rescate cultural y práctico; además, una revisión del enfoque de la autora; de forma trascendental llama la atención el estudio de los aportes del texto, desde la crónica, lo medular, la densidad jurídica y la precisión en la sistematización. El desarrollo de este capítulo, continúa con la regularización de derechos consuetudinarios de aguas en el derecho real, con una revisión de la crónica jurisprudencial sobre el tema y el posterior reconocimiento en la regulación chilena, esto hasta llegar a los efectos que produjo en la nueva línea jurisprudencial.

Finalmente en el capítulo VII, sobre los “Desafíos de la disciplina de derecho de aguas”, el Jurista, Alejandro Vergara Blanco, reflexiona sobre el derecho de aguas, como un sistema, al ser aplicada a una disciplina específica: así también, como función, contemplando el enfoque científico de un ordenamiento jurídico, desde la interpretación, aplicación y la dogmática jurídica; es aquí, que al hacer un análisis del núcleo dogmático del derecho de aguas, estudia al derecho de las aguas desde la epistemología jurídica, para así delimitar esta disciplina. En base de este estudio, el autor revisa a las aguas como una experiencia interdisciplinaria, por la necesidad disciplinar de que cada uno de realizar un aporte para el mismo. Para finalizar, el autor realiza una exposición sobre la conservación y protección de las aguas, por la búsqueda del desarrollo sostenible; y, sobre la necesidad de estudiar sobre la contaminación y derecho de aguas, dejando a dilucidar su criterio, de si bien debe darse la correcta protección a la naturaleza, esta no impide el desarrollo y de igual modo el desarrollo no debe implicar contaminación.

En efecto, este texto nos invita a contemplar un debate de gran importancia en la actualidad en Chile. Un debate que alude al desarrollo de la especialización en la judicialización del derecho de aguas, no sólo desde el ámbito normativo, si no con la implementación de tribunales especializados que permitan solucionar desafíos que se han planteado en los últimos 25 años.

Ante la situación planteada, tengo la seguridad que el libro “Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones” es una obra de recopilación de escrito

y de análisis jurídico, que contribuye a la construcción de una disciplina que es un gran desafío y no sólo para Chile, sino para la región y el mundo, metería que necesita tomar acciones inmediatas tras la crisis sobre el recurso hídrico en el mundo.

SECCIÓN IV
Lineamientos editoriales



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

REVISTA IURIS

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Política y Sociales de la Universidad de Cuenca, publica la Revista IURIS, de manera bianual, con el objetivo de difundir los resultados, compartir conocimientos y aprendizajes de los proyectos de investigación e intervención que realizan las diferentes carreras de la Facultad, así como de otras instituciones relacionadas con el campo de las Ciencias Jurídicas, Sociales y Políticas. La revista busca publicar manuscritos originales en español e inglés, enfocados principalmente al conocimiento y comprensión en materia: a) Derecho; b) Trabajo Social; c) Orientación Familiar; y, d) Género y Desarrollo.

LINEAMIENTOS EDITORIALES:

Generalidades.-

La política editorial de la Revista, exige que la evaluación de los artículos se realice mediante el sistema “dobles pares ciegos”, donde por lo menos dos árbitros anónimos prepararán informes de cada artículo enviado a la revista; el periodo máximo de revisión será de tres meses.

Los manuscritos deberán tener una extensión mínima de 4.000 palabras (aproximadamente 12 páginas a espacio y medio) y no deberán exceder 7000 palabras (aproximadamente 21 páginas a espacio y medio) incluyendo notas y bibliografía. El máximo de gráficos es de cinco páginas incluidas en el texto.

Cada artículo debe incluir: título, así como un resumen en español y a continuación, la respectiva traducción al inglés (Abstract). Se adjuntarán un máximo de 5 palabras claves del documento en español y a continuación la respectiva traducción al inglés (Keywords).

Envío.-

Los autores interesados en publicar en la Revista IURIS, tienen que enviar una copia electrónica del manuscrito a dirección editorial andres.martinez@ucuenca.edu.ec; acompañada por una carta declarando que el manuscrito no

ha sido ofrecido para ser publicado en otra revista o libro (en papel o forma digital), ni es accesible en una página pública del web. Así mismo, indicar en tal carta el conteo de las palabras (incluyendo las notas y bibliografía) del manuscrito.

Los manuscritos deben enviarse de forma electrónica en formato Microsoft WORD (.doc, .docx). Los gráficos (imágenes, tablas, fotografías, gráficos, etc.) deben enviarse por separado en su formato original. Los manuscritos no deben incluir ningún tipo de información sobre el o los autores. Así mismo, se deben omitir (al menos durante la fase de evaluación) secciones en el texto (como citas) que puedan identificar la identidad del o los autores.

Por separado, debe enviarse una página de información general, la cual contenga el título del manuscrito, los nombres y apellidos de cada autor, la afiliación institucional de cada autor, y la dirección electrónica del autor principal. El título también debe incluirse en la parte superior de la primera página del texto, y las páginas del texto deben estar enumeradas.

Los archivos enviados deben identificarse con el nombre del autor principal y fecha (por ejemplo: Arango210414.doc y Arango210414.jpg --es decir, Arango 21 de abril de 2014)

Es necesario evitar la inclusión de comentarios en el texto o en los agradecimientos que revelen la identidad del autor, hasta la aceptación final del manuscrito.

FORMATO

Texto

El texto debe estar a espacio y medio (1.5), tamaño 12, estilo Times New Roman, excepto para el título en el que se empleará un tamaño de letra de 14 en negrita, márgenes superior, inferior, izquierdo, derecho de 2,54 cm cada uno.

Debe utilizarse un solo tipo de texto, aunque se puede utilizar *cursiva* y **negrita** donde sea necesario. Se puede usar dos niveles de subtítulos, el primero en negrita y el segundo en cursiva, ambos alineados a la izquierda, en una línea separada en letras minúsculas (con letras mayúsculas solo para la primera letra y para nombres propios). Los títulos y párrafos deben estar a espacio y medio como el resto del texto, dejando sangría para cada nuevo párrafo.

Las citas y referencias estilo APA.

La página con el título del manuscrito debe incluir los nombres y apellidos de cada autor, y la dirección electrónica del autor principal. El título debe incluirse en la parte superior de la primera página del texto, y las páginas del texto deben estar enumeradas. No se deben utilizar macros incrustados, programas especiales de referencia, u otros formatos espaciales que pueden perderse en la conversión de los archivos. Las palabras y frases utilizadas en otro idioma diferente al español (que no se han adoptado en la norma de la Real Academia Española) deben escribirse en cursiva.

Resumen

El resumen debe sintetizar el propósito del artículo y sus principales conclusiones. Su máxima extensión es de 250 palabras y debe ser ubicado debajo del título del artículo en la primera página del texto. Se debe incluir un listado de cuatro palabras claves (en minúsculas) en una línea separada después del resumen. Adicionalmente, se debe incluir un resumen en inglés.

Notas al pie

El uso de notas al pie debe ser utilizado sólo en casos estrictamente justificados.

Referencias

La Revista IURIS utiliza las normas del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association* (APA), el cual incluye citaciones en el texto con los apellidos de los autores y el año de publicaciones, ya sea entre paréntesis o no, y si es una cita directa, la cita entre comillas si es menor a 40 palabras, o si es más de 40 palabras, la cita sin comillas en un párrafo aparte con sangría francesa, esto con/los números(s) de página(s); por ejemplo (Ayala, 1987, p. 45). La lista de referencias completas debe aparecer una nueva página después del texto, en orden alfabético por apellidos del autor y año de publicación de cada autor en paréntesis. Los títulos de todos libros y revistas deben ser completos y no abreviados. Para mayor detalle, favor consultar *Publication Manual of the American Psychological Association, Sixth Edition*.

El estilo que debe seguirse en los manuscritos en la lista de referencias enviados a esta revista es el siguiente:

Artículos

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B., & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp-pp. doi: xx.xxxxxxx.

Cintrón, G., Lugo, A. E., Pool, D. J., & Morris, G. (1978). Mangroves of Arid Environments in Puerto Rico and Adjacent Islands. *Biotropica*, 10(2), 110-121. Recuperado de <http://www.jstor.org/pss/2388013>

Rodríguez, Y., Puente, M., Abad, M., Santaella, M., & Carballo, R. (2012). ¿Puede el ejercicio físico moderado durante el embarazo actuar como un factor de prevención de la Diabetes Gestacional? *Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, 8(27), 3-19. Doi: 10.1037/0278-6133.24.2.225

Libro

Goleman, D. (2000). *La inteligencia emocional: ¿Por qué es más importante que el cociente intelectual?*. Ciudad de México, México: Ediciones B.

De Jesús Domínguez, J. (1887). *La autonomía administrativa en Puerto Rico*. Recuperado de <http://hdl.loc.gov/loc.gdc/lhbpr.33517>

Capítulo de libro

Picó, F. (2004). Arecibo, sol y sereno. En F. Feliú Matilla (Ed.), *200 años de literatura y periodismo: 1803 – 2003*. 6, pp. 129-134. San Juan, PR: Ediciones Huracán.

Graham, G. (2010). Behaviorism. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Vol. 9, pp. 45-78. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/entries/behaviorism/>

Libro electrónico

Keef, E. (sin fecha). Egoism & the crisis in Western values. Recuperado de <http://www.onlineoriginals.com/showitem.Asp?item|D=135>

Tesis

Nieves Rosa, A. (2003). *El debate entre lo biológico y lo social en psicología contemporánea: Análisis sobre el discurso de la hiperactividad*. (Tesis

doctoral). Recuperado de la base de datos ProQuest Dissertations and Theses. (UMI Núm.3180838)

Ponencias y Congresos

Launay, C. T. (Junio, 2008). Hacia un concepto de gobernanza diferenciada en Colombia. Simposio llevado a cabo en el Primer Congreso de Ciencia Política. Bogotá, Colombia.

Liu, S. (Mayo, 2005). *Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions*. Trabajo presentado en la Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Resumen recuperado de http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.html

Entrevista grabada y disponible en un archive

Smit, M. B. (12 de agosto de 1989). Entrevista de C. A. Kiesler (Audio). President's Oral History Project, American Psychological Association. APA Archives, Washington, DC.

Transcripción de una entrevista grabada grabación disponible

Sparkman, C. F. (1973). *Una historia oral con el Dr. Colley F. Entrevistador: Orley B. Caudill*. Mississippi Oral History Program (Vol. 289), University of Southern Mississippi, Hattiesburg.

Tablas

Todas las tablas deben estar citadas y discutidas dentro del texto. El texto en éstas debe ser tamaño 12 (como el resto del texto) en tipo Garamond. Las tablas deben estar enumerados consecutivamente y tener un título incluido en la parte superior de la tabla (por ejemplo: Cuadro 5: Información básica.) Las tablas no deben de estar en formal de imágenes.

Gráficas

Los mapas, gráficos y fotos serán enviados de forma digital y deben estar discutidos dentro del texto y citados exclusivamente como "Figuras". Estas

figuras deben ser de alta calidad (resolución mínima de 600 dpi) en su formato original (por ejemplo, .jpg, .jpeg, .tiff, .png, .ai). De ninguna forma las figuras deben ser enviadas incrustadas en formato Word (.doc, .docx). Preferimos gráficos producidos con Illustrator.

Las figuras deben estar enumeradas consecutivamente (Figura 1: Título). Pedimos un listado de los títulos completos de las ilustraciones (mapas/ fotos) en una página separada y colocada después de la bibliografía.

ENVÍO ÚNICO

Ningún manuscrito debe ser enviado a la Revista IURIS mientras esté en consideración para toda publicación en alguna otro tipo de publicación.

DERECHOS

Si el manuscrito tiene materia sujeto a derechos de autor, se debe obtener y remitir al Editor los correspondientes permisos para su uso mediante una carta del propietario del material. Una vez aceptado y publicado, los derechos del artículo pertenecerán a la *Revista IURIS*.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

IURIS JOURNAL

The Faculty of Jurisprudence, Political and Social Sciences of the University of Cuenca, publishes twice-yearly the IURIS Journal, with the objective of spreading the results, sharing knowledge and learnings of the research and intervention projects that the different majors of the Faculty develop, as well as other institutions related to the field of Judicial, Social and Political Sciences. The journal intends to publish original articles in Spanish and English, focused mainly to the knowledge and understanding of: a) Law; b) Social Work; c) Family Orientation; and, d) Gender and Development.

EDITORIAL LINEAMENTS:

Basic concepts.-

The editorial policy of the journal, requires that the evaluation of the articles must be done by the system of “double blind pairs”, where at least two anonymous coaches will prepare reports of each article sent to the journal; the maximum period of review will be three months.

The journal has four sections: i) Research Articles; ii) Opinion, as well as national and regional situation articles; iii) Articles of undergraduate and graduate students; and, iv) Reviews of other publications (special format).

The articles of the first three sections must have a minimum extent of 4.000 words (approximately 12 pages if you select space and a half) and it must not exceed 7.000 words (approximately 21 pages if you select space and a half) including notes and bibliography. The maximum of graphics must be of five pages included in the text.

Each article must include: title, as well as an abstract in Spanish and its translation in English (Abstract). Eventually, it must include a maximum of 5 keywords of the document in Spanish and its translation in English (Keywords).

Delivery.-

The authors interested on publishing in the IURIS Journal, must complete the electronic an electronic copy of the article to the editorial email address:

revista.iuris@ucuenca.edu.ec; as well as, a letter declaring that the article has not been offered to another journal or book (in paper or in a digital form), nor it is accessible in a public webpage. Moreover, the author must indicate in the letter the count of words (including the notes and bibliography) of the article.

The article must be sent in an electronic form in Microsoft WORD (.doc, .docx). The graphics (images, tables, photography, graphics, etc.) must be sent separated in its original format. The articles must not include any type of information about the author or authors. Furthermore, the author must omit (at least during the evaluation stage) any section of the text (like citations) that could identify the author or authors.

The author must send separated, a page with general information, that must contain the title of the article, the names and last names of each author, the institutional affiliation of each author, and the electronic address of the main author. The title must be included in the top of the first page of the article, as well as the pages of the text must be numbered.

The files sent must be identified with the name of the main author and the date (for instance: Arango210414.doc and Arango210414.jpg – that means Arango 21 de abril de 2014).

It is necessary to avoid the inclusion of comments in the text or in the appreciation that could reveal the identity of the author, until the final acceptance of the article.

FORMAT

Text.-

The format of the text must be: a space and a half (1.5), size 12, style Times New Roman, except for the title that must be in size 14 and bold, the top, lower, left and right margins of 2,54 cm each one.

The author must use just one type of text, although bold and italics can be used where it is necessary. The author can use two level of subtitles, the first in bold and the second in italics, both aligned to the left, in separated line in lower case letters (with capital letter just for the first letter and for proper names). The titles and the paragraphs must be in a space and a half like the rest of the text, each new paragraph must be with indentation.

The citation and references must be in APA style.

The page with the title of the article must include the names and last names of each author, and the electronic address of the main author. The title must

be in the top of the first page of the text, and the pages must be numbered. The author cannot use embedded macros, special reference programs, or other special format that can be lost in the conversation of the files. The words and phrases used in another language different to Spanish (that have not been adopted in the norms of the Royal Spanish Academy) must be written in italics.

Abstract.-

The abstract must synthetize the purpose of the article and its main conclusions. Its maximum extent must be 250 words and must be located under the title of the article in the first page of the text. It must include four keywords (lower case letters) in a separated line after the abstract.

Additionally, it must contain its translation to English.

Footnotes.-

Footnotes must be used only in cases strictly justified.

References.-

The IURIS Journal uses the rules of the Publication Manual of the American Psychological Association (APA), that includes citations in the text with the last name of the authors and the year of the publications, either into parenthesis or not, and if the citation is direct, the citation into quotation marks if it has less than 40 words, or if it has more than 40 words, the citation must be without quotation marks in a separated paragraph with French indentation, this with the number(s) of the page(s); for example (Ayala, 1987, p.45). The list with complete references must appear in a new page after the text, in alphabetic order taking into account the last name of the author and the year of the publication of each author into parenthesis. The titles of every book and journal must be complete and not abridged.

If you want to know more details, please check the Publication Manual of the American Psychological Association, Sixth Edition.

The style that you must follow in the articles in the reference list sent to the journal is the following one:

Articles.-

Last names, A. A., Last names, B. B., & Last names, C. C. (Date). Title of the article. Title of the publication, volume (number), pp-pp. doi: xx.xxxxxxx.

Cintrón, G., Lugo, A. E., Pool, D. J., & Morris, G. (1978). Mangroves of Arid Environments in Puerto Rico and Adjacent Islands. *Biotropica*, 10(2), 110-121. Recovered from <http://www.jstor.org/pss/2388013>.

Rodríguez, Y., Puente, M., Abad, M., Santaella, M., & Carballo, R. (2012). ¿Puede el ejercicio físico moderado durante el embarazo actuar como un factor de prevención de la Diabetes Gestacional? *Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, 8(27), 3-19. Doi: 10.1037/0278-6133.24.2.225.

Book.-

Goleman, D. (2000). *La inteligencia emocional: ¿Por qué es más importante que el cociente intelectual?*. Ciudad de México, México: Ediciones B.

De Jesús Domínguez, J. (1887). *La autonomía administrativa en Puerto Rico*. Recovered from <http://hdl.loc.gov/loc.gdc/lhbpr.33517>.

Chapter of a book.-

Picó, F. (2004). *Arecibo, sol y sereno*. En F. Feliú Matilla (Ed.), *200 años de literatura y periodismo: 1803 – 2003*. 6, pp. 129-134. San Juan, PR: Ediciones Huracán.

Graham, G. (2010). *Behaviorism*. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Vol. 9, pp. 45-78. Recovered from <http://plato.stanford.edu/entries/behaviorism/>.

Electronic book.-

Keef, E. (without date). *Egoism & the crisis in Western values*. Recovered from <http://www.onlineoriginals.com/showitem.Asp?item|D=135>.

Thesis.-

Nieves Rosa, A. (2003). El debate entre lo biológico y lo social en psicología contemporánea: Análisis sobre el discurso de la hiperactividad. (Doctoral thesis). Recovered from the data base ProQuest Dissertations and Theses. (UMI Núm.3180838)

Talks and conferences.-

Launay, C. T. (Junio, 2008). Hacia un concepto de gobernanza diferenciada en Colombia. Symposium that took place in the Primer Congreso de Ciencia Política. Bogotá, Colombia.

Liu, S. (Mayo, 2005). Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions. Work presented in the Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Recovered from http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.html

Recorded interviews and available in a file.-

Smit, M. B. (12 de agosto de 1989). Interview of C. A. Kiesler (Audio). President's Oral History Project, American Psychological Association. APA Archives, Washington, DC.

Transcription of a recorded interview, recording available.-

Sparkman, C. F. (1973). Una historia oral con el Dr. Colley F. Entrevistador: Orley B. Caudill. Mississippi Oral History Program (Vol. 289), University of Southern Mississippi, Hattiesburg.

Tables.-

Every table must be cited and discussed into the text. The text in these ones must be in size 12 (like the rest of the text) in Garamond. The tables must be

enumerated consecutively and must have a title included in the top of the table (for example: Charter 5: Basic information). The tables must not be in the format of images.

Graphics.-

The maps, graphics and photos will be sent in a digital format and must be discussed into the text and cited only like “Figures”. These figures must be in high quality (minimum resolution of 600 dpi) in their original format (for example, .jpg, .tiff, .png, .ai). The figures cannot be sent set in Word format (.doc, .docx). We prefer graphics produced with Illustrator.

The figures must be enumerated consecutively (Figure 1: Title). We ask a list of the complete titles of the illustrations (maps/photos) in a separated page and after the bibliography.

UNIQUE DELIVERY

Under no circumstances any manuscript can be sent to the IURIS Journal while it is considered to be published in any other type of publication.

RIGHTS

If the manuscript has contents protected by authors rights, it must be obtained and sent to the Publisher the corresponding permissions to use by a letter of the owner of the material. Once it is accepted and published, the rights of the article will belong to the IURIS Journal.



UNIVERSIDAD
DE CUENCA