

Trabajo, ambiente laboral, salud y seguridad social

**Delimitación del concepto de riesgo
psicosocial en el trabajo**

Elisa Sierra Hernaiz

**Los vacíos jurídicos de los riesgos
laborales del teletrabajo en Ecuador**

Efraín Fernando Muy Pérez

**Responsabilidad del empleador
por *mobbing* horizontal**

*José Antonio Burneo Burneo
y José Antonio Burneo Carrera*

**El derecho a la igualdad material en contratos
de servicios ocasionales. Comentario de fallo**

David Mauricio Castillo Aguirre

**Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa
de atención en embarazo y violencia obstétrica)**

*Erick Fabián Guapizaca Jiménez
y María Paula Marroquín Ruiz*

**Una mirada interpretativa
y constitucional de los derechos sociales:
la reducción de las pensiones jubilares**

Carla Verónica Espinosa Cueva

**El principio de universalidad
desde una perspectiva legal y efectiva
en la seguridad social ecuatoriana**

*María Dolores Núñez Ávila
y María Lorena Rivadeneira Vásquez*

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Enero-junio 2021 • Número 35

FORO: Revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTORA DEL ÁREA: Dra. Claudia Storini.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITORA ADJUNTA: Dra. María Augusta León.

EDITORA TEMÁTICA: Dra. Elisa Lanas Medina.

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España), Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dra. Elisa Lanas Medina (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dr. Osmar Sotomayor (Universidad Mayor de San Andrés. Bolivia), Dra. Sonia Merlyn (Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Ecuador), Dr. Marco Navas Alvear (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Farith Simon (Universidad San Francisco de Quito. Ecuador), Dr. César García Novoa (Universidad Santiago de Compostela. España).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

ASISTENTE ACADÉMICO-EDITORIAL: Mg. Fausto Quizhpe Gualán.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega. **DIAGRAMACIÓN:** Margarita Andrade. **CORRECCIÓN:** Fernando Balseca. **CUBIERTA:** Raúl Yépez. **IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versailles, Quito.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

FORO es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*). Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO aparece en los siguientes índices: DOAJ, ERIH PLUS, Catálogo 2.0 de Latindex, REDIB, Dialnet, y es miembro de LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas).

Contenido

	Editorial <i>Elisa Verónica Lanas Medina</i>	3
TEMA CENTRAL	TRABAJO, AMBIENTE LABORAL, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL	
	Sección monográfica	
	Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	7
	Los vacíos jurídicos de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador <i>Efraín Fernando Muy Pérez</i>	27
	Responsabilidad del empleador por <i>mobbing</i> horizontal <i>José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera</i>	47
	El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo <i>David Mauricio Castillo Aguirre</i>	65
	Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica) <i>Erick Fabián Guapizaca Jiménez y María Paula Marroquín Ruiz</i>	85
	Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales: la reducción de las pensiones jubilares <i>Carla Verónica Espinosa Cueva</i>	105
	El principio de universalidad desde una perspectiva legal y efectiva en la seguridad social ecuatoriana <i>María Dolores Núñez Ávila y María Lorena Rivadeneira Vásquez</i>	125
	Sección abierta	
	Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano <i>Karla Ayerim Yáñez Yáñez y Frank Luis Mila Maldonado</i>	145
	El efecto de la ineficacia de los actos traslaticios de dominio en el hecho generador del impuesto de alcabala <i>María Bernarda Carpio Frixone y María Gracia Naranjo Ponce</i>	169
	Ciudadanía republicana: deberes generales y especiales regulados desde la esfera jurídico-penal <i>Vicente Vásquez Merelo</i>	191
	Colaboradores	211
	Normas para colaboradores	215

Content

Preface	
<i>Elisa Verónica Lanas Medina</i>	3

MAIN THEME

WORK, WORK ENVIRONMENT, HEALTH AND SOCIAL SECURITY

Monographic section

Delimitation of the concept psychosocial risk at work	
<i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	7
The legal vacuum of the labour risks of telework in Ecuador	
<i>Efraín Fernando Muy Pérez</i>	27
Employer's responsibility for horizontal mobbing	
<i>José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera</i>	47
The right of material equality in occasional service contracts.	
Judgment commentary	
<i>David Mauricio Castillo Aguirre</i>	65
Case n.º 904-12-JP/19 (pregnancy care denial and obstetric violence)	
<i>Erick Fabián Guapizaca Jiménez y María Paula Marroquín Ruiz</i>	85
A constitutional interpretative view of social rights: the reduction of the retirement pensions	
<i>Carla Verónica Espinosa Cueva</i>	105
The principle of universality from a legal and effective perspective in Ecuadorian social security	
<i>María Dolores Núñez Ávila y María Lorena Rivadeneira Vásquez</i>	125

Open section

Construction of transnational spaces:	
The new Latin American constitucionalism	
<i>Karla Ayerim Yáñez Yáñez y Frank Luis Mila Maldonado</i>	145
The effect of the inefficacy of ownership transferring contracts on the taxable event of the alcabala tax	
<i>María Bernarda Carpio Frixone y María Gracia Naranjo Ponce</i>	169
Republican citizen: general and specific duty regulated from the legal-criminal sphere	
<i>Vicente Vásquez Merelo</i>	191
Collaborators	211
Rules for Collaborators	215

Editorial

La Revista FORO 35 tiene como temas centrales: el trabajo, el ambiente laboral, la salud y seguridad social, que deberían ocupar permanentemente un lugar importante en la agenda política y jurídica del Gobierno y de la Asamblea Nacional, ya que son temas que requieren continua atención y renovación, conforme las condiciones laborales y de trabajo van cambiando en el país y el mundo, y que, con ocasión de la pandemia provocada por el COVID 19, han cobrado muchísima importancia no solo porque de manera atónita y no preparada fuimos obligados a recluarnos en nuestros hogares durante varios meses, y eso provocó serias dificultades para que muchas empresas y negocios a nivel mundial y del Ecuador puedan seguir funcionando, sino también porque, luego del primer momento de incertidumbre, poco a poco hubo la necesidad de ir probando condiciones para hacer que las actividades se reanuden, ya sea de manera no presencial, cuando eso era posible, o de forma física, cuando el tipo de actividad o la falta de medios no han hecho posible el teletrabajo.

La presión de los últimos meses hace imprescindible que en el país se discutan y regulen ciertos riesgos a la salud que no están normados, tales como el riesgo psicosocial en el trabajo. Para entender este concepto, presentamos el artículo de Elisa Sierra Hernaiz.

Por otro lado el obligado paso del trabajo presencial al teletrabajo ha hecho necesario regular de mejor manera las condiciones de esta modalidad laboral, pero hay temas que todavía necesitan ser normados exhaustivamente, ese es el caso de la protección de la salud y seguridad en el teletrabajo. Para entender mejor los vacíos en cuanto a la prevención de riesgos laborales en esta modalidad contractual, presentamos el artículo de Efraín Muy Pérez.

En Ecuador, desde 2017, se ha regulado el acoso laboral; no obstante, dicha regulación es incompleta, ya que de manera general se prevé que el acoso laboral puede ser causal de visto bueno, tanto contra el empleador como del trabajador, sin realizar una revisión completa de esta figura. En ese contexto, el artículo escrito por José Burneo Burneo y José Burneo Carrera sobre la responsabilidad del empleador por mobbing horizontal, es muy oportuno.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana merece especial atención. Dos artículos analizan importantes resoluciones de esta Alta Corte; el primero, relativo al derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales, es-

crito por David Castillo Aguirre; el segundo analiza la Sentencia n.º 904-12-JP/19 que resuelve la negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica, escrito por Erick Fabián Guapizaca Jiménez y María Paula Marroquín Ruiz.

Por la crisis provocada por la pandemia, un número muy importante de trabajadores tuvieron que dejar sus empleos, muchos de ellos todavía no han podido encontrar otro trabajo, y siguen en el desempleo, o se han vinculado a actividades autónomas, sea formal o informalmente. Estos colectivos demandan subsidios como el de desempleo. A esta presión sobre la seguridad social se suma la de la atención de salud que han requerido muchas más personas de las previstas en este periodo. Esta realidad exige análisis serios e informados sobre la protección social en el país.

A comprender importantes aspectos relacionados con la seguridad social se dedican dos artículos que vienen a cerrar la sección monográfica; el primero de autoría de Carla Espinosa Cueva, que centra su análisis en la reducción de las pensiones jubilares; y el segundo sobre el principio de universalidad de la seguridad social ecuatoriana, escrito por María Dolores Núñez Ávila y María Lorena Rivadeneira Vásquez.

En la sección abierta encontramos tres artículos. El primero propone la construcción de espacios transnacionales a partir del planteamiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, presentado por Karla Ayerim Yáñez Yáñez y Frank Luis Mila Maldonado.

Otro de los artículos estudia el efecto de la ineficacia de los actos traslaticios de dominio en el hecho generador del impuesto de alcabala, de María Bernarda Carpio Frixone y María Gracia Naranjo Ponce.

Para cerrar el número 35 de la revista FORO, encontramos el artículo sobre ciudadanía republicana, y los deberes generales y especiales regulados desde la esfera jurídico-penal, escrito por Vicente Vásconez Merelo.

Agradecemos a todo el equipo de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, especialmente al Área de Derecho, por abordar la temática del trabajo desde la perspectiva de la salud laboral y la seguridad social. Agradecemos también el trabajo minucioso de todos los evaluadores y evaluadoras, internacionales y nacionales, por su colaboración para mejorar cada artículo que ahora se presenta.

Los diez artículos presentados en este número de la revista constituyen investigaciones interesantes y novedosas que abordan distintas temáticas interconectadas, que precisamente deben ser miradas, discutidas y reguladas de manera integradora.

Elisa Verónica Lanás Medina

TEMA CENTRAL:

**TRABAJO, AMBIENTE LABORAL,
SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL**

Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo

*Delimitation of the concept psychosocial
risk at work*

Elisa Sierra Hernaiz

Profesora de la Universidad Pública de Navarra

Pamplona, España

elisa@unavarra.es

ORCID: 0000-0002-4320-026X

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.1>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En el actual contexto de las relaciones laborales uno de los retos en el ámbito de la prevención de riesgos es el tratamiento de los riesgos psicosociales como riesgos emergentes. Las dificultades que se plantean son muchas, desde la ausencia de un concepto legal de los mismos hasta la incorporación del concepto de salud mental de los trabajadores desde un punto de vista jurídico y no solo psicológico. Sin embargo, ello no puede suponer que estos riesgos queden excluidos de las medidas de prevención de riesgos laborales en la empresa ya que se trata de proteger derechos tan importantes como la integridad física y psicológica o el derecho a no ser discriminado de la persona trabajadora. El tratamiento de estos riesgos en el derecho comunitario europeo y en el derecho español se ha realizado de manera indirecta a través de la normativa preventiva común para todos los riesgos, pero fundamentalmente a través de las Normas Técnicas.

La aprobación del Convenio 190 de la OIT sobre acoso y violencia en el trabajo es un punto de inflexión en esta materia que va a obligar a regular estos riesgos de manera específica, lo que supone un gran paso para su erradicación en el ámbito de las relaciones laborales. Por todo ello, en el presente trabajo se delimita el concepto de riesgo psicosocial como un problema de salud que tiene que tener que integrarse necesariamente en la política preventiva de la empresa.

PALABRAS CLAVE: violencia, acoso, concepto, riesgos psicosociales, trabajo.

ABSTRACT

Nowadays one of the most important challenges at work is dealing with psychosocial risks at work. The main difficulties are the lack of a legal definition and the incorporation of mental health at work like as a more occupational risk. However, this situation can not mean that these risks are excluded from the policy for risk prevention in the workplace since it is about protecting fundamental rights at work, as the physical and psychological integrity or the right to not be discriminated. Until now the treatment of psychosocial risks at work in European Community law and in Spanish law has been carried out indirectly through the common preventive regulations for all risks, but mainly through the European and Spanish Technical Standards. The adoption of International Labour Organization Convention number 190 recognizes the right of everyone to a world of work free from violence and harassment, including gender-based violence and harassment. This ILO Convention it is a turning point that will force to regulate specifically these risks, which is a great step for its eradication in the field of labor relations. Therefore, in this article the concept of psychosocial risk is delimited as a health problem that must necessarily be integrated into the company's preventive policy

KEYWORDS: violence, harassment, concept, psychosocial, risk, labour.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los riesgos psicosociales son riesgos emergentes en el ámbito de las relaciones laborales. Se les califica así ya que, a diferencia de los riesgos físicos o biológicos, su inclusión en la normativa preventiva era prácticamente residual hasta tiempos muy recientes, fundamentalmente porque los problemas de salud mental ocasionados como consecuencia de la prestación de servicios por cuenta ajena se consideraba que tenían que ser tratados desde un ámbito médico o por la rama de la psicología laboral. Esta perspectiva cambió hacia los años ochenta del siglo pasado y desde entonces su evolución ha sido hacia su inclusión como un riesgo más dentro de la política preventiva en la empresa. Este cambio es debido a múltiples razones, como, por ejemplo, que el término salud laboral se defina de una manera dinámica; el reconocimiento de que la organización del trabajo y las relaciones personales que se entablan en él pueden producir problemas mentales; un concepto holístico de salud, etc. Por lo tanto, la idea clave es que el desempeño de un trabajo puede afectar negativamente a la salud mental de las personas, desarrollando enfermedades o agravando problemas previos. Si ello es así, ese daño mental también integra la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales.

El problema para visibilizar riesgos psicosociales es que no existe una definición del mismo en la normativa de prevención de riesgos laborales, ni en el ordenamiento jurídico comunitario europeo ni español. Ello supone que su delimitación legal se realiza por aproximación a su significado, lo que puede ser un obstáculo para su correcta identificación y erradicación en la empresa. En este contexto han desempeñado un papel fundamental las Normas Técnicas aprobadas por los organismos públicos encargados de velar por la integridad y salud de los trabajadores y, más recientemente, la aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de su Convenio 190 sobre violencia y acoso, con referencias específicas al entorno laboral por la gravedad de estas conductas en la dignidad de la persona. Pues bien, partiendo de esta realidad en el presente trabajo se delimitará tanto el concepto de riesgo psicosocial como de salud mental desde una perspectiva jurídica para pasar a analizar cuáles son los principales riesgos psicosociales, con especial mención al acoso y violencia en el trabajo.

PUNTO DE PARTIDA: AUSENCIA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE RIESGO PSICOSOCIAL

En la actualidad no existe una definición legal de riesgo psicosocial, lo que, si bien constituye una dificultad para la identificación y erradicación de estas conductas en la empresa, ello no ha obstado para que haya sido incluido dentro de la normativa

de prevención de riesgos laborales, tanto en el derecho comunitario europeo como español, dado que el concepto de riesgo profesional se configura de una manera muy amplia, al igual que el alcance de la deuda de seguridad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.¹

Así, por lo que se refiere al derecho comunitario europeo, la norma de referencia es la Directiva marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.² Como Directiva Marco su finalidad es fijar unos estándares mínimos comunes para todos los países, comprendiendo dentro de su ámbito todos los riesgos para la salud que tengan su origen en el trabajo sin excepción alguna, fijando las obligaciones de evaluación y adopción de medidas necesarias para evitar o, si no es posible, aminorar los riesgos profesionales. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00, en sus fundamentos jurídicos números 12 y 13, recuerda que las obligaciones generales previstas en la normativa, como las de gestionar los riesgos a través de su evaluación y planificación de medidas preventivas, son de directa aplicación a todos los sujetos obligados:³

Con carácter preliminar, procede señalar que tanto de la finalidad de la Directiva, que, según su decimoquinto considerando, se aplica a todos los riesgos, como del tenor de su artículo 6, apartado 3, letra a), se desprende que los empresarios están obligados a evaluar el conjunto de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. Es preciso, asimismo, indicar que los riesgos profesionales que han de ser objeto de una evaluación por parte de los empresarios no están determinados definitivamente, sino que evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales

En cuanto a la normativa española, en virtud del deber general de protección reconocido en el artículo 4.1.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), manifestación a su vez del artículo 15 de la Constitución Española (CE), el derecho a la integridad física y psíquica del trabajador ha de ser garantizado en todos los aspectos relacionados con el trabajo, por lo que el empresario está obligado a adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar su cumplimiento, incluidos los riesgos psicosociales.⁴

-
1. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 8 de octubre de 2001, RJ\2002\1424. La jurisprudencia española se puede consultar en la página web del poder judicial. <https://bit.ly/2Wo0V1k>.
 2. *DOCE*, n.º 183, 29 de junio de 1989.
 3. <https://bit.ly/3j21Ga9>.
 4. Elisa Sierra Hernaiz, “Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 203 (2017): 95.

En este sentido, el artículo 4.2 LPRL define el riesgo laboral como: “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”, cuya gravedad se determinará teniendo en cuenta “la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”. Por lo tanto, la probabilidad y la gravedad de sus consecuencias integran la delimitación legal del riesgo psicosocial, al igual que en el resto de riesgos profesionales.⁵ A su vez, las nociones de daño derivado del trabajo (art. 4.3) y condiciones del trabajo (art. 4.7) de dicha norma hacen posible la inclusión de los riesgos psicosociales.

Pues bien, en una primera aproximación, los riesgos psicosociales son aquellos producidos por la interacción entre los trabajadores y la organización de la empresa y también entre los trabajadores y su entorno social, entendiendo por tal el conjunto de relaciones con los compañeros de trabajo, con los clientes de la empresa o usuarios de los servicios de la misma o cualquier otra relación directa o indirecta que puede surgir durante la prestación de servicios por cuenta ajena. Así, la OIT define los riesgos psicosociales como⁶

las interacciones entre el medioambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral.

En la misma línea, la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo los delimita como⁷

aquellos aspectos del diseño, organización y dirección del trabajo y de su entorno social que pueden causar daños psíquicos, sociales o físicos en la salud de los trabajadores.

Y, finalmente, la Guía de Actuación Inspectora en factores Psicosociales de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS) los configura como⁸

Las condiciones de la relación laboral directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo, y la realización de la tarea, y por otro las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura, incluso su situación personal fuera del trabajo, y todo ello en

5. *Ibíd.*, 98.

6. OIT, *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención* (Ginebra, 1986), 12, <http://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>.

7. <https://bit.ly/2WmW40c>.

8. ITSS, *Guía de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social sobre riesgos psicosociales* (Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012), 13, <https://bit.ly/30hui6w>.

cuanto tenga capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud del trabajador como al rendimiento y satisfacción en el trabajo.

De todo lo expuesto se deduce que el concepto de riesgo psicosocial está integrado tanto por elementos objetivos, vinculados a la organización, contenido y realización de la tarea, como por elementos subjetivos, como las capacidades, necesidades, cultura y situación personal del trabajador siempre que afecte a la prestación de servicios. Pues bien, una vez identificado qué son los riesgos psicosociales, se hace necesario determinar a qué ámbito de la salud pertenecen para poder evaluados e identificados y establecer las oportunas medidas preventivas para evitarlos o, si no es posible, prevenirlos.

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SALUD EN EL ÁMBITO DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES. LOS FACTORES PSICOSOCIALES Y LOS FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL

El término salud y riesgos para la salud de los trabajadores es un concepto amplio y genérico que comprende cualquier riesgo presente o futuro e incluye aspectos físicos, químicos o psicosociales. Así la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el preámbulo de su Constitución de 1948 señala: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. A esta noción también hace referencia el artículo 3.e) del Convenio OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo n.º 155 de 1981: “el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo”. De la lectura de ambas normas se deduce que estamos ante una visión integral de la salud en el ámbito laboral, que desde un punto de vista preventivo supone que todos los trabajadores tienen derecho al máximo nivel de protección frente a todos los riesgos laborales, con independencia de su origen, derecho que supone un correlativo deber de seguridad para el empresario que deberá garantizar el máximo nivel de seguridad de sus trabajadores frente a cualquier riesgo laboral, sea cual sea su origen.⁹

9. Sobre la relevancia del concepto de salud en este ámbito concreto véase Sonia Pedrosa Alquezar, “Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica”, en *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, coord. Manuel Correa Carrasco (Pamplona: Aranzadi, 2006), 99 y ss.

Por lo tanto, si los riesgos psicosociales son riesgos laborales, habrá que fijar a qué ámbito de la salud pertenecen para establecer las medidas preventivas adecuadas. Pues bien, se considera que se integran en el ámbito de la salud mental por los daños psíquicos que pueden producir, aunque también pueden producir problemas graves de salud física, como enfermedades cardiovasculares o problemas músculo esqueléticos.¹⁰

Una vez concretado en qué ámbito de la salud quedan integrados estos riesgos, el siguiente paso es determinar cuál es su origen. En este contexto, existen dos conceptos de referencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales interrelacionados entre ellos y que son fundamentales en esta materia. El primero es el concepto de factor psicosocial, que hace referencia a las condiciones de trabajo psicosociales y organizativas y se definen como¹¹

interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador/a, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo.

Así delimitados, los factores psicosociales tienen su origen, por un lado, en las condiciones organizacionales del trabajo y, por otro, en la percepción y experiencia de los trabajadores de las mismas, esto es, las condiciones sociales en las que se desempeña el trabajo percibidas desde un punto de vista subjetivo. Como tal, estos factores están presente en todas las empresas y no tienen por qué tener siempre connotaciones negativas para la salud de los trabajadores. Así, si la empresa está bien organizada y las condiciones laborales son buenas, pueden producir altos niveles satisfacción en los trabajadores, mientras que si son inadecuados dan lugar a situaciones como, por ejemplo, el estrés.¹²

El segundo concepto de referencia son los factores de riesgo psicosocial, que son aquellos aspectos de la organización del trabajo y de su entorno social que pueden ser la causa de los riesgos psicosociales, puesto que pueden afectar negativamente a la salud y al bienestar de los trabajadores, por lo que actúan siempre como factores desencadenantes de situaciones potenciales de riesgos psicosociales, a diferencia de los

10. Rosa De Luis Aboitiz, “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo” (tesis doctoral, consulta texto original, Universidad Pública de Navarra, 2017), 21 y ss.

11. OIT, *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención*, 12.

12. *Ibid.*, 3. En general sobre esta cuestión véase De Luis Aboitiz, “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo”, 18 y ss.

factores psicosociales.¹³ Se trata, pues, de condiciones de trabajo malas, deficientes o adversas que se convierten en un riesgo laboral. Ejemplo de estos factores son el contenido de trabajo, carga y ritmo de trabajo, tiempo de trabajo, participación y control, desempeño de rol, desarrollo profesional y relaciones interpersonales.¹⁴

Pues bien, una vez delimitados ambos conceptos existen una serie de situaciones comunes a ambos que se pueden ser fuentes potenciales de riesgos psicosociales y cuya relevancia viene dada por la incidencia que tienen en la empresa, sus efectos en la salud de los trabajadores y las medidas preventivas que se adoptarán. Se pueden clasificar principalmente en tres.¹⁵

En primer lugar, las relaciones interpersonales en la empresa pueden ser una fuente de conflictos, por lo que necesariamente han de integrar la política preventiva de la empresa, puesto que pueden derivar en situaciones de acoso o violencia en el trabajo.

En segundo lugar, la organización del trabajo puede generar riesgos psicosociales significativos, tanto por el trabajo que se realiza como la forma y condiciones de hacerlo. En este sentido, y a modo de ejemplo, los factores de riesgo psicosocial son el diseño del trabajo por el riesgo que entraña de caer en la monotonía a través de tareas repetitivas o la carga mental de trabajo, por la cantidad y dificultad del mismo, el esfuerzo de atención que requiere o la presión de los tiempos que pueden producir estrés o fatiga mental.

Y, en tercer lugar, el tiempo de trabajo, entendiendo por tal la jornada y el horario de trabajo, que es una de las condiciones laborales con mayor repercusión desde un punto de vista preventivo. Así, como factores de riesgo psicosocial se pueden señalar el trabajo en fin de semana, la falta de descanso semanal, la incompatibilidad de la vida laboral y la vida familiar y personal, la prolongación de la jornada de trabajo, jornadas excesivas de trabajo y especialmente el trabajo nocturno y el trabajo a turnos produciendo también situaciones de estrés o fatiga mental.

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES RIESGOS PSICOSOCIALES

Tal y como ha sido señalado en la Introducción, el paso siguiente es el estudio de los principales riesgos psicosociales. De nuevo hay que remitirse a las Notas Técnicas, en el caso del ordenamiento jurídico español, de la Inspección de Trabajo y de la

13. ITSS, *Guía de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social sobre riesgos psicosociales*, 14 y ss.

14. *Ibíd.*, 40-1.

15. De Luis Aboitiz, "La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo", 18 y ss.

Seguridad Social y del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) que identifican como principales riesgos psicosociales el estrés laboral y la violencia en el trabajo.¹⁶

EL ESTRÉS LABORAL Y SUS MANIFESTACIONES

En la actualidad, el estrés laboral se considera uno de los riesgos laborales con mayor expansión cuyo origen cabe situarlo tanto en las exigencias del trabajo que no se adaptan a las necesidades, expectativas o capacidades del trabajador como en la falta de compensación adecuada por el trabajo desempeñado.¹⁷ En cuanto a su alcance, los datos estadísticos revelan que se trata del segundo problema de salud más frecuentemente en el ámbito laboral que se manifiesta principalmente a través del absentismo laboral, tal y como se señala en el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020.¹⁸

Así, el Acuerdo Marco Europeo sobre estrés ligado al trabajo del año 2004 describe el estrés laboral como¹⁹ “un estado que se acompaña de quejas o disfunciones físicas, psicológicas o sociales y que es resultado de la incapacidad de los individuos de estar a la altura de las exigencias o las expectativas puestas en ellos”, indicando que, si bien el estrés no es una enfermedad en sí misma, una exposición prolongada al mismo puede causar problemas de salud por lo que puede terminar convirtiéndose en un riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, generando trastornos de carácter físico, psíquico o conductual cuyo origen puede deberse no solo a factores de riesgo psicosocial sino también a otros agentes como el ruido, vibraciones, elevadas temperaturas, etc.²⁰

A su vez, para el INSST el estrés surge

cuando se produce un desajuste entre la persona, el puesto de trabajo y la propia organización, apareciendo cuando el trabajador percibe que no dispone de recursos suficientes para afrontar la problemática laboral. La exposición prolongada a situaciones estresantes en el ámbito laboral y la desadaptación que estas producen en el organismo van a tener como consecuencia más importante la aparición de determinadas enfermedades.

16. ITSS, *Guía de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social sobre riesgos psicosociales*, 2.

17. *Ibid.*, 7.

18. Resolución del Parlamento Europeo, 25 de noviembre de 2015 (2015/2107(INI)).

19. <https://bit.ly/2B1p725>.

20. ITSS, *Guía de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social sobre riesgos psicosociales*, 9.

Respecto a los factores de riesgo psicosocial que generan estrés, y que pueden estar presentes en las condiciones de trabajo, son los estresores del ambiente físico de trabajo; los estresores relativos al contenido de la tarea y, por último, los estresores relativos a la organización.²¹

Dentro del concepto de estrés laboral, y como una manifestación cualificada del mismo, se integra el *burnout* o desgaste profesional. La importancia de este riesgo queda reconocida desde el mismo momento en que la OMS, en la 72ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS, celebrada en Ginebra entre los días 22 y 28 de mayo de 2019, incluye el síndrome de desgaste profesional —expresión que sustituye a la denominación *burnt out*— como un problema relacionado con el trabajo, siendo una de las novedades más importantes dentro de la undécima revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). Ello significa que a partir de enero de 2022 el síndrome de desgaste profesional se incluye en el capítulo 24: “Factores que influyen en el estado de salud o el contacto con los servicios de salud” dentro de la subcategoría de “problemas asociados con el empleo y el desempleo” —QD85: Síndrome de desgaste ocupacional—,²² lo que contribuirá sin duda alguna a visibilizar los riesgos psicosociales laborales. Así, el síndrome de desgaste ocupacional es definido por el INSSST como “una patología derivada de la interacción del individuo con unas determinadas condiciones psicosociales nocivas de trabajo” y es debido a un estrés laboral y organizacional crónico que termina en un estado de agotamiento emocional y de pérdida de motivación laboral para el trabajador debido a las tareas que se ejercen y la falta de condiciones organizacionales que no brindan suficiente protección y apoyo a los trabajadores.²³

LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO

La violencia se considera el riesgo emergente de carácter psicosocial más importante por todos los derechos y bienes jurídicos afectados con estas conductas, puesto que afecta no solo a la salud, física o psíquica del trabajador sino también a derechos fundamentales, como son la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE). En este sentido, los abusos, las agresiones y las amenazas intimidatorias suponen ataques físicos o psicológicos que son susceptibles de causar graves daños y que se manifiestan a través del acoso laboral, el acoso sexual

21. <https://bit.ly/3fxMn6S>.

22. <https://bit.ly/390DMXR>.

23. <https://bit.ly/3ewIXjo>. A su vez, existen dos NTP sobre las consecuencias, evaluación y prevención del *burnt out*, <https://bit.ly/391p7LO> y su instrumento de medición <https://bit.ly/32jAqh9>.

o la violencia física,²⁴ situaciones que son de por sí un riesgo laboral y que, por lo tanto, forman parte de la obligación de seguridad del empresario.²⁵

Sus principales manifestaciones son la violencia física y la violencia psicológica, pudiendo ser su origen tanto interno en la empresa —es la que se produce entre compañeros o jefes y subordinados— como externo —derivada tanto de terceros vinculados a la empresa o ajenos a la misma—.²⁶ En la actualidad se diferencia entre las situaciones de violencia y acoso. Así, el acoso se refiere a una acción continuada de maltrato que sucede de manera reiterada y en varias ocasiones, mientras que la violencia es un acto concreto y puntual de agresión, ya sea física o psicológica, hacia otros compañeros en el trabajo. Esta diferencia también puede ser de intensidad pues mientras en el acoso los actos de amenaza o humillación son leves, pero de manera continuada o repetitiva, en la situación de violencia exige que el acto de agresión tenga una gravedad suficiente para ser considerada como tal.²⁷

En la actualidad, la norma de referencia es el Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso aprobado por la OIT en el año 2019,²⁸ en cuyo artículo uno define tanto violencia y acoso (a) como violencia y acoso por razón de género (b). Respecto a sus principales novedades en el ámbito laboral cabe destacar dos. En primer lugar, la importancia de este precepto radica en que por primera vez se define un concepto único y mínimo de los conceptos de violencia y acoso, con especial referencia al género,²⁹ que deberá ser adaptado a la realidad de cada país que ratifique el Convenio.³⁰ De la lectura de ambos apartados cabe destacar que se ha objetivado ambos conceptos, puesto

24. ITSS, *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo* (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009), 3.

25. De Luis Aboitiz, “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo”, 86.

26. Manuel Velázquez Fernández, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 437-438 (2019): 127 y ss. así como las Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros en el trabajo, 2010, <https://bit.ly/3iZvluW>.

27. Velázquez Fernández, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, 126.

28. <https://bit.ly/2ZwhwC8>.

29. Carmen Grau Pineda, “El reto de la gestión de los riesgos psicosociales y su impacto en el trabajo de las mujeres: la necesaria perspectiva de género”, en *La gestión del cambio laboral en la empresa*, dirigido por Jaime Cabeza Pereiro (Pamplona: Aranzadi, 2017), 100 y ss.

30. Velázquez Fernández, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, 124. Si bien España aún no ha ratificado dicho Protocolo, la actual ministra de Trabajo anunció en marzo de 2020 su intención de realizarlo con carácter inmediato, lo que aún no ha sido posible debido al actual contexto marcado por el COVID-19 y el estado de alarma que paralizó toda la actividad legislativa.

que se prescinde del elemento subjetivo de la intencionalidad, y que debe de tratarse siempre de una acción violenta.³¹

- a) la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y
- b) la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Y, en segundo lugar, el art. 9 incorpora la prevención de la violencia y el acoso, incluida la violencia y acoso por razón de sexo, como riesgos psicosociales y obliga al empresario a adoptar cuantas medidas sean necesarias para prevenir esas conductas y reparar sus efectos como parte integrante de la política de prevención de riesgos laborales en la empresa. Así:

- a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;
- b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;
- c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y
- d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.

De todos los riesgos asociados a la violencia y acoso son dos los que presentan mayor relevancia por el impacto que tienen en los derechos fundamentales de los trabajadores, en concreto, a no ser discriminados por razón de sexo y su integridad física, tal y como ya ha sido señalado. Son el acoso moral y el acoso sexual.

31. *Ibid.*, 125.

El acoso moral

El acoso moral es uno de los riesgos emergentes más importantes en la actualidad.³² De nuevo, uno de los principales problemas para su identificación y erradicación como riesgo laboral es la ausencia de una noción legal del mismo.³³ Es cierto que existen definiciones legales en el ámbito de la discapacidad o de la discriminación, pero ello no impide que puedan quedar excluidas situaciones vinculadas a conflictos en el trabajo, que son los que están en el origen de la mayoría de las situaciones de acoso moral. Con todo, se considera que dichas definiciones son de plena aplicación al ámbito de las relaciones laborales en general.³⁴

Así, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal de las personas con discapacidad, Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 289, define como acoso laboral: “toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” o el concepto del artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE n.º 313:

Toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Más allá de esta definición, es posible encontrar delimitaciones conceptuales a fenómenos de acoso específico, como el acoso por razón de sexo, definido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI): “constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Por lo que respecta al derecho comunitario europeo, el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo tampoco proporciona una noción de acoso moral, identificando y describiendo sus formas y manifestaciones, las conductas que integran estos comportamientos o las posibles formas de prevenir, identificar y hacer frente a las situaciones de acoso en la

32. Véase al respecto los datos de las Encuestas de Condiciones de trabajo, tanto europea como española. <https://bit.ly/3j4KEbe> y <https://bit.ly/2WhpBIP>.

33. Sobre el enfoque jurídico del concepto de violencia psicológica en el trabajo véase: Manuel Velázquez Fernández, *Mobbing. Violencia física y estrés en el trabajo: Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales* (Barcelona: Ediciones Gestión, 2004), 39 y ss.

34. María José Romero Rodenas, *Protección frente al acoso en el trabajo* (Albacete: Bomarzo, 2005), 10.

empresa.³⁵ Así, de toda la normativa expuesta se puede extraer un concepto legal básico y general de acoso moral, con independencia de su origen, entendiéndose por tal³⁶ “toda conducta no deseada... que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

De nuevo son las normas técnicas las que se convierten en referente en esta materia. En el año 2009 el INSST aprobó la Nota Técnica de Prevención (NTP) 854. *Acoso Psicológico en el trabajo: definición* que define el acoso moral como³⁷

La exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud.

A su vez, el Criterio Técnico 69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo,³⁸ sigue la definición de Leymaan contenida en la NTP 476 del INSHT. *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing* según la cual acoso moral es³⁹

una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo.

En este contexto de indefinición legal la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha desempeñado un papel fundamental a la hora de delimitar e identificar estas conductas. Así, el acoso moral consiste en⁴⁰

aquella conducta o pluralidad de comportamientos voluntarios y conscientes de uno o varios sujetos que por su desproporción inciden en otra persona, afectando a su esfera y ámbito personal, suplantando lo que son las relaciones intersubjetivas por afrentas personales o profesionales, puntuales o constantes, que desbordan el ámbito de lo puramente profesional para devaluar al sujeto en su intimidad.

35. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, COM/2007/0686 final, <https://bit.ly/2B07G1K>.

36. Velázquez Fernández, *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, 57.

37. <https://bit.ly/30clq21>.

38. <https://bit.ly/30hcSqR>; <https://bit.ly/2CFuC6N>.

39. <https://bit.ly/2Wokpml>.

40. Véase, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco, de 6 de octubre de 2015 (AS 2016\1065), fundamento jurídico 5.º.

De la doctrina jurisprudencial es importante resaltar que el acoso moral exige un plus, la existencia de una situación de hostigamiento del acosador a la víctima, que es precisamente la que hay que objetivar y probar, esto es, demostrar una intención activa por parte del acosador o acosadores de desacreditar profesional al trabajador acosado.⁴¹

El acoso sexual

Tanto en el ordenamiento jurídico comunitario europeo como el español, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo se definen como comportamientos y conductas discriminatorias mayoritariamente contra las mujeres, aunque puede haber otros colectivos afectados, como los homosexuales o jóvenes.⁴² El punto de partida es la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, considerando al acoso sexual como⁴³ “La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros”. En cuanto a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1.c) define el acoso sexual como: “La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Igualmente, en el ordenamiento jurídico español la LOI en el artículo 7.1 entiende por acoso: “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Por lo que se refiere a las normas técnicas, el Criterio Técnico de la ITSS 69/2000 lo define como⁴⁴

41. Véase al respecto: Manuel Correa Carrasco, “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, coord. Manuel Correa Carrasco (Pamplona: Aranzadi, 2006), 67 y ss.

42. Hilda Arbonés Lapena, *Violencia en el trabajo: el acoso sexual* (Albacete: Bomarzo, 2019), 17 y ss. José Sánchez Pérez, “El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales”, *Revista de Información Laboral*, n.º 8 (2015): 60 y ss.

43. <https://bit.ly/32p67pp>.

44. <https://bit.ly/2WokAOx>.

todos los comportamientos de naturaleza sexual, tanto aquellos que vayan dirigidos concretamente a una persona concreta (bilateral) ya sea a cambio o no de una determinada exigencia (chantaje) como aquellos de naturaleza sexual que pueden ir dirigidos de forma indeterminada a un colectivo de personas de un determinado sexo a través de escritos, gestos o palabras que pueden considerar ofensivos (acoso ambiental).

Por lo tanto, podría entenderse por acoso sexual en el ámbito laboral como toda conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de un empresario o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, cuando la posición ante la misma por parte de la víctima determina una decisión que afecta al empleo o a las condiciones de trabajo de esta o que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia, crearle un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su salud y su empleo.⁴⁵

Una vez delimitado su concepto, el paso siguiente es concretar los requisitos que se tienen que cumplir para que sea considerado como un riesgo laboral.⁴⁶ En primer lugar, el acoso sexual puede producir daños en la salud de los trabajadores, siendo suficiente que el trabajador quede expuesto a la conducta acosadora sin que sea necesario un daño objetivo e identificado.⁴⁷ En segundo lugar, el acoso sexual se debe ocasionar en el marco de una relación laboral, con una conexión clara con la misma, tal y como entiende el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 250/2007, De 17 de noviembre⁴⁸

Al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la víctima y del ejercicio por el acosador de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos.

En tercer lugar, la conducta ha de tener un carácter indeseado para la persona que lo recibe.⁴⁹ En relación con este requisito, los Tribunales han exigido un rechazo total

45. Teresa Pérez del Río, *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. (Albacete: Bomarzo, 2009), 15.

46. De Luis Aboitiz, "La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo", 122 y ss.

47. Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, 4.

48. <https://bit.ly/32k8AkY>.

49. El INSST, en la NTP 507 *Acoso sexual en el trabajo*, señala que es importante deslindar las conductas de acoso sexual de las conductas de cortejo, flirteo o comportamiento romántico, <https://bit.ly/3h0O90p>.

y absoluto de la víctima respecto de la actitud de sujeto activo.⁵⁰ En cuarto lugar, la conducta puede ser verbal, no verbal o física de naturaleza y connotación sexual, esto es, se trata de conductas de tipo sexual en un sentido amplio.⁵¹ Se han identificado como conductas verbales las bromas sexuales ofensivas y comentarios sobre la apariencia física o condición sexual del trabajador/a, los comentarios sexuales obscenos, las invitaciones o presiones para concertar citas o encuentros sexuales, etc.; como conductas no verbales, los gestos obscenos, silbidos, gestos o miradas impúdicas, etc., y, finalmente, las conductas de carácter físico, como es pellizcar, tocar, masajes no deseados, etc.⁵² En quinto lugar, el acoso sexual se produce en un entorno de poder en la empresa que conlleva un abuso de autoridad, que supone un chantaje sexual, a través del cual se fuerza a un trabajador/a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o ver perjudicadas sus condiciones de trabajo. En sexto lugar, ha de tratarse de una conducta grave, que atente contra la dignidad de una trabajadora, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.⁵³ Finalmente el acoso sexual no requiere comportamientos reiterados o prolongados en el tiempo, basta una única acción. En cuanto al propósito o intención de provocar daño, la intencionalidad de acosador no es un elemento indispensable.⁵⁴

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La aprobación del Convenio OIT 190 refuerza aún más la necesidad de que los ordenamientos jurídicos regulen un marco normativo general para los riesgos psicosociales, al igual que sucede con el resto de riesgos laborales. Aspectos tan importantes como, por ejemplo, delimitar el concepto legal, no solo técnico, de los estresores y sus clases o las distintas formas de acoso laboral, diferenciando entre acoso y hostigamiento dada las distintas implicaciones que tiene cada término es fundamental para asegurar la correcta protección de los trabajadores frente a estos riesgos.

50. Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n.º 306/2006, de 27 de marzo.

51. De Luis Aboitiz, “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo”, 126.

52. Subdirección General para la Igualdad, *Manual de referencia para la elaboración de procedimientos de actuación y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo. Aspectos Prácticos* (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015), 11-2, <https://bit.ly/2OtDIMg>.

53. Véase al respecto la importante Sentencia del TC Español, 224/1999, de 13 de diciembre, <https://bit.ly/2Zxe0r3>.

54. De Luis Aboitiz, “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo”, 130.

A su vez, ese marco normativo tiene que regular con carácter específico todo lo referido a la prevención de riesgos laborales pues se trata de una materia especialmente compleja, ya que cada trabajador puede percibir y, por lo tanto, le pueden afectar estos riesgos de una manera diferente a partir de sus circunstancias personales.

En la actualidad en esta materia deviene fundamental proporcionar respuestas a otros riesgos psicosociales emergentes, como son los producidos por la digitalización, robótica y nanotecnología que dan lugar a lo que se conoce como el tecnoestrés, con factores como la intensificación del trabajo, la prolongación de las jornadas de trabajo, constante disponibilidad, malas posturas, inadecuada iluminación, movimientos repetitivos, posturas forzadas, etc.⁵⁵ El teletrabajo al que muchos trabajadores se han visto abocados y las condiciones en las que se ha desempeñado como consecuencia del Covid-19 es un ejemplo de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Arbonés Lapena, Hilda. *Violencia en el trabajo: el acoso sexual*. Albacete: Bomarzo, 2019.
- Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, COM/2007/0686 final, <https://bit.ly/2B07G1K>.
- . Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, COM/2007/0686 final, <https://bit.ly/2B07G1K>.
- . “Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo”. Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/2WmW40c>.
- . Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015 (2015/2107(INI)).
- . Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, *DOUE*, 24/02/1992. <https://bit.ly/32p67pp>.
- Correa Carrasco, Manuel. “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”. En *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, coordinado por Manuel Correa Carrasco, 41-93. Pamplona: Aranzadi, 2006.
- De Luis Aboitiz, Rosa. “La prevención de los riesgos psicosociales. El procedimiento de gestión del riesgo de violencia en el trabajo” (tesis doctoral, consulta texto original, Univer-

55. José Sánchez Pérez, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica* (Granada: Comares, 2016), 2 y ss. Véase a modo de ejemplo la guía del Ministerio de Trabajo, *Migraciones y Seguridad Social. Robotización y riesgos psicosociales*, <https://bit.ly/3j6UDNi>.

- sidad Pública de Navarra, España, 2017). “Principios ergonómicos relativos a la carga de trabajo mental”, INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/3fxMn6S>.
- España. “NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/2CFuC6N>.
- . “NTP 507: Acoso sexual en el trabajo”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/2Ww0fa5>.
- . “NTP 704: Síndrome de estar quemado por el trabajo o ‘burnout’ (I): definición y proceso de generación”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/3ewIXjo>, 2000.
- . “NTP 705: Síndrome de estar quemado por el trabajo o ‘burnout’ (II): consecuencias, evaluación y prevención”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/391p7LO>.
- . “NTP 732: Síndrome de estar quemado por el trabajo ‘Burnout’ (III): Instrumento de medición”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/32jAqh9>.
- . “NPT 854: Acoso psicológico en el trabajo: definición”. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/30clq21>.
- . “Riesgos psicosociales: intervención frente al acoso laboral”. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/3hb3LyM>.
- . “Robotización y riesgos psicosociales. Medidas preventivas”. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/3j6UDN>.
- . “Síndrome del desgaste profesional”, INSSST. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/390DMXR>.
- Grau Pineda, Carmen. “El reto de la gestión de los riesgos psicosociales y su impacto en el trabajo de las mujeres: la necesaria perspectiva de género”. En *La gestión del cambio laboral en la empresa*, dirigido por Jaime Cabeza Pereiro, 95-120. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- ITSS. *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009. <https://bit.ly/38XNw56>.
- . *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012. <https://bit.ly/39aiNC9>.
- OIT. *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención*. Ginebra: 1986. <https://bit.ly/2WjCFNB>.
- Pérez del Río, Teresa. *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Albacete: Bomarzo, 2009.
- Pedrosa Alquezar, Sonia. “Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica”. En *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, coordinado por Manuel Correa Carrasco, 95-120. Pamplona: Aranzadi, 2006.
- Romero Rodenas, María José. *Protección frente al acoso en el trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2005.
- Sánchez Pérez, José. “El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales”. *Revista de Información Laboral*, n.º 8 (2015): 55-73.

- . *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica*. Granada: Comares, 2016.
- Sierra Hernaiz, Elisa. “Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora”. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 203 (2017): 93-123.
- Unión Europea. “Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros en el trabajo”. *Diálogo Social Europeo*. Accedido 30 de junio de 2020. <https://bit.ly/3iZvIuW>.
- Velázquez Fernández, Manuel. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 437-438 (2019): 119-42.
- . *Mobbing. Violencia física y estrés en el trabajo: Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*. Barcelona: Ediciones Gestión, 2004.

Los vacíos jurídicos de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador

The legal vacuum of the labour risks of telework in Ecuador

Efraín Fernando Muy Pérez

Abogado en Consulcon Consultoría & Contabilidad

Cuenca, Ecuador

efranandomp_27@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-7152-1848

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.2>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad discutir uno de los vacíos existentes dentro de la normativa laboral y de la seguridad social actual, como los riesgos laborales en la modalidad del teletrabajo, puesto que, al ser de reciente data la introducción de esta figura al Ecuador, no se ha dado un tratamiento adecuado y correcto. Y debido a que, al no contar con un régimen jurídico propio, estos se sujetarían al aplicado para las contingencias del trabajo en general. Si bien el trabajo se lo realiza fuera de las instalaciones de la empresa, la concurrencia de cualquier eventualidad dañosa es inminente, ya sea como accidente de trabajo o enfermedad profesional. Para el efecto, será importante analizar la figura del teletrabajo, los derechos y sub-derechos que engloba, y los posibles riesgos de trabajo que podrían suscitarse con ocasión de esta forma de ejecución de actividades laborales. Recurriendo a un análisis comparativo de la legislación española y colombiana, cuya regulación sobre esta temática es mucho más extensa, reducido a manuales, planes de prevención y sentencias emitidas por las respectivas autoridades judiciales. Con lo cual, queda al descubierto la necesidad de generar normativa especializada para la cobertura de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador, dadas las particularidades que esa modalidad contractual conlleva.

PALABRAS CLAVE: riesgo, accidente, enfermedad, teletrabajo, salud, seguridad.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain about of the legal vacuum within the current labour and social security law regulations. There are the labour risks in the telework and the recently introduction of this figure in the Ecuador Law, the treatment is not the correct way, it does not have its own legal regime. These would be subject to the applied for the contingencies of the work risks in general. Because, if the work is do off of the work place dependences, any harmful eventuality is imminent, either as an accident at work or occupational disease. For the effect, is very important analyze the telework figure, the rights and sub rights which comprises and the possible risks of works that could happen for this way of do the work activities. Using a comparative analysis between of the Spanish Law and Colombia Law whose regulation about this topic is so extensive, reduced to manuals, prevention plans and sentences issued of the respective judicial authorities. With this, the need to generate specialized regulations for the coverage of labour risks of telework in Ecuador is exposed, given the particularities that this contractual modality entails.

KEYWORDS: risk, accident, disease, telework, health, security.

FORO

INTRODUCCIÓN

En el campo laboral podemos apreciar un sinnúmero de actividades que son ejecutadas por un trabajador por cuenta y órdenes de su empleador, y que son efectuadas generalmente dentro de un lugar de trabajo asignado. Sin embargo, gracias al desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC), se han creado varias modalidades de ejecución del trabajo, simplificando la prestación del servicio, permitiendo de esta forma que tanto el empleado y el empleador puedan obtener beneficios que deriven en un exponencial crecimiento empresarial y, consecuentemente, un alza de la tasa de empleo.

Un claro ejemplo es el teletrabajo, modalidad de reciente inclusión en el país, que aborda tópicos que, al no estar ampliamente regulados, generan vacíos jurídicos. Entre ellos los riesgos laborales, cuya normativa no brinda cobertura específica, ya que solamente se refiere a la seguridad ocupacional de manera general, sin determinar el origen de estas contingencias, clases y su consecuente reparación. Más todavía ante la situación de emergencia sanitaria por la cual atravesamos, que provocó un incremento significativo en el uso del teletrabajo. Pues conllevó la aplicación de esta modalidad laboral de manera inmediata, sin requerir el consentimiento del trabajador.

Frente a esta situación, comenzaré con un breve análisis respecto de esta forma laboral para determinar los derechos constitucionales que se encuentran en riesgo de vulnerabilidad, al encontrarse sin una regulación específica que los pueda amparar adecuadamente. Y, finalmente, explicaré los tipos de riesgos de trabajo a los que podría estar sujeto un teletrabajador y la obligación del empleador de prevenirlos.

EL TELETRABAJO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Gracias al auge de las prenombradas TIC aplicadas al campo laboral, se ha permitido la implementación de varias modalidades, simplificando la ejecución de las actividades de las distintas áreas. Y dentro de estas el teletrabajo, el cual se encuentra investido de una serie de particularidades positivas y negativas para el empresario, la empresa y el teletrabajador.¹ Lo que supondría aspectos beneficiosos tales como el ahorro considerable de recursos en infraestructura, disminución de focos contaminantes, lo que deviene en un trabajo limpio,² autonomía y flexibilidad laboral, vinculación del entorno del trabajo con el ambiente social y familiar, entre muchos otros. En cuan-

1. Américo Plá Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo* (Buenos Aires: Depalma, 1978), 25.

2. Raúl Saco, "El teletrabajo", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 60 (2007): 342-5.

to a las particularidades negativas, tenemos la posible violación a la confidencialidad de datos e información reservada, el distanciamiento, problemas de salud derivados del estrés, ansiedad, depresión, entre algunos más.³

Esta figura ha sido aplicada en varias legislaciones, como el ordenamiento jurídico colombiano, que considera como sus elementos propios la forma de organización o de ejecución de las actividades laborales, siempre y cuando su naturaleza lo permita. También la prestación de servicios de manera subordinada o de manera autónoma (siempre que exista el vínculo para con el teleempleador); este último mediante el uso de las TIC, o herramientas telemáticas, que posibiliten el desarrollo y cumplimiento de las tareas desde un lugar diferente al habitual puesto de trabajo, ya sea, en el domicilio del trabajador o en un telecentro.⁴ Finalmente la autoprogramación, a la que hace referencia el autor Jordi Buira, a través de la cual, el teletrabajador se compromete a la práctica de sus servicios con absoluta responsabilidad, y por el otro bando, el empleador deposita su confianza en el ejercicio transparente y de calidad, que su empleo realizará con la información proporcionada.⁵

En Ecuador, en agosto de 2016 se incluyó el teletrabajo en el sector privado mediante el acuerdo ministerial MDT-2016-190. Posteriormente, en el mes de abril de 2017 se amplió para el sector público, mediante el acuerdo ministerial MDT-2017-090 a raíz de un plan piloto realizado meses atrás. Estas normativas sufrieron varias modificaciones relativas principalmente en favor de grupos o colectivos vulnerables (adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, aquellos que adolecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad), para quienes estuvo destinada prioritariamente esta forma laboral.

Una de las visiones desde la promulgación del teletrabajo fue que este sea adoptado por al menos 76.000 personas en el siguiente bienio, siendo imposible la obtención de esta meta, debido a que hasta julio de 2018 la cifra oscilaba en 5516⁶ y en febrero de 2020 a 14.500 teletrabajadores. Sin embargo, mediante el acuerdo ministerial MSP-126-2020, y el decreto presidencial de estado de excepción 1017, se implementaron medidas para resguardar la salud y empleo de las personas en medio de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, siendo una de ellas el establecimiento del tele-

-
3. Lubiza Osio, "El teletrabajo: una opción en la era digital", *Observatorio Laboral. Revista Venezolana*, 3, n.º 5 (2010): 102-5, <https://bit.ly/3eQarS0>.
 4. Colombia, *Ley 1221 de 2008*, Diario Oficial 47.052, 16 de julio de 2008, art. 1.
 5. Jordi Buira Ciprés, *El teletrabajo: entre el mito y la realidad* (Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2012), 24-33.
 6. Diario El Universo, "El teletrabajo: laborar desde casa no tiene la acogida esperada en Ecuador", 20 de noviembre de 2019, <https://bit.ly/2NF0ieO>.

trabajo emergente MDT-2020-76,⁷ que permitiría el desarrollo de las actividades laborales bajo esta modalidad. Esto posibilitó que la empresa privada y las instituciones públicas lo apliquen libremente, arrojando como resultado, hasta mayo del presente año, la cantidad de 361.361⁸ teletrabajadores en el país. Incluso, se reformó el Código del Trabajo mediante la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que implementó la figura del teletrabajo con cambios y avances significativos donde se reconocieron nuevas formas de teletrabajo, como la modalidad autónoma, móvil, parcial y ocasional, y el derecho a la desconexión.⁹ Avances en la forma de ejecución del teletrabajo que amplían el espectro de quienes son considerados teletrabajadores y, por ende, el ejercicio de derechos de la seguridad social general y que, por otro lado, reconocen derechos directamente vinculados al uso de las TIC como la desconexión, facultad de los teletrabajadores que les permite ejercitar su derecho al descanso, en un mismo entorno donde quizá confluye tanto su vida laboral como personal y familiar.

Ahora bien, la imposición inmediata de esta figura a los trabajadores, sin duda, llena de preocupación, pues en su implementación no se han tomado todas las medidas y condiciones de seguridad requeridas, lo que supone un grave riesgo a la salud del empleado dado el desconocimiento respecto del tratamiento de los posibles riesgos a que están expuestos, pues ni siquiera contarían con manuales de prevención específicos al teletrabajo, aplicándose a los teletrabajadores el mismo régimen de salud y seguridad establecido para los trabajadores presenciales.

Esto genera inseguridad jurídica, ya que los teletrabajadores, por las características propias de su modalidad de empleo, deben ser tutelados de manera especializada respecto a la seguridad ocupacional, debido a que su puesto de trabajo ya no se encontraría en las instalaciones propias de la empresa, sino en su domicilio. Por ello, antes de abordar el tema de los riesgos, es importante analizar los derechos que confluyen bajo esta modalidad y la forma de garantizarlos.

-
7. Ecuador, Ministerio del Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2020-76, Directrices para teletrabajo emergente durante la emergencia sanitaria*, Registro Oficial 160, 7 de abril de 2020, <https://bit.ly/2ZnJLSc>.
 8. Diario El Comercio, “Día de Trabajo: 361.361 personas en teletrabajo en dos meses”, 1 de mayo de 2020, <https://bit.ly/2ZnvYuF>.
 9. Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 229, Suplemento, 22 de junio de 2020, Disposición Reformatoria Primera inciso 4.

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TELETRABAJO FRENTE A LA FACULTAD DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPLEADOR

La Constitución ecuatoriana garantiza el acceso universal a las TICs, y a su tutela al momento de ejercerlas. Al ser el teletrabajo uno de los grandes avances dentro del derecho laboral tecnológico, es vital que el Estado pueda resguardar los derechos que deriven de esta modalidad, más si se trata de la seguridad e higiene laboral, considerados como derechos humanos fundamentales¹⁰ en directa relación al derecho a la salud, ya que a los empleados se les debe otorgar un ambiente sano y equilibrado de trabajo que propicie su bienestar, integridad, salud, seguridad e higiene,¹¹ sin olvidar que toda acción humana vinculada al campo laboral lleva consigo la idea de riesgo contra la vida del empleado.¹² Frente a esto, el Estado debe encargarse de hacerlo efectivo, estableciendo políticas de seguridad tanto para la empresa como para su personal.

Además de la Constitución, la normativa supranacional también reconoce la protección integral de estos derechos. En este sentido, cito al Consejo Consultivo Laboral Andino, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; y, los Convenios 155 y 161 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyos contenidos poseen un resguardo de derechos como la seguridad, higiene laboral, integridad, y la salud, que deben ser garantizados no solo con la implementación de medidas de protección y prevención, sino también con la intervención para el cumplimiento por intermedio de los tres sujetos involucrados, el Estado, la parte empleadora y la trabajadora.¹³

Ahora bien, en el marco del teletrabajo es importante analizar la facultad de dirección que tiene el empleador para verificar el cumplimiento de las actividades laborales dada la mayor autonomía en el desarrollo del trabajo¹⁴ que poseen los trabajadores. Sin embargo, al ser el lugar de ejecución el domicilio del empleado, se dificulta la forma convencional de control, al ser un espacio diseñado para tareas domésticas,¹⁵ y,

10. César Arese, *Derechos humanos laborales* (Buenos Aires: Rubinzal y Asociados, 2014).

11. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 325 num. 4.

12. Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 8.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2015), 294.

13. Sara Cataño y Natalia Gómez, “El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo”, *Revista CES Salud Pública* 5, n.º 1 (2014): 82-91, <https://bit.ly/2VMwkdf>.

14. Alicia Villalba y Lourdes Mella, *Trabajo a distancia y teletrabajo* (Madrid: Aranzadi, 2015), 113.

15. Vittorio Di Martino, *El teletrabajo en América Latina y el Caribe* (Ginebra: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2004), 30. <https://bit.ly/2BqgBtF>.

al no ajustarlo adecuadamente, podrían vulnerarse derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad y reserva de la correspondencia virtual entre algunos más.

Bajo esta premisa, y recurriendo a la legislación española, para que un empleador pueda hacer uso de su facultad de supervisión y control de las actividades, requiere obligatoriamente notificar de manera previa y anticipada la inspección respectiva, además de contar con el respectivo consentimiento de su teletrabajador. A su vez, dicha supervisión se encuentra limitada, ya que deberán observarse los presupuestos de justificación, identidad, proporcionalidad y necesidad,¹⁶ posibilitando así la consecución de las prerrogativas del empleador y, también, el cuidado y observancia de los derechos de sus dependientes.

RIESGOS LABORALES EN MATERIA DE TELETRABAJO

Los riesgos laborales o también conocidos como riesgos de trabajo son aquellas contingencias o eventualidades a las que está sujeto un trabajador, a la hora de prestar sus servicios por cuenta y órdenes de un empleador. También se refieren a la cercanía al daño, al que estaría expuesto un trabajador, para lo cual tendría que adoptar cada una de las medidas de seguridad impuestas por la compañía contratante. En cuanto a la responsabilidad por los riesgos laborales, lo óptimo sería que el Estado la afronte,¹⁷ sin embargo, se ha dejado de lado las teorías del riesgo profesional y social¹⁸ para establecer una responsabilidad bilateral, entre patrono y trabajador. El primero con la obligación de implementar todas las medidas de seguridad y bioseguridad dentro del establecimiento, así como equipar adecuadamente a su grupo de trabajo. Y el segundo para cumplir con cada una de las normas impuestas mediante reglamentos y manuales de prevención de riesgos, con el fin de prestar sus servicios de una manera segura y preservar un entorno propicio y saludable.¹⁹

En el teletrabajo estas obligaciones deben tratarse con mayor especialidad, debido a que el lugar de trabajo, ya no se encuentra en el espacio tradicional. Por eso surge la necesidad de conocer los principales riesgos asociados con esta nueva figura, así

16. Manuel Luque y Ana Ginés, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales* (Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2016), 104.

17. Julián de Diego, *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 4.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000).

18. Rafael Rodríguez, *Sistema laboral de riesgos laborales*, 2.ª ed. (Barranquilla: Universidad del Norte, 2015), 27.

19. José Dávalos, *Derecho Individual del Trabajo*, 11.ª ed. (Ciudad de México: Porrúa, 2014).

como los factores principales que desencadenarían una serie de enfermedades tanto físicas como psicológicas, a consecuencia de sus características propias. Los riesgos laborales en esta modalidad también se encuentran divididos en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

De lo aludido en el párrafo anterior, primero me referiré a los accidentes de trabajo, que, en razón de la esencia propia del teletrabajo, se manifiestan en menor medida. Dicho esto, son considerados como todo suceso imprevisto y repentino producido con ocasión del servicio prestado por el trabajador, y que genera lesión corporal, o incluso la muerte.²⁰ En estos términos, para que el siniestro pueda ser considerado como accidente de trabajo, debe reunir la condición de haberse producido en ejercicio de su actividad laboral, es decir, cualquier acción que esté relacionada con el cumplimiento de su trabajo.²¹

Este riesgo podría ocasionarse al momento de cumplir una simple orden, ya sea mediante comisión, o al ejecutar una tarea relacionada con la naturaleza del empleo, también cuando la misma ha sido provocada por el empleador o por algún trabajador, inclusive, al trasladarse desde casa hasta el lugar de trabajo y viceversa. No olvidemos que, como efectos de esta clase de riesgos, están una eventual incapacidad parcial, permanente absoluta, permanente total, hasta una muerte inmediata o posterior. Esto sin duda podría aplicarse a los accidentes en la modalidad del teletrabajo, ya que, al no existir un régimen jurídico propio, se sujetarían al Reglamento del Seguro General de Riesgos Laborales. Aquí surgen una serie de interrogantes, ya que al ser el domicilio del trabajador su área de acción laboral, cómo podría configurarse un riesgo,²² o cuándo se consideraría accidente laboral y no uno común.

En este sentido, Alejandra Penalva señala que comúnmente bajo teletrabajo se producen accidentes *in itinere* o en tránsito, es decir, los originados durante el desplazamiento que hace el empleado desde su domicilio a su lugar de trabajo y viceversa. Si bien es cierto, esta figura mantiene al empleado en su domicilio la totalidad de la jornada laboral, pueden existir ocasiones en las que el teletrabajador preste servicios de forma mixta, es decir, unos días desarrolla sus servicios desde su casa y el resto en

20. Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, 16 de diciembre de 2005, art. 348.

21. Genaro Gómez, *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, 10.ª ed. (Madrid: Nueva Imprenta SA, 2010), 57.

22. Ana María Valencia, “Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte* 12, n.º 41 (2010): 223, <https://bit.ly/2A11u4g>.

las instalaciones de la empresa. Asimismo, el trabajador puede realizar sus actividades en un telecentro o en alguna dependencia pactada con su empleador. A su vez, el teletrabajador podría salir de su casa para cumplir con alguna gestión laboral por órdenes de su empleador, o acudir a la matriz para dejar reportes, documentos o incluso cobrar su sueldo. También la persona estaría en riesgo al desarrollar sus tareas desde su teléfono celular, ya que podría movilizarse a varias partes, lo que en Colombia se conoce como modalidad móvil de teletrabajo.²³

En cualquiera de los casos referidos se debe cumplir con cuatro criterios. El primero, denominado finalista, requiere la finalidad del traslado; el segundo criterio conocido como cronológico, relacionado con el tiempo de salida y retorno de un lugar a otro. Luego el criterio mecánico que exige un medio de transporte seguro, sin importar si es propio o de la compañía. Finalmente, el criterio geográfico, que prohíbe, dentro de la trayectoria del teletrabajador, algún desvío irregular que responda a necesidades familiares o personales pero no laborales.²⁴

Sin embargo, dentro del domicilio del trabajador también pueden suscitarse accidentes de trabajo, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos exigidos para su existencia. Por esta situación, se deben adoptar todas las medidas de seguridad e higiene laboral, adecuando correctamente los espacios y puestos de trabajo, evitando así cualquier posible contingencia, esto último, conforme lo señala Jorge Vásquez.²⁵

En síntesis, para determinar la existencia de un accidente en la modalidad del teletrabajo, es necesario que ocurra dentro del tiempo y lugar de trabajo; y la necesidad de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida y el trabajo realizado; de lo contrario, podrían confundirse y encuadrarse en el marco de un accidente no laboral, lo que importa para la concesión de prestaciones asistenciales y económicas.

ENFERMEDADES PROFESIONALES

En materia de teletrabajo las enfermedades profesionales se manifiestan en mayor medida a diferencia de los accidentes de trabajo, ya que, al tratarse de actividades relacionadas con el aislamiento y autonomía laboral, los teletrabajadores se ven expuestos a diversos riesgos cuyos efectos se presentan a mediano y largo plazo, consideradas como aquellas afecciones agudas o crónicas, vinculadas directamente con la actividad

23. Alejandra Penalva, “El accidente de trabajo en el teletrabajo: situación actual y nuevas perspectivas” (trabajo de posgrado, Universidad de Murcia, 2016), 142-5, <https://bit.ly/2ZqJY6W>.

24. Raquel Poquet, “Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo* 5, n.º 4 (2017): 47-54.

25. Jorge Vásquez, *Derecho laboral práctico* (Quito: Editorial Cevallos, 2013), 117.

laboral y que generalmente producen incapacidad,²⁶ lo cual exige que, para su existencia, esta deba ser producto de la actividad constante de su trabajo, a diferencia del accidente, que no solo puede ser el resultado de la actividad laboral, sino también por ocasión o consecuencia del mismo.²⁷

Al ser de reciente inclusión la normativa del teletrabajo en el país, es importante conocer la clasificación que se ha dado a los riesgos en España, por ejemplo, que está dividida en aquellos asociados al lugar de trabajo como son los riesgos genéricos y ergonómicos; los riesgos asociados a los agentes físicos; y los riesgos organizacionales y psicosociales. En cuanto a los primeros, son todos aquellos que pudieran provocarse con motivo de una mala implementación de medidas de seguridad en el lugar de trabajo. Por citar ejemplos tenemos la inadecuada estación de trabajo, incompatibilidad familia-trabajo, exceso de carga mental, fatiga visual por escasa iluminación, elevados niveles de ruido, etc., propiciando, así, la consecución de contingencias que pondrían en peligro la salud y vida del teletrabajador como incendios, choques eléctricos, golpes y caídas.

Los riesgos ergonómicos se relacionan más con la incorrecta utilización del mobiliario o material de trabajo, ya sea por desconocimiento o falta de adecuación del espacio de trabajo, por lo que existen normas referentes al mobiliario que exigen estar ubicados y ajustados con ciertas mediciones y distancias en relación al teletrabajador, evitando así una mala postura a la hora de sentarse, o una exagerada exposición a la pantalla del computador.²⁸ Estos riesgos atacan directamente el sistema locomotor y generan afecciones como: cervicalgias, dorsalgias, síndrome del túnel carpiano, hernias, tendinitis, tenosinovitis entre muchas otras.

Los riesgos vinculados a agentes físicos se refieren al efecto que genera el contacto prolongado que tiene el teletrabajador con sus herramientas de trabajo, particularmente con su computador, ya que es el medio indispensable para ejecutar su trabajo. Y al estar expuesto de manera constante a la iluminación del mismo, y sin el cuidado respectivo, puede desencadenar en una fatiga visual, mental o física. Por eso se sugiere colocar el equipo en una posición que permita recibir la luz natural, y que la iluminación artificial del ordenador sea regulada apropiadamente.

En relación con los riesgos organizacionales, se enlazan directamente con la organización del trabajo mediante las TIC, recordando que el trabajador dispone de una mayor flexibilidad e independencia en su quehacer laboral mediante el teletrabajo.

26. Ecuador, *Código del Trabajo*, art. 349.

27. Isabel Robalino, *Manual de Derecho del Trabajo* (Quito: Editorial Mendieta, 1994), 294.

28. Teófila Vicente et al., “El teletrabajo en salud laboral”, *Revista CES Derecho* 9, n.º 2 (2018): 292-4, <https://bit.ly/2ZqKlym>.

Aquí observamos varios factores de riesgo como la comunicación y competencia que exigen al empleado la capacidad para analizar, procesar y sistematizar toda información y tareas encomendadas por el empleador, provocando un cansancio mental. Es preciso puntualizar que, mediante las herramientas telemáticas, se desarrollan casi la totalidad de actividades laborales, lo que deriva en patologías temporales como desatención, somnolencia, cansancio; y crónicas como irritabilidad, insomnio, falta de apetito.

Finalmente, podemos mencionar los riesgos psicosociales, considerados como los de mayor impacto,²⁹ que manifiestan la mayoría de factores que lo provocan. En este aspecto se pretende precautelar la salud psíquica y social de la persona y asegurar la calidad de vida en el trabajo. En cuanto a los factores de riesgo, tenemos: la autonomía y control en el trabajo, que podrían provocar una desorganización si no se plantean los objetivos claros que debe perseguir el trabajador; armonía entre la vida laboral y familiar, a fin de evitar la mezcla entre las actividades de cada ámbito; la competencia que podría peligrar si no se brinda la respectiva preparación y actualización; utilización de las TIC, que podrían provocar un colapso mental si la persona no se adapta a las exigencias modernas; las relaciones sociales, las cuales quedarían marginadas, como resultado del aislamiento de los compañeros de trabajo. Lo aludido daría lugar a varios padecimientos como trastornos del sueño, cefaleas, problemas gastrointestinales o cardiovasculares, estrés y tecnoestrés.³⁰

Casi la totalidad de estos riesgos desemboca en potenciales enfermedades profesionales, debido a que las afecciones que sufre el teletrabajador se desarrollan de forma paulatina y no de manera súbita como en los accidentes laborales (riesgos genéricos). Remontándonos al caso ecuatoriano, para poder reconocer la existencia de una enfermedad y que sea calificada como profesional, obligatoriamente deben cumplirse varios criterios establecidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante su Resolución 513; por ello, cabe mencionar que los criterios señalados están dados para trabajos no relacionados al teletrabajo.

En primer lugar, el criterio clínico, que demanda la presencia de síntomas relacionados con la posible enfermedad. Por otro lado, está el criterio ocupacional, basado en el estudio del ambiente laboral para poder determinar la relación causa-efecto y analizar el grado de riesgo del trabajo. Aplicado al teletrabajo, la exposición al entorno laboral del teletrabajador y el nivel de riesgo también permiten la aparición

29. Laura Orjuela, "Manual educativo sobre prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. Especialización en higiene, seguridad y salud en el trabajo" (trabajo de grado, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, 2018), 47.

30. Luque y Ginés, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, 83-5.

de enfermedades, y se calificarán como tal, luego de medir el peligro y evaluar el riesgo. En tercer lugar, el criterio higiénico evalúa si la exposición a la actividad de trabajo puede ocasionar patologías. El epidemiológico estudia los casos similares de otros empleados que presten los mismos servicios, lo cual dentro del teletrabajo este criterio de evaluación genera mayor complejidad dada las situaciones cambiantes del ambiente laboral en cada trabajador. En cuarto lugar, el criterio de laboratorio aplicado mediante el examen de la patología para determinar la existencia de la enfermedad. Finalmente, el criterio médico legal encuadra la enfermedad como profesional de acuerdo con la normativa vigente, en específico la Resolución 513 del IESS.³¹

Si se cumplen cada uno de estos criterios y el número mínimo de aportaciones, el asegurado tendrá derecho a las prestaciones médico asistenciales, servicios de prevención, prestaciones económicas como subsidios o indemnizaciones por incapacidad parcial temporal, incapacidad parcial permanente, pensiones por invalidez o montepío.

Es menester destacar el aludido reconocimiento del Legislativo en favor de los teletrabajadores, como es el derecho a la desconexión con un mínimo de 12 horas en 24 horas, prohibiendo al empleador emitir órdenes y requerimientos a su personal, incluso en días festivos o de descanso obligatorio. Esto supone una medida clave para reducir los factores de riesgo, ya que normalmente los teletrabajadores están expuestos a excesivas jornadas laborales.³² Asimismo, por la situación actual de la pandemia, se han catalogado los síndromes respiratorios agudos causados por virus, dentro del grupo de las enfermedades profesionales, pero únicamente en favor de los trabajadores del sector de la salud.³³ Sin embargo, la norma deja la posibilidad de calificar una enfermedad como profesional siempre que se pruebe el contagio en la ejecución de las actividades propias del trabajo y por la exposición de factores de riesgo.

CASUÍSTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

Al carecer el Ecuador de una regulación específica sobre riesgos laborales en teletrabajo, es necesario remitirnos a la realidad jurídica de otros países, donde encontramos un mayor desarrollo y tratamiento sobre la regulación de esta modalidad.

31. Ecuador IESS, *Resolución n.º 513, Reglamento del Seguro General de Riesgos de Trabajo*, Registro Oficial 632, 12 de julio de 2016, art. 7-9.

32. Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Disposición reformativa primera inciso 7.

33. Ecuador, *Código del Trabajo*, art. 363 num. 4.

En España, el Estado, al abordar el tema de riesgos, busca siempre tutelar los derechos de seguridad y salud laboral³⁴ y consecuentemente los subderechos que se deriven de esto, exigiendo, por un lado, que el empleador deba precautelar la salud y seguridad de sus trabajadores, adoptando mecanismos de prevención destinados no solo a otorgar un puesto seguro de trabajo, sino también una correcta adecuación de cada instrumento para la ejecución de las actividades.³⁵ Todo esto en miras a conseguir una disminución del impacto de los factores de riesgo, tales como la autonomía laboral, las relaciones sociales, la competencia y desarrollo profesional, la conciliación entre el campo personal y familiar, en pro de la protección de la salud psíquica, física y social del teletrabajador, inclusive mediante una vigilancia periódica.³⁶ Esto requerirá, por parte de los Estados, el estudio exhaustivo sobre los riesgos de trabajo en general y luego finalizar con uno particular, revelando los principales riesgos que conciernen a este modelo contractual. Por otra parte, el gobierno español exige que los trabajadores sigan cada una de las normas impuestas por la empresa, vía reglamentos y políticas de protección, con la finalidad de garantizar la seguridad ocupacional. Para su materialización, es imprescindible que intervenga la representación de trabajadores estatutaria (comité de empresa) y sindical (delegados sindicales).³⁷

En Latinoamérica, Colombia ha creado un manual sobre esta figura, dentro del cual se especifican indicaciones puntuales que deben reunir los espacios laborales y las herramientas de trabajo, tales como sillas, mesas, computadores etc., cada una de ellas con sus determinadas mediciones y regulaciones con el objetivo de evitar un menoscabo en la salud del teletrabajador, y una correcta utilización de todo este mobiliario.³⁸ Se proyecta así un escenario preventivo de contingencias, para lo cual se exige adoptar acciones contra los factores de riesgo, como son el sonido interno o externo, la excesiva iluminación, el aislamiento, desorden, confusión de tareas laborales y familiares, innovando el software³⁹ a fin de mejorar la interacción. También se prevé la necesidad de contar con un suministro de botiquines de emergencia y extintores.

34. Carlos Ruiz et al., “Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales”, *Revista Española de Salud Pública* 87, n.º 6 (2013): 660, <https://bit.ly/2BOxdLq>.

35. Villalba y Mella, *Trabajo a distancia y teletrabajo*, 173.

36. Merlin Grueso y María Antón, “Prácticas de conciliación entre la vida personal y laboral: comparación entre muestras procedentes de España y Colombia”, *Investigación y desarrollo* 19, n.º 1 (2011): 48-50, <https://bit.ly/31tkSHp>.

37. Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 306.

38. Colombia, Superintendencia de Sociedades, *Manual de Teletrabajo*, 22 de mayo de 2015, párr. 23, <https://bit.ly/3igZtHe>.

39. Faber Giraldo y Mónica Villegas, “Propuesta de mejora de procesos software basada en PSP para contextos de teletrabajo”, *Revista Ingenierías. Universidad de Medellín* 18, n.º 34 (2019): 89, <https://bit.ly/3dRwEOs>.

A su vez, en el año 2008 se expidió la ley 1221 referente al teletrabajo, la cual codificó tres formas de prestación de servicios. Primero, la autónoma, cuyas actividades se ejecutan en el domicilio o telecentro previamente pactado. Luego, la suplementaria, cuyas actividades se ejecutan de manera mixta, tanto en el domicilio como en la empresa. Y la móvil, cuyos teletrabajadores generan mayor complicación a la hora de establecer la existencia de riesgos laborales, ya que ellos, al prestar sus servicios desde un dispositivo móvil como un teléfono celular, no contarían con un lugar específico de trabajo. Sin embargo, esta misma ley exige que el empleador incluya en sus reglamentos y políticas internas cada una de las condiciones y medidas que deben cumplir los puestos y equipos de trabajo relativas a obligaciones patronales y de los trabajadores en materia de salud ocupacional, así como también programas de capacitación y promoción para el uso y manejo adecuado de las TIC y de cumplimiento de los planes de prevención de riesgos. En este país cobra relevancia la tarea que juega la Administradora de Riesgos Laborales, puesto que es el organismo encargado de valorar y calificar las contingencias como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.⁴⁰ Junto al Ministerio del Trabajo, tienen la misión de ajustar las normas relacionadas a la salud, seguridad e higiene laboral, a las particularidades especiales que presente esta modalidad.

Además es importante conocer cuáles han sido los pronunciamientos de los órganos de justicia respecto a vacíos jurídicos existentes en la normativa del teletrabajo comparada. Así tenemos los fallos emitidos por la Corte Constitucional colombiana que, mediante su sentencia C-337-11, discute si el teletrabajador tiene o no derecho al subsidio familiar, que normalmente otorga el seguro social a los trabajadores presenciales. En este sentido, la Corte reconoce de forma categórica la igualdad de trato a los teletrabajadores evitando cualquier acto de discriminación en detrimento de sus derechos, garantizando un ambiente carente de excesivas cargas laborales, el pago de una remuneración justa en las mismas condiciones que los trabajadores presenciales, afiliarse y desafiliarse de cualquier sindicato, a las prestaciones del seguro social, a la edad mínima para trabajar. También la protección al derecho de maternidad, a la intimidad individual y familiar, a un ambiente sano, equilibrado y seguro de trabajo, a regresar a la ejecución habitual de labores en la empresa, y al reconocimiento de horas extraordinarias cuando el patrono lo requiera.⁴¹

40. Jhinet Satizábal, Luana Polo y Nohora Valbuena, *Teletrabajo. Guía de Salud y Seguridad* (Bogotá: Exprecards CISAS, 2012), 9, <https://bit.ly/2CLfIMr>.

41. Colombia, Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-337-11*, 4 de mayo de 2011, <https://bit.ly/2ZpoR4S>.

Por otro lado, la sentencia T-254-16 hace alusión al caso de un profesional del derecho que prestaba servicios en una dependencia pública, quien sufría constantemente varios tipos de padecimientos, siendo el más grave un cáncer detectado a nivel de su columna vertebral, del cual fue intervenido, provocándole una disminución considerable en la ejecución de sus actividades. Esto ocasionó problemas de traslado, y consecuentemente faltas a su trabajo, obligando al empleador a establecer medidas de adaptación y reubicación laboral. Sin embargo, al haberse celebrado un contrato colectivo de trabajo, el patrono aplicó la disposición que le permitía imponer el teletrabajo (teniendo en cuenta que su naturaleza es de carácter voluntaria y no forzosa) por el riesgo en el estado de salud del trabajador. Bajo este escenario, la autoridad judicial reflexiona sobre los colectivos vulnerables, que, por su condición especial y en miras a precautelar no solo sus derechos laborales, sino también de salud, integridad y seguridad, requieren de una atención prioritaria y personalizada. De esta forma declara válidas las cláusulas de los contratos colectivos que permiten el cambio de modalidad contractual, cuando se encontrare en peligro la salud del trabajador. Esto generó que el trabajador pase a ser teletrabajador sin declaratoria que su estado sea una enfermedad, ya que la naturaleza de su actividad fue predominantemente intelectual, y su incapacidad no fue producto directo del desarrollo de sus funciones.⁴²

Ahora bien, continuando con el análisis de los fallos en Colombia, la sentencia SL 13653-2015, aunque no refiera sobre el reconocimiento de un riesgo laboral, nos da luces de cómo podría configurarse un accidente de trabajo en general y lo que debería probarse para determinar este particular. En la acción propuesta por un vigilante de seguridad, quien reclama la indemnización por accidente de trabajo sufrido durante su jornada laboral a consecuencia de que su arma cayera al suelo, produciendo un disparo que impactó su brazo derecho, una afección implicó una disminución de más del 51 % en su capacidad de trabajo. Ante esta situación, se alegó que el arma no poseía un dispositivo o seguro antidisparo y que la empresa era la responsable. La defensa afirmó que el fiel cumplimiento de cada una de las medidas de prevención y el manejo del arma era de exclusiva responsabilidad del trabajador, sobre todo por la naturaleza de su función. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, señaló que, para determinar la existencia de un accidente de trabajo, el accionante debe probar la observancia del deber objetivo de cuidado respecto a los implementos y herramientas de trabajo, particular que no fue debidamente comprobado por el demandante, sino al

42. Colombia, Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-254-16*, 17 de mayo de 2016, <https://bit.ly/38dYoeI>.

contrario, fue la empresa quien demostró haber cumplido con cada uno de los protocolos y medidas que garantizaban una seguridad ocupacional plena.⁴³

Estos ejemplos jurisprudenciales colombianos dilucidan puntualizaciones respecto del teletrabajo. En primer lugar, la innegable igualdad de derechos de los trabajadores y teletrabajadores en sus diferentes modalidades contractuales, ya que la modalidad no es suficiente justificativo para marcar diferencias en percepción de derechos laborales generales. Por otro lado, está la marcada obligación que deben observar los trabajadores en general y, en especial, los teletrabajadores, frente a su deber objetivo del cuidado personal al momento de ejecutar sus labores, más todavía cuando está desempeñando una labor fuera del espacio físico del empleador. Finalmente, lo positivo que significa el teletrabajo como forma de garantizar la estabilidad laboral e ingresos para personas con discapacidades físicas que garantiza su inclusión laboral y no discriminación.

De otro lado tenemos la sentencia 327-2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que un ingeniero en sistemas busca el reconocimiento de una incapacidad permanente total para el desarrollo de las actividades propias de su profesión como consecuencia de una enfermedad que le provocaba afecciones en su estado de salud (cefalea, astenia, nerviosismo) al simple contacto con varios focos de contaminación electromagnética, que solo al alejarse presentaba una mejoría notable. Se descubrió que padecía el síndrome de hipersensibilidad electromagnética, que lo obligaba a distanciarse de todo factor de riesgo como la contaminación radioeléctrica, teléfonos inalámbricos, antenas de telefonía móvil, wifi. Bajo este panorama, la justicia española falló a favor del trabajador, declarando, como consecuencia de su enfermedad profesional, la incapacidad permanente total para ejecutar sus actividades propias como ingeniero, precautelando primordialmente su seguridad y salud.⁴⁴

Esta sentencia vislumbra la amplitud de posibilidades que la exposición a campos electromagnéticos o sus relacionados pueden afectar gravemente la salud del trabajador. Por ello, al trasladar este caso a la modalidad del teletrabajo, nos permite prever la necesidad de tomar medidas de prevención, ya que el trabajador puede sufrir alergias al mantener contacto con las TIC, por lo cual este se constituye un ejemplo de potenciales enfermedades profesionales relacionadas a los factores de riesgo que presenta el teletrabajo, facilita la delimitación de dichos factores y sus consecuencias en la salud de los teletrabajadores.

43. Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, *Sentencia SL 13653-2015*, 7 de octubre de 2015, <https://bit.ly/2BSZ1OE>.

44. España, Tribunal Superior Madrid Sala de lo Social, *Sentencia TSM-327-2016*, 6 de julio de 2016, <https://bit.ly/31sD0B1>.

Aunque no se haya evidenciado una sentencia que reconozca la existencia de un riesgo laboral en materia de teletrabajo, del análisis realizado a los aludidos fallos judiciales, destacan las principales discusiones jurídicas en torno a esta modalidad. Y esto, sumado al contenido abordado a lo largo de esta investigación, nos da luces de los parámetros que deben concurrir para que pueda configurarse un riesgo laboral en teletrabajo, sobre todo en la importancia y responsabilidad que debe adoptar el empleador a la hora de elaborar sus reglamentos de seguridad ocupacional, promoción y planes de prevención de riesgos en el teletrabajo, Asimismo, el teletrabajador debe adoptar y cumplir con cada una de las normas de seguridad impuestas por la empresa, haciendo uso correcto de los equipos de trabajo, y manejo de las TIC, a fin de emplear sus conocimientos de manera adecuada.⁴⁵

CONCLUSIONES

El teletrabajo es una modalidad de ejecución de las actividades laborales, prestado de manera autónoma o subordinada, desde un lugar diferente al habitual lugar de trabajo, que se efectúa haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación, permitiendo al teletrabajador el desarrollo de sus tareas de forma telemática y a su vez, el control, dirección y vigilancia por parte de su empleador, el cual permite la inclusión de personas con discapacidad o con condiciones limitantes para laborar en el espacio físico del empleador, convirtiéndola en una modalidad que efectiviza la estabilidad laboral e ingresos que permiten la satisfacción de otros derechos de supervivencia personal y familiar.

Los principales derechos que confluyen en la modalidad del teletrabajo relacionados a los riesgos laborales son el derecho a la seguridad, salud e higiene laboral respecto del trabajador.

Los factores de riesgo que se manifiestan de mayor forma en el teletrabajo son los psicosociales, resumidos en la autonomía y flexibilidad laboral, desarrollo profesional, las relaciones sociales, conciliación de la vida privada y laboral, el aislamiento. El empleador debe tomar todas las precauciones que minimicen el impacto negativo que cada uno de estos factores pueda provocar en su personal de trabajo. Pero también está la latente obligación de los teletrabajadores de mantener su deber objetivo de cuidado, es decir, el cumplimiento irrestricto de las indicaciones y medidas de seguridad dotadas por el empleador, ya que su inobservancia genera la asunción personal del teletrabajador.

45. Ivonne Valero y Martha Riaño, “Teletrabajo: Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Colombia”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales* 23, n.º 1 (2020): 28-31, <https://bit.ly/2Vyfn6i>.

dor de los resultados adversos en su salud. Esto sin perjuicio de las obligaciones que el IESS deba cumplir con los teletrabajadores que cumplan con los requisitos legales para ser beneficiarios de las prestaciones, subvenciones e indemnizaciones a que haya lugar.

En el caso ecuatoriano los riesgos laborales en el teletrabajo se sujetan al Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, exigiéndose, como presupuestos para determinar la existencia de un accidente de trabajo, la ocurrencia dentro del lugar y jornada de trabajo y la relación de causalidad entre la lesión sufrida y la actividad realizada. Asimismo son considerados los accidentes de trabajo *in itinere* o en tránsito, siempre que cumplan los criterios teológico o finalista, mecánico, cronológico, y geográfico. En relación con las enfermedades bajo esta modalidad, para ser calificadas como profesionales, deben observar la prenombrada normativa, que exige el cumplimiento de criterios como: ocupacional, clínico, higiénico-epidemiológico, laboratorio y médico-legal, considerando que dichos criterios han sido normados para trabajadores presenciales, por lo cual no son aplicables al teletrabajo, pues no observan sus peculiaridades, especialmente en los criterios de valoración ocupacional y epidemiológico, debido a que las condiciones de cada teletrabajador son distintas a las de sus compañeros, pues el ambiente de trabajo es fluctuante y no pueden valorarse de forma uniforme, a diferencia de los trabajadores presenciales.

Aunque no se descartan la aparición de accidentes, las enfermedades profesionales son más proclives a desarrollarse en el teletrabajo; por ello, es necesario tomar las medidas, políticas y normar específicamente su prevención, sobre todo al ser esta modalidad de reciente inclusión obligatoria en Ecuador, por lo cual sus consecuencias se empezarán a sentir con posterioridad a la superación de la pandemia por Covid-19. Para el caso de los accidentes de trabajo, es imperante una reglamentación inmediata que distinga las características propias de un accidente de trabajo de los accidentes no relacionados al teletrabajo, que están vinculados a un ambiente más personal y familiar.

Esto, sin duda, demanda urgentemente una regulación especial sobre los riesgos laborales, cuyo objetivo busque la reducción de sus factores, actualización permanente en el manejo de las TIC para el desarrollo de las competencias exigidas, inspecciones periódicas previa notificación y consentimiento, entrega de herramientas de trabajo y adecuación del espacio laboral y mobiliario acorde a las medidas de seguridad. Por último, no olvidemos la obligación patronal de implementar las medidas de seguridad e higiene laboral suficientes, vía reglamentos y planes de prevención de riesgos, con el objetivo de garantizar la salud ocupacional, y, a la vez, la obligación de los trabajadores de cumplir con cada una de estas disposiciones.

Esto supone el accionar secundario del Ministerio de Trabajo y del IESS, quienes deben normar un barómetro mínimo en contingencia de los riesgos laborales en el teletrabajo, regulando los procesos en el registro de novedades en cuanto a estos riesgos, específicamente, los avisos de accidentes y enfermedades profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Arese, César. *Derechos humanos laborales*. Buenos Aires: Rubinzal y Asociados, 2014.
- Buira Ciprés, Jordi. *El teletrabajo: entre el mito y la realidad*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2012.
- Cataño, Sara, y Natalia Gómez. “El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo”. *Revista CES Salud Pública* 5, n.º 1 (2014): 82-91. <https://bit.ly/2VMwkdF>.
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-337-11*. 4 de mayo de 2011. <https://bit.ly/2ZpoR4S>.
- . *Sentencia T-254-16*. 17 de mayo de 2016. <https://bit.ly/38dYoeI>.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. *Sentencia. SL 13653-2015*. 7 de octubre de 2015. <https://bit.ly/2BSZ1OE>.
- Colombia. *Ley 1221 de 2008*. Diario Oficial 47.052, 16 de julio de 2008.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. *Manual de Teletrabajo. 2015*. párr. 23. <https://bit.ly/3igZtHe>.
- Cruz Villalón, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*, 8.ª ed. Madrid: Tecnos, 2015.
- Dávalos, José. *Derecho individual del trabajo*, 11.ª ed. Ciudad de México: Porrúa, 2014.
- De Diego, Julián. *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 4.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- Di Martino, Vittorio. *El teletrabajo en América Latina y el Caribe*. Ginebra: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2004, 30. <https://bit.ly/2BqgBtF>.
- Diario El Comercio. “Día de Trabajo: 361.361 personas en teletrabajo en dos meses”. 1 de mayo de 2020. <https://bit.ly/2ZnvYuF>.
- Diario El Universo. “El teletrabajo: laborar desde casa no tiene la acogida esperada en Ecuador”, 20 de noviembre de 2019. <https://bit.ly/2NF0ieO>.
- Ecuador. *Código del Trabajo*. Registro Oficial 167, 16 de diciembre de 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador IESS. *Resolución n.º 513. Reglamento del Seguro General de Riesgos de Trabajo*. Registro Oficial 632, 12 de julio de 2016.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*. Registro Oficial 229, Suplemento, 22 de junio de 2020.
- España. Tribunal Superior Madrid Sala de lo Social. *Sentencia TSM-327-2016*. 6 de julio de 2016. <https://bit.ly/31sD0B1>.
- Giraldo Faber, y Mónica Villegas. “Propuesta de mejora de procesos software basada en PSP para contextos de teletrabajo”. *Revista Ingenierías Universidad de Medellín* 18, n.º 34 (2019). <https://bit.ly/3dRwEOs>.
- Gómez, Genaro. *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, 10.ª ed. Madrid: Nueva Imprenta SA, 2010.

- Grueso, Merlín, y María Antón. “Prácticas de conciliación entre la vida personal y laboral: comparación entre muestras procedentes de España y Colombia”. *Investigación y Desarrollo* 19, n.º 1 (2011): 42-63. <https://bit.ly/31tkSHp>.
- Luque, Manuel, y Ana Ginés. *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2016.
- Orjuela, Laura. “Manual educativo sobre prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. Especialización en higiene, seguridad y salud en el trabajo”. Trabajo de grado, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, 2018.
- Oso, Lubiza. “El teletrabajo: una opción en la era digital”. *Observatorio Laboral Revista Venezolana* 3, n.º 5 (2010): 93-109. <https://bit.ly/3eQarS0>.
- Penalva, Alejandra “El accidente de trabajo en el teletrabajo: situación actual y nuevas perspectivas”. Trabajo de posgrado, Universidad de Murcia, 2016. <https://bit.ly/2ZqJY6W>.
- Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- Poquet, Raquel. “Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción”. *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo* 5, n.º 4 (2017): 41-57.
- Robalino, Isabel. *Manual de Derecho del Trabajo*. Quito: Editorial Mendieta, 1994.
- Rodríguez, Rafael. *Sistema laboral de riesgos laborales*, 2.ª ed. Barranquilla: Universidad del Norte, 2015.
- Ruiz, Carlos, Jordi Delclòs, Elena Ronda, Ana García y Fernando Benavides. “Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales”. *Revista Española de Salud Pública* 87, n.º 6 (2013): 659-60. <https://bit.ly/2BOxdLq>.
- Saco, Raúl. “El teletrabajo”. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 60 (2007): 325-50.
- Satizábal, Jhinet, Luana Polo y Nohora Valbuena. *Teletrabajo. Guía de Salud y Seguridad*. Bogotá: Exprecards CISAS, 2012. <https://bit.ly/2CLfIMr>.
- Valencia, Ana María. “Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas”. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte* 12, n.º 41 (2010): 204-26. <https://bit.ly/2A11u4g>.
- Valero, Ivonne, y Martha Riaño. “Teletrabajo: Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Colombia”. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales* 23, n.º 1 (2020): 22-33. <https://bit.ly/2Vyfn6i>.
- Vásquez, Jorge. *Derecho laboral práctico*. Quito: Editorial Cevallos, 2013.
- Vicente, Teófila, Ignacio Torres, Alfonso Torres, Victoria Ramírez y Luisa Capdevila. “El teletrabajo en salud laboral”. *Revista CES Derecho* 9, n.º 2 (2018): 292-4. <https://bit.ly/2ZqKlym>.
- Villalba, Alicia, y Lourdes Mella. *Trabajo a distancia y teletrabajo*. Madrid: Aranzadi, 2015.

Responsabilidad del empleador por *mobbing* horizontal

Employer's responsibility for horizontal mobbing

José Antonio Burneo Burneo

Juez de lo Contencioso Administrativo

Quito, Ecuador

jburneo_1959@yahoo.es

ORCID: 0000-0002-5267-3894

José Antonio Burneo Carrera

Abogado en libre ejercicio

Ecuador

jaburneo_94@outlook.es

ORCID: 0000-0003-4787-8200

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.3>

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Actualmente, en el campo del Derecho del trabajo, el *mobbing* laboral es una de las situaciones más perjudiciales de las relaciones de trabajo, cuyas repercusiones afectan tanto al trabajador como al empleador. Primero, porque entorpece los procesos internos dentro de la organización, lo que a su vez repercute en los resultados de la empresa. Segundo, debido a que el empleador es quien se beneficia de la fuerza de trabajo de sus empleados, es lógico que tenga la obligación de brindarles medios e instalaciones seguras a los trabajadores para la prestación lícita y personal de sus servicios. Esta obligación es la carga del empleador de brindar un ambiente sano y propicio para las relaciones laborales. En caso de que el empleador infrinja esta obligación, objetiva e indisponible, deberá hacer frente a las condenas pecuniarias que le correspondan, a pesar de que en el caso del *mobbing* horizontal no tenga ni siquiera conocimiento de los hechos de acoso realizado entre sus trabajadores. Este breve escrito buscará clarificar en qué circunstancias cabe la responsabilidad del empleador en casos de *mobbing* horizontal, por su posición de garante de los derechos de los trabajadores, y cómo la normativa sanciona su omisión por no ofrecer un ambiente sano de trabajo.

PALABRAS CLAVE: trabajo, empleador, responsabilidad, hostigamiento, *mobbing*, indemnización.

ABSTRACT

Working place is the scenario of a many situation where the worker's personality is affected. Labor mobbing is one of the most damaging situations in work relationships. Because it hinders the internal processes within the organization, so that poor communication and the psychological damage that bullying produces are affected by the company's results. Also, because the employer is the one who benefits from the workforce of its employees, so it is logical that they have the obligation to provide them with secure means and facilities for the lawful and personal provision of their services. Generically, we call this obligation the employer's burden of providing a healthy and conducive environment for labor relations. If the employer infringes this liability, objective and unavailable, he must face the pecuniary sentences that correspond to him, even though in the case of horizontal mobbing, he is not even aware of the acts of harassment carried out among his workers. This brief document will seek to clarify in what circumstances the employer's responsibility falls in cases of horizontal *mobbing* or workplace harassment, due to its position as guarantor of workers' rights.

KEYWORDS: work, employer, liability, harassment, mobbing, compensation.

FORO

INTRODUCCIÓN

¿Es responsable el empleador por actos de acoso cometidos entre trabajadores? Para responder esta interrogante han sido planteados diferentes elementos de análisis. En primer lugar, serán revisados el concepto y alcances del *compliance* laboral, desde el punto de la inicial definición de *compliance* hasta la tendencia actual de separarlo de la materia penal; de modo que abarque también al campo del Derecho laboral. En línea con ello, examinaremos también el fundamento de los códigos de ética, los cuales son medios de autorregulación que facultan a las empresas a normar aspectos que superan a los mínimos legales, con la intención de sumar eficiencia y valor a las organizaciones, esencialmente, por medio del aseguramiento de un ambiente sano de trabajo.

Por otro lado, ya insertos en el tema central de la investigación, serán revisados varios aspectos del *mobbing*, el cual es la agresión psicológica o moral hacia un trabajador para poner en peligro su estabilidad laboral. Además, serán expuestos diferentes motivos por los cuales creemos que es necesario tomar muy en cuenta al *mobbing*, desde su prevención hasta su manejo correctivo prudente, para evitar la responsabilidad del empleador. Seguidamente, ahondaremos en el breve y particular estudio del *mobbing* horizontal, el cual es el acoso u hostigamiento de un trabajador hacia otro de su misma jerarquía organizacional. Para explicar el tema en cuestión, serán tomados en cuenta diferentes causas que van desde el mero celo profesional hasta la competencia excesiva por puestos de trabajo específicos o ascensos.

Con base en los conceptos descritos, será estudiada la posición garantista que toma la normativa laboral en nuestro país, ya que le otorga al empleador una calidad de garante de los derechos de los trabajadores a su cargo, específicamente dentro del ambiente de trabajo. Por el ostento de dicha calidad, el empleador tiene la obligación objetiva de garantizar no solo un ambiente sano a los trabajadores, sino también debidos procesos de *compliance* dentro de las organizaciones que denoten una activa participación con respecto a la prevención del *mobbing* o, en su defecto, a la canalización de denuncias sobre este tipo de hechos abusivos y tan perjudiciales a nivel psicológico para los trabajadores. Con todo este planteamiento, será expuesta la idea de una responsabilidad objetiva del empleador, tras la cual, después de demostrarse su responsabilidad, puede llegar a ser condenado a un tipo de indemnización específica pero no tan evidente, expuesta dentro del Código del Trabajo. Para llegar a esta conclusión, utilizaremos un método lógico-deductivo, partiendo de las premisas que serán explicadas a lo largo del escrito; enfatizando los aspectos legales aplicables al *mobbing* horizontal en el Ecuador.

COMPLIANCE LABORAL Y LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

EL LABOR COMPLIANCE

El término *compliance* ha sido estereotipado al ámbito de prevención y manejo del incumplimiento penal. Inicialmente porque, desde sus raíces anglosajonas, no es posible dejar de lado el móvil que le dio origen, la perpetuación de delitos penales por intermedio de personas jurídicas a mediados del siglo pasado.¹ De igual forma, la rama de prevención de incumplimiento penal podría decirse que tiene efectos “visibles” o evidentes, pues, tras la perpetuación de un delito a través de la organización, la penalidad puede ser la disolución de la persona jurídica que la sustenta y que fue utilizada para el ilícito; sin perjuicio de que la responsabilidad penal también pueda alcanzar a sus directores.² Por esto es que se le ha entregado cierto protagonismo al campo penal en el *compliance*, sin olvidar que es tan solo un elemento que compone el amplio y variado terreno del manejo de riesgos de incumplimiento en el campo empresarial; menciónese: prevención de lavado de activos, societario, laboral, etc.

La disposición, organización, regulación y control de las herramientas empresariales —organizativas— de normativización de protocolos de prevención de incumplimiento normativo no solo es una tendencia sino una necesidad para las empresas.³ Primero porque su compleja estructura va a ser directamente proporcional a los riesgos en que estuviere expuesto. Segundo, debido a que la inclinación legislativa en nuestro país ha sido creciente a agigantados pasos, por lo que: a mayor normativa, mayor será el ejercicio que deben realizar los agentes regulados (esto incluye a las empresas en su calidad de empleadoras). No obstante, a pesar de dicha necesidad, la cultura de autorregulación ha sido pobremente desarrollada, lo que evidencia que las empresas se limitan a cumplir con la normativa emitida por los agentes externos de control —es decir las instituciones estatales— que poco o nada conocen sobre la realidad de una empresa del sector privado. Así pues, los protocolos de prevención de incumplimiento, especialmente las autoimpuestas, deben ser una prioridad en las empresas.⁴

-
1. Raúl Saccani y Gustavo Morales Oliver, *Tratado de compliance* (Buenos Aires: La Ley, 2018), 345-52.
 2. Véase Roxin, *Derecho Penal Parte General* (Barcelona, 1992), 205-9. En sus escritos, Roxin diferencia claramente la imputación penal entre directores o administradoras y la persona jurídica, tendencia que se ha hecho parte la normativa penal ecuatoriana en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal, donde el delito de cohecho diferencia las sanciones pertinentes para uno y otro.
 3. Saccani y Morales Oliver, *Tratado de compliance*, 345-52.
 4. Raúl Rojas, *Compliance laboral* (Madrid, 2017), 5-9.

El *compliance* laboral puede ser conceptualizado como aquella acción corporativa de la gestión de riesgos de incumplimiento de la norma laboral.⁵ En el sistema jurídico ecuatoriano, esta práctica de gestión es derivada en el mandato legal dispuesto en el artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador (C.R.E),⁶ en el sentido de que es obligación del Estado garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto de su dignidad humana y sus derechos adquiridos; de modo que el Estado, en su posición de garante superior, emite normas no disponibles que los empleadores tienen que acatar para cumplir con dichas garantías constitucionales.⁷

El *labor compliance* —*compliance* aplicado al Derecho del trabajo— tiene como objeto y campo de estudio la gestión de tres riesgos básicos: Por un lado, los riesgos de sanciones legales o nulidad de actos que representen decisiones empresariales sobre normas del trabajo; o, lo que es lo mismo, el cumplimiento del Orden Público Laboral. En otro sentido, los riesgos de sanciones económicas por multas administrativas que pueden repercutir en el desempeño de la empresa/empleador. Finalmente, el riesgo moral al cual están expuestos los empleadores (esencialmente empresas), que en el campo laboral tiene especial atención porque, dependiendo del giro del negocio, las empresas son lo que sus empleados transmiten, de modo que, si estos no tienen cubiertos y garantizados sus derechos como trabajadores, van a comunicar una imagen negativa de la empresa.⁸

Si bien la tendencia del *compliance* ha sido la de superar la estereotipación del campo penal, esta no ha sido suficiente para permitir un avance considerable en otras ramas del derecho, como lo es el *labor compliance*. En ese sentido, existe una absurda creencia de que el buen empleador es quien tiene a sus trabajadores en la formalidad —o sea en blanco—, lo cual es únicamente una de sus más elementales obligaciones. Ahora, el considerable crecimiento de la normativa laboral, sostenida en los últimos años, provoca que los empleadores agreguen esfuerzos para verificar el cumplimiento de la normativa laboral obligatoria y además que identifiquen espacios donde la ley les permite ejercer cierto campo de disposición y manejo facultativo para emprender proyectos de autorregulación, tendientes a mejorar las relaciones entre trabajadores y, por otro lado, entre trabajadores y su empleador.⁹

5. *Ibíd.*

6. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 33.

7. Es posible concatenar dicha obligación del Estado con el deber fundamental de este de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los tratados internacionales; lo que incluye las normas de trabajo.

8. César Montoya Agudelo y Martín Boyero Saavedra, “El recurso humano como elemento fundamental para la gestión de calidad y la competitividad organizacional”, *Revista científica Visión del Futuro* 20, n.º 2 (2016): 1-23.

9. Javier Ricardo Dolorier Torres, “Orden Público Económico, Orden Público Laboral, y límites a la autonomía colectiva”, *Revista Themis*, 1 (2015): 205-21.

En el Ecuador no existe norma alguna que exija o regule programas de prevención de incumplimiento o de *labor compliance*; peor aún la figura del *labor compliance officer*. De modo que el camino está propuesto por normas supranacionales de *softlaw*. Las normas ISO son un conjunto de normas, reglas y principios que tienen como objeto la cobertura del control y gestión de calidad de las organizaciones.¹⁰ Estas normas son emitidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO por sus siglas en inglés) que es la institución internacional encargada de la homogeneización de normas de carácter organizacional para fomentar la estandarización global en el campo industrial y comercial.

En tal sentido, para fines del *labor compliance*, podría ser aplicable la norma ISO196000 sobre sistemas de gestión de *compliance*, que es una norma genérica, de modo que sean las propias organizaciones que van a aplicarlas las encargadas a hacer un ejercicio de individualización según las necesidades de sus respectivas estructuras. Lo que se busca con la implementación del *labor compliance* no solo es evitar el incumplimiento normativo, sino también la creación de buenas prácticas laborales, como podrían ser los códigos de ética entre empleados, que es una buena herramienta para combatir el *mobbing*,¹¹ objeto de esta investigación.

IMPORTANCIA DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

Idealmente, en línea con lo dicho por Hermosa, toda empresa debe tener implementados códigos de conducta y ética del personal que sea congruente con su programa de riesgos laborales para que los trabajadores moderen y coadyuven su comportamiento con los objetivos propuestos por la organización empleadora.¹² Legalmente no hay obligación de implementar códigos de ética y comportamiento en el estricto sentido de la palabra. No obstante, la figura del Reglamento Interno de Trabajo (RIT) tiene bastantes similitudes. El R.I.T. se encuentra regulado en el artículo 64 del Código del Trabajo, si bien este artículo se refiere a fábricas también incluye a establecimientos de trabajo colectivo, por lo que podría aplicarse a una variedad de organizaciones donde exista interacción continua y simultánea entre varios trabajadores.

Los códigos de ética o de comportamiento para los trabajadores y empleadores son un pilar fundamental del *labor compliance*. En principio porque permite reglamen-

10. Saccani y Morales Oliver, *Tratado de compliance*, 347.

11. Yolanda Cobo Saiz, “El mobbing. Hacer visible, lo invisible” (Cantabria: Universidad de Cantabria, 2013), 123-44.

12. Eduardo Hermosa Torres, “El mobbing o acoso laboral, pautas para su tratamiento en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 41-52.

tar el comportamiento de los prestadores de servicios (trabajadores) para disminuir riesgos laborales. Además, porque apertura de canales de denuncias formalizados en donde puedan identificarse de mejor manera los comportamientos anómalos dentro de la empresa. Así pues, es asimilable que el código de ética es esencial para el *labor compliance* porque sirve de marco regulatorio de las relaciones laborales, más allá de la normativa imperativa, y, a su vez, asegura su correcta divulgación y sociabilización entre los trabajadores, ya que representa un pliego de normas condensadas, eliminando la informalidad y la dispersión; algo que sucede generalmente en la normativa legal emanada por las instituciones públicas.

EL MOBBING

Los códigos de ética que proveen normativa de obligatorio cumplimiento entre trabajadores son de vital importancia en la prevención del *mobbing*. En sí, abarca, de manera general, la prevención del acoso, impulsa la salud ocupacional, el buen trato y la comunicación efectiva en la organización.¹³ La relación de los empleados en el ambiente de trabajo es bastante compleja y es obligación del empleador entregar un ambiente sano y propicio para la prestación de los servicios lícitos y personales de los trabajadores; esto según el número 8 del art. 45 del Código de Trabajo.

La alta competencia en el mercado laboral que supone el proceso de globalización ha repercutido en la frecuencia en que los trabajadores incurren en actividades perjudiciales para el clima laboral.¹⁴ Entre esas actividades aparece el *mobbing*, un anglicanismo que proviene de la locución inglesa *to mob*, que puede traducirse como la acción de acosar u hostigar.¹⁵ En el intento por sintetizar la definición del *mobbing*, es posible concebirlo como acoso moral, acoso laboral u hostigamiento psicológico.¹⁶

Según la Real Academia de la Lengua Española, acosar implica “apremiar de forma constante o insistente a alguien con molestias o requerimientos”; por su parte, hostigar es la molestia o burla hacia alguien de forma insistente.¹⁷ Si bien están relacionados, estos dos términos no son sinónimos. No obstante, son englobados dentro

13. Raúl Rojas, *Compliance laboral*, 5-9.

14. Mara Maricela Trujillo Flores, María de la Luz Valderrábanos Almegua y René Hernández Mendoza, “*Mobbing*: historia, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas”, *Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, 1 (2007): 71-92.

15. María del Carmen Vidal Casero, “El *mobbing* en el trabajo: su problemática”, *Bioeticacs.org*, 2013.

16. Adriana Ávila Cadavid, Valentina Bernal Toro y Laura Alzate, “¿Cuáles son las causas y consecuencias del acoso laboral o *mobbing*?”, *Revista electrónica Psyconex* 8, n.º 13 (2016): 1-10.

17. Marco Antonio Espinoza y Doris Gallegos, “Discriminación laboral en Ecuador”, *Revista Espacios* 39, n.º 23 (2018): 32-48.

de la figura del *mobbing*, debido a que se trata, en el campo del derecho, de un concepto indeterminado. Así pues, será encuadrable en cada caso particular, en razón de las circunstancias y normativa respectiva, la terminología a aplicarse; sin olvidar que el Código del Trabajo, tácitamente, incluye en su art. 42 num. 36 el hostigamiento dentro de la figura general del acoso laboral, siendo obligación del empleador implementar programas para prevenirlo o, en su defecto, sancionarlo.

El primero en utilizar, en el campo laboral, la figura del *mobbing* fue el psicólogo alemán Heinz Leymann, quien formuló el concepto del acoso laboral como: “situación en que una o más personas son objeto de violencia psicológica de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, por lo cual se ve mermada su estabilidad psicológica y reputacional; afectando sus labores debido a la desmotivación laboral”. En ese sentido, puede sintetizarse la figura en cuestión, en suma de la figura de la hostilidad laboral, como la existencia de una comunicación deficiente y un comportamiento abusivo y perjudicial para un trabajador en el ámbito del trabajo.¹⁸

En la normativa ecuatoriana encontramos la definición del acoso laboral o *mobbing* en el artículo innumerado siguiente al artículo 46 del Código del Trabajo, el cual menciona:

Debe entenderse por acoso laboral todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral.

Con base en esa conceptualización, debemos destacar algunos elementos del *mobbing*, a parte del evidente acoso u hostigamiento descrito en líneas anteriores:¹⁹

- Alta frecuencia: Para que se compruebe la existencia del *mobbing*, tiene que ser reiterado, puesto que los actos aislados, a ojos de la normativa ecuatoriana, no son considerados como acoso laboral.

18. Véase: Heinz Leymann, *Mobbing: la persécution au travail* (París: Seuil, 1996). En su obra, el doctor Leymann, si bien menciona el ámbito del trabajo, esto incluye el ámbito espacial, es decir, el establecimiento donde efectivamente se trabaja, así como también las relaciones posteriores o derivadas de ello; de modo que puede existir acoso laboral aun fuera del horario del trabajo y en lugares distintos que, inicialmente, serían de un interés ajeno al empleador. El punto importante es la acción de un compañero de trabajo hacia otro; las demás son variables no determinantes para identificar el *mobbing*, teniendo enorme importancia para su estima el perjuicio no para verificar su existencia.

19. Eduardo Caamaño Rojo, “La noción de acoso moral laboral o ‘mobbing’ y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37 (2011): 215-40.

- Por tiempo prolongado: A más de ser reiterado, los actos tendientes a desmoralizar a un trabajador deben ser sostenidos en el tiempo. Si bien no existe un tiempo exacto para imputarse el acoso, consideramos que debería ser por un lapso mayor a noventa días, considerando que, si bien no es obligatorio, la gran mayoría de empleadores hacen parte de su derecho al período de prueba que el Código del Trabajo determina en su artículo 15, según el cual las partes pueden terminar la relación laboral sin indemnización alguna, por lo que se entiende que no cumplió sus expectativas. En tal sentido, el período de prueba, a más de ser muy corto, no brinda elementos razonables para sustentar actos de acoso laboral.

Recordemos que todo trabajo, en mayor o menor medida, implica un cierto nivel de estrés para el empleado. De modo que, para que se configure el *mobbing* y disparar la protección, multa e indemnizaciones correspondientes que provee la ley, deberá existir una alteración considerable en los niveles de estrés del trabajador, capaz de afectar su estado psicológico y repercutir en el desempeño de su trabajo.²⁰

OBJETO DEL *MOBBING*

El acoso laboral no puede analizarse ni verificarse de forma dispersa, tiene que ser dirigido. Esto quiere decir que las actuaciones del acosador deben ser tendientes a obtener un resultado en específico de una persona o grupo de personas. De modo que el objeto del acosador debe ser claramente identificable, con respecto a la persona a agredir, el perjuicio esperado y el resultado beneficioso que representará para el acosador.²¹ Un ejemplo de ello, y bastante típico en el *mobbing*, es cuando un compañero de trabajo desestabiliza emocionalmente a otro que está compitiendo por un ascenso, con la intención de que este último renuncie y se desvincule de la empresa.²²

Para cumplir con su objetivo, el acosador busca la clandestinidad. Esto no obsta que exista un acoso público para denigrar o descalificar el trabajo de alguien, lo que es más verificable en el *Bossing*.²³ En el *mobbing* horizontal, por su parte, la clandestinidad es clave para el éxito del plan perjudicial del acosador, porque el empleador ignora o desconoce la existencia de dichas situaciones, dificultando un ejercicio de

20. *Ibid.*

21. José Carvajal Orozco y Carlos Dávila Londoño, “Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia”, *Cuadernos de Administración Universidad del Valle* 29, n.º 49 (2013): 92-106.

22. Adriana Marcela Manrique, “Acoso Laboral (Mobbing): Riesgo Psicosocial Emergente Invisible”, *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional* 38, n.º 2 (2019): 127-9.

23. *Bossing* es aquel acoso en el cual el perpetuador tiene un grado jerárquico distinto. Para más sobre el tema véase: Jorge Enrique Romero-Pérez, “Mobbing Laboral: acoso moral, psicológico”, *Revista de Ciencias Jurídicas* 1, n.º 111 (2006): 131-62.

previsión o corrección al comportamiento abusivo del *mobbing*; muy aparte de que existan ya planes de prevención del acoso laboral.²⁴

Aparte del objetivo general y direccionado del acosador, que es la desestabilización psicológica del trabajador, tiene además objetivos específicos y metódicos que hacen parte del proyecto dañoso. En primer orden, es perseguida la marginación social del afectado o potencial acosado; en el sentido de que esto favorecerá al desarraigo de la unificación y cooperación entre trabajadores, o sea que el empleado se sienta desprotegido.²⁵ Por otro lado, el acoso debe ir direccionado a la deficiencia en la prestación de los servicios lícitos y personales del trabajador acosado, de forma tal que no sean cubiertas satisfactoriamente sus obligaciones laborales. Finalmente, y en palabras de Leymann, la inestabilidad psicológica que evidencia un malestar de carácter patológico.²⁶

Concluimos que el *mobbing* es un acto dañoso y eminentemente doloso.²⁷ Fernández Madrid defiende la idea de no solo la existencia de una intención evidente del acosador por causar un perjuicio en el compañero de trabajo, sino que también supone actos preparatorios de planeación y organización; de modo tal que el acosador se esfuerza por dañar.²⁸ El dolo, según el art. 29 del Código Civil, consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Es indiscutible entonces que el *mobbing* es un acto doloso, pero en caso de controversias laborales esa intención positiva de afectar la estabilidad moral y psicológica de un trabajador deberá probarse, ya que, en ningún caso, según el art. 1475, *ibíd.*, el dolo se presume.

EL *MOBBING* HORIZONTAL

Explicado lo que implica el ejercicio del *mobbing*, bajo el entendimiento de acoso laboral en el trabajo, es prudente acotar los puntos de estudio al objeto de este análisis; el *mobbing* horizontal. Esta modalidad de acoso laboral trata de aquel perjuicio o inestabilidad psicológica que realiza un trabajador a otro de su misma jerarquía organiza-

-
24. Ramón Gimeno, “La presión laboral tendenciosa” (tesis doctoral, Universidad de Girona, 2004).
 25. Marie-France Hirigoyen, *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso* (Barcelona, 2001), 23-34.
 26. Según Leymann, la inestabilidad psicológica puede ser de carácter pasajero o sostenido por un tiempo prolongado, independientemente de si continúa prestando servicios dentro de la empresa. Inferimos entonces que, en caso de demostrarse responsabilidad del empleador por acoso psicológico, el juez ha de ordenar que además este costee la terapia para el afectado, en modalidad de reparación no pecuniaria.
 27. Miguel Barón Duque, Lourdes Munduate Jaca y María José Blanco Barea, “La espiral del Mobbing”, *Papeles del Psicólogo* 23, n.º 84 (2003): 71-82.
 28. Gimeno, “La presión laboral tendenciosa”.

cional.²⁹ Es decir, es aquella situación de agresividad u hostigamiento realizado por un compañero del ambiente de trabajo donde no existe superposición oficial por puestos. De tal forma, el abusador obtiene un poder de facto producido por un comportamiento amenazador o perturbador hacia la víctima.³⁰

En vista de que no existe una jerarquización formal de poder por puestos de trabajo superiores entre los participantes de este tipo de *mobbing*, es inferirle que el acosado, en la mayoría de las ocasiones, sea una persona con un mejor perfil profesional que el acosador; lo cual pone en peligro el ascenso de este último dentro de la organización. En razón de eso, el acosador decide deshacerse de esa amenaza laboral mediante una afectación silenciosa pero altamente perjudicial, el acoso moral.³¹ El hecho de que dichos participantes tengan un rango profesional igual, o parecido, dentro de la organización no determina un menor grado de lesión por actos del acoso; pues es totalmente independiente.³² De tal modo, en línea con Cobo, la intensidad, alcance, periodicidad y continuidad de los actos de acoso serán las variables determinantes para medir un perjuicio a nivel laboral, mas no la posición que ocupan los perpetuadores.³³

Este tipo de *mobbing* suele estar relacionado con el elevado nivel de competitividad en las organizaciones,³⁴ porque en determinadas profesiones o industrias, el reconocimiento público del trabajo hace parte de un sistema desviado que sobrepasa los tradicionales méritos laborales.³⁵ Por otro lado, el hostigamiento laboral también es producto de bajos niveles de compañerismo en la organización, lo que a su vez deriva de la competitividad desmesurada entre trabajadores. Así pues, la sana idea de la competencia se ve distorsionada por ambientes hostiles de trabajo donde el comportamiento del empleador, mediante programas de ética organizacional, es esencial para elevar o disminuir los riesgos de acoso laboral entre trabajadores.

29. Romero-Pérez, “Mobbing Laboral: Acoso moral, psicológico”, 141.

30. Cobo Saiz, “El mobbing. Hacer visible, lo invisible”, 14.

31. Gimeno, “La presión laboral tendenciosa”.

32. Armando Mario Rojas, “El acoso o ‘mobbing’ laboral”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 24 (2005): 230-4.

33. Cobo Saiz, “El mobbing. Hacer visible, lo invisible”, 14.

34. Mara Maricela Trujillo Flores, María de la Luz Valderrabano Almegua y René Hernández Mendoza, en su artículo: “Mobbing: historia, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas”, revelan que un estudio demostró que las industrias más propensas al acoso entre trabajadores son aquellas donde los salarios son bajos y que los ingresos gruesos de los trabajadores son las comisiones por volúmenes de ventas. Entonces no es descabellado concluir que la exagerada carga competitiva que impone el empleador, más que ser beneficiosa, produce índices de estrés exagerados, desencadenando una pérdida del espíritu de compañerismo entre los trabajadores.

35. *Ibíd.*

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR POR *MOBBING* HORIZONTAL

Para comprender en qué medida es responsable un empleador por actos de acoso entre sus trabajadores de la misma jerarquía, donde este desconoce los diferentes actos hostiles debido a que son realizados de forma clandestina, es necesario verificar dos puntos centrales: por un lado, su calidad de garante de derechos de sus trabajadores, por el principio de subordinación. El otro punto es que la ley le otorga la calidad de causal para terminar con el contrato de trabajo, donde nuestro interés será aquella situación en la que el trabajador termine con la relación laboral y le sea imputado al empleador el pago de las respectivas indemnizaciones que la propia ley ordena.

Con respecto al primer punto, el trabajador es el sujeto protegido por el Derecho del trabajo. Por ende, la normativa de Orden Público Laboral debe ir encaminada hacia su tutela como grupo débil en las relaciones laborales.³⁶ Esta protección le otorga la facultad al trabajador de ejercer acciones en caso de violación a sus derechos. En ese sentido, tras un daño ocasionado por una situación de acoso laboral que tuvo como resultado una grave deficiencia en la estabilidad psicológica de la víctima, esta podrá presentar las acciones, ya sean judiciales o administrativas, que crea pertinentes en contra de su empleador de forma directa.³⁷ Ahora, en casos de plantearse dicha acción no será necesario dirigirla exclusivamente al representante legal de la organización empleadora, sino, por el contrario, podrá ser direccionada a quien el trabajador considere como empleador, sin importar si lo desconoce.

En la misma línea de lo antedicho, desde la visión del trabajador, y desde donde parte el Derecho del trabajo, el empleador no es únicamente quien figura en el rol de pagos del sueldo, también abarca a quienes ejerzan su representación. El Código del Trabajo ha sido claro en ese sentido, de modo que en el artículo 36 menciona que los representantes del empleador serán todos aquellos quienes, a nombre de él, ejercen funciones de dirección y administración. Además, vale la pena agregar lo que la jurisprudencia ha decidido sobre ello: en los fallos de triple reiteración II-A, II-B y II-C de la *Gaceta Judicial* mayo-agosto de 1998, página 3241 es aclarado que no es obligación del trabajador conocer quién ejerce la representación legal de la empresa donde presta sus labores. Por todo ello es deducible que, en casos de violación a sus derechos por acoso laboral, el trabajador afectado podrá accionar no solo contra el

36. Juan Carlos Fernández Madrid, *Tratado práctico del derecho del trabajo* (Buenos Aires: La Ley, 1990), 55-61.

37. Caamaño Rojo y Ugarte, "El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales", 69-71.

representante legal de la organización, sino también a quienes ejerzan funciones de dirección, que bien podrían ser sus jefes superiores.

Según el artículo 44 del mencionado cuerpo legal, el empleador tiene la prohibición expresa de cometer actos de acoso laboral, o de autorizarlos, ya sea por acción, lo que supondría una posición activa en el *mobbing*, o por omisión, es decir no haber tomado los recaudos necesarios para evitar dichos actos de acoso. Con respecto a la omisión, si bien se entendería que el empleador desconoce o ignora la existencia de una situación de *mobbing* horizontal por los motivos explicados, su obligación es de carácter objetivo, porque supone un deber de cuidado, lo que en materia penal es llamado como posición de garante. De tal forma, es posible concluir que el empleador es responsable en *mobbing* horizontal debido a su posición de garante ante las relaciones laborales acaecidas en su establecimiento y de los derechos de los trabajadores que laboran para él, más que todo porque es el empleador quien se beneficia de dicha fuerza de trabajo; por lo que debe ofrecer las condiciones idóneas para que el derecho constitucional al trabajo sea ejercido satisfactoriamente, en beneficio de ambas partes de la relación laboral.

Con respecto al segundo punto central de la responsabilidad del empleador por acoso laboral horizontal debemos resaltar que esta es considerada como una causal legal para la terminación del contrato de trabajo. El acoso laboral, descrito en el artículo innumerado siguiente al artículo 46 del Código del Trabajo, es causal de visto bueno, tanto en favor del trabajador como del empleador. Siendo nuestro interés la causal de visto bueno descrita en el art. 173 núm. 4 *ibíd.*, la cual faculta al trabajador a dar por terminado el contrato de trabajo en caso de sufrir acoso laboral, cometido o permitido por acción u omisión por el empleador o sus representantes legales. De tal forma, el *mobbing* horizontal que sufre el trabajador es encuadrable dentro de este artículo, posibilitándolo a darse por despedido tras la concesión del mencionado visto bueno por parte del Inspector del Trabajo; todo eso tiene como resultado el derecho a exigir el pago de las indemnizaciones descritas en el artículo 189 *ibídem*.

Procesalmente, un empleador que ha sido desahuciado, previo visto bueno, tras comprobarse su responsabilidad por omisión en casos de *mobbing* horizontal, será obligado a cancelar las indemnizaciones aplicables al despido ineficaz, descrito en el art. 195.3 en su tercer inciso del Código del Trabajo, correspondiente a un año de salario, según el último salario percibido.³⁸ De más está decir que las implicaciones de no manejar un control diligente del ambiente de trabajo son bastante severas; no obstante, pueden ser pensadas también como incentivos negativos que alienten la creación

38. La bonificación por desahucio por acoso laboral es completamente indistinta a las indemnizaciones correspondientes por despido intempestivo, siendo obligación del empleador también cancelarlas.

e implementación de programas de *labor compliance* tendientes a la erradicación del acoso laboral.

Muy aparte de si es o no beneficiosa una normativa tan severa y estricta con respecto al empleador, lo que es ineludible de precisar es la existencia de una responsabilidad objetiva. Como consecuencia de ello, en caso de que el trabajador active la acción administrativa del visto bueno para dar por terminado el contrato de trabajo por la causal descrita en líneas pasadas, este solo deberá presentar ante el Inspector del Trabajo indicios fundados de haber sufrido acoso laboral. En tal escenario será el empleador el encargado de desvirtuar esas acusaciones mediante la justificación de un comportamiento diligente ante un riesgo potencial de *mobbing* entre trabajadores de la misma jerarquía organizacional, que es bastante probable que desconozca. Como defensa ante una acusación administrativa de este tipo, el empleador deberá demostrar que ha aplicado los debidos actos preventivos, canales de denuncia y medidas correctivas necesarias para evitar el acoso laboral dentro de su establecimiento;³⁹ o, lo que es lo mismo, demostrar que ha ejercido un prudente programa de *labor compliance*.

Con respecto a los indicios que debe brindar el trabajador para activar las investigaciones de *mobbing*, entendemos que la norma canaliza estas denuncias de forma tan viable y abierta debido al principio de protección administrativa en favor del trabajador, dispuesto en el art. 5 del Código del Trabajo, en concordancia con el principio *indubio pro-operario*, consagrado en el artículo 9 del mismo cuerpo legal.

La exigencia al trabajador de tan solo indicios de haber sufrido acoso laboral revierte la carga de la prueba, ahora en manos del empleador, quien deberá demostrar los puntos expuestos en el párrafo anterior; muy aparte de la existencia o no del acoso por parte de otro trabajador. En vista de su calidad de garante de los derechos de los trabajadores, los esfuerzos del empleador serán direccionados a verificar que este puso a disposición de los trabajadores los canales de denuncia pertinentes para evitar que el acoso prosiga; de tal forma podrá justificar que no es encuadrable dentro de la figura de la omisión, aunque todo dependerá de la decisión del Inspector del Trabajo. No está por demás decir que este tipo de argumentos es únicamente aplicable en el *mobbing* horizontal, donde el empleador tiene una posición pasiva, de modo que la naturaleza de la responsabilidad por infracciones directas por el empleador, como el *Bossing*, nada tienen que ver con ese tipo de razonamiento.

39. Hermosa Torres, “El *mobbing* o acoso laboral, pautas para su tratamiento en el Ecuador”, 25-36.

ACOSO LABORAL EN EL ESCENARIO ECUATORIANO

A partir de la reforma del Código del Trabajo, en el mes de noviembre de 2017, donde fue incluida la figura del acoso laboral en la legislación laboral ecuatoriana, fueron presentadas un número considerable de denuncias por esta situación. Así, en el año 2018 fueron presentadas, a lo largo de las 32 dependencias regionales que posee el Ministerio del Trabajo a nivel nacional, un total de 359 denuncias por acoso, sin tener una distinción exacta de cuántas fueron por *mobbing* horizontal.⁴⁰

Dentro del año siguiente, la tendencia de la presentación de denuncias continuó con un patrón ascendente. No obstante, a nivel judicial no existe una cifra exacta que especifique las causas que se han sustanciado por este tipo de acoso; esencialmente porque la mayoría de las controversias suelen disiparse a nivel administrativo, donde es el Inspector del Trabajo el encargado de dirimir la controversia, específicamente otorgando o negando el visto bueno, según fue explicado en párrafos pasados.

CONCLUSIONES

- El empleador deberá entregar un ambiente de trabajo propicio y sano para que se lleve a cabo la prestación de los servicios lícitos y personales de los trabajadores. Al hacerlo, es materializado el principio legal dispuestos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores, el cual, si es debidamente garantizado en su lugar de trabajo, reduce el riesgo de que su estabilidad psicológica se vea afectada por un colaborador; pues, en caso de que así sea, el empleador será responsable por ello, debido a su calidad de garante.
- Los Reglamentos Internos de Trabajo que implementen los empleadores deberán contener códigos de ética funcionales, basados en el *labor compliance*, que protejan los derechos de los trabajadores y además los intereses del empleador, tras el establecimiento de una relación laboral armónica y saludable. De modo que las normas autoimpuestas que elija aplicar el empleador deberán ser acordes también al principio de responsabilidad por actos propios, el cual obliga a este a cumplir con estándares de control de cumplimiento mayores a los exigidos por la ley, pero creados por sí mismo y a su medida, para otorgar un cierto grado de seguridad a los trabajadores con respecto al respeto de sus derechos.

40. Jonathan Machado, “En 20 meses se han reportado 518 denuncias por acoso laboral”, *Primicias.ec*, 28 de agosto de 2019.

- Los programas de canalización de denuncias en las organizaciones es un medio eficaz para poner en alerta a los empleadores sobre hechos de *mobbing* horizontal, debido a que el acosador va a buscar la clandestinidad para cumplir con su objetivo. En el escenario de que el empleador sea alarmado de estos hechos, podrá aplicar medios correctivos que podrán evitar el cargo de indemnizaciones, pero sin que esto represente una disminución en su nivel de responsabilidad; pues siempre el empleador tendrá la posición de garante de los derechos del trabajador y, por ende, una obligación objetiva con respecto a ellos.
- En casos de *mobbing* horizontal que sean denunciados administrativamente a través del proceso de investigación ante el Inspector del Trabajo, el trabajador afectado únicamente deberá proveer indicios de la existencia del acoso laboral; mientras que el empleador deberá probar su inexistencia o, en su defecto, que, a pesar de haber existido, no incumplió omisivamente su deber de garante. En caso de que la terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, previo visto bueno, sea basado en la causal cuarta del artículo 173 del Código de Trabajo, o sea por acoso laboral, el empleador deberá indemnizar al trabajador afectado con el valor correspondiente a un año de salario, sin perjuicio de las indemnizaciones por despido intempestivo y por desahucio, porque su obligación, como se reiteró, es objetiva en caso de *mobbing* horizontal. Como peculiaridad a este planteamiento, resaltamos que el trabajador acosador no se hace responsable por el *mobbing* en el campo laboral, muy aparte de que el empleador pueda también dar por terminada la relación laboral, por lo que el trabajador afectado deberá accionar ante su acosador por la vía civil y bajo las reglas particulares del daño moral.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Mario. “El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo”. *Revista TST, Brasília* 73, n.º 3 (2007): 50-80.
- Ávila Cadavid, Adriana, Valentina Bernal Toro y Laura Alzate. “¿Cuáles son las causas y consecuencias del acoso laboral o *mobbing*?”. *Revista electrónica Psyconex* 8, n.º 13 (2016): 1-10. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/Psyconex/article/view/326991/20784214>.
- Barón Duque, Miguel, Lourdes Munduate Jaca y María Blanco Barea. “La espiral del *Mobbing*”. *Papeles del Psicólogo* 23, n.º 84 (2003): 71-82.
- BDO España. “Protocolos laborales: Radiografía de su implementación en España”. Madrid, 2018.
- Caamaño Rojo, Eduardo. “La noción de acoso moral laboral o ‘*mobbing*’ y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37 (2011): 215-40. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n37/a05.pdf>.

- Caamaño Rojo, Eduardo, y José Luis Ugarte. “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”. *Revista Ius et Praxis* 20, n.º 1 (2014): 67-90. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf>.
- Carvajal Orozco, José, y Carlos Dávila Londoño. “Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia”. *Cuadernos de Administración Universidad del Valle* 29, n.º 49 (enero-junio 2013): 92-106.
- Cobo Saiz, Yolanda. “El mobbing. Hacer visible, lo invisible”. Cantabria: Universidad de Cantabria, 2013, 67-83.
- Dolorier Torres, Javier Ricardo. “Orden Público Económico, Orden Público Laboral, y límites a la autonomía colectiva”. *Revista Themis* (2015): 205-18.
- Ecuador. *Código del Trabajo*. Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Espinoza, Marco Antonio, y Doris Gallegos. “Discriminación laboral en Ecuador”. *Revista Espacios* 39, n.º 23 (2018): 32-48.
- Fernández Madrid, Juan Carlos. *Tratado práctico del derecho del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 1990.
- García Amado, Juan Antonio. “Responsabilidad jurídica”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1 (2011): 125-32.
- Gimeno, Ramón. “La presión laboral tendenciosa”. Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2004.
- González Trijueque, David, y Sabino Delgado Marina. “Acoso psicológico en el lugar de trabajo, Burnout y psicopatología. Un estudio piloto con el BSI y el MBI”. *Boletín de psicología*, n.º 94 (noviembre 2008): 47-58.
- Hermosa Torres, Eduardo. “El mobbing o acoso laboral, pautas para su tratamiento en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017.
- Hirigoyen, Marie-France. *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*. Barcelona, 2001.
- Hopenhayin, Martín. *Repensar el trabajo: historia, profusión y perspectivas de un concepto*. Buenos Aires: Editorial Norma, 2001.
- Jiménez-Bonilla, Denisse, y Edgar Jiménez-Bonilla. “Clima laboral y su incidencia en la satisfacción de los trabajadores de una empresa de consumo masivo”. *Revista Ciencia UNEMI* 9, n.º 18 (junio 2016): 26-34.
- Lanas Medina, Elisa. “La prueba en demandas laborales por discriminación”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 14 (2010): 69-91.
- Leymann, Heinz. *Mobbing: la persécution au travail*. París: Seuil, 1996.
- Lucas Marín, Antonio. *Sociología de la empresa*. Madrid: Ibérico Europea de Ediciones, 1992.
- Lugo Garfias, María Elena. *Acoso laboral “mobbing”*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

- Machado, Jonathan. “En 20 meses se han reportado 518 denuncias por acoso laboral”. *Primiticias.ec*, 28 de agosto de 2019. Nota completa en <https://www.primiticias.ec/noticias/sociedad/acoso-laboral-trabajadores-empleadores/>.
- Manrique, Adriana Marcela. “Acoso Laboral (Mobbing): Riesgo Psicosocial Emergente Invisible”. *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional* 38, n.º 2 (2019): 127-9.
- Montoya Agudelo, César, y Martín Boyero Saavedra. “El recurso humano como elemento fundamental para la gestión de calidad y la competitividad organizacional”. *Revista científica Visión del Futuro* 20, n.º 2 (2016): 1-23.
- Pasten de Ishihara, Gloria. “Derecho del trabajo: su relación e integración con los derechos humanos, la economía y la sociología”. *Revista de derecho del trabajo* (2003): 110-69.
- Peralta, María Claudia. “El acoso laboral —mobbing— perspectiva psicológica”. *Revista de Estudios Sociales* 1, n.º 18 (2004): 111-22.
- Piñel y Zabala, Iñaki, y Araceli Oñate Cantero. “La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España”. *LAN HARREMANAK* (2002): 35-62.
- Rojas, Armando Mario. “El acoso o ‘mobbing’ laboral”. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 24 (2005): 230-48. <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2560/1678>.
- Rojas, Raúl, *Compliance laboral*. Madrid, 2017.
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. “Mobbing Laboral: Acoso moral, psicológico”. *Revista de Ciencias Jurídicas* 1, n.º 111 (2006): 131-62.
- Saccani, Raúl, y Gustavo Morales Oliver. *Tratado de compliance*. Buenos Aires: La Ley, 2018.
- Trujillo Flores, Mara Maricela, María de la Luz Valderrabano Almegua y René Hernández Mendoza. “Mobbing: historia, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas”. *Revista de Ciencias Administrativas y Sociales* (2007): 71-92.
- Trujillo, Julio César. *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986.
- Unión Sindical de Madrid Región de CCOO. “Acoso psicológico en el trabajo (mobbing). Los efectos de la nueva organización”. Madrid, 2002.
- Vidal Casero, María del Carmen. “El mobbing en el trabajo: su problemática”. *Bioeticacs.org*, 2013.

El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo

The right of material equity in occasional service contracts. Judgment Commentary

David Mauricio Castillo Aguirre

Docente-Investigador de la Universidad de Los Hemisferios

Quito, Ecuador

dmcastilloa@profesores.uhemisferios.edu.ec

ORCID: 0000-0002-1219-7934

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.4>

Fecha de recepción: 29 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El principio de igualdad y no discriminación está reconocido en la Constitución de la República del Ecuador. Este principio constitucional, compuesto por las dimensiones formal y material, se configura además como un derecho que, como tal, puede ser exigido por sus titulares ante las autoridades competentes. En el presente artículo se analiza la sentencia n.º 258-15-SEP-CC —caso n.º 2184-11-EP—, a través de la cual la Corte Constitucional del Ecuador reconoció la vulneración del derecho a la igualdad, en su dimensión material, de la señora Iliana Leticia Vera Montalván y declaró la constitucionalidad condicionada de la normativa que regula los contratos de servicios ocasionales en el Ecuador en favor de las personas con discapacidad. Por medio del método teórico —inductivo y de síntesis-análisis—, se expone la composición del principio y derecho a la igualdad y no discriminación, para luego reflexionar acerca de los argumentos utilizados por los jueces de la Corte Constitucional para reconocer el derecho a la igualdad de las personas discapacitadas que prestan servicios ocasionales en el sector público. Finalmente, se presenta una crítica sobre el alcance de la decisión jurisprudencial, con énfasis en la dimensión colectiva del derecho a la igualdad, con el fin de debatir sobre los efectos de la sentencia en otros grupos vulnerables y esbozar algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVE: igualdad, no discriminación, dimensión material, discapacidad, servicios ocasionales, condicionada.

ABSTRACT

The principle of equality and non-discrimination is recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador. This constitutional principle, composed of the formal and material dimensions, is also configured as a right that can be demanded by its holders to the competent authorities. This article analyzes the judgment n.º 258-15-SEP-CC (Case n.º 2184-11-EP), through which the Constitutional Court of Ecuador recognized the violation of the right of equality, in its material dimension, of Iliana Leticia Vera Montalván and declared the conditional constitutionality of the regulations that regulate the occasional service contracts in Ecuador in favor of people with disabilities. Through theoretical methods —inductive and synthesis-analysis— the theoretical composition of the principle-right to equality and non-discrimination is exposed, and then reflects on the arguments used by members of the Constitutional Court to recognize the right to the equality of disabled people who provide occasional services in the public sector. Finally, a critique of the scope of the jurisprudential decision is presented, with emphasis on the collective dimension of the right to equality, in order to debate the effects of the sentence on other vulnerable groups and to outline some conclusions.

KEYWORDS: equality, non-discrimination, material dimension, disability, occasional services, conditioned.

FORO

HECHOS

La sentencia que se analiza en el presente artículo expone en sus primeras líneas, a través de la lingüística judicial, los hechos que condujeron a que la Corte Constitucional del Ecuador conozca la causa y deba resolver el problema jurídico planteado. Con el fin de esclarecer el galimatías que puede significar la lectura de los hechos del caso contenidos en la sentencia, en este primer apartado se resumen, brevemente, los aspectos de mayor relevancia para construir el comentario de fallo que se propone.

Iliana Leticia Vera Montalván —legitimada activa— es una mujer con discapacidad que suscribió un contrato de servicios ocasionales con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo de los Tsáchilas; el contrato finalizó el 31 de diciembre del año 2010 por medio de notificación verbal.¹ En el momento de la terminación del contrato, la legitimada activa, además, se encontraba embarazada; por esta razón, el 28 de abril del 2011, decidió presentar una acción de protección en contra del Gobierno Municipal de Santo Domingo de los Tsáchilas, pues consideró que mediante aquella notificación verbal se habría vulnerado su derecho constitucional al trabajo, debido a que no se tomó en consideración la doble vulnerabilidad de su persona.²

El Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas aceptó la acción de protección y, mediante sentencia de 2 de agosto de 2011, declaró la vulneración de los derechos al “debido proceso, trabajo, derecho de las personas discapacitadas, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, estableciendo en consecuencia las medidas para la reparación de los daños”³ y ordenó la restitución del contrato de servicios ocasionales. Los representantes del Gobierno Municipal, inconformes con la decisión, optaron por apelar el fallo el 5 de agosto de 2011. El recurso de apelación fue aceptado por los miembros de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas y se revocó la sentencia subida en grado a la vez que se desechó la acción de protección propuesta por la legitimada activa.⁴

En virtud de lo expuesto, el 27 de septiembre de 2011, la Municipalidad de Santo Domingo de los Tsáchilas notificó a legitimada activa sobre la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales. Finalmente, el 15 de noviembre de 2011, la

-
1. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 258-15-SEP-CC”, *Caso 2184-11-EP*, 12 de agosto de 2015, 3.
 2. *Ibíd.*
 3. *Ibíd.* En cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, la Municipalidad suscribió un nuevo contrato de servicios ocasionales con la accionante, cuyo plazo de duración regía a partir del 5 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2011.
 4. *Ibíd.*, 4.

legitimada activa presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2011 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas.⁵ Es así como el caso llegó a conocimiento de los jueces de la Corte Constitucional, quienes se encargaron de realizar el fallo que se comenta en este artículo.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Sin demérito de los diferentes tipos de análisis a los que puede verse sometida la sentencia n.º 258-15-SEP-CC, en el presente texto procuraremos analizar el problema jurídico planteado a modo de pregunta por los miembros de la Corte Constitucional del Ecuador (2015), con relación a si, en el caso concreto, se vulnera o no el derecho a la igualdad de la accionante.

Antes de realizar las consideraciones requeridas sobre el derecho a la igualdad *per se*, es necesario hacer referencia a la igualdad como un principio recogido a nivel constitucional. Alexy se ha referido a los principios como “mandatos de optimización”;⁶ es decir, los principios son normas jurídicas que deben ser directamente aplicadas y su finalidad es alterar el sistema jurídico y la realidad.⁷ Ávila señala que el principio es una norma que cumple con tres características: i) ambigüedad: porque requiere de interpretación, brinda parámetros de comprensión y no contiene hipótesis de hecho o determina obligaciones generales y abstractas; ii) generalidad: porque rige para todas las personas; y iii) abstracción: porque puede servir como parámetro de interpretación de cualquier norma jurídica o situación fáctica.⁸ Las características antes mencionadas son parte constitutiva del principio de igualdad.

Bernal Pulido sostiene que el principio de igualdad representa uno de los principales pilares de toda sociedad y del Estado constitucional.⁹ El principio de igualdad constituye para el Estado “el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las

5. *Ibid.*, 4.

6. Robert Alexy, *El derecho general de libertad. Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

7. Ramiro Ávila. “Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos”, en *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional, 2011), 63.

8. *Ibid.*, 64.

9. Carlos Bernal Pulido, *Juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 1. Véase, por ejemplo: John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1995), 80 y ss., y 187 y ss.; *ibid.*, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech (Barcelona: Grijalbo / Mondadori, 1996), 35 y ss.

cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”.¹⁰ El mencionado deber se materializa en cuatro mandatos: i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).¹¹

Ávila señala que, dentro del sistema constitucional ecuatoriano, el principio de igualdad posee tres dimensiones: i) la igualdad formal: todas las personas deben ser tratadas de igual manera ante el sistema jurídico;¹² ii) igualdad material o *real*¹³ se aplica la fórmula acuñada por Boaventura de Souza Santos: “todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza”;¹⁴ y iii) la prohibición de discriminación. En otras palabras, el principio de igualdad se construye con base en el principio de legalidad estrictamente positivo —principio de legalidad— pero no se agota en sí mismo, sino que amplía su rango de protección jurídica con el fin de tutelar las diferencias y combatir las desigualdades,¹⁵ a la vez que elabora un catálogo no exhaustivo, sino meramente ejemplificativo, de categorías prohibitivas de discriminación.

En todo caso, no se debería entender el principio de igualdad únicamente como una premisa de no discriminación. Saba sostiene que la igualdad se debe observar desde una versión contextualizada de una realidad social más amplia: el individuo es parte de un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser parte de ese grupo: la igualdad como no-sometimiento.¹⁶ Es una

10. *Ibíd.*

11. *Ibíd.*

12. Ávila Santamaría agrega que, en la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina *equal but separate*, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

13. Ávila Santamaría únicamente se refiere a la igualdad material; sin embargo, consideramos pertinente referirnos también a la igualdad como “real”, tal y como lo establece el último inciso del número 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

14. Boaventura de Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social* (Bogotá: ILSA, 2003), 164.

15. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 7.ª ed. (Madrid: Trotta, 2005), 907.

16. Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coords. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 18, 26.

versión de la igualdad que Fiss denomina “estructural” y pos “sociológica”. En esta versión —no individualista— se reconoce a la persona como un fin en sí misma, pero además se considera su pertenencia a un grupo determinado que permite el reconocimiento de su identidad “tanto en ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no”.¹⁷

La identidad individual de las personas se constituye, entre varios elementos, por su condición —por ejemplo: ser mujer, ser discapacitada— que tiene implicaciones en la vida de las personas. El principio de igualdad se sirve de la dimensión material —real— para disrumpir la idea de que la igualdad se resume únicamente en la fórmula “todos somos iguales” y detectar —con el fin de eliminar— aquellas diferencias de carácter estructural que causan situaciones de desigualdad que, a su vez, se traducen en vulneraciones de derechos humanos.¹⁸

En la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento que propone Saba, las denominadas “categorías sospechosas” se asocian con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o sojuzgado por otro u otros grupos de la estructura social. Saba indica que no cualquier categoría podría ser calificada como sospechosa, sino solo aquellas que se correspondan con un grupo sojuzgado o excluido;¹⁹ es aquí donde radica el gran reto de la autoridad: reconocer si la categoría que protege mediante la dimensión material del principio de igualdad se compecede con una persona o grupo de personas excluidas por la estructura social.

Es en este orden de ideas que la doctrina jurídica y la jurisprudencia han desarrollado el contenido del principio de igualdad y no discriminación, con el propósito de que este se materialice en casos concretos en forma de derecho. Esto es, reconocer que el principio de igualdad y no discriminación es una proposición lógicamente anterior de carácter abstracto y formal que se desarrolla hasta alcanzar la igualdad material o real como un derecho propiamente tal.

17. *Ibíd.*, 19.

18. Para ilustrar de mejor manera el concepto, Saba utiliza el ejemplo de la selección de músicos para una orquesta: si se desea realizar una selección de candidatos que no discrimine a las personas que concursen, parecería suficiente que los jueces no puedan observar a los músicos y solo puedan escucharlos, sin ser influenciados por sus prejuicios; sin embargo, esta selección no sería neutral como se pretende, pues no se considerarían las diferencias estructurales que limitarían la participación de personas pertenecientes a ciertos grupos vulnerables.

19. Saba, “(Des)igualdad estructural”, 26.

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA LEGITIMADA ACTIVA, DIMENSIÓN INDIVIDUAL

En el caso Nro. 2184-11-EP se entiende que la legitimada activa ha sufrido la vulneración de su derecho a la igualdad; sin embargo, es importante indicar a qué dimensión del derecho a la igualdad nos referimos pues, tal y como se ha explicado anteriormente, se trata de un derecho compuesto por dos dimensiones —formal y material— cuya vulneración se presenta a través de diferentes formas de discriminación. La discriminación directa —*de jure*— se presenta cuando no existe igualdad formal, mientras que la discriminación indirecta —o por resultado—²⁰ sucede cuando no existe igualdad sustantiva o material —*de facto*—. ²¹

Podemos colegir que la discriminación directa se presenta cuando la norma o política pública realiza una distinción injustificada de forma explícita contra una persona o grupo de personas; es decir, “restringe o excluye el goce o ejercicio de un derecho a una persona o grupo identificable sin que exista una razón objetiva que sea necesaria en un Estado democrático y sea proporcional en relación con el alcance del derecho y el beneficio pretendido”.²²

Por su parte, la discriminación indirecta o por resultado se evidencia cuando una norma o política pública aparenta neutralidad, pero el resultado de su aplicación causa discriminación contra una persona o grupo de personas; en otras palabras, “cuando su vigencia o aplicación provoca un impacto diferenciado, generando distinciones, restricciones o exclusiones no previstas de forma directa por la ley, política pública o programa, en virtud de las diversas posiciones que las personas ocupan en el orden social”.²³

En el caso sometido al presente análisis, la legitimada activa alega que ha sido víctima de discriminación directa, por cuanto han existido casos similares al suyo en los que se han suscrito contratos de servicios ocasionales de forma sucesiva con el fin de precautelar el derecho al trabajo y el principio de estabilidad laboral; se hace referencia a la dimensión formal del derecho a la igualdad que hemos descrito en párrafos anteriores.

20. La Constitución de la República del Ecuador se refiere a la discriminación indirecta como discriminación “por resultado”; numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

21. Servicio Profesional en Derechos Humanos, *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustantiva y la no discriminación* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011). 16.

22. *Ibíd.* 17.

23. *Ibíd.*

En este punto, con el fin de determinar si la alegación de la legitimada activa fue la correcta, conviene revisar la norma que se presume ha generado la discriminación directa que deriva en la posterior vulneración del derecho a la igualdad formal. La legitimada activa tenía suscrito un contrato de servicios ocasionales con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo de los Tsáchilas. Este tipo de contrato se encuentra normado en el art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público que, en lo principal, manifiesta:

La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales [...] siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin. La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. [...]. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad. [...] *Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento*, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos. [...] En caso de necesidad institucional *se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales* salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior.²⁴ (énfasis añadido)

Los contratos de servicios ocasionales en el sector público, debido a su naturaleza de carácter ocasional, no generan estabilidad laboral y, en el mejor de los casos, podrían tener una vigencia máxima de veinticuatro meses. Si analizamos la norma única y exclusivamente desde la perspectiva de la igualdad formal, podríamos concluir que el despido de la legitimada activa no vulneró su derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, por cuanto se cumplió con lo dispuesto en la norma que regula este tipo de contratos; no obstante, dicho análisis ignoraría la segunda dimensión del derecho a la igualdad a la que nos hemos referido en párrafos anteriores: la dimensión material o real, “cuya finalidad no es equiparar a todos, sino distinguirlos, a fin de no ocasionar tratos injustos”.²⁵

Las fórmulas jurídicas de igualdad encierran algún tipo de comparación que surge del reclamo de trato: i) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser

24. Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial, Suplemento 294, 6 de octubre de 2010, art. 58.

25. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 0027-12-SEP-CC”, *Caso n.º 0002-12-IN*, 21 de junio de 2012.

tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o ii) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.²⁶

En el caso concreto, la legitimada activa pretende ser tratada de la misma forma que otros —aquellos que no fueron cesados por la finalización de sus contratos de servicios ocasionales— porque considera que no existen razones para ser tratada de manera diferente. Lo correcto en este caso es recordar que la legitimada activa no puede ser considerada como “igual” a otras personas frente a la norma, pues su condición de persona discapacitada y mujer embarazada la colocan en una situación de desigualdad que amerita una especial protección. Por tal motivo, no se considera correcta la alegación sobre la presunta violación de su derecho a la igualdad formal; al contrario, se trata de una violación a su derecho a la igualdad material —real—, que exige un trato diferente ante la existencia de circunstancias relevantes que justificarían su trato diferenciado.

En este punto del análisis, cabe preguntarse qué tipo de discriminación genera la aplicación de la norma que regula los contratos de servicios ocasionales en el sector público. De la lectura del citado artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público se deduce que se trata de una discriminación indirecta por cuanto este artículo aparenta neutralidad, pero, como ha sucedido en el caso concreto, el resultado de su aplicación ha causado discriminación en contra de la legitimada activa; la aplicación de la norma ha provocado un impacto diferenciado, generando una exclusión que claramente no ha sido prevista de manera directa en el cuerpo legal analizado. Es fundamental recordar que, dentro de un sistema constitucional de derechos, las normas deben ser adecuadas por las autoridades con potestad normativa, formal y materialmente, a los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, con el fin de garantizar la dignidad de las personas.²⁷

El derecho a la igualdad material o real incluye una obligación positiva —de hacer— para el Estado ecuatoriano. El inciso final del número segundo del artículo 11 de la Constitución establece: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que

26. Clérico y Aldao son citados por la Corte Constitucional en su “Sentencia n.º 0027-12-SEP-CC”, *Caso n.º 0002-12-IN*, 21 de junio de 2012.

27. El artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.²⁸

Es decir, se determina la obligación del Estado de promover, mediante acciones afirmativas, la igualdad material o real en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de desigualdad. La legitimada activa, al encontrarse en una evidente situación de desigualdad debido a su condición de persona discapacitada, merece la protección especial a la que se refiere la Constitución.

La normativa infra constitucional —Ley Orgánica de Discapacidades— establece que la acción afirmativa es “toda aquella medida necesaria, proporcional y de aplicación obligatoria cuando se manifieste la condición de desigualdad de la persona con discapacidad en el espacio en que goce y ejerza sus derechos”,²⁹ y el artículo 17 de la misma norma señala que, para el reconocimiento y ejercicio de derechos, “se observará la situación real y condición humana de vulnerabilidad en la que se encuentre la persona con discapacidad, y se le garantizará los derechos propios de su situación particular”.³⁰ El Estado ecuatoriano tiene el deber de observar la realidad de la persona discapacitada para garantizar sus derechos, considerando su situación particular y asegurando el trato distinto que merece.

Es importante destacar el análisis de la Corte Constitucional al afirmar que, si bien la legitimada activa suscribió un contrato de servicios ocasionales con una naturaleza jurídica determinada, al demostrarse que se trataba de una persona en situación de discapacidad, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo de los Tsáchilas ha debido considerar, en cumplimiento del derecho a la igualdad en su dimensión material, “la situación de discapacidad y especial vulnerabilidad de la accionante, y por tal condición se le debió asegurar un trato distinto al del resto de personas que suscriben este tipo de instrumentos, a fin de garantizar el respeto a sus derechos constitucionales”.³¹

En un ejercicio hipotético, que pretende ser puramente ilustrativo, la vulneración del derecho a la igualdad en su dimensión material sufrida por la legitimada activa, pudo haber sido evitada en dos momentos: i) cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo de los Tsáchilas decidió dar por terminado el contrato de servicios ocasionales; y ii) cuando la Corte Provincial de Santo Domingo

28. *Constitución de la República del Ecuador* [2008] [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f., art. 11.2.

29. Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial, Suplemento 769, 25 de septiembre de 2012, art. 4.1.

30. *Ibid.*, art. 17.

31. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 258-15-SEP-CC”, *Caso n.º 2184-11-EP*, 12 de agosto de 2015, 24.

de los Tsáchilas dictó sentencia y resolvió aceptar el recurso de apelación planteado y, por tanto, revocar la sentencia subida en grado y desechar la acción de protección propuesta por la legitimada activa.

En otras palabras, si las autoridades del Municipio hubieran respetado el derecho de la legitimada activa a recibir un trato preferencial por su condición de persona discapacitada, no hubiese sido necesario activar una garantía jurisdiccional —acción de protección— para el ejercicio de sus derechos. En segundo lugar, la Corte Provincial tuvo en sus manos la oportunidad de negar la apelación del Municipio y ratificar la decisión judicial de primera instancia que aceptó la acción de protección; sin embargo, optó por realizar un análisis jurídico que derivó en una sentencia que ignoró la dimensión material del derecho a la igualdad. En ambos supuestos, no hubiese sido necesario activar la acción extraordinaria de protección y, por ende, el ejercicio de los derechos de la legitimada activa se hubiese garantizado de forma más temprana.

Lo dicho refleja una problemática social que no puede pasar desapercibida: existe un problema de interpretación y argumentación en materia de derechos humanos. En el caso de los jueces de la Corte Provincial, se optó por priorizar un positivismo rígido para juzgar un caso únicamente aplicando una norma infra constitucional en lugar de atender a los valores y principios constitucionales —incluso se ignoró el principio de supremacía constitucional y jerarquía de la norma—. Tal y como lo afirma Atienza, “más que un conjunto de preceptos fríos y abstractos que eran aplicados de manera rígida y mecánica por los jueces, hoy en día en la actividad judicial, resulta imperioso hablar de valores y principios en el derecho”.³² Por tanto, la función de los jueces en materia de derechos humanos consiste en superar el tradicional positivismo inflexible para pasar a un sistema constitucional: “la Constitución como cultura formada por principios, por valores y por derechos, permitiendo un constitucionalismo como ideología, que potencie el papel de los jueces”.³³

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, DIMENSIÓN COLECTIVA

Una vez que se han expuesto los motivos y razones jurídicas argumentativas que sostienen la idea de que la legitimada activa ha sufrido la vulneración de su derecho a la igualdad en su dimensión formal, es necesario analizar el papel de la Corte Consti-

32. Manuel Atienza, “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés* (Ciudad de México: Fontamara, 2004), 95 y 110.

33. M. G. Peces Barba, “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna”, en *La Constitución y los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 198.

tucional para evitar que este tipo de vulneraciones se repitan. Esto debido a que pueden existir varios casos similares en el Ecuador, donde las personas con discapacidad que prestan sus servicios en el sector público, bajo la modalidad del contrato de servicios ocasionales, sufran la vulneración de su derecho a la igualdad en su dimensión material; se debe reflexionar sobre lo siguiente: no existen —ni existirán— suficientes jueces para resolver cada una de las vulneraciones de derechos que suceden en la realidad, por tanto, se vuelve necesario que las sentencias de la Corte Constitucional³⁴ incidan en la realidad a través de disposiciones que vayan más allá del caso concreto, hacia una dimensión colectiva. Pensar en todas las “señoras Vera Montalván” que puedan existir.

La Corte Constitucional ha considerado necesario, con el fin de asegurar la garantía de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, señalar que, en el caso de las personas que gozan de una tutela reforzada y merecen protección ante cualquier vulneración que interfiera con su desarrollo por mandato constitucional, las disposiciones de la ley que determinan que la naturaleza del contrato de servicios ocasionales no genera estabilidad laboral, “no deben ser vistas de forma aislada, sino interpretadas en un marco integral de derechos, en la forma en que mejor beneficie la plena vigencia de los mismos”.³⁵

La Corte señala que, en los casos en los que las entidades públicas hayan contratado a personas con discapacidad mediante contratos de servicios ocasionales, la forma de equiparar sus derechos laborales y garantizar su igualdad material es a través del establecimiento de normas que brinden una especial protección a su favor. Por esta razón, decide reformar el contenido del art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, con el fin de incluir excepciones al porcentaje máximo permitido a las entidades públicas para la contratación por servicios ocasionales y la posibilidad de renovar estos contratos:

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. *Se exceptúa de este porcentaje a las personas con*

34. El art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo referente a las atribuciones de la Corte Constitucional, establece: “1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. [...] 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

35. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 258-15-SEP-CC”, *Caso 2184-II-EP*, 12 de agosto de 2015, 24.

*discapacidad, debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud.*³⁶ (énfasis añadido)

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior; *así como en casos de personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad competente.*³⁷ (énfasis añadido)

En este orden de ideas, se puede decir que la Corte Constitucional hace lo correcto al modificar la norma para adecuarla al principio de igualdad y no discriminación —en su dimensión material o real—, de manera tal que, en los futuros casos similares a los de la legitimada activa, se aplique directamente el nuevo contenido del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público; no obstante, es importante reflexionar sobre el alcance de las modificaciones dispuestas por la Corte a través de su declaración de constitucionalidad condicionada.

Imaginemos que se presenta un caso similar, pero en lugar de tratarse de una persona discapacitada, la persona cuyo derecho a la igualdad material se vulnera es una persona perteneciente a otro grupo vulnerable que merece atención prioritaria según la Constitución. En este caso, ¿las autoridades del sector público aplicarían el nuevo contenido del art. 58 o, quizás, desde una perspectiva estrictamente positivista y formal, alegarían que únicamente aplica para las personas discapacitadas? Más allá de que no necesitarían de una sentencia de Corte Constitucional para aplicar la igualdad formal, dados los antecedentes, todo parece indicar que las autoridades optarían por la segunda opción. Por esta razón, consideramos que la Corte ha debido ampliar el contenido de su reforma para incluir no únicamente excepciones en favor de las personas discapacitadas, sino también en favor de otros grupos de atención prioritaria, siempre y cuando cumplan con los requisitos mínimos para trabajar, pues no se esperaría, por ejemplo, que un niño sea beneficiado por dicha excepción.

El cambio en la normativa realizado por la Corte Constitucional ha creado una distinción en favor de las personas discapacitadas que debe ser sometida a un análisis sobre la compatibilidad de las distinciones con el principio de igualdad y no discriminación, dicho análisis se conoce como “test de igualdad”,³⁸ y considera que el “único criterio que se ha establecido para determinar si un acto puede hacer una diferencia en la aplicación de un derecho es aquel que se realiza por una justificación objetiva y

36. *Ibíd.*, 26.

37. *Ibíd.*

38. Servicio Profesional en Derechos Humanos, *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, 32.

razonable”.³⁹ La distinción —excepción— que realizó la Corte Constitucional debe ser i) razonable; ii) proporcional; y iii) necesaria.

La razonabilidad significa que la medida o restricción que se aplique no debe ir más allá de proteger alguno de los intereses o derechos en atención al caso concreto.⁴⁰ La proporcionalidad indica que la medida restrictiva no debe impedir el ejercicio de un derecho en su totalidad o generar una inhibición en el ejercicio del derecho en la población. En otras palabras, “en la interacción de dos derechos humanos no debe existir una restricción que *per se* incapacite el ejercicio de uno en todos los casos”.⁴¹ La necesidad significa que, al momento de establecer una restricción, se debe analizar si existen otros medios a través de los cuales se podría evitar la restricción de ese derecho.⁴²

Consideramos que el criterio de necesidad no debería medirse únicamente bajo el criterio excluyente de “no existir otros medios”, por cuanto, bajo esta lógica, se entendería entonces que no podrían coexistir pacíficamente dos medidas restrictivas para proteger el mismo derecho de quien se encuentra en situación de desigualdad, lo cual, a nuestro entender, sería incorrecto. En otras palabras, defendemos la postura de que el criterio de necesidad del test de igualdad no debería reducirse al criterio de la exclusión —que no existan otros medios—, sino que se debería considerar únicamente si la medida restrictiva es necesaria o no para garantizar el ejercicio del derecho de quien se encuentra en desigualdad, más no si es la única medida probable.

En tal virtud, procedemos a observar si la medida restrictiva dispuesta por la Corte Constitucional cumple con los requisitos del test de igualdad: la excepción impuesta por la Corte excluye a las personas con discapacidad del límite del veinte por ciento que tienen las instituciones del sector público para la contratación de personal en la modalidad de servicios ocasionales y permite las renovaciones de estos contratos por más de una única vez, siempre que sean con personas discapacitadas. Desde el criterio de razonabilidad, se entendería que la medida adoptada por la Corte no va más allá de proteger el derecho a la igualdad en su dimensión material y el derecho al trabajo de las personas discapacitadas que prestan sus servicios en el sector público bajo la modalidad de servicios ocasionales; por tanto, es razonable.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad, consideramos que la excepción realizada por la Corte no impide *per se* el ejercicio de los derechos humanos de las personas que no se encuentran en situación de discapacidad, por cuanto no excluye a

39. *Ibíd.*

40. *Ibíd.*

41. *Ibíd.*

42. *Ibíd.*, 33.

estas personas ni restringe su derecho a ser contratados bajo la modalidad de servicios ocasionales en el sector público. De tal suerte, la medida restrictiva adoptada por la Corte sería proporcional.

Por su parte, desde la perspectiva de la necesidad, nos inclinamos a afirmar que la medida restrictiva es necesaria para garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad de las personas discapacitadas que trabajan con contrato de servicios ocasionales, independientemente de que existan o no otros medios a través de los cuales se podría evitar la restricción de ese derecho. Es decir, ¿de qué otra manera podría establecerse la necesaria diferencia entre las personas discapacitadas con este tipo de contratos y aquellas que no se encuentran en situación de discapacidad? Ahora bien, no debemos olvidar que, tal y como lo manifestamos en párrafos anteriores, consideramos que, a pesar de que la medida restrictiva cumpla con el test de igualdad en beneficio de las personas discapacitadas, la Corte Constitucional ha podido extender estos derechos a otros grupos vulnerables de atención prioritaria.

CONCLUSIONES

La incorrecta interpretación en materia de derechos humanos por parte de los servidores públicos y jueces de Corte Provincial involucrados en el caso analizado ha provocado la vulneración a los derechos humanos de la legitimada activa, situación que ha tenido que ser resuelta mediante una acción extraordinaria de protección; esto genera una justa preocupación sobre el papel que cumplen los representantes del Estado en su deber de garantizar —no restringir— los derechos humanos de las personas, más aún cuando se trata aquellas que se encuentran en una evidente situación de desigualdad.

La problemática sobre la interpretación en materia de derechos humanos por parte de las autoridades administrativas se profundiza aún más por el hecho de que, a pesar de tener una sentencia de la Corte Constitucional a su favor, la legitimada activa no fue reincorporada a sus labores y tuvo que interponer una acción por incumplimiento en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santo Domingo de los Tsáchilas. Los jueces de la Corte Constitucional declararon el incumplimiento de la sentencia que hemos comentado en el presente artículo y dispusieron que se incorpore a la legitimada activa a su puesto de trabajo, o a uno del mismo rango y remuneración, a través de un contrato de servicios ocasionales, hasta que se realice el concurso de selección de méritos y oposición y se pague las remuneraciones dejadas de percibir

por la accionante durante todo el tiempo que fue separada de su cargo hasta su reincorporación.⁴³

El debate sobre el principio —y derecho— de igualdad y no discriminación ha generado diversas posturas. Los aportes doctrinales son variados y engloban discusiones que han cuestionado la validez de la dimensión material o real de este principio constitucional; sin embargo, como hemos observado, la problemática jurídica no se agota únicamente en la esfera de lo teórico pues, mientras la doctrina discute, la realidad fáctica no se detiene y los jueces deben resolver problemas jurídicos mediante sus decisiones. Existen otras sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador que han tratado acerca del principio —derecho— de igualdad y no discriminación;⁴⁴ sin embargo, se considera que la sentencia seleccionada para este comentario es preeminente debido a que vincula la igualdad y no discriminación con el derecho al trabajo, en modalidad de contratos de servicios ocasionales del sector público, y marca un importante precedente jurisprudencial en materia de derecho constitucional, toda vez que representa una evolución en el desarrollo del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la sentencia n.º 258-15-SEP-CC —Caso n.º 2184-11-EP—, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la igualdad y no discriminación en su dimensión material en favor de la legitimada activa. La Corte ha resuelto declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público con el fin de precautelar los derechos de las personas discapacitadas que trabajan bajo la modalidad de servicios ocasionales en el sector público; sin embargo, la Corte no ha previsto la posibilidad de que otros grupos vulnerables de atención prioritaria sean incluidos en la medida restrictiva, lo cual puede ocasionar que sus derechos sean vulnerados a futuro en casos similares.

La propuesta que se expone en el párrafo anterior podría ser considerada un tanto excesiva. Podría decirse que la incorporación de otros grupos vulnerables en la constitucionalidad condicionada a la que se refiere la Corte quebrantaría la excepcionalidad propia de este tipo de medidas constitucionales pues, si se amplía la cantidad de sujetos que se puedan beneficiar del contenido de la nueva norma condicionada, esta perdería su naturaleza y los contratos de servicios ocasionales dejarían de ser tales; no obstante, el desarrollo jurisprudencial ha demostrado que la propuesta presentada en este artículo tiene una justificación lógica, pues la Corte ha tenido que manifestarse nuevamente sobre este tipo de contratos y el derecho a la igualdad y no discrimina-

43. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 040-16-SIS-CC”, *Caso 0007-16-IS*, 13 de julio de 2016.

44. Véase por ejemplo las Sentencias: “n.º 292-16-SEP-CC”, *Caso n.º 0734-13-EP*, 7 de septiembre de 2016, y “n.º 184-18-SEP-CC”, *Caso n.º 1692-12-EP*, 29 de mayo de 2018 (caso Satya).

ción, solo que esta vez se ha referido a otro grupo de atención prioritaria que, curiosamente, no se consideró en el fallo que hemos comentado en este análisis.

En sentencia de revisión n.º 3-19-JP y acumulados —Caso n.º 3-19-JP— de 5 de agosto de 2020, la Corte Constitucional examinó la problemática de las mujeres embarazadas, en licencia de maternidad o período de lactancia, quienes presentaron acciones de protección por haber sido notificadas con la terminación de su relación laboral en el sector público; algunas de estas mujeres mantenían contratos de servicios ocasionales. En este fallo, la Corte Constitucional, sin desconocer la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, sostiene que “las instituciones públicas han aplicado como regla común la contratación de persona bajo esta modalidad, situación que no permite a los trabajadores y trabajadoras alcanzar estabilidad y permanencia en la institución”.⁴⁵ De igual manera, se indica que, mantener al trabajador o trabajadora por un tiempo indefinido pasado el año, significa que la necesidad institucional ha dejado de ser temporal para pasar a ser permanente. Es por esta razón que “el abuso de esta modalidad de contratación constituye una forma de precarización laboral”.⁴⁶

La Corte Constitucional señala que el contrato de servicios ocasionales no tiene que cambiar de naturaleza jurídica, sino que “las exigencias de protección a las mujeres embarazadas y en período de lactancia requiere consideraciones especiales de acuerdo a los mandatos constitucionales y al derecho al cuidado”.⁴⁷ Es así que los miembros de la Corte establecen un criterio con el fin de beneficiar por igual a las mujeres, indistintamente de estar embarazadas o del tiempo en que termine la lactancia con relación al año fiscal; para evitar el trato diferenciado, la Corte considera que, independientemente del tipo de contrato —incluye, lógicamente, los contratos de servicios ocasionales—, la protección durará hasta el fin del período de lactancia.⁴⁸ De esta forma se garantiza una temporalidad para la protección en igual condición para toda mujer que requiera protección por embarazo o período de cuidado por lactancia; “en todo tipo de contrato, las mujeres en estado de gestación tendrán protección especial hasta que termine el período de lactancia”.⁴⁹

El citado fallo permite observar el alcance de la sentencia que ha motivado el análisis propuesto en el presente artículo. Tal y como se había mencionado, en la sentencia n.º 258-15-SEP-CC —Caso n.º 2184-11-EP— la Corte condicionó el art.

45. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 3-19-JP y acumulados”, *Caso 3-19-JP y acumulados*, de 5 de agosto de 2020, párrafos 170 y 171. En el fallo, se dispone que los criterios establecidos en esta sentencia tengan efectos para los casos que se presenten después de su expedición, párrafo 248, num. 11.

46. *Ibíd.*

47. *Ibíd.*, párrafo 173.

48. *Ibíd.*, párrafo 176.

49. *Ibíd.*, párrafo 187.

58 de la Ley Orgánica de Servicio Público para establecer una excepción en favor de las personas con discapacidad; no obstante, la legitimada activa, además de ser una persona con una discapacidad, también era una mujer embarazada, situación que no se consideró en aquel momento. La Corte pudo haber previsto la posibilidad de establecer la excepción en favor de otro grupo vulnerable de atención prioritario: las mujeres embarazadas y, en extensión de este argumento, las mujeres en período de lactancia, sin embargo, no lo hizo; fue necesario que, cinco años después, los nuevos miembros de la Corte Constitucional tengan que manifestarse sobre el mismo tipo de contratos e incluir una nueva excepción.

Los cuestionamientos finales que aparecen son: tomando en cuenta que la legitimada activa estaba embarazada, ¿pudo la Corte prever esta situación en el fallo de 2015 y ampliar la excepción, al menos, en favor de las mujeres embarazadas? En el futuro, ¿existirán otros grupos vulnerables que requieran este tipo de excepciones normativas? ¿Los contratos de servicios ocasionales en el sector público comienzan a perder su vigencia? Estas preguntas se formulan de manera abierta para alimentar el debate sobre las cuestiones analizadas en este artículo. En todo caso, la idea de que la Corte ha podido extender su criterio toma más fuerza gracias al ejemplo de la sentencia del año 2020 que continúa desarrollando la temática y demostrando su vigencia y relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, 3-29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Alexy, Robert. *El derecho general de libertad. Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alonso, Enrique. “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”. *Revista de Administración Pública* (1983).
- Atienza, Manuel. “El derecho como argumentación”. En *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, 95 y 110. Ciudad de México: Fontamara, 2004.
- Ávila, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- . “La utopía en el constitucionalismo andino”. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2016.
- . “Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos”. En *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, 181-207. Quito: Corte Constitucional, 2011.

- Bernal Pulido, Carlos. *Juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, 1-18. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Bobbio, N. “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”. En *Igualdad y No Discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. 2019.
- Constitución de la República del Ecuador* [2008] [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Didier, María. *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- . *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1990.
- . *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial, Suplemento 769, 25 de septiembre de 2012.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Discapacidades*. Registro Oficial, Suplemento 294, 6 de octubre de 2010.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia 258-15-SIN-CC”. *Caso n.º 2184-11-EP*. 12 de agosto de 2015.
- . Corte Constitucional. “Sentencia 0027-12-SEP-CC”. *Caso n.º 0002-12-IN*. 21 de junio de 2012.
- . Corte Constitucional. “Sentencia 040-16-SIS-CC”. *Caso n.º 0007-16-IS*. 13 de julio de 2016.
- . Corte Constitucional. “Sentencia 3-19-JP y acumulados”. *Caso n.º 3-19-JP y acumulados*. 5 de agosto de 2020.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- . *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 7.^a ed. Madrid: Trotta, 2005.
- Laporta, Francisco. “El principio de igualdad: introducción a su análisis”. *Sistema* (Madrid), n.º 67 (1985).
- López, Rogelio. “La interpretación y argumentación judicial en la defensa de los derechos fundamentales”. *Revista: Programa de maestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi* (s. f.): 235-66.
- Peces Barba, M. G. “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna”. En *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Pisarello, Gerardo. “Los derechos sociales y sus garantías. Notas para una mirada desde abajo”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, 31-53. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Rawls, John, et al. *Libertad, Igualdad y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.
- Rodríguez, Miguel, y María Fernanda Fernández. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. En *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá: ILSA, 2003.
- Servicio Profesional en Derechos Humanos. *Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos*, 11-74. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011.
- . *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, 9-62. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011.

Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica)

Case 904-12-JP/19 (pregnancy care denial and obstetric violencen)

Erick Fabián Guapizaca Jiménez*

Asesor de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador

Quito, Ecuador

erickguapizaca@hotmail.com

ORCID: 0000-0003-0263-9847

María Paula Marroquín Ruiz*

Oficial del Proyecto Justicia en Observatorio de Derechos y Justicia

Quito, Ecuador

mpmarroquinruiz@gmail.com

ORCID: 0000-0003-0320-7616

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.5>

Fecha de recepción: 29 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



* Los autores agradecen profundamente los comentarios y sugerencias de los abogados Jean-Pierre Ruiz y Gustavo Villacreses, y de la comunicadora Diana Luzón.

RESUMEN

El presente análisis jurisprudencial examina la sentencia 904-12-JP/19 (negativa de atención de embarazo y violencia obstétrica), de ponencia del juez Ramiro Ávila Santamaría, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador. La sentencia fue dictada en el marco de la revisión de una sentencia de una acción de protección presentada por una mujer que no habría sido atendida adecuadamente por el sistema de maternidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que, producto de ello, sufrió actos de violencia obstétrica y vulneraciones a sus derechos a la salud y a la seguridad social. En una primera sección, el trabajo investigativo se describe y se analiza el proceso constitucional de selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales, así como el alcance y naturaleza de las sentencias de revisión. En una segunda sección, se estudia el peculiar método de la sentencia para introducir la problemática de la deficiente atención en salud a las mujeres embarazadas. Asimismo, se examina de manera crítica el razonamiento del juez respecto de la definición del contenido de los derechos que se declaran vulnerados: salud y seguridad social; se estudia la inédita incorporación del concepto de violencia obstétrica y se brinda un comentario respecto de las reparaciones ordenadas en el caso.

PALABRAS CLAVE: revisión, mujeres, embarazo, salud, violencia, obstétrica, seguridad, social.

ABSTRACT

This jurisprudential analysis examines judgment 904-12-JP/ 19 (denial to care for pregnancy and obstetric violence), delivered by Judge Ramiro Ávila Santamaría, issued by the Constitutional Court of Ecuador. The failure was handed down within the framework of the review of a sentence of a protection writ presented by a woman who had not been adequately cared for by the maternity system of the Ecuadorian Social Security Institute and who as a result suffered acts of obstetric violence and violations of their rights to health and to social security. In a first section, the investigative work describes and analyzes the constitutional process of selection and review of judgments of jurisdictional writs, as well as the scope and nature of the judgments of binding jurisprudence. In a second section, the peculiar method of the sentence is studied in detail to introduce the problem of deficient health care for pregnant women. Likewise, the reasoning of the judge regarding the definition of the content of the rights that are declared violated is critically examined: health and social security; The unprecedented incorporation of the concept of obstetric violence is studied and a comment is provided regarding the reparations ordered in the case.

KEYWORDS: review, women, pregnancy, health, violence, obstetric, security, social.

INTRODUCCIÓN

La salud reproductiva a la que tienen derecho las mujeres está relacionada con el ejercicio de sus derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal. Que el Estado no cumpla debidamente con su deber constitucional tiene graves consecuencias para las mujeres embarazadas. Por esta razón, la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en su artículo 35, reconoce a las mujeres embarazadas como un grupo de atención prioritaria.¹

De esta forma inicia el razonamiento del juez constitucional Ramiro Ávila, en la Sentencia n.º 904-12-JP/19 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). De esta forma, el magistrado resalta el problema estructural que afrontan las mujeres embarazadas al momento de acceder a la atención prenatal, natal o postnatal dentro del sistema de seguridad social ecuatoriano. El fallo ilustra la necesidad de otorgar una mayor protección a los derechos de las mujeres y de imponer directrices claras para los prestadores de salud. En hechos como los que se examinarán a continuación, se determina que las mujeres son violentadas por parte del personal sanitario de las casas de salud que componen el sistema del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

Recientemente, la CCE se pronunció sobre un caso de violencia obstétrica en el contexto de la negativa de atención de una afiliada del IESS. El fallo dictado dentro del proceso de selección y revisión es inédito en cuanto ilustra cómo la CCE establece precedentes vinculantes respecto del contenido de los derechos y garantías consagrados en la CRE. Por ello, la pregunta transversal que atravesará este ensayo será cuál es el alcance de las sentencias de revisión.

En particular, la sentencia constituye una oportunidad crucial para la comprensión del contenido de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la reparación integral. En virtud del razonamiento sobre el fondo del caso, la CCE se pronuncia sobre cada vulneración a estos derechos, otorgándoles un contenido esencial autónomo de los otros derechos constitucionales. Asimismo, esta sentencia desarrolló por primera vez, de manera jurisprudencial, el concepto de violencia obstétrica como resultado de estas graves violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas.

El esquema para abordar lo planteado es: 1. El alcance que la CCE, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (LOGJCC) y la jurisprudencia constitucional le han dado a la facultad de revisión; 2. Los hechos del caso y el razonamiento judicial vertido en la sentencia analizada; y 3. Las conclusiones.

1. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 904-12-JP/19”, *Caso n.º 904-12-JP*, 13 de diciembre de 2019.

LA FACULTAD DE REVISIÓN

En la CRE se incorporó la competencia de la CCE para expedir jurisprudencia vinculante a partir de la revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales seleccionadas por dicho organismo.² Esta revisión versa sobre las sentencias resueltas por jueces ordinarios a nivel nacional en casos de garantías jurisdiccionales: acción de protección, hábeas data, acción de acceso a la información, hábeas corpus y medidas cautelares.³

La facultad de dictar decisiones vinculantes en materia constitucional es una innovación en el sistema ecuatoriano a partir de la actual Constitución y es importante por dos razones. Primero, es un mecanismo que permite la unificación en la aplicación de la norma constitucional. La consecuencia del carácter vinculante de los pronunciamientos, como en la revisión, es que estos tienen efectos *erga omnes* para todos los jueces que conozcan procesos de garantías jurisdiccionales y también como un auto precedente para la misma CCE.⁴ En segundo lugar, en el entendido que la CCE es el máximo órgano de administración de justicia en materia constitucional, permite la corrección de vulneraciones a derechos constitucionales que no fueron debidamente atendidas por los jueces ordinarios en los procesos de garantías jurisdiccionales. En la siguiente sección se estudiará el procedimiento de expedición de las sentencias que comúnmente se les conoce como de revisión.

LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS

El proceso de selección y revisión se encuentra desarrollado en el artículo 25 de la LOGJCC. Esta norma estableció reglas para: 1. Los jueces ordinarios que conocen garantías jurisdiccionales; 2. Las Salas de Selección de la CCE; y 3. Las Salas de Revisión de la CCE.

La primera etapa obliga a todos los jueces ordinarios a remitir todas las sentencias ejecutoriadas que resuelven demandas de garantías jurisdiccionales a la CCE.⁵ Este primer momento habilita a la CCE a ejercer el rol de guardiana de la Constitución,

2. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.

3. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 183-7.

4. Pamela Aguirre, “El valor de la jurisprudencia dentro del Ordenamiento Constitucional Ecuatoriano ¿Cambio de paradigma?”, *Iurisprudentia Revista da Faculdade de Direito* 6, n.º 12 (2017): 122-3, <https://bit.ly/3g07Zsi>.

5. Carlos Alberto Agudelo, “Diálogos Internos en la Corte Constitucional Colombiana sobre el modus ope-

al poder examinar la forma en la que los operadores de justicia ordinarios aplican la norma constitucional en la tramitación los procesos constitucionales.

Posterior a la remisión de sentencias, corresponde a la Sala de Selección de la CCE, integrada por tres jueces constitucionales,⁶ escoger de forma “discrecional” las sentencias sobre las que se desarrollará la jurisprudencia vinculante. Ahora bien, es oportuno puntualizar que, si bien la Sala de Selección tiene discrecionalidad en la selección en su motivación, se deben observar cuatro parámetros:

- a) Gravedad del asunto,
- b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial,
- c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional y
- d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.⁷

La LOGJCC no se refiere a si los parámetros citados deben cumplirse de forma concurrente o si basta con que se justifique uno para la selección de una sentencia. No obstante, se ha establecido que se debe poner especial atención en el parámetro de gravedad del asunto, puesto que se debe dar prioridad a aquellos casos que, por la intensidad de la vulneración, ameriten una reparación.⁸

Un tercer momento se encuentra a cargo de la Sala de Revisión integrada por tres jueces de la CCE cuya obligación es aprobar un proyecto de sentencia en la que se establezca jurisprudencia vinculante respecto de los hechos de la sentencia revisada. El proyecto debe ser elaborado por uno de los magistrados y a los dos restantes les compete aprobar o rechazar el mismo; con dos votos a favor, el proyecto es aprobado. Si embargo, se destaca que el proceso no concluye formalmente en la Sala de Revisión pues después se debe remitir el proyecto de sentencia al Pleno de la CCE para su discusión y aprobación.⁹ Para la aprobación del proyecto se requieren de cinco votos afirmativos de entre los nueve jueces constitucionales.

randi en la selección de tutela entre la informalidad, la política y la academia”, *Jurídicas* (Universidad de Caldas) 7, n.º 2 (2010): 58, <https://bit.ly/2Ae79ZQ>.

6. Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial, Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 25.

7. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Suplemento, 22 de octubre de 2019, art. 25.

8. Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios de Difusión del Derecho Constitucional Ecuatoriano, 2012), 111.

9. Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, art. 27.

ALCANCE DE UNA SENTENCIA DE REVISIÓN

Para responder la pregunta introductoria se debe retomar el propósito principal de la facultad de revisión, unificar fallos y crear precedentes vinculantes en materia constitucional. Por ello, se podría discutir si la CCE puede pronunciarse sobre: 1. Las vulneraciones a derechos identificadas en el caso, dictar una sentencia sobre el fondo y definir el contenido de estos y de las garantías jurisdiccionales; o si, por el contrario, 2. Solo puede delimitar las reglas de tramitación de las garantías jurisdiccionales sin alterar lo ya decidido por los jueces de instancia.¹⁰

La primera decisión de revisión de garantías jurisdiccionales abordó esta cuestión. En la sentencia n.º 001-PJO-CC denominada “Indulac” se habilitó a la CCE para que examine las pretensiones de las partes, declare vulneraciones por parte de los jueces que conocieron la causa y repare a las víctimas, en los siguientes términos:

Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración.¹¹

Para Emilio Suárez, esta sentencia, hito en materia de revisión, distorsionó la naturaleza de la facultad de revisión al transformarla en una garantía jurisdiccional más e incluso en una instancia de apelación en materia constitucional. Bajo esta consideración, para el autor, el diseño original de la facultad analizada no permite que la CCE se pronuncie sobre el fondo del asunto, sino que se debe limitar a “dicta[r] precedentes vinculantes que se incorporan al ordenamiento jurídico. Esto descarta la posibilidad de considerarla como un recurso o una acción”.¹² Inclusive, para esta posición de la doctrina habría una duplicación en las funciones de tutela del organismo de control constitucional debido a que la acción extraordinaria de protección sería la única vía adecuada para la protección de los derechos constitucionales.¹³

Respecto a este criterio se puntualiza que el rol de la Corte Constitucional, como la guardiana de la CRE, tendría una facultad débil, incompleta y hasta contradictoria en

10. Paúl Córdova Vinuesa, *Derecho Procesal Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 229.

11. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 001-PJO-CC”, *Caso n.º 0999-09-JP*, 22 de diciembre de 2010, párrs. 19-23.

12. Emilio Suárez, “Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana” (Programa Maestría en Derecho Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 87.

13. Córdova Vinuesa, *Derechos Procesal Constitucional*, 231-2.

aquellos casos en que dicho órgano se limite a sentar precedentes sobre el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales sin pronunciarse sobre el fondo del caso. Esto específicamente para aquellos casos en que se verifique que no se tutelaron adecuadamente derechos constitucionales y que por tanto ameriten medidas de reparación.

En este sentido, no solo interpretaría el contenido de la CRE, sino que obliga a su cumplimiento y directa aplicación en aquellas circunstancias en que cualquier persona, entidad pública o judicial la haya inobservado. En ello se debe enfatizar que la jurisprudencia constitucional “es un acto creador de derecho” o, en otras palabras, una fuente de derecho a ser observada por los operadores de justicia en la resolución de las garantías jurisdiccionales y por las entidades públicas dentro del marco de sus competencias.¹⁴

No obstante, un claro límite del precedente estudiado es que no toma en cuenta los argumentos que podrían tener las entidades o personas demandadas y tampoco considera la situación actual de las personas afectadas. Años más tarde, la Sentencia n.º 159-11-JH/19 ratificó el criterio aplicable para fallos de revisión que permitía reabrir el fondo y pronunciarse sobre las violaciones a derechos constitucionales alegadas. En esta ocasión el juez Ávila se pronunció sobre la privación de libertad de una persona en situación de movilidad y dio un peculiar revés al trámite de los casos de revisión. En este fallo se reconoció la inmensa carga procesal con la que contaba la CCE, situación que impedía la tramitación rápida de la mayoría de causas. Por ello, declaró la inconstitucionalidad sobre la regla establecida en el artículo 25 número 6 de la LOGJCC que prescribe que las causas no han sido seleccionadas, dentro del término de 20 días desde su recepción, se entienden automáticamente excluidas de la revisión. En su razonamiento, el Pleno de la CCE determinó que esta norma afecta innecesariamente los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral en vigor de que no habilita a la CCE el establecimiento de medidas de reparación en casos en los que las afectaciones, a pesar del transcurso del tiempo, aún subsisten.¹⁵

La resolución judicial aludida también abordó la preocupación respecto de la defensa de las entidades demandas en cuanto a que sería oportuno citar a las partes procesales a las que pueda alcanzar el contenido de la decisión para que presenten sus argumentos y puedan ejercer el derecho a la contradicción.¹⁶ La CCE determinó que se debe notificar a todas las partes procesales desde el avoco de conocimiento de las causas seleccionadas, convocar a una audiencia en que las partes sean debidamente

14. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Verengo (Ciudad de México: Porrúa, 2009), 152.

15. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-14-PJO-CC”, *Caso n.º 001-14-PJO-CC*, 23 de abril de 2014.

16. Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo: teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 287.

escuchadas y restringir el análisis jurídico a los hechos del caso que han sido conocidos en instancia.¹⁷

La CCE ha analizado tanto las actuaciones de los jueces que conocieron las garantías jurisdiccionales, así como aquellas de las entidades demandadas. Esto se plasmó en la motivación de la Sentencia n.º 159-11-JH/19, que se declaró vulneraciones por parte de los jueces que conocieron la acción de hábeas corpus, así como del personal del Servicio Migratorio que detuvo a la persona en movilidad humana.¹⁸ Con un alcance similar, la sentencia del caso “Diario La Hora” desarrolló el contenido del derecho a la libertad de expresión como un pilar fundamental para una sociedad democrática.¹⁹

Por otro lado, en el fallo n.º 603-12-JP/19 se resolvió de manera distinta, muy importante porque ratificó el criterio vertido por el juez de instancia, lo que conllevó a que únicamente establezca estándares a ser tomados en cuenta por parte de los funcionarios del Registro Civil al momento de registrar uniones de hecho de personas del mismo sexo.²⁰ En relación con lo analizado, se considera necesario aclarar que, de acuerdo con el mismo texto de la Constitución, todo el razonamiento de las sentencias de la CCE debe ser tomado en cuenta de forma obligatoria por parte de todos los jueces.²¹

Las decisiones citadas anteriormente tienen un denominador común (a excepción de la Sentencia n.º 603-12-JP/19): la mayoría se refiere a cuál es la interpretación que tienen las distintas garantías jurisdiccionales y, en ciertos pronunciamientos, como los que se refieren a la movilidad humana y a la libertad de expresión, llegan a delimitar el contenido de ciertas normas constitucionales.

De lo mencionado anteriormente se desprende que no es una regla general reabrir todos los procesos nuevamente y pronunciarse respecto del fondo, pues dependerá del caso. Esto porque dicho organismo constitucional no necesariamente selecciona los casos en los que se pretenda reparar vulneraciones a derechos, sino también aquellos en los que los jueces ordinarios hayan tutelado oportunamente los derechos de los accionantes, con el objetivo de ampliar ciertos conceptos y desarrollar reglas vinculantes.

Por las consideraciones desarrolladas en esta sección, el fallo del caso n.º 492-12-JP/19 resulta relevante para comprender la configuración actual del alcance de la facultad de revisión de la Corte Constitucional. Esto, principalmente dado que no establece estándares para el uso de la acción de protección, sino que desarrolla el

17. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 159-11-JH/19”, *Caso n.º 159-11-JH*, 26 de noviembre de 2019.

18. *Ibíd.*

19. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 282-13-JP/19”, *Caso n.º 282-13-JP*, 4 de septiembre de 2019.

20. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 603-12-JP/19”, *Caso n.º 603-12-JP*, 5 de noviembre de 2019.

21. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 436.

contenido de varios derechos constitucionales, ratifica su violación y amplía las reparaciones ordenadas por el tribunal que expidió la sentencia de revisión.

EL CASO NOLE OCHOA

La sentencia aborda las vulneraciones a los derechos constitucionales de la señora Jessika del Rosario Nole Ochoa (la accionante), una trabajadora de una compañía privada, quien, al momento que ocurrieron los hechos del caso, se encontraba afiliada al IESS. En mayo de 2011, ella ingresó al Hospital del Seguro Social de la ciudad de Machala (HSSCM) en horas de la tarde. Conforme los dolores aumentaron, ella gritaba de dolor sin que el personal del referido hospital le prestara atención. En el recuento de los hechos se precisa que el bebé nació sin asistencia médica alguna.

Como consecuencia del parto, el útero de la accionante se habría desgarrado y sufrido un cuadro de hemorragia. Luego de ello, el personal médico del IESS le informó que debían trasladarle a otra casa de salud pública dado que ella presuntamente no tenía vigente el derecho de atención médica, ello justificado en que la señora supuestamente adeudaba aportes al sistema de seguridad social. Al salir del hospital público al que fue trasladada, solicitó su historia clínica y una explicación por el rechazo de atención por parte del Hospital del IESS. Inconforme con la información que recibió, y al encontrar que estaba incompleta, solicitó por segunda ocasión que le otorguen una copia de su historial médico completo. Después presentó una acción de protección en contra de la Dirección Provincial del IESS.

En primera instancia, la actora obtuvo una sentencia favorable que declaró la vulneración a sus derechos constitucionales a la atención médica preferente y a la atención del recién nacido. Como medidas de reparación integral, la jueza que conoció la causa ordenó a las entidades demandadas que reparen económicamente a la accionante, presenten disculpas públicas y que la casa de salud que la expulsó se comprometa a que no vuelvan a ocurrir este tipo de casos. La entidad demandada interpuso recurso de apelación.

En segunda instancia, el tribunal que conoció la causa confirmó la sentencia y revocó la medida de disculpas públicas precisando que esta fue ordenada a una institución ajena al proceso de acción de protección. La decisión de segunda instancia fue remitida a la CCE, donde la Sala de Selección resolvió escoger el caso de la señora Nole Ochoa para el desarrollo de jurisprudencia vinculante. A continuación, se exa-

minará el razonamiento de la CCE respecto de las vulneraciones a derechos alegadas por la accionante.²²

RAZONAMIENTO DE LA CORTE

El esquema de la sentencia, primero, tiene como eje central un apartado de “consideraciones previas” que ilustra el problema en el que se enmarcan los hechos. A continuación, se explica el marco de protección aplicable, incluyendo las normas constitucionales e instrumentos internacionales en derechos humanos aplicables al caso. Y, finalmente, se subsume los estándares a los hechos.

Como se lo anticipó, un acierto que es transversal a toda la decisión es que el juez presenta de manera objetiva el contexto de la problemática respecto al acceso a la salud de las mujeres embarazadas en el apartado de “consideraciones previas”. Presenta estadísticas que grafican la incidencia de mortalidad materna e infantil y enuncia recomendaciones de organismos internacionales para prevenir la violencia obstétrica. Esta forma de introducir las problemáticas es inédita desde la integración del magistrado Ávila a la Corte Constitucional.

Por ejemplo, la decisión que resolvió la consulta de norma respecto de la aplicación de Opinión Consultiva OC-24/17 es uno de los casos que incluye en su análisis constitucional datos y cifras que reflejan problemas que afectan la vigencia plena de derechos constitucionales. En dicho fallo se declaró que la interpretación respecto del art. 67 de la CRE es aquella que permite el matrimonio sin discriminación del sexo u orientación de las personas. Para llegar a su conclusión, el juez constitucional incluyó datos estadísticos respecto de “la situación de las personas con identidades sexogénéricas diversas”.²³ También lo ha hecho en la Sentencia n.º 159-11-JH/19, que presentó antecedentes en relación a los problemas que afrontan los migrantes que ingresan al territorio ecuatoriano.

Además, se destaca que el juez buscó dar protagonismo a la víctima en su sentencia, puesto que, en varias de sus secciones, incorpora la voz de la persona afectada, por ejemplo, con las continuas citas de lo dicho durante la audiencia. Esta concepción la replicó de su libro *La utopía del oprimido* que cuestiona si “¿[puede] la Cosmovisión de los pueblos y las luchas sociales abreviar la política, el derecho, el pensamiento

22. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 170.

23. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 11-18-CN/19”, *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 300.

crítico?”²⁴ Como respuesta, el magistrado considera que la justicia debe representar una respuesta a las luchas sociales.

Otro aspecto general sobre el esquema que podría pasar desapercibido es que no se presenta la formulación de problemas jurídicos, como acostumbran las sentencias de la Corte Constitucional, mediante preguntas. Ahora bien, un problema jurídico desde la perspectiva de Theodor Viehweg se caracteriza por ser toda cuestión que en apariencia tiene una sola respuesta única y que necesita argumentos para su resolución.²⁵

Conforme lo reseñado, no es necesario que se plantee el problema jurídico a modo de pregunta pues bastará explicar, *grosso modo*, la situación a analizar. Esto se refuerza con lo desarrollado por Manuel Atienza, para quien los problemas jurídicos deberían tener “una naturaleza bivalente: aceptar o no un recurso, anular o no una norma”.²⁶ Lo que sí se cumple en la sentencia dado que se busca determinar si se vulneró o no un derecho constitucional.

Otro aspecto estructural de la sentencia es respecto de su motivación y análisis sobre las vulneraciones a derechos identificadas. Como corolario, todos los jueces se encuentran obligados a motivar una sentencia; este ejercicio consiste en determinar con base en la normativa aplicable, en este caso la CRE y los instrumentos internacionales, si se encontraron o no vulneraciones a derechos.²⁷ Este ejercicio se ha cristalizado en el ordenamiento jurídico como una garantía del debido proceso que es obligación no solo de los jueces al momento de dictar sentencia, sino también de toda persona que emita una resolución pública. A continuación se realizará un estudio crítico de la motivación del fallo respecto de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la reparación integral.

RESPECTO DEL DERECHO A LA SALUD

La sentencia en sus consideraciones previas presenta estadísticas del problema de la deficiente atención que enfrentan las mujeres embarazadas por parte de las casas de salud que integran el IESS. La decisión advierte que esta atención deficiente podría vulnerar otros derechos. Precisamente, uno de los principales debates en los sistemas

24. Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido: Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Ciudad de México: Akal, 2019), 6.

25. Ramón Beltrán Calfurrapa, “La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”, *Revista de derecho a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39 (2012): 587-8, 10.4067/S0718-68512012000200021.

26. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 90.

27. Ernesto Galindo Sifuentes, *Argumentación jurídica: Técnicas de argumentación del abogado y del juez* (Ciudad de México: Porrúa, 2013), 30-2.

de protección de derechos humanos es el que atañe a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la salud no ha sido exento de esta disyuntiva. Tanto es así que en el año 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dirimió por primera vez este debate en la sentencia del caso *Poblete Vilches c. Chile*, al pronunciarse sobre la vulneración de este directamente.²⁸ Anteriormente el análisis de la Corte IDH sobre este asunto siempre se encontraba atado a que se declaren violaciones a derechos civiles y políticos, como la vida e integridad física.²⁹

Retomando a la sentencia en análisis, se debe precisar que la explicación del alcance de este derecho da cuenta del carácter autónomo y plenamente justiciable con el que se lo abordó en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. “No sorprende esta característica, puesto que la CCE ha señalado que los derechos contenidos en ella gozan de igual jerarquía que la división entre primera, segunda y tercera generación ha sido superada”.³⁰

Llama también la atención el uso del estándar de los elementos del derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Desc) “disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”.³¹ Ello dado que, por primera vez, se emplean estos elementos como *ratio decidendi*³² al subsumir cada uno de estos al caso de la accionante y, con base en el incumplimiento de estos, concluir que la desatención de su parto vulneró su derecho a la salud. Antes se había empleado de manera complementaria los elementos para definir el contenido mínimo del derecho estudiado.³³

En este contexto, se destaca la inclinación de la CCE en incluir en el bloque de constitucionalidad a todos los instrumentos de Derechos Humanos y no solo a tratados. Esta interpretación de la Constitución se ha visto aplicada en diversas sentencias, destacándose la Sentencia n.º 184-18-SEP-CC, mejor conocida como el “Caso Satya”,³⁴ y la citada Sentencia n.º 11-18-CN.³⁵

28. Corte IDH, “Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Poblete Vilches vs. Ecuador*, 8 de marzo de 2018, párr. 108, <https://bit.ly/3dGIHOi>.

29. Patricio Pazmiño Freire, “El Derecho a la salud y la especial protección de las personas con VIH. Desarrollo jurisprudencial y desafíos del acceso directo, progresividad y la reparación”, *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, 13 de febrero de 2019, <https://bit.ly/3dEsERc>.

30. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 016-16-SEP-CC”, en *Caso n.º 2014-12-EP*, 13 de enero de 2016.

31. ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 19. El derecho a la seguridad social artículo 9*, 4 de febrero de 2018, E/C.12/GC/19.

32. Entendida como la razón de la decisión.

33. *Ibid.*

34. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 184-18-SEP-CC”, *Caso n.º 1692-12-EP*, 29 de mayo de 2018.

35. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 11-18-CN/19”, *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 300.

No obstante, sobre los cuatro elementos del derecho a la salud, se debe señalar que la aproximación del Comité de Desc sobre el derecho a la salud podría tener ciertos límites, pues, plantearlo con los elementos citados, conlleva a reducirlo a un problema de hospitales, lo que dejaría de lado otras obligaciones incluidas en el contenido esencial del derecho tales como las políticas de prevención de enfermedades, el manejo de residuos y la contaminación ambiental.³⁶

ACERCA DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

En un acápite separado del concerniente al derecho a la salud bien hace en explicar cómo la negativa de atención a la accionante es un ejemplo de maltrato que hace que las personas dejen de utilizar los servicios públicos de salud.³⁷ En este punto se aborda el problema estructural de la deficiente atención materna prestada por la casa de salud demandada y de las consecuencias que acarrearán en el derecho a la salud de la accionante.

Al respecto, la sentencia reconoce que “la violencia contra la mujer se manifiesta en múltiples escenarios, uno de ellos ocurre en relación a la prestación de servicios y atención de salud, en ese contexto un tipo específico de violencia es la obstétrica”.³⁸

En concreto, uno de los puntos más fuertes del razonamiento de la Corte para argumentar una transgresión de los derechos a la salud de la afectada es el atinente a la violencia obstétrica. Es importante destacar que el fallo logró incorporar de forma inédita un concepto que impone límites claros y específicos a los profesionales de la salud que atienden a mujeres embarazadas. Así, la incorporación de este concepto en la sentencia tiene efectos prácticos, dado que ejemplifica ciertas acciones u omisiones que pueden recaer en violencia obstétrica³⁹ y para ello se fundamenta directamente en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, la Convención Belém do Pará y en el informe de la Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia para la Mujer, lo que además demuestra un logrado control convencional por parte de la CCE.⁴⁰

36. Víctor Currea-Lugo, *La salud como derecho humano* (Bilbao: Universidad Deusto, 2005), 75-6.

37. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 904-12-JP/19”.

38. *Ibid.*

39. Josefina Goberna-Tricas, “Violencia obstétrica: aproximación al concepto y debate en relación a la terminología empleada”, *MUSAS. Revista de Investigación en Mujer, Salud y Sociedad* 4, n.º 2 (2019): 26, doi: 10.1344/musas2019.vol4.num2.2.

40. Ecuador, *Constitución*, art. 155.

Se resalta que el concepto desarrollado se aplicó a los hechos del caso pues se concluyó que en el caso concreto, por ejemplo, el abandono por parte del personal sanitario durante el nacimiento del bebé devino en afectaciones a su derecho a la salud.⁴¹ No obstante, resulta un límite de la sentencia el siguiente razonamiento: “la violencia obstétrica sufrida constituye una violación a su derecho a la salud en conexidad con otros derechos”,⁴² dado que los hechos del caso permitían que se analice también la transgresión del derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, cuyo contenido esencial no ha sido desarrollado por la CCE.⁴³

SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social, en su dimensión como un derecho humano, busca mitigar los efectos de la exclusión económica y social de los más vulnerables, dando mayor certeza a los individuos de una vida digna en la que se promuevan y garanticen sus derechos.⁴⁴ Uno de los servicios de los sistemas de seguridad social es el de asistencia por maternidad.

Un problema central que trata el fallo es referente a la deficiente atención por maternidad que brindó el HSSCM a la accionante. Es notable de la sentencia hace, de forma inédita, una mención sobre que las prestaciones de salud a la mujer deben ser apropiadas “durante el período prenatal, durante el parto y en el período posnatal, que incluye la hospitalización”⁴⁵ y enfatiza el hecho de que sí existió la atención, pero no fue la apropiada.

Adicionalmente, es importante la precisión de que la actuación del HSCM fue arbitraria pues “exigió para tener derecho a la cobertura, estar al día con el pago de contribuciones patronales”.⁴⁶ El juez critica fuertemente la constancia de que la señora accionante “no poseía vigencia del derecho”, de acuerdo con el personal del hospital. Ello, por una parte, debido a la pertenencia de la mujer embarazada a un grupo de atención prioritaria y, por otra, a la imposibilidad de condicionar un derecho de salud por compromiso económico. Es interesante que el organismo de control constitucional indica que este aspecto se encuentra desarrollado en la ley ecuatoriana pues da

41. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 904-12-JP/19”.

42. *Ibíd.*

43. Ecuador, *Constitución*, art. 66 núm. 3 literal b.

44. ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 19. El derecho a la seguridad social artículo 9*, 4 de febrero de 2018, E/C.12/GC/19.

45. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 904-12-JP/19”.

46. *Ibíd.*

cuenta del desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social al implementarse por vía de ley disposiciones que prohíban restricciones ilegítimas.

Más allá de esto, la Corte aclara que no se puede limitar el ejercicio de los derechos de salud de las mujeres embarazadas a ningún compromiso económico, como el ejemplo del caso concreto de la supuesta mora patronal. Por lo tanto, incorpora un avance muy claro con respecto al derecho de seguridad social al dictaminar que este grupo de atención prioritaria no podrá ser restringido en ningún ámbito de las prestaciones que presta el IESS a sus asegurados.

Una crítica que merece la sentencia es sobre la carencia de un análisis interdependiente entre el derecho a la seguridad social y a la salud. La CRE consagró el principio de interdependencia en su art. 11 núm. 6.⁴⁷ Este principio ha sido definido como aquel que señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho.⁴⁸

Por consiguiente, si bien de la sentencia se destaca que el juez ponente buscó darle personalidad propia a cada derecho un examen más fuerte, hubiera implicado tomar en cuenta las consecuencias directas que tuvo la arbitraria privación del derecho a la seguridad social para el menoscabo al derecho a la salud de la accionante.

SOBRE EL DERECHO LA REPARACIÓN INTEGRAL

De acuerdo con el núm. 3 del art. 86 de la Constitución, un deber correlativo al haberse declarado vulneración de derechos es repararlos.⁴⁹ Por esto, la actual magistrada de la Corte Constitucional Karla Andrade Quevedo explica que “solo la reparación integral garantiza que la acción de protección cumpla de lleno su objeto y garantice la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales”.⁵⁰

En el fallo, las medidas ordenadas al IESS consistieron en: la compensación económica por los gastos incurridos al no ser atendida oportunamente, el pago en equidad de \$5000 por el daño inmaterial producido por la violencia obstétrica y, como medida de satisfacción, se ordenó la difusión de las disculpas públicas y la difusión de la

47. Ecuador, *Constitución*, art. 11, núm. 6.

48. Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, <https://bit.ly/3g1U7xI>.

49. Ecuador, *Constitución*, art. 86, núm. 3.

50. Karla Andrade, “La acción de protección en la jurisprudencia de la Corte”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, eds. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Corte Constitucional / Centro de Estudios y Difusión, 2013), 111.

sentencia en el portal web del IESS. En lo que atañe al caso de la accionante, se debe puntualizar que no era posible la restitución de los derechos a la salud y a la seguridad social y devolver a la accionante al estado anterior a su vulneración.⁵¹ Para la doctrina constitucional devolver la situación al estado anterior “constituye el máximo ideal de la reparación integral, por cuanto define que devolver a la víctima a su estado anterior conforma la finalidad óptima de alcanzar la reparación integral”.⁵²

A pesar de ello, es un acierto el conjunto de medidas ordenadas para intentar satisfacer las violaciones identificadas, sobre todo la difusión de la decisión y la publicación de disculpas públicas. Además de ello, se debe destacar que se determinó en “equidad” el monto económico a pagar a la afectada. En este contexto, se observa que, para la actual composición de la Corte Constitucional, el monto a pagar por el daño a los derechos puede cuantificarse sin la necesidad de “erogaciones monetarias y aun en esencia de todos los recibos necesarios”.⁵³ A primera vista, este ejercicio podría parecer arbitrario para la parte accionada. Sin embargo, dado que, en el caso las vulneraciones fueron verificadas por la CCE, se procedió a analizar objetivamente los gastos en los que la accionante pudo haber incurrido por gastos médicos y se calculó con base en ello el monto indicado.⁵⁴

Al declararse vulneraciones a los derechos constitucionales a la salud y seguridad social, la CCE ordenó medidas para garantizar la protección del derecho a un nivel más amplio y para evitar que vuelvan a ocurrir hechos como los examinados. Esto ocurre específicamente en las medidas de no repetición que ordenan al IESS como obligado principal a realizar una “guía integral de atención a las mujeres embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica” y a “efectuar un plan de revisión técnico a nivel nacional para verificar que los establecimientos de salud públicos y privados cuenten con las condiciones necesarias [...] para asegurar que los derechos de salud de las mujeres embarazadas se vean garantizados”. Se debe destacar que esta medida de reparación busca incidir directamente en el ejercicio de los derechos indicados y a tomar en cuenta la obligación de trato prioritario.

51. Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, 21 de julio de 1989, párr. 189, <https://bit.ly/2ZhL5FV>.

52. Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón, “El Estándar de la Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 30 (2018), doi: 10.32719/26312484.2018.30.8.

53. Graciela Rodríguez Manzo et al., *Responsabilidad y reparación en enfoque de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Universidad Iberoamericana, 2007), 148.

54. Corte IDH, “Sentencia de 1 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2016, párr. 379, <https://bit.ly/3dLxCf7>.

CONCLUSIONES

En respuesta al planteamiento inicial acerca de cuál es el alcance de las sentencias de revisión, el fallo comentado ha sido bastante ilustrativo para la comprensión de importancia, alcance y poder transformador que tiene la CCE al momento de ejercer su facultad de revisión. Así, en el caso concreto se volvieron a examinar los hechos del caso, se declararon más vulneraciones que la sentencia revisada y se desarrollaron reparaciones tanto para el caso concreto como medidas de no repetición ordenadas para evitar la ocurrencia de nuevos actos de violencia obstétrica.

Además, en el desarrollo de la investigación se rescató la forma en la que el juez sustanciador coloca sobre la mesa los problemas jurídicos. Esto ocurre puesto que no deja entrever que lo sucedido a la accionante sea un caso aislado, sino que se enmarca en un problema estructural en el sistema de salud ecuatoriano. A partir de ello procede a motivar las vulneraciones identificadas en el caso incorporando, con un control de convencionalidad directo, varios estándares en materia de derechos humanos. Este aspecto también permitió corroborar que se busca incluir a la jurisprudencia constitucional a la par de un orden mundial en materia de protección de derechos.

En relación con el derecho a la salud, se destacó la manera en que la CCE examina su vulneración a partir de la recepción de la Observación General n.º 14, comprobando el cumplimiento o no de los elementos de dicho instrumento.⁵⁵ Por otro lado, se persistió en la preocupación de que la CCE limitó el ejercicio del derecho a la salud a un problema en los servicios hospitalarios, pues se debería observar también otros ámbitos importantes para el ejercicio de este derecho fundamental.

El pronunciamiento sobre el derecho a la seguridad social fue analizado respecto de la negativa de acceso por mora patronal. Este punto es destacable del razonamiento del juez pues es compatible con el objeto de la seguridad social: mitigar los efectos de la exclusión social. No obstante, se criticó la omisión de la CCE al no analizar la vulneración de manera interdependiente al derecho a la salud. Lo que podría haber dado un panorama más amplio de las deficiencias en los sistemas de salud prestados en el sistema de seguridad social. Sin lugar a duda, los hechos sucedidos permitían este análisis.

Finalmente, se debe destacar que la medida de no repetición concerniente a la elaboración del instructivo cumple con el objetivo de sentar un precedente transformador para evitar la concurrencia de los hechos expuestos. Bajo esta perspectiva, es

55. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

novedoso el esquema argumentativo que el juez Ávila presenta para sustentar que persistieron afectaciones a los derechos de la accionante por varios años sin ser reparados adecuadamente por los jueces que conocieron la apelación de la acción de protección. En atención de aquello, una observación que podría pasar desapercibida es que propiamente no se revisa la sentencia de instancia, sino que la CCE en realidad dicta una decisión de reemplazo a la que emitieron los jueces ordinarios. En el futuro, un rol del Pleno de la CCE debería orientarse a pormenorizar cuáles son las fallas concretas en la tramitación de las garantías jurisdiccionales a fin de corregirlas y evitar su repetición.

Todo lo anteriormente expuesto da cuenta de que las decisiones de la CCE en cuanto a su facultad de revisión no se vinculan únicamente a los jueces sino a las entidades que conforman el sector público, como en caso sucedió con el Ministerio de Salud y el IESS. Esta nueva perspectiva permite identificar que el máximo organismo de control, interpretación y protección de derechos no es un mero observador de la actividad de los jueces, sino un verdadero garante de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, Carlos Alberto. “Diálogos internos en la Corte Constitucional Colombiana sobre el *modus operandi* en la selección de tutela entre la informalidad, la política y la academia”. *Jurídicas* (Universidad de Caldas) 7, n.º 2 (2010): 53-78. <https://bit.ly/3g07Zsi>.
- Aguirre, Pamela. “El valor de la jurisprudencia dentro del Ordenamiento Constitucional Ecuatoriano ¿Cambio de paradigma?”. *Jurisprudencia Revista da Faculdade de Direito D AJES* 6, n.º 12 (2017): 111-36. <https://bit.ly/3g07Zsi>.
- , y Pablo Alarcón. “El Estándar de la Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 30 (2018): 121-43. doi: 10.32719/26312484.2018.30.8.
- Andrade, Karla. “La acción de protección en la jurisprudencia de la Corte”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, 111-38. Quito: Corte Constitucional / Centro de Estudios y Difusión, 2013). <https://bit.ly/387KgDZ>.
- Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid: Trotta, 2013).
- Ávila, Ramiro. *La utopía del oprimido: los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Ciudad de México: Akal, 2019.
- Beltrán, Ramón. “La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39 (2012): 587-606. doi: 10.4067/S0718-68512012000200021.
- Córdova, Paúl. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

- Corte IDH. “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. 21 de julio de 1989. <https://bit.ly/2ZhL5FV>.
- . “Sentencia de 1 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. <https://bit.ly/3dLxCf7>.
- . “Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Poblete Vilches vs. Ecuador*, 8 de marzo de 2018. <https://bit.ly/3dGIHOi>.
- Currea-Lugo, Víctor. *La salud como derecho humano*. Bilbao: Universidad Deusto, 2005.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia 001-PJO-CC”. *Caso n.º 0999-09-JP*. 22 de diciembre de 2010.
- . “Sentencia 001-14-PJO-CC”. *Caso n.º 0067-11-JD*. 23 de abril de 2014.
- . “Sentencia 016-16-SEP-CC”. *Caso n.º 2014-12-EP*. 13 de enero de 2016.
- . “Sentencia 184-18-SEP-CC”. *Caso n.º 1692-12-EP*. 29 de mayo de 2018.
- . “Sentencia 11-19-CN/19”. *Caso n.º 11-19-CN/19*. 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia 904-12-JP/19”. *Caso n.º 904-12-JP*. 13 de diciembre de 2019.
- . “Sentencia 159-11-JH/10”. *Caso n.º 159-11-JH*. 26 de noviembre de 2019.
- . “Sentencia 282-13-JP/19”. *Caso n.º 282-13-JP*. 4 de septiembre de 2019.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento. 22 de octubre de 2019.
- Ecuador. *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento 613. 22 de octubre de 2015, art. 25.
- Galindo, Ernesto. *Argumentación Jurídica: Técnicas de Argumentación del Abogado y del Juez*. Ciudad de México: Porrúa, 2013.
- Goberna-Tricas, Josefina. “Violencia obstétrica: aproximación al concepto y debate en relación a la terminología empleada”. *MUSAS. Revista de Investigación en Mujer, Salud y Sociedad* 4, n.º 2 (2019): 26-36. doi: 10.1344/musas2019.vol4.num2.2.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Roberto Verengo. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- Montaña, Juan. “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, 135-56. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios de Difusión del Derecho Constitucional Ecuatoriano, 2012.
- ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 11 de agosto de 2000. E/C.12/2000/4.

- . *Observación General n.º 19. El derecho a la seguridad social artículo 9.* 4 de febrero de 2018. E/C.12/GC/19.
- Pazmiño, Patricio. “El derecho a la salud y la especial protección de las personas con VIH. Desarrollo jurisprudencial y desafíos del acceso directo, progresividad y la reparación”. *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. 13 de febrero de 2019. <https://bit.ly/3dEsERc>.
- Rodríguez Manzo, Graciela, Iván Báez, Marcela Talamás y Miguel Pulido. *Responsabilidad y reparación en enfoque de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Universidad Iberoamericana, 2007).
- Salem, Catalina. “Los conflictos de legalidad y los conflictos de constitucionalidad como garantía institucional de la jurisdicción constitucional”. *Revista de Derecho* (Valdivia) 31, n.º 2 (2018): 135-54. <https://bit.ly/3fZsISz>.
- Serrano, Sandra, y Luis Vázquez. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://bit.ly/3g1U7xI>.
- Suárez, Emilio. “Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana”. Programa Maestría en Derecho, Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <https://bit.ly/2VqqUES>.
- Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.

Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales: la reducción de las pensiones jubilares

A constitutional interpretative view of social rights: the reduction of the retirement pensions

Carla Verónica Espinosa Cueva

Investigadora independiente

Ecuador

kespinosac@yahoo.es

ORCID: 0000-0001-9553-3106

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.6>

Fecha de recepción: 26 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Este artículo analiza la problemática de la reducción de las pensiones jubilares desde la perspectiva constitucional crítica del Estado democrático y garantista, que incluye interpretaciones dialógicas razonables, que tienen como objetivo asegurar a los jubilados la satisfacción real de sus derechos dentro del aparato burocrático y judicial, que debe concretarlos en la práctica. Lo contrario conduce a la regresividad normativa y jurisprudencial sobre la base de un discurso de ocultamiento de los principios y valores del sistema. Para ello, esta investigación se desarrolla en tres secciones. Las dos primeras partes abordan desde la teoría y la práctica los derechos sociales, seguridad social y jubilación como objeto de conocimiento y su coherencia reflexiva. Para ello, se utilizan los métodos interpretativo hermenéutico y hermenéutico lógico. La tercera, a su vez, realiza un análisis teórico sistémico de la problemática de la disminución de las pensiones del que se infiere que cualquier medida regresiva de este derecho requiere una justificación razonable; caso contrario, es objetable constitucionalmente. En resumen, el correcto funcionamiento de las instituciones a través de lecturas progresivas de las normas, principios y políticas públicas en pro de los derechos sociales legitima el discurso de bienestar general de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: pensión jubilar, progresividad, regresividad, razonabilidad, derechos sociales, seguridad social.

ABSTRACT

This article analyzes the problematic of the reduction of the retirement pensions from the critical constitutional perspective of the democratic and guarantee-based State, which includes reasonable dialogical interpretations that possess the main objective to reassure the retirees the real satisfaction of their rights within the bureaucratic and judicial apparatus, which must be specified in the practice. On the contrary, this brings a regressivity on the normative and the jurisprudential activity. For that, this investigation is developed in three different sections. The first two sections, acknowledged from the theory and the practice of social rights, social security and retirement as an object of knowledge and reflexive coherence. For that, the following methods will be usage: the hermeneutic interpretative method and hermeneutic logical method. The third performs a systematic theoretical analysis of the problem of the decreasing element of the pensions, from which can be inferred that any regressive measure of this rights requires a reasonable justification; otherwise, it is constitutionally objectionable. In conclusion, the correct functioning and operation of the institutions through progressive lectures of the norms, principles and public politics that are pro of social rights, legitimate the general well-being lecture of society.

KEYWORDS: retirement pension, progressivity, regressivity, reasonableness, social rights, social security.

FORO

INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza, desde una perspectiva constitucional, la cuestión de la reducción de las pensiones jubilares y ciertos problemas de interpretación técnico-políticos que plantean este tipo de derechos sociales en espacios de globalización capitalista, con el fin de lograr un cierto activismo judicial que busque la efectiva garantía estatal.

La alternativa interpretativa la jubilación como un derecho que promueve el bienestar social de las personas y las trata desde su integralidad e interdependencia, valora sus necesidades materiales y económicas y procura condiciones de dignidad que permitan a los adultos mayores alcanzar una vida plena. Esto significa que el Estado debe desarrollar políticas o medidas de acción positiva que permitan mejorar la satisfacción de las necesidades básicas y la protección y garantía a sus derechos.

El buen vivir propugna la deconstrucción de la doctrina neoliberal burguesa que tiene como fundamento inmediato la libertad individual y propiedad privada propios de los derechos civiles y políticos y, en su lugar, promueve la solidaridad social a la que se encuentran conectados los derechos sociales y sus correspondientes tesis en el discurso jurídico, pero entendidos como derechos iguales, interdependientes y de igual jerarquía.

Esta lectura alternativa desde el constitucionalismo actual permite ampliar el catálogo de los derechos con el fin de asegurar a los jubilados la satisfacción real de sus necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad.

Además, esta lectura posibilita inscribir la jubilación como un derecho constitucional, en un proceso de constante democratización frente a los reclamos sociales de este grupo de atención prioritaria. Con ello se articulan de mejor manera las garantías y la democracia en aras de remover los obstáculos materiales que explican su posición debilitada en la mayoría de ordenamientos actuales.¹ Para este propósito se estudia el principio de no regresividad y de realización mínima de los derechos sociales.

Sin embargo, resulta imposible desconocer, como señala Sustain y Holmes, que tanto las libertades negativas como los derechos sociales (libertades positivas) cuestan dinero, es decir, requieren de permanente inversión estatal.² Por ello, es necesario la razonabilidad de medidas regresivas.

1. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trota, 2007), 17-8.

2. Rodolfo Arango señala que, si bien hay algunos derechos que representan mayores costos económicos que el de otros, no obstante, tanto las libertades positivas como negativas son correlativas, por lo que al momento de garantizarlos no hay una diferencia estructural entre ellos. Cfr. Rodolfo Arango, *El concepto*

Por ello, la pregunta central reconduce a un análisis serio de la jubilación dentro del constitucionalismo crítico, que se construya desde la problemática política contextual de los derechos sociales con el fin de asegurar el afianzamiento democrático a través de controles efectivos que posibiliten su vigencia y respaldo judicial por medio del aparato burocrático que debe concretarlas en la práctica.³

El reconocimiento efectivo de la jubilación depende de una tarea compleja de planificación, previsión presupuestaria, gestión de los sistemas de seguridad social y regulación concreta de las relaciones laborales de los poderes políticos de turno que contrarreste a las fuerzas dominantes de legitimación neutral del discurso técnico-jurídico.

Por tanto, el objetivo general de este artículo es demostrar que, a partir de interpretaciones razonables de carácter progresivo y no regresivo de la jubilación, como el *in dubio pro justicia sociales*, que incluyan discursos dialógicos y teleológicos de transformación social, es posible garantizar lecturas más garantistas que estén de conformidad con la Constitución y el principio democrático. Lo contrario conduce a la regresividad normativa o jurisprudencial sobre la base de una dialéctica de ocultamiento u opacidad de los principios y valores del sistema para justificar la inacción estatal.

Para cumplir con dicho objetivo, este artículo, en las dos primeras secciones, utiliza como métodos de investigación el interpretativo hermenéutico y hermenéutico lógico, pues existe un interés conceptual y práctico por comprender y problematizar la jubilación como objeto de conocimiento y su coherencia discursiva desde la doctrina y la jurisprudencia. Pero, a la vez, la tercera parte realiza un análisis teórico sistémico de la problemática de la disminución de la pensión jubilar, en el que se concluye que toda medida regresiva de derechos requiere una justificación razonable;⁴ en caso contrario, es inconstitucional.

de derechos sociales fundamentales (Bogotá: Legis, 2005). Por su parte, Paul Hunt, relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, distingue entre indicadores estructurales, de proceso y evolución. Los indicadores estructurales permiten evaluar la progresividad o regresividad normativa y los indicadores de proceso y evolución permiten evaluar la progresividad y regresividad de los resultados de una política pública. Informe Provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/58/427, 10 de octubre de 2003, párrafos 5-37. Todo ello permitiría inferir que el sistema de Naciones Unidas sí establece estándares estructurales con relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. Christian Curtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Curtis (Buenos Aires: Del Puerto, 2006), 3 y ss.

3. Lo contrario lleva a una regresividad de los resultados de una política pública (regresividad de resultados). Cfr. Curtis, *ibid.*, 3 y ss.
4. El término razonable alude a una visión no solo lógica formal, sino que incluye un análisis argumentativo discrecional de un conjunto de razones materiales multifactoriales reales vigentes en un determinado contexto y espacial en una dinámica de saberes políticos, culturales y económicos, que requieren de un

El artículo se desarrolla en tres partes. La primera aborda la problemática actual de los derechos sociales. La segunda aborda el concepto, revisión crítica de la seguridad social con relación a otros derechos y su jurisprudencia relevante. La tercera analiza, desde una perspectiva crítico-constitucional, el problema de la disminución de las pensiones jubilares y se plantean algunas estrategias argumentales para la realización de este derecho.

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Con la crisis del Estado social y la restauración del capitalismo globalizado⁵ existe un progresivo vaciamiento normativo de los derechos sociales —protección debilitada— y la reivindicación de los derechos de propiedad y libre mercado, que parten de un discurso artificial de negación del conflicto que erosiona los elementos garantistas e igualitarios del Estado constitucional hacia un modelo librecambista y de acumulación de capital.

Ello obedece, en parte, a ciertos dogmas que corresponden con cuatro tesis diferentes del debate jurídico-político, que son: histórica, normativa, estructural y dogmática jurídica. La primera señala que los derechos sociales son de segunda o tercera generación posteriores a los civiles y políticos (primera generación).⁶ La clasificación normativa (filosofía de los derechos) establece que el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos es el principio de dignidad de la persona. En cambio, los segundos solo se ligan —de manera indirecta— a ese valor, lo que justifica su débil tutela. Esta tesis axiológica admite la formulación complementaria que establece que los derechos civiles y políticos se relacionan con la libertad y contribuyen a preservar la seguridad personal y diversidad de una sociedad. Los otros, por el contrario, se conectan al principio de igualdad y buscan la protección de la homogeneidad social.⁷

La noción estructural adiciona que estos son prestacionales, caros, indeterminados y de incidencia colectiva, lo que dificulta su tutela. Por último, la ponencia dogmática señala que, si se entienden los derechos sociales como secundarios (plano axiológico)

mínimo consenso de legitimidad. Aquellos argumentos no parten —necesariamente— de normas expresas, sino que se construyen y se avalan desde la praxis discursiva del derecho.

5. En una primera fase los derechos sociales surgen de la “cuestión social”, a mediados del siglo XIX, como una reacción al capitalismo que alentaba el carácter absoluto de los derechos patrimoniales. Cfr. Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en *Derechos Sociales: instrucciones de uso* (Ciudad de México: Fontamara, 2003), 24.
6. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, 15.
7. *Ibíd.*

y presentan una estructura diferenciada de los derechos civiles y políticos (plano teórico), es lógico que gocen de una protección menor.⁸

Es decir, de conformidad con las doctrinas clásicas, los derechos sociales carecen desde lo constitucional de igual jerarquía que otros judicialmente exigibles, y son simples principios programáticos cuya operatividad se supedita a la libre configuración del legislador y a la aplicación residual del juzgador de turno.⁹

Este constitucionalismo de la crisis —ideología liberal— parte de un modelo político-económico que se desarticula de la realidad y presiona por el desmonte de las garantías sociales en un afán de homogenización del mercado laboral y la seguridad social sobre la base de un sistema de producción jurídica que refrenda las prácticas estatales de legitimación del poder.

En Latinoamérica los derechos sociales presentan dificultades adicionales relacionadas con la dependencia económica, incipiente industrialización, desigualdades de negociación comercial frente a potencias extranjeras y efectos negativos de las políticas económicas neoliberales en la población más pobre, que se traducen en retrocesos en el nivel de desarrollo de la región. Estos elementos ponen en duda las posibilidades reales de universalizar su goce y disfrute. A lo anterior se agregan las asimetrías económicas, político-institucionales y culturales que llevan implícitas barreras conceptuales, ideológicas y presupuestales.¹⁰

Este relato continuo de ausencia de Constitución y de opacidad del capitalismo invita a impulsar procesos de cambio político constitucionales que problematicen los discursos formales de negación continua de los derechos sociales bajo mecánicas de adoctrinamiento legal programadas y de aceptación automatizada de lo existente, hacia nuevas dogmáticas de entendimiento real y realización mínima de estos, en contextos de pluralismo y participación conflictuales que se adecuen y potencien los contenidos valorativos del Estado garantista.¹¹

En entornos de desigualdad y exclusión es necesario potenciar el debate y la decisión en materia de derechos sociales, desde una perspectiva axiológica, dinámica y compleja de articulación sociopolítica, jurídica y multicultural de la Constitución

8. *Ibid.*

9. Con todo, estos postulados olvidan el corpus de una serie de principios que gozan de consenso universal dentro de la comunidad internacional como la Declaración de Viena.

10. Cfr. Rodolfo Arango, “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en *Dereitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, coords. von Bog-nandy Armin, Flavia Piovesan y M. Morales Antoniazzi (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 379-96.

11. Cfr. Carlos de Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico* (Madrid: Trotta, 2014), 73-8 y 91-5.

hacia la recuperación de los valores y garantías de las personas dentro de una lógica estatal democrática.

Ello implica una apuesta hacia un constitucionalismo más reflexivo y crítico que parta desde las bases y que tome en cuenta las dinámicas reales de desarrollo, ejecución y examen de las políticas públicas en materia de derechos sociales y los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales.

Junto con el reforzamiento de los mecanismos judiciales para proteger los derechos sociales es preciso avanzar en un proceso de conciencia moral, judicialización de los derechos y activismo político para su efectiva realización.¹²

En muchos casos, ello no requiere buscar otro sentido al derecho sino el contenido “correcto” de acuerdo con la realidad jurídica en la que opere. Las Constituciones actuales apuestan por elementos que permitan alcanzar objetivos transformadores frente a la apariencia del derecho capitalista. Esto significa que las categorías y valores constitucionales deben analizar no solo las innovaciones de las nuevas prácticas de los conflictos y movimientos sociales, sino también las destrezas innovadoras del capital.¹³ Es decir, es necesario la construcción de un nuevo derecho alternativo plural y local que construya y deconstruya las lecturas simbólicas o interpretaciones lingüísticas, jurídicas, sociales, políticas o económicas a fin de que sean más razonables y garantistas.

La Corte Constitucional ecuatoriana¹⁴ define los derechos sociales como derechos prestacionales suministrados por el Estado, que surgen como formas de protección a los trabajadores y obreros, frente a los infortunios derivados del trabajo, de forma que no se permita el detrimento de la dignidad humana. Y concluye, sobre la base del pensamiento de Alexy, que se regulan constitucionalmente como mandatos de optimización, ya que regulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan abiertas las vías para lograrlos.

Es decir, según este tribunal, los derechos sociales son mandatos de optimización que deben realizarse en la mayor medida de lo posible, en este caso, obligaciones estatales prestacionales, en forma de bienes o servicios, que deben garantizarse a través de políticas públicas y resoluciones jurisdiccionales con el fin de precautelar el bienestar individual.

12. Cfr. Arango, “Los derechos sociales en Iberoamérica”, 379-90.

13. Cfr. De Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, 73-8.

14. Ecuador, Corte Constitucional, “Dictamen 005-13-DTI-CC”, *Caso 0028-11-TI*, 5 de marzo de 2013.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO ECUATORIANO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES

Queda señalado que los derechos sociales buscan el bienestar social de las personas, en especial de los grupos vulnerables frente al poder, y se sustenta en la dignidad humana y mejora de las condiciones mínimas para su realización efectiva. En este contexto, se examina la seguridad social, para luego centrarse en la jubilación.

Existe cierto consenso que define a la seguridad en los siguientes términos: (a) acción o intervención del Estado, (b) con base en la Constitución o la ley, (c) que busca proteger a los individuos de riesgos, necesidades o contingencias, (d) que provoquen consecuencias dañosas para toda la sociedad en la eventualidad de que ocurran.¹⁵

Una lectura más detallada de este tema necesita —al menos— tomar en cuenta dos aspectos: el primero, relacionado con las concepciones de la seguridad social; y, (2) el segundo, que complejiza la diferencia entre la cobertura constitucional-legal y la cobertura real.¹⁶

Existen dos criterios que deben regir la interpretación de las cláusulas constitucionales sobre seguridad social. Por un lado, la postura programática —predominante en el siglo XX— considera este derecho como parte del sistema del empleo asalariado y lo conecta con el principio contributivo. Esta perspectiva, en la actualidad, resulta cuestionable, por lo siguiente: (a) el texto constitucional (art. 3.1 de la Constitución) reconoce la seguridad social con independencia de otros derechos laborales; (2) el enfoque de igual jerarquía e interdependencia de todos los derechos; (3) el reconocimiento de los problemas sociales estructurales que aquejan a las sociedades latinoamericanas, acentuadas por las políticas neoliberales.¹⁷

La segunda, con un enfoque más evolutivo de derechos en cuanto al acceso y exigibilidad de un piso mínimo, no negociable en materia de seguridad social. Conforme con esta interpretación, se considera que los deberes impuestos al Estado por la Constitución no pueden examinarse de manera aislada y discrecional, sino a partir de una justificación armónica e integral de los derechos y principios establecidos en la Norma Suprema o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos reco-

15. Cfr. Laura Pautassi, *Legislación previsional y equidad de género en América Latina* (Santiago de Chile: CEPAL-ECLAC, 2002), 11-2.

16. Cfr. Martín Aldao y Laura Clérico, “Los derechos previsionales y la seguridad social”, en *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 171-7.

17. *Ibid.*

nocidos por el Estado¹⁸ con el fin de lograr, de forma progresiva, la plena efectividad de los derechos. Es decir, tanto los sistemas nacionales como el interamericano —de manera más cautelosa— se esfuerzan por desarrollar ciertas condiciones de avance en el desarrollo directo de estos derechos sociales.¹⁹

En definitiva, queda claro que se considera la seguridad social como un derecho social inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente, de igual jerarquía, justiciable, que tiene el carácter de previsional y prestacional, cuyo fundamento es satisfacer las condiciones mínimas para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y la dignidad humana frente a infortunios futuros de naturaleza laboral, productiva y familiar, en especial, de la clase trabajadora. Para ello, se garantiza la protección de salud, las pensiones jubilares y el desempleo, así como también prestaciones sociales que se financian mediante aportes en un sistema integrado para estos fines como una forma de reivindicación de los derechos de los trabajadores.²⁰

En cuanto a la diferencia entre cobertura legal y real, la Constitución debe interpretarse como un compromiso entre iguales del desarrollo de su proyecto de vida y de paridad participativa en la deliberación democrática. Por ello, todos sus desarrollos normativos deben adecuarse a lo dispuesto en el art. 11 de la Norma Suprema, esto es, sus contenidos deben ser interdependientes, de directa e inmediata aplicación donde es indudable la obligación del Estado de hacerlos justiciables mediante un desarrollo progresivo y de no regresión arbitraria, entre otros.

No en vano, Haberle señala que la intensificación de las prestaciones estatales, como la seguridad social y, en concreto, la jubilación, que demandan todas ellas pequeñas libertades, son, sin embargo, condiciones *sine qua non* para la realización de las grandes libertades políticas constitucionales.

Con relación a la jubilación, es necesario establecer: (a) el rol que juega el Estado en la provisión de este derecho; y (b) el alcance de este sistema. Con respecto al primer tema, vale advertir que las reformas institucionales y normativas relativas al derecho de la seguridad social en materia previsional contenido en el art. 37, núm. 3

18. Si bien el sistema interamericano posee múltiples formas de promocionar y proteger los Desc, aún sus avances jurisprudenciales son escasos e incipientes. Ello impide su máxima protección pese a poseer normativa jurídica internacional que los respalda como la Carta de la OEA, la Convención ADH y el Protocolo de San Salvador.

19. Cfr. Corte IDH, “Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”, *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (Niños de la calle)*, 19 de noviembre de 2010, párr. 120, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf; y “Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 156, <https://bit.ly/38EcMx7>.

20. David Cárdenas, “El principio de no regresividad en el derecho a la seguridad social: caso suspensión y reducción de pensiones jubilares del Banco Central del Ecuador” (tesis de maestría, UASB-E, 2018), 38-9.

de la Constitución deben adecuarse a los principios de progresividad y no regresividad arbitraria en concordancia con los artículos 26 y 29 de la CADH,²¹ así como también al mandato constitucional de participación, garantizando la representación de los beneficiarios en la administración del sistema, de tal modo que quede protegido de los cambios de los poderes públicos de turno.

En caso contrario, los desequilibrios financieros en el sistema de pensiones jubilares y de las cuentas fiscales conllevan consecuencias nocivas en términos del derecho a gozar de una vida digna y del derecho a la igualdad. Por otra parte, se recuerda que la jubilación patronal es financiada por el patrono, dentro de los rangos y requisitos que establece el Código del Trabajo. Pero este tipo de jubilación es distinta a la tan ansiada universalización de la jubilación.

Con relación al segundo tema conviene indicar que la universalización del régimen no contributivo de pensiones admite varias respuestas conforme el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la baja cobertura del sistema, que se refleja en un alto grado de exclusión previsional, constituye un problema latente en la seguridad social, pues no cumple el objetivo para el que fue creado y, dado que los programas siguen una lógica de financiamiento a largo plazo, las limitaciones en la cobertura generan un pasivo social y económico de largo alcance. Por lo tanto, desde el punto de vista del gasto social, el problema de la poca cobertura puede juzgarse como un aplazamiento de la inversión social.

Por ello, una discusión inclusiva busca que en el curso del tiempo se establezcan cada vez más mecanismos para alcanzar a la mayoría de personas. En la actualidad, el sistema de pensiones tiene un pasivo actuarial que el Estado debe afrontar. Sin embargo, es necesario buscar condiciones para garantizar la factibilidad fiscal y económica a largo plazo para una universalización de la protección social en pensiones mediante opciones innovadoras de financiamiento que, por ejemplo, no solo se centren en el subsidio del gasto sino también de las contribuciones.

Por ello, la interpretación constitucional correcta impide al ente estatal omitir avanzar en la protección de la universalización de los derechos previsionales, en especial de aquellas personas que requieren de tratamiento prioritario y especializado en lo público y privado, en los campos de inclusión social y económica, así como en el acceso a la jubilación universal; asimismo, debe orientar sus acciones hacia su cum-

21. Cfr. OEA. Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante, CADH, 7 al 22 de noviembre de 1969. Por su parte, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC y los artículos 1, 2 y 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), contienen disposiciones relacionadas con el tema.

plimiento adecuado y suficiente (del haber mínimo), así como brindar los mecanismos suficientes para el acceso efectivo a este derecho en caso de incumplimiento.²²

El sistema previsional único para las personas constituye una medida adecuada para cumplir con el principio de igualdad y de justicia, ya que incorpora a los grupos más vulnerables de la población, con el fin de disminuir la fragmentación social, independientemente de la situación laboral. Conforme una interpretación inclusiva y progresiva del alcance del sistema previsional, no de forma contributiva, sino en pro de los derechos, es necesario que el sistema garantice una adecuada cobertura y contemple las situaciones de riesgo en los que se encuentran las mujeres, las personas con discapacidad, los trabajadores excluidos del sistema, entre otros. El Estado debe prestar especial protección a las personas en condición de doble o múltiple vulnerabilidad.²³

Este criterio no resulta ajeno a lo que señalan la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵ y la jurisprudencia constitucional argentina²⁶ que señalan que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro justitia socialis* que favorece la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance. En el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho por medio de un test de razonabilidad que justifique la medida.²⁷ En concreto, la Corte Suprema argentina señala:

Tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. [...] [Esta Corte] ha afirmado, enfáticamente, que las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva”. No solo, pues, la interpretación ana-

22. Cfr. Argentina. Corte Suprema. Caso Víctor Francisco Rolán Zapa, de 30 de octubre de 1986 quien, a través de la aplicación del principio de razonabilidad, declaró la inconstitucionalidad de una ley reglamentaria del derecho a jubilaciones móviles del art. 14 bis de la Constitución argentina, por conducir a una desproporcionada reducción de los haberes previsionales con claro apartamiento de los derechos constitucionales consagrados.

23. Cfr. Aldao y Clérico, “Los derechos previsionales y la seguridad social”, 176.

24. Cfr. Corte EDH, *Casos (1) Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Sentencia de 25 de mayo de 1985 y (2) *Caso Irlanda c. Reino Unido*, Sentencia de 18 de enero de 1978, aunque referentes a otros derechos.

25. Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, <https://bit.ly/3iH8oC1>.

26. Argentina, Corte Suprema, *Caso Berçaitz, Miguel Ángel s/jubilación*, 13 de septiembre de 1974.

27. Cfr. Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, 41.

lógica restrictiva de un derecho social —en el caso, previsional— contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el principio de favorabilidad), *Günstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar [...], sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge [...] del objetivo preeminente de promover el bienestar general que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino.²⁸

En conclusión, conforme con la doctrina y jurisprudencia, el contenido esencial del derecho a la seguridad social debe asegurar a toda persona una protección contra las consecuencias de la vejez o de cualquier otra contingencia ajena a su voluntad que implique una privación de los medios de subsistencias imprescindibles, para que pueda llevar una vida decorosa y digna.

ANÁLISIS CRÍTICO-CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE DISMINUCIÓN DE LA PENSIÓN JUBILAR Y ESTRATEGIAS ARGUMENTALES PARA SU REALIZACIÓN

Queda indicado que tanto la Constitución como la jurisprudencia reconocen y protegen la pensión jubilar como un derecho social que deben garantizarse —en la mayor medida de lo posible— por parte del Estado, con el fin de satisfacer necesidades individuales básicas.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹ define el contenido mínimo esencial de cada derecho, entre ellos, la jubilación. Por ello, es obligación estatal el asegurar el cumplimiento de estas necesidades previstas en este instrumento internacional a las personas y grupos que no están en condiciones de asumirlas por sí mismas de forma progresiva y efectiva.

En efecto, el artículo 2.1 del PIDESC establece: “cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar [...] medidas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Esto, por un lado, envuelve el reconocimiento paulatino de los derechos, en contraste con lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que supone una obligación contigua de respetar y asegurar todos los dere-

28. Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caso Berçaitz, Miguel Ángel s/jubilación*, 13 de septiembre de 1974, Fallos: 437.

29. ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado por resolución 2200 (XXI), 16 de diciembre de 1966. En delante de cita PIDESC.

chos a los que se refiere dicha normativa. Pero, por otro, se recalca la necesidad de la obligación estatal de implementación progresiva de estos derechos.

De igual manera, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰ se refiere a la responsabilidad estatal de adoptar medidas para el desarrollo progresivo de los derechos sociales. El artículo 19 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³¹ se refiere al compromiso de los Estados de presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas que se adopten para el resguardo de estos derechos.

A la vez, la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el hecho de que la realización sea progresiva no implica privarlo de la obligación de todo contenido significativo y adiciona que cualquier medida regresiva requiere justificarse plenamente con relación a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.³²

En resumen, el sistema interamericano incorpora múltiples formas de promocionar y proteger los derechos sociales sobre pensiones jubilares que van desde la propia competencia de la Comisión IDH, presentación de informes y la existencia de instrumentos normativos internacionales sobre el particular.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan como lesivos estos derechos, el acoger normas jurídicas o políticas incompatibles con los deberes legales preexistentes a los derechos sociales, salvo que su fin sea el mejorar, de forma progresiva, las condiciones de igualdad en su realización, incluidos de los jubilados.

Este principio se relaciona con el *in dubio pro justicia sociales* que establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, relativo a la regulación e interpretación normativa más favorable al bienestar social, esto es, que se satisfagan las condiciones de vida mediante las cuales se asegure a las personas su dignidad³³ y el principio *pro homine*.

30. ONU, Asamblea General, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Pacto de San José, 22 de noviembre de 1969.

31. OEA, Asamblea General, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

32. Cfr. Curtis, “La prohibición de regresividad”, 10.

33. Argentina, Corte Suprema, *Berçaitz, Miguel Ángel s./jubilación*, 13 de septiembre de 1974, CSJN, Fallos 289:430.

Vía jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia 287-16-SEP-CC³⁴ reconoce a la jubilación como un derecho fundamental que se garantiza a todos los trabajadores que cumplan con los requisitos previstos por la normativa laboral, luego de lo cual se constituye en un derecho adquirido y que no puede ser condicionado con posterioridad a su reconocimiento.

Por su parte, la Corte IDH en la sentencia de los “Cinco Pensionista c. Perú”, relativo a la violación de la prohibición de regresividad en materia de pensiones de jubilación, señala que la variación en las condiciones de las jubilaciones no solo constituye una violación a los derechos de los trabajadores sino también a la propiedad privada.

En este caso, la Corte IDH analiza: (a) el derecho a la seguridad social como uno de los derechos derivados de las normas económicas y sociales de la Carta de la Oea; (b) el derecho a la seguridad social que incluye el derecho a percibir pensiones de jubilación o retiro; y (c) que el Estado no puede empeorar injustificadamente el nivel de goce de ese derecho, pues las limitaciones a este principio solo pueden efectuarse por leyes “que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”.³⁵

Dicho organismo adiciona que las medidas adoptadas por el Estado peruano violan los derechos de propiedad y protección judicial. Agregan, con respecto a la fundamentación, que los jubilados tienen un derecho adquirido al pago de una pensión de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto Ley 20530, cuyo valor se nivela con la remuneración que perciben las personas que desempeñan similares labores a aquellas que ejercía el beneficiario de la pensión al momento de retirarse del cargo y que, el Estado viola el derecho del artículo 21 —propiedad privada— en relación con el artículo 29.b) de la CADH, al disminuir por ley en perjuicio de los pensionistas, el monto de las pensiones niveladas que percibían desde su jubilación. Esta reducción de casi el 80% violenta el derecho de propiedad. Además, la Corte señala:

116. Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados.³⁶

34. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 287-16-SEP-CC”, *Caso 0578-14-EP*, 31 de agosto de 2016.

35. Cfr. Courtis, “La prohibición de regresividad”, 44.

36. Corte IDH, “Cinco Pensionista c. Perú”, citado por Courtis, *ibíd.*, 3-53.

Por último, se señala que el Estado, para imponer límites, debe: (a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas; y (b) respetar, las decisiones que adoptan los tribunales de justicia.³⁷

Por ello la Corte IDH concluye que el Estado, al cambiar arbitrariamente el monto de las pensiones, viola el derecho a la propiedad (artículo 21) en perjuicio de los pensionistas. Además, se violentan los artículos 25 (protección judicial), al no existir mecanismos eficaces que remedien el derecho conculcado y 26 (desarrollo progresivo) pues el Estado adopta medidas regresivas con respecto al grado de desarrollo alcanzado del derecho que no se pueden justificar en función del bienestar general de la sociedad democrática o que no contraría el propósito y razón de tales derechos.

Si bien los argumentos de la Corte ofrecían la oportunidad de extender su examen con respecto a la lesión del derecho a propiedad hacia la justiciabilidad del artículo 26 y la prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; no obstante, sus razonamientos fueron bastantes inertes, en especial, los párrafos 147 y 148, que dicen:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, [...] se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.³⁸

Estos argumentos de la Corte resultan endebles, al menos, por tres razones: (a) Al analizarse la violación al derecho a la propiedad, se emplea como criterio de interpretación el artículo 5 del Protocolo de San Salvador (párrafo 116), e integra el contenido del derecho de propiedad cuando de lo que se trata es de créditos previsionales con consideraciones relativas al propósito y razón de los Desc. Ello supone reconocer una dimensión individual justiciable al derecho a la seguridad social, por vía de su conexidad con el derecho a la propiedad, aunque reconociendo principios de interpretación propios de los Desc. Esto choca con la conclusión del párrafo 147, que parece sostener que la única forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los

37. *Ibid.*, párr. 117.

38. *Ibid.*, párr. 147 y 148. A la vez, cfr. Courtis, “La prohibición de regresividad”, 3-52.

Desc es en relación con el conjunto de la población enervando sus posibilidades de justiciabilidad. (b) La mención que hace este organismo de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial de las Observaciones Generales 3 relativa “La índole de las obligaciones de los Estados parte” y 9 sobre justiciabilidad de los derechos, es desafortunada, pues, si bien toma ciertos párrafos de dicha doctrina, las conclusiones son opuestas, ya que aquella señala que la noción de progresividad establecida en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no riñe con la justiciabilidad de esos derechos. Algo parecido sucede con la CADH. (c) Por último, resulta sospechoso que la Corte evalúe el goce de los Desc en función del conjunto de la población, pues su competencia se circunscribe a reclamos de naturaleza individual o de grupo de personas. El reconocer la dimensión individual o colectiva de estos derechos no significa desprenderlos de su carácter de justiciables.³⁹

En resumen, la Corte tiene dos dificultades conceptuales: (a) confunde la dimensión colectiva con la escala nacional, y (b) mantiene cierta reticencia de analizar en un caso contencioso temas vinculados con el diseño de las políticas públicas y la disposición de los recursos públicos.

A partir de aquí, se considera necesario que, dentro del análisis de la razonabilidad de las pensiones jubilares, se tome en cuenta que: (1) Se trata de un derecho adquirido autónomo y de igual gradación a otros, que requiere una realización mínima. (2) Puede interpretarse solo o dentro del conjunto de derechos de carácter previsional y prestacional de la seguridad social y de valores y principios —en general— previstos en la Constitución, según las circunstancias concretas. (3) El reconocer la dimensión individual o colectiva de estos derechos no significa segregar su carácter de justiciable. (4) Debe desarrollarse de forma progresiva sin que se lo pueda restringir o limitar su contenido sin una razón pública aceptable con respecto a ese obrar estatal. (5) La interpretación y aplicación de este derecho requiere superar las barreras conceptuales jurídico políticas impuestas desde las lógicas acríticas formales de adoctrinamiento neoliberal hacia la convergencia de otros saberes dinámicos que incluyan la realidad local conflictual. Ello incluye la creación de una doctrina propia de los derechos sociales desde las prácticas conflictuales internas del capital que fuerzan a su incumplimiento. (4) Es necesario superar la teoría liberal de los derechos que se construye sobre la noción de propiedad privada y la concepción de individualidad de los derechos hacia una teoría social que parta del discurso participativo y plural de los derechos que aseguren su efectividad. (5) El reforzamiento de los mecanismos judiciales para asegurar la protección y garantía de este derecho incluye la toma de cierta conciencia moral y activismo político desde la sociedad.

39. *Ibid.*, 45-8.

En definitiva, es necesario recuperar la conciencia jurídico-política sobre estos derechos a través de una dogmática constitucional que reoriente el control de razonabilidad y su proporcionalidad hacia la profundización democrática y garantista de los principios y valores sociales.

CONCLUSIONES

La exigibilidad judicial de los derechos sociales, y en concreto de la jubilación, por parte del Estado debe propiciar lecturas progresivas de los derechos en las cuales se determinen los avances de protección tanto en la norma jurídica como en el manejo de las políticas públicas. En este sentido es necesario entender el valor axiológico que tienen los derechos sociales de acuerdo con lo que señala el artículo 11 de la Constitución, y en concreto el previsional de jubilación, como fundamento para la satisfacción de las necesidades básicas y goce de su libertad de los grupos de atención prioritarias, en especial con doble o múltiple vulnerabilidad.

Sin embargo, la evaluación de la protección que ofrece un ordenamiento jurídico resulta menos compleja que la explicación de las políticas públicas por parte del juzgador, pues no siempre están bien identificados los remedios adecuados en su diseño.

El contenido esencial del derecho a la seguridad social se respalda en la satisfacción mínima y oportuna de ciertas condiciones para el mejoramiento de la calidad de vida y dignidad de las personas. Por ello, las distintas funciones del Estado deben impulsar dicha protección en sus respectivas esferas por medio de deliberaciones democráticas más garantistas que incluyan a los beneficiarios en la administración del sistema. A ello se agrega el análisis sobre temporalidad, modalidades y alcance universal del sistema previsional desde una perspectiva más progresiva que priorice la inclusión social y económica.

El reconocimiento efectivo de la jubilación exige una ardua labor de concientización, reconocimiento, planificación, gestión y regulación concreta de las relaciones laborales de los poderes de turno desde una lógica alternativa garantista y no de justificación del estatismo estatal; lo contrario conlleva a interpretaciones simuladas y oportunistas que, lejos de aplicar de forma adecuada el principio *in dubio pro justitia sociales*, solo refrendan el *statu quo*. En este sentido, la argumentación jurídica debe contribuir a dicho fin a través de la armonización concreta de los principios y valores que favorezcan lecturas progresivas y no regresivas de estos derechos.

Resulta difícil en la práctica asimilar en igual proporción a los derechos civiles y políticos de los sociales pues, pese a los esfuerzos constitucionales por establecer la interconectividad, complementariedad e igual jerarquía, existe la necesidad de eva-

luaciones en los costes y los avances internacionales todavía hacen estas distinciones. Ello lo evidencia el análisis de la sentencia de los cinco pensionistas.

Las interpretaciones de las lecturas relacionadas con derechos sociales —en este caso, la previsional, relacionada con la jubilación universal— supone una lectura hermenéutica pro derechos sociales con el fin de alcanzar el bienestar de las personas que aseguren su dignidad. Las lecturas restrictivas de derechos sociales se muestran contrarias al objetivo preeminente del bienestar general, establecido en la Constitución. Por ello, se someten a un escrutinio estricto en términos de análisis de la razonabilidad de la medida o norma que pretenda limitar la extensión del derecho. En este sentido, los juzgadores “activistas” deben convertirse en verdaderos modeladores de las democracias en crisis y bancarota.

La interpretación y aplicación de los derechos sociales requieren el desarrollo de una teoría de la razonabilidad que rompa con el pensamiento parcial, fragmentario y único formal-lógicamente válido, imperante en nuestras realidades, hacia la búsqueda de alternativas contextualizadas y reales a nuestros sistemas político-jurídicos diversos en donde asume un rol fundamental el discurso práctico axiológico. Esta liberación de la razón —que incluye la capacidad comunicativa y cognitiva— invita a pensar la ciencia del derecho desde el conflicto con un espíritu de autoconciencia crítica de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldao, Martín, y Laura Clérico. “Los derechos previsionales y la seguridad social”. En *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella, 171-7. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Alexy, Robert. *Derechos sociales y ponderación*, 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y Estudio Introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2.^a ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- Argentina. Corte Suprema. *Caso Víctor Francisco Rolán Zapa*. 30 de octubre de 1986.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta, 2002.
- Cárcova, Carlos María. *Derecho, Política y Magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.
- Cárdenas, David. “El principio de no regresividad en el derecho a la seguridad social: caso suspensión y reducción de pensiones jubilares del Banco Central del Ecuador”. Tesis de maestría, UASB-E, 2018.

- Corte IDH. “Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. 28 de febrero de 2003. <https://bit.ly/3iIXM5J>.
- . “Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. 24 de noviembre de 2006. <https://bit.ly/31YrT39>.
- Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- Chávez, Mario. “El derecho a percibir pensión y remuneración en el marco de la Constitución”. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. XXXV, n.º 11 (2008): 129-46.
- De Cabo Martín, Carlos. *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta, 2014.
- De la Cueva. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. 1. Ciudad de México: Porrúa, 2007.
- Dugit, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Esquirol L., Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 2014.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3.ª ed. Madrid: Trotta, 2002.
- Haberle, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Gargarella, Roberto, comp. *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: s.e., 2008.
- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.
- Maurino, Gustavo. “El artículo 28. Hacia una república basada en razones”, en *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Médici, Alejandro. *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes, San Luis de Potosí, S. Cristóbal de las Casas: MISPAT y otros, 2012.
- Navas, Marco. “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada socio jurídica”. *Revista Culturas Jurídicas* 4, n.º 9 (2017). Accedido 29 de marzo de 2020.
- Noguera-Fernández, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- ONU. Asamblea General. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José. 22 de noviembre de 1969.

- . Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado por resolución 2200 (XXI). 16 de diciembre de 1966.
- ONU. OIT. *Convenio 40 sobre la conservación de los derechos de pensión en los migrantes*. 1935.
- . C128. *Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*. 1967.
- Pautassi, Laura. *Legislación previsional y equidad de género en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL-ECLAC, 2002.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- Pizzolo, Calogero. *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2.^a ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales”. En *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Storini, Claudia. ¿“Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. En *Perspectivas Constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Tushnet, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: derechos y justicia*, 7.^a ed. Madrid: Trotta, 2007.

El principio de universalidad desde una perspectiva legal y efectiva en la seguridad social ecuatoriana

The principle of universality from a legal and effective perspective in ecuadorian social security

María Dolores Núñez Ávila

Investigadora independiente

Ecuador

dolonuneza@gmail.com; madonua@alumni.uv.es

ORCID: 0000-0002-4705-8002

María Lorena Rivadeneira Vásquez

Investigadora independiente

Ecuador

lorerivas90@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-9932-4790

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.7>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Los principios que rigen la seguridad social se encuentran reconocidos por la Constitución de 2008, entre los cuales encontramos el principio de universalidad. Estos principios constituyen una herramienta de evaluación y hermenéutica a los distintos sistemas de seguridad social. En este sentido, el principio de universalidad representa un instrumento de igualdad social que rompe con el esquema de clase con el que fue creado la seguridad social. En Ecuador a raíz de la Constitución de 2008 encontramos la extensión de la cobertura carácter universal hacia los trabajadores no remunerados del hogar. Por este motivo el objetivo de este artículo se centra en analizar el principio de universalidad desde un enfoque legal y efectivo junto con el sistema de seguridad social contributivo y no contributivo aplicado en Ecuador e identificar la operatividad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de conformidad con el principio de universalidad efectiva. Para esto se ha realizado un análisis deductivo-inductivo conceptual, doctrinal, legal, jurisprudencial; que ha permitido detectar ciertos elementos que limitan a la universalidad efectiva en el acceso a la seguridad social, como también aquellos vacíos estructurales que desamparan a distintos sectores de la población.

PALABRAS CLAVE: seguridad social, universalidad, IESS, BIESS, contribución, Ecuador.

ABSTRACT

The Constitution of Ecuador recognizes the principles of social security. These principles constitute an evaluation and hermeneutic tool for the different social security systems. In these principles, we find the universality; the principle of universality is an instrument of social equality, and it broke the class scheme in which social security. In Ecuador, since 2008, universal coverage of social security has been extended to unpaid household workers. The main object analyzes the principle of universality from a legal approach, the contributory and non-contributory social security system applied in Ecuador, and the analysis of the functioning of the Ecuadorian Institute of Social Security and the Bank of the Ecuadorian Institute of Social Security. For this, a deductive-inductive conceptual, doctrinal, legal, jurisprudential, and pragmatic analysis has allowed the detection of specific elements limiting access to social security and structural gaps forsaking sectors of the population, specifically those covered by the non-contributory model.

KEYWORDS: Social Security, Universality, IESS, BIESS, Contribution, Ecuador.

FORO

INTRODUCCIÓN

El sistema ecuatoriano de seguridad social es el encargado de brindar una vida digna a cada individuo de la sociedad; es decir, bienestar social desde el nacimiento hasta su muerte a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS); lo que implica una adecuada gestión, administración y control de tres regímenes que facilitan el acceso a diferentes tipos de beneficios sociales. Existe una disparidad en cuanto a lo que universalidad y cobertura se refiere, ya que hay personas que han sido excluidas de los regímenes antes mencionados o han recibido un trato desfavorable al acceder a la seguridad social, así como irresponsabilidad en el manejo de fondos por parte de los funcionarios que lideran las instituciones, políticas que no se cumplen y la deuda estatal, que han producido una crisis económica y social de gran envergadura en las entidades, convirtiendo a la seguridad social del Ecuador en un servicio público deficiente.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL: ANÁLISIS DE LA UNIVERSALIDAD LEGAL Y EFECTIVA

La Organización Internacional del Trabajo señala que debido a la complejidad de la materia es imposible dar una definición de carácter universal; considera que la seguridad social:

abarca todas las medias relacionadas con las prestaciones, en efectivo o en especie, encaminadas a garantizar: la falta de ingresos laborales debido a enfermedad, discapacidad, maternidad, accidentes de trabajo, desempleo, vejez o muerte de un miembro de la familia; falta de acceso o precios excesivos en el acceso a la asistencia médica; apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y adultos a cargo; pobreza generalizada y exclusión social.¹

Para Betranou, “El término puede incluir al seguro social, a la asistencia social, a los regímenes de prestaciones mutuales, a los fondos de previsión y a los otros regímenes especiales”.² La seguridad social no se ve restringida únicamente al acceso al derecho de la salud, sino que busca la estabilidad cotidiana mediante sistemas de pensiones, rubros de derecho habiencia y salud.³

-
1. OIT, *Informe VI: Seguridad Social para justicia social y una globalización equitativa* (Ginebra: OIT, 2011), 8.
 2. Fabio Bertranou, “Restrictions, problems and dilemmas of social protection in Latin America: Facing the challenges from ageing and income security”, *Well-being and Social Policy* 1, n.º 1 (2005): 33-54.
 3. Roberto Ham, “De la solidaridad intergeneracional a la privatización de las pensiones”, *Carta Demográfica sobre México* (Ciudad de México: Demos, 1996), 36-7.

Existe una serie de principios que establece la guía para los distintos componentes del sistema de seguridad social; para Calvo León, estos principios son una herramienta de orientación, hermenéutica, evaluación de los modelos de seguridad social, que permiten identificar los ajustes necesarios para garantizarlo, estableciendo así parámetros para enjuiciar los grados de desarrollo;⁴ además, se interrelacionan entre sí y son el principio de universalidad, solidaridad, unidad, igualdad, evolución progresiva de los beneficios de la seguridad social, concordancia de la seguridad social con la realidad económica, participación social, integralidad, inmediatez, subsidiaridad del Estado, asignación preferente de recursos.⁵ El objeto de estudio del presente artículo se centra únicamente en el principio de universalidad.

La importancia del principio de universalidad como fundamento en el acceso a la seguridad social es indiscutible; de acuerdo con la OIT este principio representa una herramienta de igualdad social⁶ que se opone al carácter clasista obrero y exclusivo del cual tuvo origen y busca la protección del ser humano, dentro de una colectividad social indistintamente de la clase a la que pertenezca o de su actividad laboral.⁷ Para Juan Bernaldo De Quiros, el derecho de acceso al seguro social no implica una misión privativa de clase, sino un concepto integral de protección a la colectividad.⁸

Para Melik Özdem, la puesta en práctica del derecho a la seguridad social depende de la existencia del buen funcionamiento de un sistema de seguridad social;⁹ Etchichury considera que, dependiendo de la noción de universalidad que tenga un país dentro de su marco normativo, el diseño de políticas públicas tendrá un determinado perfil; si los derechos pueden ser ejercidos libremente por todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de un Estado, las políticas públicas tendrán una mayor extensión a diferencia de aquellos Estados que tienen una noción restringida del alcance de los derechos.¹⁰

Para la OIT, la universalidad puede ser analizada desde un enfoque legal como efectivo y se relacionan las condiciones establecidas en la legislación para su acceso;

4. Jorge Iván Calvo León, “Principios de seguridad social”, *Revista Jurídica de Seguridad Social*, n.º 8 (1998): 36-40, <https://bit.ly/3b1xg9u>.

5. *Ibíd.*

6. OIT, *Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe* (Ginebra: OIT, 2018), 81-3, <https://bit.ly/3fLMqMt>.

7. Calvo León, “Principios de seguridad social”, 36.

8. Juan Bernaldo De Quiros, “Concepto y fundamento”, *El Seguro Social en Iberoamérica* 44 (1945): 11-6, doi: 10.2307/j.ctvckq2zk.4.

9. Melik Özden, *El derecho a la Seguridad*. Ginebra, 9.

10. Horacio Javier Etchichury, “Universalidad y derechos sociales: para una revisión constitucional de las políticas sociales en Argentina”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º (2019): 327-54, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6501>.

en el caso de la universalidad efectiva en ciertos casos se ve limitada por un esquema contributivo legal, que determina el acceso a la seguridad social mediante el cumplimiento de distintos requisitos formales establecidos por el régimen jurídico interno de cada Estado.¹¹

Por otra parte, puede existir el principio de universalidad de naturaleza legal, pero no llega a constituirse como un principio de universalidad efectiva, por la inexistencia de una cobertura universal efectiva.¹² Esto se debe a que la universalidad efectiva busca una cobertura global, es decir una cobertura efectiva, para lo cual, dentro de un régimen contributivo, se busca mediante un régimen no contributivo extender la cobertura hacia ciertos sectores vulnerables. Es aquí cuando se concibe que la universalidad es una herramienta de reivindicación social.

Existe doctrina que considera que el sistema de seguro social surge de la relación de dependencia laboral¹³ y excluye a aquellos ciudadanos que no cuentan con estabilidad laboral o se encuentran desempleados; sin duda este es uno de los principales retos que enfrenta la universalidad efectiva.¹⁴

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) la accesibilidad del sistema de seguridad social obedece a los criterios de cobertura como derecho humano universal, la admisibilidad sin condición particular, en el que las cotizaciones no deberían ser prohibitivas, permitiendo el acceso físico y la participación e información, además considera que es importante identificar a la seguridad social como un bien social y no como un instrumento de política económica o financiera.¹⁵

La consecución de un sistema de seguridad social en virtud del principio de universalidad efectiva representa desafíos importantes relacionados con la cobertura, equidad, fragmentación, sostenibilidad, previsibilidad y litigiosidad.¹⁶ Ruiz Moreno considera que la problemática del derecho a la seguridad social deviene de dos vertientes: a) de la justificación sobre los altos costes que representa la seguridad social universal para el Estado y la falta de recursos para llevarlos a cabo, propio del debate que generan los derechos sociales en la práctica; y b) la naturaleza pentagonal (multidisciplinar) de la materia y que es difícil dar una solución óptima si no se concibe la

11. OIT, *Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social*, 81-2. <https://bit.ly/3fLMqMt>.

12. *Ibíd.*

13. Marco Proaño Maya, *Seguridad social y sociedad democrática* (Quito: Editorial Americana, 2014), 89.

14. OIT, *Panorama temático laboral, presente y futuro de la protección social en América*, 82.

15. CODESC, *Observación General, n.º 19* (Ginebra: ONU, 2007), citado en Melik Özden, *El derecho a la Seguridad*.

16. ONU, CEPAL, OIT, “Encrucijadas en la seguridad social argentina: reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones” (Buenos Aires: ONU / CEPAL / OIT, 2011): 141, <https://bit.ly/3bOmhLy>.

seguridad social como un todo que involucra las ramas del derecho laboral, derecho tributario, derecho económico y derecho financiero, desde un punto de vista doctrinario, pragmático y legal.¹⁷ Esto se debe a la institucionalización de la desigualdad que, a pesar de los intentos de eliminar este fenómeno, se reitera con facilidad en la región latinoamericana,¹⁸ generando pobreza e inseguridad y debilitando al capital humano.¹⁹

Rey del Castillo analiza el principio de universalidad efectiva en la seguridad social y considera que la universalidad legal en ocasiones genera mayor confusión; la exclusión de ciertos grupos sociales en el acceso al seguro social pone en cuestión la equidad de la prestación.²⁰ Es importante para el alcance de la universalidad efectiva el reconocimiento normativo por parte de los Estados de prestaciones no contributivas para construir un sistema de cobertura universal, para que de esta manera se constituya en una herramienta de redistribución de la riqueza e igualdad, en el que los Estados se comprometan a prevenir riesgos y exista una cobertura universal hacia toda la colectividad.²¹

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y REGIONAL

Ecuador ha asumido distintos compromisos internacionales de naturaleza vinculante (*hard law*) y no vinculante (*soft law*). Los instrumentos que se encuentran dentro del grupo conocido como *hard law* poseen fuerza coercitiva, a diferencia de los instrumentos que se agrupan dentro de *soft law*; esto significa que estos últimos carecen una fuerza coactiva y se configura en una obligación de carácter moral.²²

Ecuador es un Estado parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).²³ Estos

-
17. Ángel Guillermo Ruiz Moreno, “Retos y desafíos de la seguridad social latinoamericana: entre la realidad y la utopía”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 12 (2011): 130, <https://bit.ly/3m2u3Gp>.
 18. Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica para un sentido común en el Derecho* (Bogotá: Trotta, 2009), 49.
 19. Elizabeth Tinoco, “El desafío de la seguridad social en América Latina”, *Organización Internacional del Trabajo*, 6 de febrero de 2015, <https://bit.ly/3fLPuls>.
 20. Javier Rey del Castillo, “Seguridad social y universalidad: ¿son compatibles?”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, n.º 3 (2004): 409-31, <https://bit.ly/2ZIPmcv>.
 21. María Victoria Cisneros, “Relaciones de desigualdad y seguridad social en países de baja cobertura. Caso de estudio: Ecuador, período 1923-2015” (tesis doctoral, FLACSO Ecuador, 2018), 102, <https://bit.ly/3eHtRaZ>.
 22. Luis Francisco Sánchez Cáceres, “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y no discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 39 (2019): 467-88.
 23. ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, núm. 217 A (III), arts. 22 y 25.

instrumentos garantizan el derecho a la seguridad social como derecho universal inalienable, con base en el principio de igualdad y no discriminación,²⁴ recordando que la obligación asumida por los Estados parte del PIDESC es un instrumento de *hard law*.²⁵

En el contexto de la OIT, Ecuador ha asumido obligaciones en virtud de los distintos convenios con esta organización como es el Convenio 102 de la OIT; en 2012 la OIT emitió la Recomendación 202 sobre los pisos de protección social.²⁶ En este instrumento se crean los pisos nacionales de protección social, que reconocen o garantizan un mínimo relacionado a la salud esencial y la seguridad básica. Beccaria y Maurizio consideran que el principio de universalidad en la seguridad social no significa la búsqueda de los niveles mínimos de satisfacción de los derechos económicos y sociales básicos, sino el avance hacia un alto grado de homogeneidad.²⁷

En el marco regional americano la Convención Americana reconoce el principio de igualdad y no discriminación mediante el cual todas las personas son iguales ante la ley, y es compromiso de los Estados parte el adoptar providencias tanto a nivel interno como en el marco de cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo San Salvador, determina que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.²⁸ La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador: en el art. 2 señala el compromiso de los Estados parte en garantizar medidas de previsión y seguridad social.

24. Román Navarro Fallas, “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del Estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”, *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social* 10, n.º 1 (2002): 13-8, <https://bit.ly/3964Tks>.

25. ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, núm. 2200 A (XXI), art. 2.

26. OIT, *R202 Recomendación sobre los pisos de protección social*, 30 de mayo de 2012, núm. 202, <https://bit.ly/39bafLb>.

27. Luis Beccaria y Roxana Maurizio, “Hacia la protección social universal en América Latina: una contribución al debate actual”. *Revista Problemas del Desarrollo* 45, n.º 177 (2014): 37-58, <https://bit.ly/35hu0AD>.

28. Corte IDH, “Sentencia del 28 de febrero de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso “Cinco Pensionistas” vs Perú*, 28 de febrero de 2003, párrs. 164-5.

En el marco del acceso universal en materia de derechos sociales la Corte IDH considera que el acceso universal basado en los principios derechos humanos requiere que todos los bienes, servicios e información estén disponibles y sean asequibles para todos.²⁹

ANÁLISIS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVO Y NO CONTRIBUTIVO EN ECUADOR

La seguridad social se ha desarrollado con base en los modelos de Bismark y Bevedrige,³⁰ se considera que en Ecuador el sistema de pensiones nació bajo el modelo de Bismark, pero no se desarrolló industrialmente como en Europa.³¹ Con el modelo bismarkiano, surge en este país el esquema contributivo legal bilateral, en el cual el afiliado a cambio de una contribución recibe una prestación, en el que la cobertura depende de la condición laboral del individuo.³²

La doctrina ha realizado una clasificación histórica de patrones de desarrollo entre países pioneros, intermedios y tardíos en la protección social y Ecuador se encuentra entre uno de los pioneros del grupo intermedio.³³ De esta forma a través de la creación de la Caja de Pensiones, mediante el Decreto Ejecutivo n.º 18 del año 1928, inicia el modelo de seguros sociales en Ecuador³⁴ y en el entramado constitucional a partir de la Constitución de 1929.³⁵ La seguridad social ha ido desarrollándose paulatinamente, mediante el reconocimiento como derecho irrenunciable de los trabajadores que se extiende a sus familiares,³⁶ en el que se reconoce la autonomía de la institución que presta el servicio,³⁷ a partir de la Constitución de 1979, se busca la extensión de la

29. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (Costa Rica), párr. 113, <https://bit.ly/3hoO06J>.

30. Alfredo Sánchez Castañeda, “Principales modelos de seguridad social y protección social”, *La seguridad social y la protección social en México: su necesaria reorganización*, n.º 23 (2012): 5-23, <https://bit.ly/3ijRQ2M>.

31. María Victoria Cisneros Campaña, “Sistema de pensiones en el Ecuador”, *Desigualdades, exclusión y crisis de sustentabilidad en los sistemas previsionales de América Latina y el Caribe* (2018): 233-58, <https://bit.ly/2VAPe6X>.

32. Angélica Porras Velasco, “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 24 (2015): 89-116, <https://bit.ly/2BYJ2yz>.

33. OIT, *Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social*, 13-6.

34. Porras Velasco, “La seguridad social en Ecuador”, 99.

35. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929, art. 151, núm. 18.

36. Es importante destacar que, en la Constitución de 1945, la asistencia social se considera un servicio público que debe ser prestado por el Estado, de manera ineludible. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, art. 149.

37. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967, art. 66.

seguridad social a toda la población, como también el financiamiento tripartito.³⁸ En la Constitución de 1998, la seguridad social tiene un mayor desarrollo, ya sea como un deber primordial del Estado que busca extender de manera progresiva el Sistema Nacional de Seguridad Social a toda la población urbana y rural, con independencia de su condición laboral; además, delega al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) la prestación del Seguro Social General Obligatorio.³⁹

El derecho a la seguridad social tiene igual importancia que otros derechos; los avances de la Constitución de 1998 y de la vigente Constitución eliminaron la categorización de derechos y estableció la igualdad jerárquica de derechos constitucionales.⁴⁰

En el caso de la Constitución de 2008 se observa el camino en la búsqueda de la universalización efectiva de la Seguridad Social, como es el caso de la prestación entregada a quienes no realicen trabajo no remunerado en el hogar y la extensión a toda la población urbana y rural del Seguro Universal Obligatorio.

La Corte Constitucional ecuatoriana reconoció el derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 34 de la Constitución como un derecho irrenunciable de todas las personas y un deber del Estado; además determina que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es el responsable de la prestación de las contingencias del Seguro Universal Obligatorio a sus afiliados.⁴¹

El sistema de seguridad social ecuatoriano está formado por el Régimen del Seguro Social General Obligatorio, Régimen Voluntario y el Seguro Social Campesino; así como también por dos regímenes especiales: el de las Fuerzas Armadas y el de la Policía Nacional (no analizados) aplicables a las personas del área urbana y rural que laboren o no. Comprende también una parte *no contributiva* que se relaciona con las *prestaciones* que entrega el IESS, en efectivo o en especie a los afiliados e hijos, para garantizar la falta de ingresos laborales por enfermedad, discapacidad, maternidad, accidentes de trabajo, desempleo, vejez o muerte de un miembro de la familia; asistencia médica y apoyo familiar insuficiente.⁴²

38. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 29, num. 1.

39. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, arts. 58-61.

40. Según el art. 11 de la Constitución Política del Ecuador, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, citado en Patricio Pazmiño Freire, “El estado de las cosas inconstitucionales en la seguridad jurídica”, *OISS*, accedido 17 de julio de 2020, 4, <https://bit.ly/2OBCmK2>.

41. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º 287-16-CC*; Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º 287-16-SEP-CC*, 31 de agosto de 2016.

42. OIT, *Informe VI: Seguridad Social para justicia social y una globalización equitativa*, 8.

De acuerdo con la Ley de Seguridad Social en Ecuador forman parte del Seguro Social General Obligatorio los trabajadores en relación de dependencia y autónomos; profesionales en libre ejercicio; dueños de un negocio o una empresa unipersonal; menores de edad independizados de sus padres; personas que realizan quehaceres domésticos; y demás que deseen afiliarse a este sistema en virtud de leyes o decretos especiales; en tanto que pertenecen al Régimen Voluntario aquellas personas que independientemente de su situación laboral aportan voluntariamente al IESS para beneficiarse de los mismos servicios y prestaciones que hace uso el afiliado al Seguro Social General Obligatorio; medida que aplica para ecuatorianos residentes en el exterior y para ecuatorianos y extranjeros que viven dentro del Ecuador. Por otro lado, pueden afiliarse al Seguro Social Campesino, aquellas personas que se dedican a la pesca artesanal, así como aquellos que laboran en campos rurales, en su favor o el de la comunidad, sin ningún tipo de remuneración por parte de un ente público o privado y que no tengan trabajadores que dependan de él.⁴³

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) como institución pública con carácter nacional es el instrumento por medio del cual el sistema de seguridad social ecuatoriano se hace efectivo en Ecuador. Tiene su propia reglamentación y patrimonio, goza de personería jurídica y jurisdicción coactiva, su gestión de recursos es autónoma y se sustenta de aportes personales y patronales de los afiliados al IESS, fondos de reserva, descuentos, multas, intereses, utilidades de inversiones, de la contribución económica obligatoria del Estado (40%), y demás rubros señalados en la Ley de Seguridad Social.⁴⁴

Cabe recalcar que la contribución entregada por empleadores y trabajadores *no grava impuestos*; en su lugar, *es deducible del impuesto a la renta*⁴⁵ para las personas que trabajan bajo relación de dependencia, así como para las empresas o patronos quienes deducen lo aportado al IESS y los sueldos como gastos deducibles en su contabilidad, del total de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados pertenecientes al período fiscal inmediatamente anterior.⁴⁶

43. Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, art. 2.

44. *Ibid.*, art. 16-9.

45. Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004, art. 36-7.

46. La tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas actualmente es de 0 a 35% dependiendo el nivel de ingresos del contribuyente; en tanto que, para las sociedades constituidas en el Ecuador, así como para las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas en el país, aplica la tarifa del 25% sobre su base imponible.

El aporte de los afiliados al IESS para recibir pensiones estatales al jubilarse es del 8,86%; en tanto que, para seguros de salud y riesgos del trabajo, el aporte corresponde al 11,74%, rubros que sumados alcanzan el 20,6% y que son financiados por el trabajador (11,15%) y el empleador (9,45%).⁴⁷ Por su parte, el Estado contribuye con el 40% al IESS, derivado del Presupuesto General del Estado; lamentablemente, como el gobierno ecuatoriano es deudor del IESS por años, los empleadores y trabajadores son el sostén principal de la institución. Debería haber un trato igualitario al patrono, trabajador y gobierno, ya que, cuando el aporte social no es pagado por parte del patrono o trabajador, el IESS acciona el proceso coactivo, lo que no se aplica para el Estado cuya falta de colaboración desencadenó una crisis económica en esta entidad que afecta a la ciudadanía.

La contribución al IESS generada por la relación laboral tiene una naturaleza de carácter tributario, es impuesta por el Gobierno y exigida coactivamente; a pesar de ello, no se considera un tributo debido a que la recaudación de esta no forma parte del arca fiscal que satisface el gasto público; en efecto, a este tipo de aportación se le denomina *contribución parafiscal*. Héctor Villegas agrega que es una obligación recabada por entes públicos competentes para asegurar el financiamiento autónomo y garantizar un beneficio social;⁴⁸ es decir, la *parafiscalidad* se fundamenta en el modelo asistencial⁴⁹ y se lleva a cabo a través de contribuciones para lograr un bienestar social cuando el afiliado lo solicita, o tiene necesidad de él.⁵⁰ Según lo planteado por Corey Keyes, el bienestar social abarca cinco dimensiones: integración social, aceptación social, contribución social, actualización social y coherencia social,⁵¹ y se remite según Gerald Cohen a la noción de *justicia distributiva*, en la que todas las personas tienen algo por igual cantidad y es una política que combate la pobreza.⁵² La justicia distributiva se refleja cuando la administración gubernamental con el aporte tripartito invierte en instalaciones, planes de salud, atención social y proyectos o programas ejecutados por el poder estatal.⁵³

47. Patricia González, “Elevar 4,7 puntos en aporte de los afiliados al IESS cubriría el déficit”, *El Comercio*, 17 de abril de 2019, 3, <https://bit.ly/38eS5Ym>.

48. Milagros Villasmil Molero et al., “Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social”, *Revista de Ciencias Sociales (Ve)* XXIV, n.º 3 (2018): introducción, <https://bit.ly/2BibawZ>.

49. Tratamiento individualizado o personalizado, a una persona o grupo de personas.

50. Villasmil Molero et al., “Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social”, introducción, <https://bit.ly/2BibawZ>.

51. Corey Keyes, *Social well-being: Social Psychology Quarterly* (1998), 61, citado en Amalio Blanco y Darío Díaz, “El bienestar social: su concepto y medición”, *Revista Psicothema* 17, n.º 4 (2005): 582, <https://bit.ly/3hcmoSr>.

52. Gerald Cohen, *Igualdad de qué: sobre el bienestar, los bienes y las capacidades* (Ciudad de México: CIECAS / IPN, 2004), citado en Rubén Oliver Espinoza, “Inclusión y exclusión: política social y de estabilización para el bienestar”, *Mundo Siglo XXI*, n.º 15 (2009): 88, <https://bit.ly/33fZvbS>.

53. Villasmil Molero et al., “Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social”, introducción.

Los aportes personales y patronales al IESS son parte del *sistema de seguridad social contributivo* y manifiestan la realidad financiera y económica de las personas físicas o naturales al ser su indicador principal la renta, capital o patrimonio que posee;⁵⁴ característica que determina la *capacidad contributiva o de pago del aportante* sobre la tasa del IESS la cual es *progresiva*.⁵⁵ Cabe mencionar que el hecho generador de la contribución al IESS constituye la remuneración que recibe el empleado por parte del patrono en relación de dependencia y el ingreso que percibe el profesional o persona autónoma fruto de su trabajo. Por otro lado, *el sistema de seguridad social no contributivo* formado por prestaciones de dinero protege integralmente a los habitantes a través de atención médica y otros beneficios que satisfacen las necesidades de la población económicamente activa y retirada (jubilados) o en estado de vulnerabilidad (viudez, invalidez).⁵⁶

Tabla 1. **Sistema de seguridad social contributivo: aportaciones patronales y del trabajador**

Afiliados al Seguro Social General Obligatorio	Afiliados al Régimen Voluntario	Afiliados al Seguro Social Campesino
Enfermedad. Maternidad. Riesgos del trabajo.	Enfermedad. Maternidad. Riesgos del trabajo.	Enfermedades no profesionales de primer nivel de complejidad médica y los servicios médico-asistenciales de mayor complejidad; recuperación y rehabilitación de la salud del individuo; atención odontológica; y atención del embarazo, parto y puerperio; excepto contingencia de enfermedad al campesino jubilado. Ofrece programas de saneamiento ambiental y desarrollo comunitario de las áreas rurales.

Fuente: Ley de Seguridad Social.
Elaboración propia.

Los tres regímenes sociales analizados aportan mensualmente al IESS para recibir atención de calidad, igualitaria y universal por parte del Estado; sin embargo, existe diferenciación en servicios de cobertura que son ineficientes y tardíos, la tecnología es antigua o inexistente y el personal no se abastece con la cantidad de pacientes que

54. Sin considerar las sociedades con o sin personería jurídica.

55. Ceferino Albano Costa González, “Los principios de equidad, capacidad contributiva e igualdad. Breve síntesis conceptual”, *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT*, 21 de marzo de 2017, párr. 7-14, <https://bit.ly/3dMWUtb>.

56. Villasmil Molero et al., “Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social”, resumen.

reciben a diario; la medicación es de baja calidad, escasa o no hay; por lo que, según este panorama, no se cumple la universalidad efectiva en Ecuador.

Tabla 2. Sistema de seguridad social no contributivo: prestaciones estatales

Afiliados al Seguro Social General Obligatorio	Afiliados al Régimen Voluntario	Afiliados al Seguro Social Campesino
Jubilación ordinaria de vejez.	Jubilación ordinaria de vejez.	Invalidez total y permanente.
Jubilación por invalidez que incluye discapacidad.	Jubilación por invalidez que incluye discapacidad.	Vejez.
Jubilación por edad avanzada.	Jubilación por edad avanzada.	Auxilio para funerales.
Subsidio transitorio por incapacidad.	Subsidio transitorio por incapacidad.	Discapacidad.
Trabajo del hogar no remunerado.	Trabajo del hogar no remunerado.	Viudez.
Incapacidad permanente total.	Incapacidad permanente total.	Orfandad.
Incapacidad permanente absoluta.	Incapacidad permanente absoluta.	-
Montepío por viudez.	Montepío por viudez.	-
Montepío por orfandad.	Montepío por orfandad.	-
Subsidio para funerales.	Subsidio para funerales.	-
Rentas permanentes parciales de riesgos del trabajo y del seguro general.	Rentas permanentes parciales de riesgos del trabajo y del seguro general.	-
Jubilados y beneficiarios de montepío de los Ferrocarriles del Estado.	Jubilados y beneficiarios de montepío de los Ferrocarriles del Estado.	-
Decimotercera pensión.	Decimotercera pensión.	-
Decimocuarta pensión.	Decimocuarta pensión.	-
Fondos de reserva.	Fondos de reserva.	-
Cesantía.	Cesantía.	-
Seguro de desempleo.	Seguro de desempleo.	-

Fuente: Ley de Seguridad Social.
Elaboración propia.

Los afiliados al Seguro Social General Obligatorio y al Régimen Voluntario aportan económicamente al IESS más que el Seguro Social Campesino porque reciben remuneraciones más altas; sin embargo, los pertenecientes al Seguro Social Campesino con necesidades más contundentes no tienen acceso a las mismas prestaciones, brecha

social que debiera cubrir el Estado ecuatoriano para garantizar la universalidad del sistema de seguridad social.

En cuanto al desempleo, según Adil Mouhammed, el economista británico John Maynard Keynes (5 de junio de 1883-21 de abril de 1946) expresó que el origen del desempleo es siempre involuntario, cíclico y está directamente relacionado con las expectativas de los empresarios acerca del futuro de la economía; cuando no son positivas, invierten menos y el empleo termina por ceder.⁵⁷ Ante ello, Andrea Toledo sugiere un modelo de *seguro de desempleo* aplicable en Ecuador cuando las condiciones de elegibilidad consideran, según Walter Nicholson y Karen Needels, tres requisitos: *monetarios*, que consisten en haber tenido empleo en un período determinado de tiempo; *no monetarios*, referentes a que el desempleo es involuntario y se evidencie una búsqueda activa de empleo por parte del asegurado; y, finalmente, *de continuidad*, que radica en la persistencia de las condiciones anteriores para recibir el beneficio.⁵⁸

Conforme se incrementan las prestaciones por desempleo, disminuye la búsqueda de trabajo. Sin embargo, la autora resalta que esta relación inversa caracteriza a los *regímenes de prestaciones asistenciales* que no exigen requisitos de acceso a la prestación y entregan beneficios ilimitadamente; en tanto que *la prestación por desempleo* no la reciben todos los desempleados, existen varios filtros para su acceso. Estas características incentivan a que el beneficiario de la prestación no se instale en la condición de desempleo.⁵⁹

En cuanto a trabajadores informales, el desafío es mayor para el Gobierno, porque involucra personas de tercera edad, adolescentes, personas de escasos recursos, entre otras, que perciben ingresos económicos mínimos y no tienen acceso a beneficios sociales.⁶⁰

57. Adil Mouhammed, *Important Theories of Unemployment and Public Policies* (2011), 12, citado en Andrea Carolina Toledo Guerrero, “Un modelo de seguro de desempleo para el sistema de seguridad social en Ecuador” (tesis de maestría, FLACSO Ecuador, 2016), 14-5, <https://bit.ly/2Fk5pAk>.

58. Walter Nicholson y Karen Needels, *Unemployment Insurance: Strengthening the Relationship between Theory and Policy* (2006), citado en Toledo Guerrero, *ibíd.*, 14-5, <https://bit.ly/2Fk5pAk>.

59. *Ibíd.*, 17-9.

60. Beccaria y Maurizio, “Hacia la protección social universal en América Latina: una contribución al debate actual”, 41-3, <https://bit.ly/35hu0AD>.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA EFECTIVA EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

En cuanto a cobertura, uno de los últimos avances fue el reconocimiento y universalización del seguro social al trabajador no remunerado, cuya participación en el mercado laboral según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) representa el 19,1 %, ⁶¹ Ecuador fue el primero de América Latina; ⁶² sin embargo, a nivel nacional se redujo el número de *empleos* (aportantes) y la inestabilidad laboral aumentó, trayendo como consecuencia un *déficit de dinero* para el IESS, debido a que los gastos públicos de la institución fueron mayores a los ingresos percibidos, especialmente en la salud; además, se intuye la existencia de una red de corrupción por parte de algunos funcionarios de la entidad, así como la aplicación de sobrepagos en la construcción de áreas necesarias para el IESS y en la adquisición de equipos e insumos médicos a los diferentes proveedores, profundizando más la situación. ⁶³

Rodrigo Ibarra, experto actuarial, mencionó en el año 2013 que el IESS requería una transformación integral, con medidas que permitan mejorar los ingresos y bajar los egresos del fondo; subrayó también que no se puede traspasar todo el peso de la crisis en pensiones, a trabajadores y jubilados donde el Estado también es parte. ⁶⁴ Por su parte, el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), entidad filial o controlada por el IESS, también atraviesa un déficit económico y la sostenibilidad a corto y largo plazo está en riesgo. Una solución es hacer una auditoría, detectar y sancionar a los verdaderos responsables de la crisis económica, política y social en la que se encuentran dichas instituciones, ya que queda la duda si el IESS y el BIESS nos amparan o nos defalcan económicamente, en medio de una economía decreciente.

Daniel Lemus Sares indica que actualmente los afiliados, jubilados y pensionistas que desean endeudarse y pagar en menos de un año (corto plazo) con tasas de interés del 8 al 11 %, dependiendo del tiempo en el cual van a saldar su deuda, pueden obtener un *crédito quirografario preferencial* otorgado por el BIESS con la condición de que, si el pago se lo realiza en más de un año (largo plazo), se aplica las tasas de interés

61. Ecuador, Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Cuentas satélite del trabajo no remunerado de los hogares”, *Instituto Nacional de Estadística y Censos*, accedido 17 de julio de 2020, tabla, <https://bit.ly/32yNpvz>.

62. Ecuador, Ministerio de Inclusión Económica y Social, “Trabajadoras no remuneradas en el hogar dialogan sobre su derecho a recibir afiliación social”, *Ministerio de Inclusión Económica y Social*, accedido 23 de junio de 2020, párr. 3-5, <https://bit.ly/38rG8il>.

63. Francisco Verni, “La mora patronal con el IESS asciende a \$ 1.196,4 millones en Ecuador”, *El Universo*, 6 de octubre de 2019, 21-4, <https://bit.ly/2NKLeVu>.

64. *Ibíd.*, 21-4.

vigentes para el *crédito quirografario regular*,⁶⁵ beneficio que en realidad se convierte en un *subsidio estatal* y que tiene que ser compensado. Según Lemus, “aceptar el sistema de préstamos quirografarios a tasas de interés inferiores a las del mercado significa pues sacrificar consumo futuro por presente”; asimismo, propone que: “Si se van a entregar créditos subsidiados estos solo deben ir dirigidos hacia aquellas actividades que se quieren beneficiar. A las demás no se les debe entregar dichos créditos o en su defecto hacerlo sin subsidios y solo con el fin de mejorar el rendimiento de la cartera de inversión del Seguro Social”. Por tanto, si se recupera el dinero de las carteras vencidas del IESS y del BIESS, y se invierte en estas instituciones, el sistema de seguridad social sería fortalecido económicamente y tendría una reserva para sobrellevar las necesidades presentes, pero sobre todo futuras.⁶⁶

Desde que el Estado interfiere en el sistema de seguridad social con el fin de distribuir riqueza equitativamente entre la población, se visualiza que en realidad el Estado se aprovecha de su poder de imperio para el dinero recaudado destinarlo a actividades urgentes del país en lugar de actividades importantes para el país.⁶⁷ Ante ello, el Estado debiera ser imparcial, transparente y respetuoso con el dinero de los aportantes, sin descuidar el control y regulación que le compete; además, las autoridades deben trascender el concepto de seguridad social y valorar al IESS como aquella institución que permite a la ciudadanía tener una buena calidad de vida. Una reestructuración del sistema de seguridad social ecuatoriano, similar al que existió en el año 1942 con la Ley de Seguridad Social Obligatoria en la presidencia de Carlos Arroyo del Río,⁶⁸ se caracterizó porque el patrono debía remitir los aportes personal y patronal a las dos Cajas del Seguro Social (pública y privada); es decir, a administraciones gubernamentales paralelas manejadas y administradas por organismos separados a la estructura del Estado central. Es una idea revolucionaria que pudiera enderezar el sistema actual, evitar el desvío de fondos y dar protección social bajo el control del Estado.⁶⁹

Ecuador se encuentra identificado en un nivel intermedio en el desarrollo de su sistema de protección social en la región latinoamericana, con base en el índice multidimensional de protección social reconocido en el país; cabe destacar que este índice

65. Guillermo Lizarzaburo, “Quirografario preferencial del BIESS: menor plazo y mejor tasa de interés”, *Expreso*, 24 de enero de 2020, 1-4, <https://bit.ly/2NJPfRM>.

66. Daniel Lemus Sares, “Préstamos quirografarios en el IESS”, *Perspectivas Económicas* (Centro de Investigaciones Económicas CIEC-ESPOL), n.º 13 (2007): 1-2, <https://bit.ly/3gdr7mH>.

67. Ruiz Moreno, “Retos y desafíos de la seguridad social latinoamericana: entre la realidad y la utopía”, 115-6, <https://bit.ly/3m2u3Gp>.

68. Segundo período de gobierno comprendido entre el 1 de septiembre de 1940 hasta el 29 de mayo de 1944.

69. Carlos Andrés Orellana Jimbo, “La naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social del trabajador en relación de dependencia y del empleador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 21-2, <https://bit.ly/2ZpLB5H>.

fue analizado usando nueve indicadores, entre los cuales se encuentran el principio de universalidad y el principio de solidaridad, junto con el gasto público.⁷⁰ En el caso de Ecuador ha demostrado un incremento de 10 puntos porcentuales en los últimos años según la OIT.⁷¹

Angélica Porras considera que la protección social ha sido desordenada en el país, no ha respondido a una política pública, sino a dar respuesta a puntos específicos de la población en respuesta a los afectados por las políticas neoliberales; en consecuencia, no existe una respuesta al desempleo o la pobreza.⁷²

CONCLUSIONES

La cobertura legal existente en Ecuador crea un límite al ejercicio del derecho a la seguridad social, ya que el legislador, mediante la extensión de cobertura dirigida a ciertos sectores de la población, excluye a otros, generando vacíos de protección social; lo cual impide que sea una herramienta de justicia social plena, de igualdad y lucha contra la erradicación de la pobreza, institucionalizando la exclusión del ejercicio de la seguridad social, por contener elementos diferenciadores en su acceso. Se requiere evaluar la funcionalidad y las falencias actuales del sistema de seguridad social para, luego de ello, plantear soluciones prácticas y viables que instauren un seguro social que cubra a todos los individuos dentro de una colectividad, sin considerar situación laboral, edad o género; donde la función del Estado sea la de colaborar con el 40%, regular y controlar la entidad con una política pública adecuada que facilite el manejo integral y racional del IESS, del BIESS y del sistema en sí. Es urgente desarticular la corrupción y transparentar la gestión y administración del IESS y del BIESS, al mismo tiempo que el Estado garantice la seguridad jurídica para que actúe el poder judicial y se aplique medidas de control y sanción, con el objetivo de incentivar la inversión privada nacional y extranjera, crear empleos y progreso económico al Ecuador. Si bien en Ecuador el sistema de seguridad social está atado al empleo formal, conviene implementar mecanismos contributivos, no contributivos y recursos o medidas fiscales para reducir la desigualdad existente por nivel de ingresos y ampliar la cobertura efectiva a las personas desempleadas, trabajadores informales y a quienes no hayan realizado ningún aporte al IESS, ya que estas se encuentran en un constante

70. José Antonio Ocampo y Natalie Gómez, “Social Protection Systems in Latin America: An Assessment”, *Working Paper*, n.º 54 (2014), 14-76, citado en Josette Altmann Borbón, *América Latina: Frente a las cambiantes condiciones de su desarrollo* (San José: SEGIB / FLACSO, 2017): 108.

71. OIT, *Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social en América*, 82.

72. Porras Velasco, “La seguridad social en Ecuador”, 108.

estado de desprotección social. Además de ello, debe flexibilizarse cierta normativa laboral para aumentar contrataciones de personal y disminuir despidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, Luis, y Roxana Maurizio. “Hacia la protección social universal en América Latina: Una contribución al debate actual”. *Revista Problemas del Desarrollo* 45, n.º 177 (2014): 37-58. <https://bit.ly/35hu0AD>.
- Bertranou, Fabio. “Restrictions, problems and dilemmas of social protection in Latin America: Facing the challenges from ageing and income security”. *Well-being and Social Policy* 1, n.º 1 (2005): 33-54.
- Blanco, Amalio, y Darío Díaz. “El bienestar social: su concepto y medición”. *Revista Psicothema* 17, n.º 4 (2005): 582-9. <https://bit.ly/3hcmoSr>.
- Calvo León, Jorge Iván. “Principios de seguridad social”. *Revista Jurídica de Seguridad Social*, n.º 8 (1998): 36-40, <https://bit.ly/3b1xg9u>.
- Cisneros Campaña, María Victoria. “Relaciones de desigualdad y seguridad social en países de baja cobertura. Caso de estudio: Ecuador, período 1923-2015”. Tesis doctoral, FLACSO Ecuador, 2018. <https://bit.ly/2Vx4C4e>.
- . “Sistema de pensiones en el Ecuador”. *Desigualdades, exclusión y crisis de sustentabilidad en los sistemas previsionales de América Latina y el Caribe* (2018): 233-58. <https://bit.ly/2VAPE6X>.
- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (Costa Rica), párr. 113. <https://bit.ly/3hoO06J>.
- . “Sentencia del 4 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ximenez López vs Brasil*. 4 de julio de 2006.
- . “Sentencia del 22 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador*. 22 de noviembre de 2007.
- . “Sentencia del 28 de febrero de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso “Cinco Pensionistas” vs Perú*. 28 de febrero de 2003.
- . “Sentencia del 19 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Vera y otra vs Ecuador*. 19 de mayo de 2013.
- . “Sentencia del 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Suárez Peralta vs Ecuador*. 21 de mayo de 2013.
- Costa González, Ceferino Albano. “Los principios de equidad, capacidad contributiva e igualdad. Breve síntesis conceptual”. *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT*. 21 de marzo de 2017. <https://bit.ly/3dMWUtb>.
- De Quiroz, Juan Bernaldo. “Concepto y fundamento”. *El Seguro Social en Iberoamérica* 44 (1945): 11-6. doi: 10.2307/j.ctvckq2zk.4.

- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica para un sentido común en el Derecho*. Bogotá: Trotta, 2009.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia”. *Juicio n.º 287-16-SEP-CC*. 31 de agosto de 2016.
- Ecuador. Instituto Nacional de Estadística y Censos. “Cuentas satélite del trabajo no remunerado de los hogares”. *Instituto Nacional de Estadística y Censos*. Accedido 17 de julio de 2020, tabla. <https://bit.ly/32yNpvz>.
- Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. “Trabajadoras no remuneradas en el hogar dialogan sobre su derecho a recibir afiliación social”. *Ministerio de Inclusión Económica y Social*. Accedido 23 de junio de 2020. <https://bit.ly/38rG8il>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001.
- . *Ley de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004.
- Espinoza, Rubén Oliver. “Inclusión y exclusión: política social y de estabilización para el bienestar”. *Mundo Siglo XXI*, n.º 15 (2009): 87-90. <https://bit.ly/33fZvbS>.
- Etchichury, Horacio Javier. “Universalidad y derechos sociales: para una revisión constitucional de las políticas sociales en Argentina”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1 (2019): 327-54. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6501>.
- González, Patricia. “Elevar 4,7 puntos en aporte de los afiliados al IESS cubriría el déficit”. *El Comercio*. 17 de abril de 2019. <https://bit.ly/38eS5Ym>.
- Ham, Roberto. “De la solidaridad intergeneracional a la privatización de las pensiones”. *Carta Demográfica sobre México*. Ciudad de México: Demos, 1996.
- Lemus Sares, Daniel. “Préstamos quirografarios en el IESS”. *Perspectivas Económicas* (Centro de Investigaciones Económicas CIEC-ESPOL), n.º 13 (2007): 1-2. <https://bit.ly/3gdr7mH>.
- Lizarzaburo, Guillermo. “Quirografario preferencial del BIESS: menor plazo y mejor tasa de interés”. *Expreso*. 24 de enero de 2020. <https://bit.ly/2NJPfRM>.
- OIT. *Informe VI: Seguridad Social para justicia social y una globalización equitativa*. Ginebra: OIT, 2011.
- . *Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*. Ginebra: OIT, 2018.
- ONU, CEPAL, OIT. “Encrucijadas en la seguridad social argentina: reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones” (Buenos Aires: ONU / CEPAL / OIT, 2011): 141, <https://bit.ly/3bOmhLy>.

- ONU. Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948, núm. 217, A (III).
- . Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966, núm. 2200 A (XXI).
- Orellana Jimbo, Carlos Andrés. “La naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social del trabajador en relación de dependencia y del empleador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019. <https://bit.ly/2ZpLB5H>.
- Organización Internacional del Trabajo. “Una recaída del empleo”. *La revista de la OIT*, n.º 73 (2011): 8-16. <https://bit.ly/2NHKoAm>.
- Pazmiño Freire, Patricio. “El estado de las cosas inconstitucionales en la seguridad jurídica”. *OISS*. Accedido 17 de julio de 2020. <https://bit.ly/2OBCmK2>.
- Porras Velasco, Angélica. “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 24 (2015): 89-116. <https://bit.ly/2BYJ2yz>.
- Proaño Maya, Marco. *Seguridad social y sociedad democrática*. Quito: Editorial Americana, 2014.
- Rey del Castillo, Javier. “Seguridad social y universalidad: ¿son compatibles?”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, n.º 3 (2004): 409-31. <https://bit.ly/2ZIPmcv>.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. “Retos y desafíos de la seguridad social latinoamericana: Entre la realidad y la utopía”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 12 (2011): 113-47. <https://bit.ly/3m2u3Gp>.
- Sánchez Cáceres, Luis Francisco. “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y no discriminación”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 39 (2019): 467-88.
- Sánchez Castañeda, Alfredo. “Principales modelos de seguridad social y protección social”. *La seguridad social y la protección social en México: su necesaria reorganización*, n.º 23 (2012): 5-23. <https://bit.ly/3ijRQ2M>.
- Tinoco, Elizabeth. “El desafío de la seguridad social en América Latina”. *Organización Internacional del Trabajo*. 6 de febrero de 2015.
- Toledo Guerrero, Andrea Carolina. “Un modelo de seguro de desempleo para el sistema de seguridad social en Ecuador” (tesis de maestría, FLACSO Ecuador, 2016), 14-5. <https://bit.ly/2Fk5pAk>.
- Verni, Francisco. “La mora patronal con el IESS asciende a \$ 1.196,4 millones en Ecuador”. *El Universo*. 6 de octubre de 2019. <https://bit.ly/2NKLCvU>.
- Villasmil Molero, Milagros, Lisandro José Alvarado Peña, Cecilia Cristina Socorro González y Nery Gamboa Caicedo. “Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social”. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)* XXIV, n.º 3 (2018): introducción. <https://bit.ly/2BibawZ>.

Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano

*Construction of transnational spaces:
the new Latin American constitutionalism*

Karla Ayerim Yánez Yánez

Docente e investigadora independiente

Venezuela

kyanez2253@gmail.com

ORCID: 0000-0003-0441-9354

Frank Luis Mila Maldonado

Coordinador de Investigación de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo

Otavalo, Ecuador

fmila@uotavalo.edu.ec

ORCID: 0000-0003-4363-5092

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8>

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El surgimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano ha traído consigo nuevas tendencias que inciden en el derecho constitucional, por ello, surge la siguiente interrogante: ¿el nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve la construcción de nuevos espacios transnacionales? Para dar respuesta a ello, se aborda en primer término lo atinente a la evolución del Derecho Constitucional, hasta arribar a las características del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano con la finalidad de obtener el contexto histórico y conocer la génesis de esta tendencia dogmática. Posteriormente, se estudian los aspectos que determinan la creación de los aludidos espacios, tales como la constitucionalización de las diversas ramas del Derecho, el reconocimiento y consagración de sistemas de protección de los Derechos Humanos, la aplicación de la teoría de los Derechos fundamentales, la protección de la naturaleza y el reconocimiento de la interculturalidad, entre otras instituciones transnacionales, que propenden la universalización del Derecho Constitucional. En conclusión, el nuevo constitucionalismo fomenta el antipositivismo, lo que implica la aplicación de principios y procesos hermenéuticos complejos para la aplicación de los derechos fuertemente relacionados con aspectos axiológicos. El trabajo se basa en un estudio dogmático-jurídico, con un enfoque cualitativo, de tipo descriptivo a nivel documental.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo, neoconstitucionalismo, transnacional, latinoamericano, constitucional, derecho.

ABSTRACT

The emergence of the new Latin American constitutionalism has brought with it new trends that affect constitutional law, therefore, the following question arises: Does the new Latin American constitutionalism promote the construction of new transnational spaces? To respond to this, it is addressed first. what pertains to the evolution of Constitutional Law, until arriving at the characteristics of the so-called new Latin American constitutionalism, this, in order to obtain the historical context and know the genesis of this dogmatic tendency. Subsequently, the aspects that determine the creation of the aforementioned spaces are studied, such as the constitutionalization of the various branches of Law, the recognition and consecration of systems of protection of Human Rights, the application of the theory of fundamental Rights, the protection of nature and the recognition of interculturality, among other transnational institutions, which promote the universalization of Constitutional Law. In conclusion, the new constitutionalism encourages antipositivism, which implies the application of complex hermeneutical principles and processes for the application of rights strongly related to axiological aspects. The work is based on a dogmatic-legal study, with a qualitative, descriptive approach at the documentary level.

KEYWORDS: Constitutionalism, Neoconstitutionalism, Transnational, Latin American, Constitutional, Law.

BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: APARICIÓN DEL NEO CONSTITUCIONALISMO Y DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Los procesos de mundialización, primero, internacionalización, después, y de globalización, actualmente y sobre todo a partir de la caída del Muro de Berlín a finales del siglo XX, han propiciado que los acontecimientos, procesos y acciones significativas que se dan en el mundo no queden circunscritos únicamente al área geográfica en que hayan tenido su origen y viceversa; es decir que los acontecimientos, procesos y acciones a nivel global del sistema internacional han repercutido también en todos los sistemas locales.¹

Este aspecto ha calado en el plano de Derecho Constitucional, área del Derecho que ha sufrido importantes cambios en las últimas décadas; por ello, indica Carbonell, “el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos”.² Uno de esos sentidos se basa en la idea de que el instrumento por excelencia que fundamenta el Derecho constitucional es “la Constitución”, la cual ha servido de plataforma política para diversos gobernantes de turno, así como de instrumento de contención del poder estatal.

Dicho lo anterior, precisamente existen dos realidades mundiales que han marcado un antes y un después en el ámbito de este campo del Derecho; en primer término, se ubican importantes modificaciones generadas en los últimos cincuenta años, en virtud de la materialización de nuevas constituciones en Europa, principalmente la Constitución de Italia (1947), la Constitución de Alemania (1949), la Constitución de Portugal (1976) y la Constitución de España (1978).

En segundo término, en el ámbito latinoamericano, igualmente se generaron importantes cambios en las últimas décadas, a raíz de las constituciones de Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). A pesar de que algunos autores, como Roberto Gargarella, únicamente incluyen a Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.³ Ciertamente, estos últimos guardan mayores puntos de en-

-
1. Cuauhtémoc De Dienheim, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009), 82.
 2. Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 9.
 3. Roberto Gargarella, “Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo latinoamericano”, en *Memorias Encuentro SELA* (Río de Janeiro: Universidad de Yale, 11-14 de junio de 2015), 1.

cuentros; sin embargo, se destaca el movimiento de materialización de Constituciones en forma relativamente coetánea, lo cual incluso se evidencia en la actualidad con la entrada en vigencia de nuevas Constituciones en la región latinoamericana, con ciertos aspectos que se corresponden con la idea del nuevo constitucionalismo.

Ahora bien, de los impactos generados por la entrada en vigencia de los aludidos instrumentos se ha creado una corriente de la dogmática constitucional que habla de un nuevo constitucionalismo, “neoconstitucionalismo” para el caso de Europa, y de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano” para el caso de América Latina.

Ante tal escenario, el *neoconstitucionalismo* fue utilizado como término, por primera vez, en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en el año de 1997. En aquella ocasión, y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema, el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas —Robert Alexy, Carlos Santiago Nino y Gustavo Zagrebelsky— que estaban delineándose y definiéndose.⁴ Al respecto, señala Susana Pozzolo que “la palabra neoconstitucionalismo se identifica una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspositivista y que, al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista”.⁵

Igualmente, es importante advertir que existen algunos autores que critican el alcance del denominado neoconstitucionalismo, al afirmar que ya se ha avanzado el camino hacia sus bodas de oro y no existe claridad respecto del objeto al cual se hace referencia con esta denominación.⁶ Sin embargo, un importante grupo de doctrinarios procura otorgar definiciones acerca del neoconstitucionalismo,⁷ definiéndose como aquel que pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que surgen a partir de la década de 1970. Viciano y Martínez aducen que son “constituciones que no se limitan a establecer competencias o separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.⁸

4. Susana Pozzolo, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* I, coords. Jorge Fabra y Álvaro Núñez (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 363-4.

5. *Ibid.*

6. Eduardo Aldunate, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho* (Valdivia) 23, n.º 1 (2010): 79-102.

7. Igual, para algunos autores, este modelo se enfoca más en una teoría del derecho constitucional, basta en la conversión al Estado de Derecho, en *Estado Constitucional de Derecho*. Vid. Luis Prieto Sanchís, en Carbonell (2003).

8. Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Memorias del encuentro internacional. El nuevo*

En tal sentido, tal como indica Comanducci, el neoconstitucionalismo está caracterizado por:

El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.⁹

Por otra parte, encontramos que, entre las características del neoconstitucionalismo, se evidencia que se basa en 1. El antipositivismo; 2. Sobre la estructura de las normas jurídicas: los principios; 3. Ponderaciones, balances, desacuerdos. El papel y la racionalidad de los procesos de interpretación/aplicación de los derechos; 4. El derecho y la justicia: la interpretación moral de la Constitución.¹⁰

Asimismo, otros autores, como Aldunate, sostienen que las características del neoconstitucionalismo, son las siguientes:

a) Constituciones rígidas, con garantía jurisdiccional y alta “densidad” normativa, o alto contenido normativo; b) Constituciones con fuerza normativa vinculante, aplicación directa y constitucionalización del derecho; c) Los derechos fundamentales como valores y el enfoque axiológico del neoconstitucionalismo; d) El método de la ponderación y la superación del positivismo.¹¹

Visto lo anterior, se denota la coincidencia entre autores, con lo relativo a la exaltación de los derechos fundamentales, así como de la fuerza normativa de la Constitución y los principios, con lo cual se genera una idea, al menos aproximada, de lo que debe entenderse como neoconstitucionalismo.

Ahora bien, una vez explicado *grosso modo* el alcance del concepto de neoconstitucionalismo, se realiza una aproximación al denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, concepto que incluso suele ser tratado como sinónimo, por su connotación terminológica, con el significado de “neo”, que se traduce en: “nuevo”; sin embargo, las realidades de cada sistema son disímiles, ya que responden a un contexto

constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010), 17.

9. Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbo-nell, *Revista Isonomía*, n.º 16 (2002): 97.

10. Pozzolo, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, 363-4.

11. Aldunate, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, 79-102.

y a una realidad diferentes, a pesar de coincidir en diversos aspectos, tales como el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Dicho lo indicado, según Pedro Salazar, el nuevo constitucionalismo latinoamericano “es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI”.¹²

Por su parte, sostiene Rodrigo Uprimny que las características medulares de estos procesos constitucionales:

Son relativamente recientes, se basa en que confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado.¹³

Sin embargo, el mero hecho de que se genere un fenómeno en la región de materializar reformas sustanciales o la entrada en vigencia de Constituciones no constituye *per se* un nuevo constitucionalismo. Esta idea, a pesar de ser reconocida por un importante sector de la doctrina, también encuentra detractores, ya que cada país posee una realidad o contexto particular al cual debe responder su sistema u ordenamiento jurídico. Sin embargo, se trata de ciertos aspectos comunes que apuntan a una idea transnacional de derecho. Al respecto opina Gargarella que, en su examen de las diferentes constituciones de la región, asumirá siempre que ellas —más allá de las obvias complejidades que les son propias—, se encuentran unidas por ciertos rasgos comunes. Ante todo, considera que todas ellas aparecen divididas en dos partes principales, esto es, la sección orgánica, referida a la organización del poder, y la sección dogmática, referida a la declaración de derechos. La primera de tales partes define los rasgos principales de lo que podríamos llamar la “maquinaria democrática” (ella establece, por ejemplo, los modos en que van a funcionar y relacionarse las distintas ramas del Poder, típicamente, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial). La segunda parte, mientras tanto, determina cuáles son los derechos fundamentales que cada una de las comunidades involucradas que reconoce como tales.¹⁴

12. Pedro Salazar, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coords. Luis González y Diego Valadés (Ciudad de México: UNAM, 2013), 348.

13. Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, coord. César Rodríguez (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 126.

14. Roberto Gargarella, “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 110.

Sostenidas las anteriores generalidades, es preciso ahondar en lo atinente al nuevo constitucionalismo latinoamericano, el cual es uno de los aspectos medulares de esta investigación para la construcción de espacios transnacionales.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

En relación al nuevo constitucionalismo latinoamericano, aduce Gargarella, que la evolución del constitucionalismo regional podría ser dividida en cuatro etapas, dirigidas:

i) el constitucionalismo “experimental”, particularmente preocupado por la consolidación de la independencia (1810-1850); ii) el “fundacional”, interesado, sobre todo, en la consolidación económica (1850-1917); iii) el “social”, orientado a recuperar la olvidada “cuestión social” (1917-1980); y iv) el de los derechos humanos, dirigido a sanear la crisis de derechos humanos propia de la década del 1970 (1980-2000).¹⁵

Por otra parte, entre las características del nuevo constitucionalismo latinoamericano, los autores Viciano y Martínez¹⁶ escinden entre dos grandes bloques y ubican las formales, como rasgos distintivos del nuevo constitucionalismo, y materiales, como fundamentos del nuevo constitucionalismo, resumidas ambas, al siguiente tenor:

Formales: 1. La legitimidad (procesos democráticos); 2. Necesidad de cambios (ruptura de la continuidad constitucional); 3. Innovación (originalidad);¹⁷ 4. Extensión (amplitud); 5. Capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad);¹⁸ 6. Activación del poder constituyente ante cualquier cambio (rigidez). (Martínez Dalmau); 7. Se fundamentan en principios, implícitos y explícitos, en detrimento de las reglas, que son más limitadas (su uso en la interpretación).¹⁹

Lo anterior debe tener un tratamiento cauteloso, puesto que pudiese rebasar fronteras, trastocando principios medulares del Estado de Derecho, convirtiéndose en un populismo constitucional, ya que se pretende ofrecer cambios que solo quedan en papel, utilizando un lenguaje de escasez técnica que se basa en premisas poco reales y que parten de la búsqueda demagógica disfrazada de procesos democráticos que, en el

15. *Ibíd.*

16. Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El nuevo constitucionalismo en América Latina”, 17.

17. Roberto Gargarella y Christian Courtis, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *Serie Políticas Sociales* 153 (Santiago: Cepal, 2009): 1-45.

18. Realidad de cada contexto. Pluralismo, etc.

19. Viciano y Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El nuevo constitucionalismo en América Latina”, 26-33.

fondo, solo intentan la concentración del poder y además en la falta de instrumentos que permitan materializar los principios consagrados en el texto constitucional. Algunos autores señalan tales aspectos como la mayor debilidad de la teoría *in commento*. Ahora bien, en relación a las características materiales, se señalan las siguientes:

Materiales: 1. Búsqueda de recomponer la pérdida de relación entre soberanía popular y gobierno. Democracias participativas; 2. Profusa carta de derechos de las nuevas Constituciones e incluso identificación de grupos débiles: a) Recepción de convenios internacionales de derechos humanos; b) Búsqueda de criterios de interpretación más favorables para las personas; c) Acciones directas de amparo (protección), derechos sociales, reconocidos, máxima efectividad; 3. Plantean la integración de sectores históricamente marginados (indígenas); 4. Normatividad de la Constitución, carácter normativo y superior frente al resto del ordenamiento jurídico. Medidas de acción directa de la Constitución, tutela o amparo, se añade la normatividad, control concentrado (elementos directamente implicados en la democracia). Paso de un sistema de control difuso débil a la creación de fórmulas concentradas o mixtas. Interpretación constitucional; 5. Desigualdades económicas, se busca superar con las Constituciones económicas. Modelos económicos, desde iniciativa privada, justicia redistributiva, hasta la protección de la economía comunitaria. Integración económica.²⁰

La anterior categoría merece una observación similar a la planteada a los aspectos formales, ya que se busca ganar popularidad, identificando grupos débiles, realizando promesas de reivindicación de dichos sectores a través de aspectos económicos y sociales. Sin embargo, se resalta que dichos aspectos deben ser tratados de forma cuidadosa y con conocimientos profundos de los ejes fundamentales que circundan un Estado de Derecho, puesto que, de otra manera, se desvirtuaría la esencia del nuevo constitucionalismo.

Igualmente, a pesar de que se hace alusión a la rigidez para realizar cualquier cambio a la Constitución, se han evidenciado algunos escenarios en los cuales se ha soslayado esa pretensión. Asimismo es preciso advertir que ciertamente se propugna con el nuevo constitucionalismo el reconocimiento de principios sobre apartados normativos, lo cual es aceptable, sin embargo, su tratamiento debe realizarse con la mayor coherencia en virtud que no se puede hacer valer cualquier interpretación en nombre de los principios con intereses acomodaticios, sino conforme a ciertos métodos de hermenéutica, argumentación jurídica y sobre la base de la teoría de los derechos fundamentales.

20. *Ibid.*, 34-7.

Similar a lo señalado anteriormente, a pesar de que los autores citados no lo indican de manera directa, ergo, se deducen de la búsqueda de superación de desigualdades sociales, lo cual implica el reconocimiento de los derechos sociales que, incluso, se predica su máxima observancia al hablar de un Estado social de Derecho y de Justicia. Ello implica que deba reflexionarse sobre las posiciones excluyentes entre sí, de Derecho y de Justicia, en virtud de que, cuando se habla de Justicia, es un concepto abstracto más amplio que permite hacer interpretaciones tan amplias que sobrepasan el ámbito del derecho, es decir, se puede dejar de reconocer derechos individuales en nombre de la justicia.

Por último, los sistemas de control constitucional, concentrado o mixtos, representan algunos problemas a nivel de Tribunales o Cortes Constitucionales, para lo cual vale la misma observación que se ha sostenido, que radica en que debe existir un equilibrio entre poderes, en aras de que no existan excesos a nivel de la denominada actividad paralegislativa o actividad del juez como legislador positivo, que ha sido reflejo de algunos países en los cuales se ha pervertido la función judicial a nivel constitucional, en casos que incluso se ha reflejado el mantenimiento en el poder de un gobierno, gracias a salas constitucionales, a través de decisiones de carácter vinculante.

Ahora bien, ciertamente no existen contornos matemáticos relativos al contenido o alcance del nuevo constitucionalismo latinoamericano, sin embargo, existen elementos comunes en las Constituciones de la región, los cuales son recogidos a continuación, basándonos en los aspectos que propugnan la construcción de espacios transnacionales, tal como se analiza a continuación.

CONSTRUCCIÓN DE ESPACIOS TRANSNACIONALES A TRAVÉS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO. HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En relación a la construcción de espacios transnacionales, José Aranda, indica que:

Los espacios transnacionales que ya no se ubican en un ámbito territorial específico y acotado por las fronteras nacionales hasta llegar al nivel local, sino toda una “nueva” y diversa configuración espacial con al menos dos sitios de referencia entre los que se establece un variado conjunto de interrelaciones, intercambios e interacciones entre los orígenes y los destinos, y donde las mismas personas inmigrantes ocupan simultáneamente ambas posiciones, desempeñando asimismo distintos roles y paralelamente sus respectivas actividades.²¹

21. José Aranda, “Espacios transnacionales y derechos humanos de las migrantes y los migrantes”, en *Mi-*

Lo anterior se traduce en la necesidad de que las “políticas nacionales tendrían que percatarse de los espacios transnacionales”,²² al momento de proyectarse acciones, aspecto que abarca el plano del Derecho Constitucional, como área medular del Derecho, la cual actualmente reclama cada vez más la observación de los espacios transnacionales, reflejados con los siguientes fenómenos.

EL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS DISTINTAS ÁREAS DEL DERECHO

Según Castañeda, en su forma más elemental, “la constitucionalización del derecho hace alusión al fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país”.²³

En razón del continuo avance del derecho constitucional, las premisas del sistema clásico legalista han evolucionado en diversos sentidos:

(i) en cuanto al papel de la norma, se verificó que los problemas jurídicos no siempre están en el relato abstracto del texto normativo. Muchas veces, solo es posible producir la respuesta constitucionalmente adecuada a la luz del problema, de los hechos relevantes, analizados de manera tópica; (ii) en cuanto al papel del juez, ya no le corresponderá solamente una función vinculada al conocimiento técnico, relegado al simple acto de revelar el contenido de la norma. El intérprete deberá tener una participación decisiva en el proceso de creación del Derecho, con un sentido de complementariedad al trabajo del legislador, en especial cuando realiza la tarea de valorar el sentido de las cláusulas abiertas y de realizar elecciones entre las soluciones posibles.²⁴

Lo expuesto ha generado que en la actualidad el acto de interpretar las normas jurídicas y dar solución a los conflictos de intereses no se limiten a la subsunción clásica, es decir, el acto a través del cual se ajustaban los hechos al derecho, o a los tradicio-

gración, democracia y desarrollo: la experiencia mexiquense, coords. Norma Baca, Francisco Herrera y Rocío González (Ciudad de México: Instituto Electoral del Estado de México, 2009), 21-2.

22. Mauricio Salazar, “Espacios transnacionales. Migración y globalización. Teoría de la Educación”, *Revista electrónica teoría de la educación. Educación y cultura en la sociedad de la información* (Universidad de Salamanca) 9, n.º 2 (2008): 165.
23. Paula Castañeda, “La constitucionalización del derecho en la sociedad capitalista”, *Derecho y realidad: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC* 8, n.º 16 (2010): 71.
24. Luis Barroso, “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 6, n.º 12 (2007): 30.

nales métodos de resolución de conflictos normativos —*lex superior; lex specialis, lex posterior*—, sino que, por el contrario, se utilicen otras herramientas derivadas de la hermenéutica constitucional como la interpretación conforme, los principios, la ponderación, la proporcionalidad y en general la argumentación para dar respuesta a los casos difíciles, en los cuales pueden coexistir diversas soluciones válidas.

Apunta Barroso que “la idea de constitucionalización del Derecho aquí explorada está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico”.²⁵ Esto supone un reto en determinadas áreas del derecho que a través de la historia se han basado en los métodos de interpretación clásica y restrictiva como por ejemplo el derecho penal.

En el caso ecuatoriano, con la Constitución de 2008, “la Constitución empezó a disfrutar no solamente de una supremacía en sentido formal, sino de una supremacía material, axiológica, potenciada por la apertura del sistema jurídico y por la normatividad de sus principios. Con gran ímpetu, exhibiendo su fuerza normativa sin precedentes”,²⁶ siendo que la Constitución no solo ingresó al ordenamiento jurídico sino en la argumentación de todos los que componen el sistema. Al punto que la Constitución ecuatoriana en su art. 11 núm. 4 señala que ninguna norma puede restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales.

Un ejemplo claro se ubica en el ámbito del Derecho Penal, por ello, apunta Luigi Ferrajoli, que “Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza”.²⁷

Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su exposición de motivos dedica un número a esta temática, haciendo referencia a la doble función del derecho penal frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción.²⁸ Como corolario, el mismo Código consagra que la interpretación de los tipos penales debe realizarse conforme a la Constitución.

25. *Ibid.*, 37.

26. *Ibid.*

27. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 10.^a ed. (Madrid: Trotta, 2011), 104.

28. *Código Orgánico Integral Penal* (2014). Exposición de motivos.

En tal sentido, los principios medulares del Derecho penal en su parte general encuentran cobijo en la Constitución (legalidad, culpabilidad, penas humanas, mínima intervención, entre otros), partiendo de la idea de que un modelo de Estado define el camino o la visión del derecho penal, por ello, un Estado Constitucional de Derechos posee diversas características que inciden plenamente en el ámbito del Derecho penal.

Otro ejemplo claro de la constitucionalización del Derecho penal se evidencia en el artículo 76 de la Constitución,²⁹ que ordena que las penas estén acordes con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena. Y, por otra parte en el artículo 78, incorpora la figura de la reparación integral, dando un sentido más amplio que el puramente punitivo. En consecuencia, tal como lo expresa el COIP, es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos.

Otra expresión del nuevo constitucionalismo latinoamericano radica en el Derecho Ambiental y su constitucionalización. En Latinoamérica países como Bolivia, Chile, Perú, Venezuela y el Ecuador han incluido en sus constituciones de forma innovadora y relevante al derecho ambiental. Al respecto señalan Mila y Yáñez³⁰ que se ha podido evidenciar:

la inclusión de principios y reglas que regulen la protección, el cuidado y las formas de relación del hombre con el ambiente y la naturaleza, a tal punto, de reconocerse el derecho a un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación, como derechos fundamentales de las personas, y, en el caso de la constitución ecuatoriana, generar un nuevo paradigma en tanto la misma considera a la naturaleza como sujeto de derechos, es decir, dota de personalidad jurídica a la naturaleza en la búsqueda de garantizar el buen vivir y la sostenibilidad para las generaciones futuras.

Asimismo, existe la denominada responsabilidad integral en casos de daños ambientales, lo cual denota un nuevo paradigma de protección ambiental.

29. *Constitución de la República del Ecuador* (2008).

30. Frank Mila y Karla Yáñez, “El constitucionalismo ambiental en Ecuador”, *Actualidad jurídica ambiental*, n.º 97 (enero 2020): 11.

RECONOCIMIENTO DE LA CIUDADANÍA UNIVERSAL (MOVILIDAD HUMANA)

Por otra parte, existen otros fenómenos como el de la Movilidad Humana, elemento que de igual manera forma parte de la constitucionalización, puesto que, desde la filosofía constitucional, tal como lo señala Alexy:

la validez del derecho implica, en primer lugar, una validez jurídica que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una validez moral, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una validez social, que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida, y en caso de desobediencia se aplica una sanción.³¹

En un sentido favorecedor a la movilidad, y en respuesta a los efectos de exclusión propios de la ciudadanía, se encuentran los derechos humanos, los cuales contribuyen en pro del reconocimiento de una ciudadanía universal, dando solución a estos conflictos provenientes de la globalización. Algunos autores sostienen que la globalización genera fenómenos sociales que superan el alcance estatal, lo cual a su vez propicia vulneraciones a los derechos humanos a aquellas personas —ciudadanos— migrantes, marginadas y discriminadas, que pueden reclamarse en diversos niveles (nacional e internacional), lo que se traduce en un “hueco de ciudadanía”.³² Es decir, personas que no pertenecen ni a un lugar ni a otro, bien porque migraron o porque, dentro del Estado del cual son ciudadanos, se les considera de segunda clase. Lo anterior en razón de que los derechos humanos constituyen un orden supranacional, aunado al andamiaje jurisdiccional que tiene fuerza coercitiva frente a los Estados.

Luigi Ferrajoli en su teoría de la postciudadanía y ciudadanía universal concluye que los derechos —peregrinandi, migrandi, degendi— fueron proclamados como iguales y universales: el derecho de residencia, movilidad y libre circulación.³³ En ese sentido, señala Estévez³⁴ que la ciudadanía universal va de la mano del reconocimien-

31. Robert Alexy, “La validez del derecho”, en *Concepto y validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 87-122.

32. Alison Brysk y Gershon Shafir, *People Out of Place: Globalization, Human Rights, and the Citizenship Gap* (Nueva York: Routledge, 2004), citado en Ariadna Estévez, “¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración”. *Revista Mexicana de Sociología* 78, n.º 1 (2016): 70.

33. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999), 98.

34. Estévez, “¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración”, 61.

to de derechos humanos universales a todas las personas, independientemente de su ciudadanía nacional.

Es por ello que se coincide en lo expuesto por Ferrajoli cuando afirma que:

Tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supraestatal en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional– y por tanto tutelarlos no solo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran apartheid que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo.³⁵

Esta teoría procura romper el esquema clásico del constitucionalismo, resaltando la dimensión deontológica de los derechos humanos y propendiendo la generación de espacios transnacionales, resaltando la dignidad humana, sobre las concepciones de soberanía y ciudadanía.

En ese sentido, autores como Martín Yuste aducen que las naciones no necesitan para existir reclamar un territorio exclusivo y excluyente, y que además no deben ser cárceles,³⁶ por el contrario, cualquier Estado que se precie de constitucional no deberá prohibir la libre circulación, puesto que, en caso de hacerlo tal como señala el autor, demostrará su verdadero carácter, alejado de un interés genuino en el cumplimiento y protección de los derechos humanos.

Por ello se considera que, más allá de los conceptos clásicos de soberanía, se superponen los derechos constitucionales y humanos de las personas, y que, en ese sentido, la circulación de las personas ente un Estado y otro debería ser irrelevante, en cuanto a la condición de extranjero, existiendo incluso algunos Estados que en sus Constituciones, como es el caso del Ecuador, propugnan el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países.³⁷

Por último, dada la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas propia de la movilidad humana, debemos decantarnos por una ciudadanía que sirva de vínculo de unión entre grupos sociales diversos, es decir, una ciudadanía compleja y pluralista, capaz de tolerar, respetar e integrar las diversas culturas.³⁸ Sin embargo, en la actualidad, a pesar de que la mayoría de los Estados latinoamericanos se tildan de

35. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 97.

36. Juan Martín, *Estado universal. Ni muros, ni fronteras* (Bubok Publishing S.L., 2018), 107.

37. *Constitución de la República del Ecuador* (2008), art. 416.

38. Virginia Guichot, *Reconstruir la ciudadanía* (Madrid: Dykinson, 2013).

Derecho, de Derechos, Social o Constitucional, hacer una declaración de ese tipo no implica que la apariencia sea la realidad. Un ejemplo sencillo de esto lo notamos en el fenómeno de la criminalización de los migrantes, aspecto que en materia penal se encuentra desechado por teorías modernas como el principio del acto y se evidencia a través de políticas de “securitización” de algunos Estados, que en el fondo solo discriminan e identifican como enemigos a los extranjeros.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Derecho Internacional juega un papel fundamental dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, puesto que —refiriéndonos especialmente al derecho internacional de los derechos humanos—, de las obligaciones estatales derivadas de la suscripción de convenios y tratados internacionales, se incluye el deber de los Estados de generar normativa armonizada en estos contextos de derechos humanos.

En ese sentido, el sistema de protección interamericano tiene un objetivo igual al sistema europeo, pero con América, inscrito en el marco de la OEA, contando con órganos especializados en la protección de los derechos humanos, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este sistema, y especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, ha venido construyendo una figura denominada control de convencionalidad, la cual tiene como finalidad la armonización del derecho interno de cada país o Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) con lo establecido en la referida convención.

El control de convencionalidad ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquella.³⁹ Esta figura supone un aporte sustancial para la construcción de espacios transnacionales, puesto que, tal como apunta Fernández,⁴⁰ todos los actos y actividades del Estado parte están sometidos a este

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013.

40. Francisco Fernández, “Carlos Ayala Corao: Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013): 675; Mario Midón, *Control de convencionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2016), 76.

control, comenzando por la propia Constitución y las leyes, los actos administrativos, las sentencias y, en general, todos los demás actos estatales.

La Corte Interamericana ha establecido que la obligación de aplicar este control de convencionalidad no solamente le corresponde a la Corte como órgano especializado, sino que ha ampliado dicha obligación a cada uno de los Estados parte, y, en consecuencia, a cada poder y a cada nivel estatal; en ese sentido, tenemos un control concentrado de convencionalidad que “se trata de la competencia asignada a un tribunal internacional para determinar la responsabilidad internacional de los Estados partes cuando vulneran el derecho convencional a través de sus normas o actos”.⁴¹ Y, por su parte, el control difuso de convencionalidad “es el que se ejerce por los Estados. Es el juez del Estado el que se encuentra obligado a ejercer este control, interpretando las normas internas conforme la Convención Americana y verificando su adecuación a esta última”.⁴²

En consecuencia, estas instituciones, a través del ejercicio de sus competencias y de figuras como el control de convencionalidad, hablan de uniformidad y universalización en la temática relativa a la protección de los Derechos humanos, lo cual se traduce en un espacio ventana para un alcance transnacional del Derecho Constitucional.

Sin embargo, esta teoría resulta en algunos casos ineficaz, puesto que, tal como aducen los detractores del control de convencionalidad, por ejemplo, Castilla⁴³, tiene algunas debilidades en el ejercicio práctico, siendo la más relevante de ellas el sustento jurídico para su aplicación, en virtud de que se considera que dependerá del rango jerárquico que se les otorgue a los instrumentos de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De la mano con el sistema de protección de Derechos Humanos, el reconocimiento y aplicación de la teoría de los Derechos Fundamentales sirve de plataforma para dar un mejor tratamiento a lo relativo a los derechos humanos, es decir, esos derechos humanos constitucionalizados que se conocen como derechos fundamentales cuentan

41. Betiana Neubaum, “El diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema de la Nación Argentina. El control de convencionalidad y la interpretación conforme”, *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet* (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho) 4, n.º 2 (2016): 59.

42. *Ibíd.*, 60.

43. Karlos Castilla, “Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH* (2016): 88.

con una teoría que permite tratar la restricción de los mismos, respetando su núcleo duro o contenido esencial.

En ese sentido, las normas relativas a la dignidad de la persona humana y sus derechos se encuentran en la cúspide de la estructura normativa —sea esta estatal o internacional— debiendo subordinarse todas las otras normas;⁴⁴ por ello, en la actualidad, existe un orden jurídico plural, es decir, un orden legal nacional, que se complementa con otras supranacionales y globales,⁴⁵ es decir, que todas las normas no son monopolizadas por el Estado.

Para Aguilera, “los derechos fundamentales constituyen, de este modo, la categoría jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo Estado constitucional”.⁴⁶ A pesar de ello, la soberanía y la ciudadanía en la actualidad continúan generando conflictos relacionados con la exclusión entre los Estados y las personas; para ello, esta teoría, aunada a métodos hermenéuticos como la ponderación y la proporcionalidad para solventar dichos conflictos de intereses, en ese sentido, la aplicación de esta teoría permite hablar de construcción de un enfoque transnacional de los derechos fundamentales como elementos sustanciales del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.⁴⁷

Lo anterior es ratificado por Alexy cuando señala que todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.⁴⁸

En ese sentido, es una realidad, al menos en Latinoamérica, que la mayoría de los Estados en las últimas décadas han incorporado a sus ordenamientos jurídicos y especialmente a sus constituciones aspectos relativos a los derechos humanos, con lo

44. Gonzalo Aguilar, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n.º 127 (2010): 16.

45. Michel Rosenfeld, “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, *International Journal of Constitutional Law* 6, n.º 3-4 (2008): 415.

46. Rafael Aguilera, “La ciudadanía ante la globalización: nuevos modelos de la ciudadanía posnacional y transcultural”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 8 (2011): 30.

47. Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004), 9.

48. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés (Madrid, 2002), 63.

cual, de cierto modo existe una tendencia a promover y garantizar la protección de estos derechos, otorgándoles fuerza de fundamentales dentro de sus sistemas jurídicos. Sin embargo, se debe resaltar que esta teoría aún se encuentra en construcción y se corresponde con aspectos abstractos, no obstante, corresponde a los tribunales y a la dogmática constitucional desarrollar estos postulados de una forma más específica.

REALIDAD PLURINACIONAL (INTERCULTURALIDAD)

Por último, existe una realidad de ciertos países latinoamericanos, como Ecuador, Bolivia, Venezuela, Perú, entre otros, que reconoce expresamente la tendencia de reconocer la plurinacionalidad o interculturalidad de los Estados, permitiendo la coexistencia de diversos sistemas jurídicos.

Al respecto, Grijalva opina que:

Para el constitucionalismo latinoamericano la diversidad cultural implica un desafío aún mayor y de connotaciones propias. Bajo la presión de los movimientos indígenas y en un esfuerzo de legitimación que problematiza su indudable impronta neocolonial, varios Estados latinoamericanos han constitucionalizado, bajo fórmulas variables, el derecho a la diversidad cultural y a la identidad. Tal reconocimiento ha incluido expresiones culturales claves de los pueblos indígenas, por ejemplo, sus idiomas, territorios y sistemas de autoridad y normativos.⁴⁹

En el mismo orden de ideas, Ramiro Ávila aduce que:

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.⁵⁰

Lo anterior evidencia que el enfoque del nuevo constitucionalismo abarca el reconocimiento de las distintas culturas que coexisten en un mismo territorio, procurando garantizar los derechos de las mismas, en un enfoque de convivencia, es decir, un

49. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 92.

50. *Ibid.*, 93.

reconocimiento, respeto y convivencia de calidad. Como corolario, Ávila⁵¹ sostiene que actualmente los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: tomando como referencia que, entre otros aspectos, las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia, lo cual se traduce en que “el sistema formal no es el único derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica”.⁵²

A MANERA DE CONCLUSIONES

Es una realidad que el derecho constitucional ha evolucionado y se ha transformado de manera considerable, partiendo de una dogmática rígida clásica, que data de unos doscientos años y que se manejaba de manera cerrada en relación a temas que hoy día son realidades.

Es así que dogmáticamente se evidenció el surgimiento de nuevas tendencias, como el neoconstitucionalismo, para el caso de Europa, y el denominado, nuevo constitucionalismo latinoamericano, para el caso de la región latinoamericana, que presentan particulares características, que trascienden del plano local. Sin embargo, se determinó que el hecho de materializar una Constitución no necesariamente se traduce en un nuevo constitucionalismo, pues deben tomarse en consideración aspectos comunes que propenden a la construcción de espacios transnacionales. Esto último es la mayor expresión del nuevo constitucionalismo en virtud de que cada día gana más espacio la idea de la universalización del derecho constitucional, basado en diversos aspectos expuestos en este trabajo, entre los que destacan:

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, cada vez más las áreas del derecho son invadidas por el derecho constitucional, el cual formula dogmas y principios que moldean cualquier especialidad del derecho, como área del derecho programática de todas las demás, lo cual se traduce en que actualmente no se estudia ninguna parcela del derecho sin contar con un sustento constitucional, verbigracia, los principios constitucionales particulares de cada rama que cuentan con respaldo de las normas supremas de cada Estado.

Por otra parte, existe un reconocimiento de la ciudadanía universal, una institución que comienza a ganar fuerza en el plano internacional, en virtud de que sobre la sobe-

51. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 123-4.

52. *Ibíd.*, 124.

ranía de cada Estado priman los derechos humanos y fundamentales de las personas, y, en ese sentido, se enaltece la libre movilidad humana como un aspecto natural en la sociedad contemporánea, que implica entender que cada vez existen menos ciudadanos pertenecientes a un Estado determinado, sino que se habla de ciudadanos del mundo, ciudadanía cosmopolita o pos-ciudadanía, lo cual implica que el derecho constitucional se va abriendo a un enfoque más universal, y la progresiva desaparición de la condición de extranjero.

En el mismo sentido, se cuentan con mecanismos universales y regionales de protección de los derechos humanos, como figuras inherentes a cada individuo, que son reconocidas de manera universal, por tanto, se supera la concepción local de protección e derechos, para abrirse paso a una concepción de protección transnacional, para lo cual se han generado mecanismos como el control de convencionalidad que procura la armonización del derecho interno, frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este importante aporte jurisprudencial cada vez va moldeando los ordenamientos jurídicos de cada Estado, para ajustarse a una protección real de los derechos humanos.

Asimismo, surgen otras teorías que se inscriben en la nota o idea de universalidad, tales como la teoría de los derechos fundamentales, que cada vez gana más espacio y poco a poco va hacia un estándar dogmático, que permite a los jueces contar con una solidez al momento de dilucidar cualquier controversia presentada en relación a normas y principios, tarea que se materializa gracias al trabajo de los jueces constitucionales, quienes poseen un rol fundamental al ejecutar la tarea hermenéutica en sus decisiones, escindiendo entre intereses en los cuales se ven involucrados principios, reglas y derechos constitucionales.

Por último, se evidencia un fenómeno en la región andina de reconocer las diversas nacionalidades que coexisten, como manifestaciones de culturas que manejan su propio sistema jurídico, por tanto, se habla de Estados plurinacionales, en los cuales, a pesar de existir una fuerte influencia de un modelo eurocéntrico, en las últimas décadas se propicia la convivencia de dichos sistemas, en la cual el límite es el respeto de los derechos humanos.

Los espacios transnacionales son determinantes para erigir un verdadero nuevo constitucionalismo, ya que, actualmente, ningún país puede desarrollarse integralmente sin manejarse de conformidad con todos los aspectos que propician esta apertura supra nacional. Quedarse en un plano local limitaría el ejercicio de los derechos universalmente reconocidos y representa un retroceso en el ámbito dogmático constitucional, ya que las teorías más recientes enaltecen la idea de contar con ciertas unificaciones internacionales en materia de derecho, que trascienden las ideas clásicas positivistas e incluso naturalistas, para decantarse por una idea de derecho constitucional universal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Gonzalo. “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n.º 127 (2010): 15-71. <https://bit.ly/2RAqxFW>.
- Aguilera, Rafael. “La ciudadanía ante la globalización: nuevos modelos de la ciudadanía posnacional y transcultural”. *Revista de Derecho UNED*, n.º 8 (2011): 1-48. <https://doi.org/10.5944/rduned.8.2011.11043>.
- Aranda, José. “Espacios transnacionales y derechos humanos de las migrantes y los migrantes”. En *Migración, democracia y desarrollo: la experiencia mexicana*, coordinado por Norma Baca, Francisco Herrera y Rocío González, 21-2. Ciudad de México: Instituto Electoral del Estado de México, 2009. <https://bit.ly/3cgyYgK>.
- Aldunate, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho* (Valdivia) 23, n.º 1 (2010): 79-102. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100004>.
- Alexy, Robert. “La validez del derecho”. En *Concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ª reimp. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid, 2002.
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2011. <https://bit.ly/2RzkW2s>.
- Barroso, Luis. “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 6, n.º 12 (2007): 25-50. <https://bit.ly/3a8hfXW>.
- Brysk, Alison, y Gershon Shafir. *People Out of Place: Globalization, Human Rights, and the Citizenship Gap*. Nueva York: Routledge, 2004.
- Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- . “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Castañeda, Paula. “La constitucionalización del derecho en la sociedad capitalista”. *Derecho y realidad: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC* 8, n.º 16 (2010): 67-77. <https://bit.ly/2VuEnuA>.
- Castilla, Karlos. “Control de convencionalidad interamericano una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. *Revista IIDH*, n.º 64 (2016): 87-126.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. Traducido por Miguel Carbonell. *Revista Isonomía*, n.º 16 (2002): 89-112. <https://bit.ly/2K3BaN0>.
- De Dienheim, Cuauhtémoc. *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Estévez, Ariadna. “¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración”. *Revista Mexicana de Sociología* 78, n.º 1 (2016): 61-87. <https://bit.ly/2VzB7OG>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- . *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 10.ª ed. Madrid: Trotta, 2011.
- Fernández, Francisco. “Carlos Ayala Corao: del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013): 671-7. <https://bit.ly/3cnddN3>.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. <https://bit.ly/2XA28E4>.
- Gargarella, Roberto. “Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo latinoamericano”. En *Memorias Encuentro SELA*. Río de Janeiro: Universidad de Yale, 11-14 de junio de 2015. <https://bit.ly/3a4dTVW>.
- . “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 109-29. <https://bit.ly/2RBaXcQ>.
- Guichot, Virginia. *Reconstruir la ciudadanía*. Madrid: Dykinson, 2011.
- Martín, Juan. *Estado universal. Ni muros, ni fronteras*. Bubok Publishing S.L., 2018.
- Midón, Mario. *Control de convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Mila, Frank, y Karla Yánez. “El constitucionalismo ambiental en Ecuador”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 97 (enero 2020). <https://bit.ly/3ewILTI>.
- Neubaur, Betiana. “El diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema de la Nación Argentina. El control de convencionalidad y la interpretación conforme”. *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet* (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho) 4, n.º 2 (2016): 1-209. <https://bit.ly/2RDQP4>.
- Pozzolo, Susana. “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, I, coordinado por Jorge Fabra y Álvaro Núñez, 363-4. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. <https://bit.ly/2yaDWNX>.
- Rosenfeld, Michel. “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”. *International Journal of Constitutional Law* 6, n.º 3-4 (julio-octubre 2008): 415-55. <https://doi.org/10.1093/icon/mon023>.
- Salazar, Mauricio. “Espacios transnacionales. Migración y globalización. Teoría de la educación”. *Revista electrónica teoría de la educación. Educación y cultura en la sociedad de la información* (Universidad de Salamanca) 9, n.º 2 (2008). <https://bit.ly/2xtY2mk>.
- Salazar, Pedro. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”. En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coordinado por Luis González y Diego Valadés, 345-87. Ciudad de México: UNAM, 2013. <https://bit.ly/3bb9Yb8>.

- Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, coordinado por César Rodríguez. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. <https://bit.ly/3aduV3P>.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El nuevo constitucionalismo en América Latina”. En *Memorias del encuentro internacional. El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010. <https://bit.ly/3cfta7V>.

El efecto de la ineficacia de los actos traslaticios de dominio en el hecho generador del impuesto de alcabala

The effect of the inefficacy of ownership transferring contracts on the taxable event of the alcabala tax

María Bernarda Carpio Frixone

Abogada en el Servicio de Rentas Internas

Quito, Ecuador

mbernarda.carpio@gmail.com

ORCID: 0000-0003-1046-0206

María Gracia Naranjo Ponce

Asesora en la Corte Constitucional del Ecuador

Quito, Ecuador

mariagracionaranjo@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3132-4230

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.9>

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

A lo largo de este trabajo se realiza una evaluación crítica del art. 529 del Cootad (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), el cual prescribe que el impuesto de alcabala pagado como consecuencia de la transferencia de dominio de un bien inmueble no es susceptible de devolución en favor del sujeto pasivo, en los casos de reforma, nulidad, resolución o rescisión de los actos o contratos que precedieron a la transferencia. Específicamente, se analiza el impacto que dichos supuestos de ineficacia tienen en el hecho generador del tributo. El referido análisis se realiza con un enfoque en el rol del principio de capacidad contributiva en el régimen tributario y su incidencia en el hecho generador, a fin de dilucidar si procede desconocer la devolución del impuesto de alcabala en los términos previstos en el art. 529 del Cootad. Se concluye que, en supuestos de nulidad, rescisión o resolución, no existe justificación jurídica para negar la devolución del impuesto de alcabala pagado, en vista de que la consecuencia de estos supuestos de ineficacia es retrotraer los efectos del acto o contrato que originó el cobro del impuesto. En consecuencia, se considera que este efecto retroactivo conlleva a la disolución del hecho generador del tributo, por lo cual negar su devolución contraviene el principio de capacidad contributiva.

PALABRAS CLAVE: alcabala, ineficacia, nulidad, rescisión, resolución, reforma.

ABSTRACT

This work presents a critical evaluation of article 529 of Cootad (Organic Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization). Article 529 prescribes that the *alcabala* tax that has been paid for the transfer of a property will not be refunded in cases of reform, nullity, resolution or rescission of the contracts that preceded the transfer. Specifically, this work analyzes the effect that those cases of inefficacy have over the *alcabala* tax's taxable event. This analysis is based on the principle of contributory capacity and its incidence over the taxable event of the *alcabala* tax. It seeks to determine if, in the cases of reform, nullity, resolution or rescission of the acts that preceded the transfer, the taxable event of the *alcabala* tax is configured. This work concludes that in cases of nullity, resolution or rescission there is no legal justification to deny the refund of the paid *alcabala* tax, given that the consequence of those cases of inefficacy is to reverse the effects of the act or contract that originated the tax collection. Therefore, we consider that this retroactive effect conduces to the dissolution of the taxable event, so denying its refund contradicts the principle of contributory capacity.

KEYWORDS: *alcabala*, inefficacy, nullity, rescission, resolution, reform.

FORO

INTRODUCCIÓN

Entre los principios que guían la creación de tributos, aquel de capacidad contributiva reviste un particular interés, pues justifica el deber de contribución de los ciudadanos al gasto público.¹ Todo cobro de impuestos debe fundamentarse en un indicio de capacidad contributiva, de lo contrario se ponen en riesgo los principios de igualdad, equidad, generalidad y no confiscatoriedad.

En el caso de impuestos asociados a la transferencia de bienes inmuebles, comprender la naturaleza y efectos del acto jurídico que antecede la enajenación resulta fundamental para una adecuada conceptualización del respectivo impuesto y, en particular, de su hecho generador, especialmente si se toma en consideración que el hecho generador constituye el elemento de partida de todo tributo, por lo que su debida determinación y comprensión son imprescindibles para asegurar un régimen tributario adecuado, preciso y fundamentado en el principio de capacidad contributiva.

Es en este punto que se percibe una inevitable coerción entre dos importantes ramas del Derecho: el Derecho Civil y el Derecho Tributario. Es importante que los efectos de la terminación e ineficacia de los contratos sean debidamente correlacionados con el hecho generador a fin de asegurar que el cobro de impuestos mantenga la justificación que le dio origen.

En el caso del impuesto de alcabala, tanto el actual art. 529 del Cootad como el art. 353 de su antecesora, la Ley Orgánica de Régimen Municipal² disponen, de manera sorpresiva, que no procede la devolución del impuesto pagado en los casos de reforma, nulidad, resolución o rescisión de los actos o contratos. Esta disposición invita a cuestionar si en estos casos existe una justificación para negar la devolución del impuesto pagado, tomando en consideración que el efecto de estas figuras es, precisamente, retrotraer los efectos del acto jurídico al momento previo al de su celebración.

En este contexto, el propósito del presente trabajo es analizar la referida disposición para determinar si en dichos supuestos de ineficacia se configura el hecho generador, a la luz del principio de capacidad contributiva y, por tanto, resulta procedente desconocer la devolución del impuesto. Este trabajo se centra exclusivamente en la imposibilidad de devolución a los contratantes, es decir, no se estudiará el caso en el cual se ve comprometido el pago del impuesto efectuado por la parte contractual a quien la reforma, nulidad, resolución o rescisión de otro contrato le afecta indirectamente.

-
1. Eddy De la Guerra, *El deber de contribución al gasto público* (Ciudad de México: Porrúa, 2018).
 2. Tras la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.º 159 de 5 de diciembre de 2005, dicho artículo devino en el art. 346.

Para abordar la problemática planteada, en primer lugar se analizará el hecho generador y su importancia en la justificación del tributo. Posteriormente se efectuará una breve introducción al hecho generador del impuesto de alcabala en el régimen jurídico ecuatoriano. Sobre la base de ello se analizará el art. 529 del Cootad, para finalmente presentar las conclusiones sobre la interrogante objeto de este trabajo.

EL HECHO GENERADOR Y SU IMPORTANCIA EN LA JUSTIFICACIÓN DEL TRIBUTO

Para analizar el alcance del art. 529 del Cootad, es necesario resaltar la importancia del hecho generador como elemento configurativo de todo tributo, así como analizar su vinculación con el principio de capacidad contributiva. Ello debido a que ambos elementos constituyen un eje primordial para analizar la imposibilidad de solicitar la devolución del impuesto de alcabala en los casos previstos en el artículo motivo de este análisis.

El hecho generador como elemento configurativo del tributo

La obligación tributaria nace con la configuración del hecho generador.³ En la doctrina se ha definido el hecho generador como “el presupuesto de hecho previsto por la ley para que se configure el tributo, el cual, una vez cumplido, da nacimiento a la obligación tributaria”.⁴ Este hecho generador es “el conjunto de presupuestos abstractos contenidos en las normas tributarias materiales y cuya concreta concurrencia [...] provoca determinadas consecuencias jurídicas”.⁵

El Código Tributario ecuatoriano ha definido el hecho generador de manera similar. En su art. 16 prescribe que “se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”,⁶ mientras que su artículo 18 establece que “la obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”.⁷

-
3. Dino Jarach, *El hecho imponible: teoría general del Derecho Tributario sustantivo*, 3.^a ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982), 73.
 4. Alejandro Altamirano, *Derecho tributario: teoría general* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2012), 343.
 5. Albert Hensel, *Derecho Tributario* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 154, 162.
 6. Ecuador, *Código Tributario*, Registro Oficial 30, Suplemento, 14 de junio de 2005, art. 16.
 7. *Ibíd.*, art. 18.

La relevancia del hecho generador como elemento configurativo del tributo está dada por la naturaleza misma de la obligación tributaria. Dado que la obligación tributaria es de carácter *ex lege*, a diferencia de las obligaciones que encuentran su origen en la voluntad de las partes, es fundamental que la ley defina claramente cuál será el supuesto que dé nacimiento a esta obligación.⁸

El hecho generador es un delimitador de la realidad, por cuanto “cuando se diseña el tributo, el legislador coge, de los múltiples hechos y actos a su disposición, aquellos que serán objetos del tributo”.⁹ También se considera que el hecho generador reconoce una determinada capacidad contributiva, pues esta constituye “un dato objetivo del supuesto de hecho que será considerado por el legislador al momento de elaborar la obligación tributaria”.¹⁰

Si bien el hecho generador es eminentemente jurídico, al ser este el elemento configurativo del tributo, toma en cuenta aspectos económicos para determinar, de manera adecuada, qué situaciones o actuaciones de los individuos estarán sujetas a tributos. Por ende, como se explicará en la siguiente sección, el hecho generador debe constituir una expresión de capacidad económica del destinatario de la norma.

El hecho generador y su vinculación con el principio de capacidad contributiva

El art. 300 de la Constitución de la República del Ecuador señala que el régimen tributario se regirá, entre otros, por el principio de generalidad.¹¹ Al respecto cabe señalar que “[con base en el] principio de generalidad que se deriva del principio de igualdad, todos los ciudadanos están obligados a concurrir en el sostenimiento de las cargas públicas, pero [en la medida en la que] *tengan la necesaria capacidad contributiva puesta de manifiesto en los hechos tipificados por la ley*”.¹²

El principio de capacidad contributiva constituye uno de los pilares del Derecho Tributario.¹³ Esta capacidad es “una ‘aptitud’ efectiva del contribuyente para ser suje-

8. Jarach, *El hecho imponible*, 73.

9. Altamirano, *Derecho tributario*, 346.

10. *Ibíd.*

11. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2009, art. 300. Énfasis añadido.

12. Gerardo Novoa Herrera, “El principio de capacidad contributiva”. *Derecho y sociedad*, n.º 27 (2006), 103. Énfasis añadido. Esta cita es una paráfrasis que realiza el autor a la obra de César Landa Arroyo: “Los principios tributarios en la Constitución de 1993”, en *Temas de Derecho tributario y de Derecho público: libro homenaje a Armando Zolezzi Möller* (Lima: Palestra Editores, 2006), 47.

13. Jarach, *El hecho imponible*, 85. Énfasis añadido.

to pasivo de obligaciones tributarias, aptitud inherente a la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica)”¹⁴

En definitiva, la existencia de un tributo y la correspondiente calificación de su hecho generador exigen que el legislador observe el principio de capacidad contributiva. Este principio constituye entonces una garantía para el contribuyente en la creación de impuestos y se presenta como un supuesto necesario para asegurar equidad en la tributación. Sobre la base de esta conceptualización, a continuación se analizarán los elementos configurativos del impuesto de alcabala en el régimen jurídico ecuatoriano.

BREVE INTRODUCCIÓN AL HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE ALCABALA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL ECUATORIANO

El impuesto de alcabala¹⁵ “se despliega con [...] ocasión de la transferencia y adquisición de derechos reales como los de propiedad, usufructo, uso y habitación sobre bienes inmuebles”¹⁶. El art. 527 del Cootad cataloga como objeto de este impuesto los actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles, recogidos en sus arts. 527 y 528. En consecuencia, “el hecho imponible del impuesto de alcabala ocurre con la realización del acto jurídico gravable, mas no con la inscripción en el registro de la propiedad; [la cual] de ninguna manera configura la obligación tributaria, misma que nació o se originó antes, precisamente cuando se realizó el acto o contrato (acto jurídico) objeto del gravamen”¹⁷.

A pesar de ello, el impuesto se origina, en principio, con la celebración del acto, aunque en realidad el pago se realice inclusive antes de esta celebración, pues el artículo 537 del Cootad exige al notario verificar el pago antes de extender la respectiva escritura pública. Esta particularidad del impuesto de alcabala genera un desfase entre

14. Alberto Tarsitano, “El principio de capacidad contributiva. Un enfoque dogmático”, en *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*, coords. Pasquale Pistone y Heleno Taveira (Buenos Aires: Depalma, 2005), 409.

15. En la legislación actual las normas que regulan el impuesto de alcabala constan en los arts. 527 a 537 del Cootad.

16. Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, “Impuestos locales a las transferencias de dominio de bienes inmuebles”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 20 (2013). Ver también: Marco Aguirre Apolo, *Manual de Derecho tributario municipal* (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 1994); Felipe Iturralde Dávalos, *Manual de Tributación Municipal* (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 1998).

17. César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014), 117.

la manifestación efectiva de capacidad contributiva, la configuración del hecho generador y el pago del tributo, abriendo paso a un eminente riesgo de pago indebido.

Precisamente, el último inciso del art. 529 del Cootad señala: “si para celebrar la escritura pública del acto o contrato que cause el impuesto de alcabala, este hubiere sido pagado, *pero el acto o contrato no se hubiere realizado, se tomará como pago indebido previa certificación del notario respectivo*”.¹⁸

Esta disposición reconoce que existe un supuesto de pago indebido en aquellos casos en los que no se llega a realizar el acto o contrato, lo cual se justifica debido a que en estos casos no se configuró el hecho generador. En sentencia de 16 de octubre de 2002, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia se refirió a la inexistencia del hecho generador por falta de suscripción del acto, en los siguientes términos:

se encuentra probado que por una negociación de compraventa de un bien raíz, que es de carácter civil, que no ha sido concluida, se ha pagado valores, por concepto de impuestos de alcabalas y de registro, *sin que haya lugar a esa obligación de naturaleza tributaria*, sin que cambie, la simple disposición al Departamento Financiero Municipal de devolverlos, y en atención a que *nunca se produjo el hecho generador de la obligación tributaria*.¹⁹

Estimamos que, así como se reconoce la devolución en los casos en los que se paga el tributo pese a no celebrarse el acto (por ser un caso de no sujeción), igualmente debería reconocerse en los supuestos en los que pese a celebrarse el acto, y con este configurarse el hecho generador, con posterioridad a tal configuración, los efectos del acto son retrotraídos. Ello debido a que este efecto retroactivo conlleva, por su naturaleza, la disolución del hecho generador, tal como se detallará después.

ANÁLISIS DEL ART. 529 DEL COOTAD:

SUPUESTOS DE NO DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE ALCABALA

El Cootad en su art. 529 excluye la posibilidad de requerir la devolución del impuesto de alcabala en casos de reforma, nulidad, resolución y rescisión. Esta norma invita a cuestionarse si existe una justificación para negar tal devolución. En esta sección se realizará una introducción al problema jurídico que presenta el referido artículo. Para analizar dicha problemática se revisará en primer lugar el efecto contractual

18. Ecuador, *Cootad*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 529. Énfasis añadido.

19. Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Expediente de casación n.º 324-2002*, 16 de octubre de 2002, Registro Oficial 12, 31 de enero de 2003.

de la reforma, nulidad, resolución y rescisión, para finalmente estudiar estas hipótesis en relación con el hecho generador del impuesto de alcabala y determinar si resulta justificable la disposición del artículo 529 del Cootad.

Introducción al problema jurídico

El Cootad contiene una disposición que llama la atención acerca de la imposibilidad de solicitar “la devolución del impuesto que se haya pagado en los casos de reforma, nulidad, resolución o rescisión de los actos o contratos”.²⁰

Considerando que el impuesto de alcabala se configura con motivo de la celebración de actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles, resulta difícil dilucidar la razón por la cual el legislador ha considerado que este impuesto se entenderá causado, y por ende no podrá devolverse, incluso cuando han desaparecido las circunstancias constitutivas de su hecho generador, como ocurre cuando un acto o contrato es declarado nulo, resuelto o rescindido.

En la siguiente sección se explicará en qué consisten las referidas figuras, a fin de comprender su naturaleza jurídica y efectos. Posteriormente se expondrá su vinculación con el hecho generador del impuesto de alcabala, con la finalidad de analizar si en estos casos se justifica desconocer la devolución del impuesto pagado.

El efecto contractual de la reforma, nulidad, resolución y rescisión de los contratos

A continuación se realiza una breve reflexión acerca de la naturaleza jurídica de las figuras de la reforma, nulidad, resolución o rescisión de los actos o contratos.

Reforma

El principio de la autonomía de la voluntad privada permite a los contratantes convenir las condiciones de los negocios que celebran, e incluso modificarlas con

20. Ecuador, *Cootad*, art. 529. Esta disposición estuvo recogida también en el artículo 353 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y posteriormente en el artículo 346 de su Codificación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 159 de 5 de diciembre de 2005. De hecho, el impuesto de alcabala es el tributo con origen más antiguo, entre los gravámenes actualmente vigentes, al haber sido creado en 1591 y aplicado en la Real Audiencia de Quito a partir del 10 de mayo de 1593. Ver también: Montaña Galarza y Mogrovejo Jaramillo, *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*, 166; y Eugenio Jaramillo Vega, *Sinceramiento tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 12.

posterioridad a su celebración. Así, los contratantes tienen la potestad de reformar el contenido de los negocios que suscriben a través de la celebración de convenciones modificatorias.

Nulidad

La nulidad se configura cuando un negocio jurídico no cumple “los requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aun de los mismos agentes”.²¹ Según Alessandri, “la nulidad es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie”.²² En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tales requisitos de validez se encuentran previstos en el art. 1461²³ del Código Civil y su ausencia se sanciona con nulidad, conforme lo prevé el art. 1697.

El inciso final del artículo 1697 contempla dos especies de nulidad: la absoluta y la relativa. Estos tipos de nulidad se configuran por causas distintas y tienen, además, un régimen jurídico diferenciado, en lo relativo a la legitimación activa para alegarla, la posibilidad de convalidación y el plazo de prescripción. Salvo por la diferenciación en sus causales, las demás diferencias entre estos regímenes no serán expuestas, al no ser parte del objeto de este trabajo.

La nulidad absoluta está contemplada en el art. 1698, el cual establece que son causales de nulidad absoluta: (i) el objeto ilícito; (ii) la causa ilícita; (iii) la omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescriba para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; y (iv) la incapacidad absoluta de quien celebra el negocio.

La nulidad relativa, en cambio, se configura por cualquier otra especie de vicio, distinto a los taxativamente enunciados en el artículo 1698, referente a las causales de nulidad absoluta. Según este mismo artículo, las causales de nulidad relativa dan derecho a la rescisión del acto o contrato. El Código Civil, a lo largo de su articulado, prevé una serie de hipótesis de nulidad, como, por ejemplo, la incapacidad relativa y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

21. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed. (Bogotá: Temis, 2016), 434.

22. Arturo Alessandri, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno* (Santiago: Ediar Editores, 1949), 4.

23. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 1461.

La declaratoria de nulidad, tanto absoluta como relativa, conlleva el deber de las partes de realizarse restituciones mutuas. El art. 1704 del Código Civil prescribe que “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.²⁴ No obstante, el Código Civil prevé ciertas excepciones al deber de restitución. Así, en los casos de anulación por objeto o causa ilícita, de acuerdo al art. 1704 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1484, no procede la restitución respecto de lo “que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas”.²⁵ Existe también una limitación en cuanto a la nulidad por incapacidad, la cual está prevista en el art. 1705 del Código Civil.²⁶

Sin perjuicio de ello, por regla general, el principal efecto de la declaratoria de nulidad consiste en retrotraer los efectos del negocio jurídico celebrado, a fin de que las partes se encuentren en el estado en el que se encontrarían si no lo hubiesen celebrado.

Resolución

La resolución es otra de las formas de ineficacia de los negocios jurídicos que se da por algunos motivos, como: (i) el avenimiento de la condición resolutoria ordinaria; y (ii) el ejercicio de la acción resolutoria.

La condición resolutoria consiste en un hecho futuro e incierto, del cual pende la extinción de una obligación y del derecho que le es correlativo. “La consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria es que los derechos y situaciones jurídicas se extinguen (perdiéndose para su titular), en tanto que los actos jurídicos se tornan ineficaces”.²⁷

A la condición resolutoria se le da el nombre de “ordinaria” cuando ha sido pactada por las partes y consiste en cualquier hecho al que las partes han acordado supeditar la vigencia de un derecho u obligación. Una vez verificada la condición resolutoria ordinaria pactada por las partes, la resolución se verifica *ipso facto*.

Existe también una tipología de condición resolutoria que se entiende incorporada en todos los contratos bilaterales, contemplada en el art. 1505 del Código Civil, la cual recibe el nombre de “tácita”. Esta condición implica que, de no cumplirse lo pactado

24. *Ibid.*, art. 1704.

25. *Ibid.*, art. 1484.

26. *Ibid.*, art. 1705. Este artículo dispone: “Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella *no puede pedir restitución o reembolso* de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz”. Énfasis añadido.

27. Federico Ossola, *Obligaciones* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016), 194.

por uno de los contratantes, el otro podrá pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato; en ambos casos, con indemnización de perjuicios. La condición resolutoria tácita otorga a uno de los contratantes, frente al incumplimiento del otro, un derecho alternativo potestativo, que le permite pedir la resolución del contrato o exigir su cumplimiento forzado. De optar el contratante por solicitar la resolución del contrato, debe hacerlo a través de la acción resolutoria, por cuanto esta no opera *ipso facto* y debe ser declarada judicialmente.

Así, la resolución es el efecto del avenimiento de la condición resolutoria ordinaria pactada por las partes, o de una declaración judicial que puede darse como consecuencia del ejercicio de la acción resolutoria por parte de un contratante. En ambos casos, cumplida la condición resolutoria, operan las restituciones mutuas,²⁸ por lo que la resolución tiene un efecto esencialmente retroactivo.

Rescisión

La rescisión es una forma de ineficacia que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido asimilada con la nulidad relativa. Así lo prescribe el art. 1698, al señalar que los vicios que producen nulidad relativa dan derecho a la rescisión del acto o contrato. Dicha afirmación no es del todo precisa, pues la rescisión es una modalidad de ineficacia de contratos que han sido celebrados válidamente, pero que han perdido su eficacia por circunstancias ajenas a los requisitos de validez, como la lesión enorme, el fraude pauliano o la inoficiosa donación. Sin perjuicio de esta precisión, para efectos de este trabajo, lo relevante es resaltar que el resultado de la rescisión consiste igualmente en retrotraer los efectos del negocio jurídico celebrado, por lo cual su análisis dentro de la siguiente sección se enmarca en aquel de nulidad.

Vinculación entre la reforma, nulidad, rescisión y resolución de los contratos y el hecho generador del impuesto de alcabala

A continuación, se analizará si se justifica la disposición del art. 529 del Cootad, respecto a la imposibilidad de devolver el impuesto en los casos de reforma, nulidad y rescisión y resolución de los actos o contratos.

28. Ecuador, *Código Civil*, art. 1503.

Reforma

Los supuestos de reforma del contrato implican una modificación a los términos en los que fue originalmente pactado. En principio esta situación no tiene mayor incidencia en el hecho generador del tributo ni en la manifestación de capacidad contributiva que lo justifica. Ello debido a que la reforma al contrato no se traduce en su desvanecimiento.

Sin perjuicio de ello, el tercer inciso del art. 529 del Cootad dispone que “la reforma de los actos o contratos causará derechos de alcabala solamente cuando hubiere aumento de la cuantía más alta y el impuesto se calculará únicamente sobre la diferencia”.²⁹ Esta disposición resulta plenamente coherente, pero insuficiente.

De conformidad con el art. 532 del Cootad, la base imponible del impuesto de alcabala es el valor contractual del acto cuya celebración genera el impuesto. Sin embargo, si este valor fuere inferior al avalúo catastral de la propiedad objeto de la transferencia de dominio, se empleará el valor del avalúo como base imponible. En consecuencia, por regla general la base imponible del impuesto de alcabala se compone del valor de la transferencia, salvo que este sea menor al avalúo catastral. Por lo tanto, si originalmente el impuesto se fijó sobre la base del avalúo, resulta lógico que, ante el aumento en la cuantía del contrato, se reliquide el impuesto sobre la nueva base imponible a fin de recaudar el valor restante.

No obstante, llama la atención que se limite esta posibilidad “solamente” cuando existe un aumento del valor contractual. Bien podría darse el caso de que el impuesto se hubiese calculado inicialmente sobre la base del valor contractual, por ser este superior al avalúo. De ser así, al reducirse la cuantía del contrato, resulta de igual forma necesaria una reliquidación del impuesto, de suerte que los sujetos pasivos estén en la posibilidad de solicitar la devolución de lo pagado en exceso.

En consecuencia, únicamente se justifica que la reforma del contrato no genere un derecho de devolución del tributo en favor de los sujetos pasivos cuando (i) la reforma no versa sobre el precio; o (ii) cuando, versando sobre el precio, la aplicación de la nueva base imponible genere un impuesto a pagar igual o mayor al pagado inicialmente.

No se cuestiona que, en los casos de reforma, el hecho generador, configurado inicialmente, persista, sin embargo, se estima necesario que la norma permita ajustar la base imponible tanto a favor del contribuyente como de la Administración Tributaria. En cambio, en los casos a ser estudiados a continuación es necesario enfocar el análisis

29. Ecuador, *Cootad*, art. 529.

en si es adecuado afirmar que, en dichos supuestos, pese a originalmente haberse configurado el hecho generador, este perdura tras dispararse el efecto retroactivo que caracteriza a tales supuestos; y, por tanto, si en estos casos las normas que regulan el impuesto de alcabala son acordes a los principios constitucionales del régimen tributario.

Nulidad y rescisión

Queda claro que la nulidad, tanto absoluta como relativa (y la rescisión), se caracteriza por su efecto retroactivo. Esto implica que “la sentencia que declare la nulidad de un contrato debe producir el efecto de situar las cosas *en el estado anterior a la negociación*”.³⁰

Tomando en consideración que “[la nulidad ataca] el origen de la obligación, para destruir, con efecto retroactivo, el lazo jurídico que ella establecía”,³¹ resulta inadecuado que el Cootad desconozca la devolución del impuesto pagado tras la anulación del acto traslativo de dominio. Ello debido a que como consecuencia de la nulidad se despliega el efecto retroactivo y se extingue el acto que en su momento justificó la causación del impuesto.

El segundo inciso del art. 529 del Cootad dispone que:

se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior [respecto a la imposibilidad de devolución del impuesto], los casos en que la nulidad fuere declarada por causas que no pudieron ser previstas por las partes; y, en el caso de nulidad del auto de adjudicación de los inmuebles que haya servido de base para el cobro del tributo.³²

Este inciso da paso a la devolución del impuesto de alcabala (i) frente a la nulidad del auto de adjudicación de los inmuebles que sirvió como base para el cobro del tributo; y (ii) en los casos en los que la nulidad fue declarada por causas que no pudieron ser previstas por las partes.

En cuanto al primer caso, si el legislador da paso a la devolución ante la anulación del auto de adjudicación, entonces, ¿por qué impedirlo en otros supuestos de nulidad? Tanto en el caso de nulidad del auto de adjudicación como en los demás supuestos, el efecto es el mismo: su extinción con efecto retroactivo. En consecuencia, no se percibe una razón suficiente que permita diferenciar los casos de anulación del auto de

30. José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil* (Barcelona: Bosch, 1954), 320. Énfasis añadido.

31. Alfredo Barros Errazuruz, *Curso de Derecho civil. Tratado de las Obligaciones en General* (Santiago de Chile: Nascimento, 1932), 283.

32. Ecuador, *Cootad*, art. 529.

adjudicación, de los demás supuestos de nulidad, ya que en ambos escenarios el efecto de la nulidad conlleva la disolución del acto que originalmente permitió la causación del impuesto.

Ante la extinción del acto, el hecho generador que en su momento se configuró se ve afectado y, por lo tanto, siempre y cuando se diluya también la manifestación de capacidad contributiva, debería originarse el derecho a la devolución de ese impuesto, indistintamente de si el acto anulado es un auto de adjudicación o un acto de otra naturaleza. La definición de si procede o no la devolución del tributo no debería atender a la naturaleza del acto anulado, sino a si, luego de la anulación, persiste o no una manifestación de capacidad contributiva del sujeto.

Por otro lado, en lo que concierne la segunda excepción, pareciera ser que el legislador considera que se justifica desconocer la devolución del impuesto cuando las partes pudieron prever las causas de nulidad. Esto permite suponer que la finalidad de impedir esta devolución se vincula a una especie de “sanción” al sujeto pasivo que conocía que el acto suscrito era susceptible de ser anulado.

Al respecto, es menester señalar que, en principio, toda causal de nulidad absoluta (objeto o causa ilícita, inobservancia de solemnidad esencial e incapacidad absoluta de quien celebra el negocio) debió ser conocida por las partes.

Por regla general, no existe justificación para que una de las partes alegue desconocimiento de una causal de objeto ilícito. Ello debido a que de acuerdo al art. 13 del Código Civil la ignorancia de la ley no excusa a ninguna persona. El art. 1478 del Código Civil señala que “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”,³³ por lo tanto, al amparo de las normas antedichas, se presume de derecho que toda persona conoce de las causas que generarían que sus actos o contratos adolezcan de objeto ilícito. Lo mismo ocurre con la causa ilícita.

Con relación a la incapacidad absoluta de quien celebra el negocio o a las solemnidades que se requieren para su validez, la disposición del referido art. 13 impide que se pueda alegar desconocimiento de la necesidad de que un representante legal actúe en nombre de los incapaces absolutos para que estos puedan contratar, así como de la exigencia de cumplir las solemnidades previstas en la norma para la celebración de ciertos actos. Por lo cual resulta virtualmente imposible que en aplicación del art. 529 del Cootad se devuelva el impuesto pagado cuando el acto o contrato fue anulado por causales de incapacidad absoluta o inobservancia de alguna solemnidad.

Respecto a la falta de solemnidad como causal de nulidad, el art. 1740 del Código Civil prescribe que la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras

33. Ecuador, *Código Civil*, art. 1478.

no se ha otorgado escritura pública. Igual disposición contienen los art. 1416 y 1838 sobre la donación y la permuta de bienes inmuebles, respectivamente. La exigencia de escritura pública en cuanto a otros derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles se encuentra a su vez en los arts. 717 para la servidumbre; 781 y 826, para el usufructo y el uso y habitación; y 2311 para la hipoteca. Los supuestos de herencia de encuentran atados a las solemnidades del testamento, si lo hubiera, o de la partición y adjudicación.

De acuerdo al art. 527 del Cootad, “los notarios no podrán extender las antedichas escrituras, ni los registradores de la propiedad inscribirlas, sin que se les presenten los recibos de pago de las contribuciones principales y adicionales, debiéndose incorporar estos recibos a las escrituras”,³⁴ por ende, resulta improbable, por decir lo menos, que se dé un caso de nulidad absoluta por falta de solemnidad en el acto o contrato, que origine la devolución del impuesto; tomando en cuenta que este se paga conjuntamente con el cumplimiento de la solemnidad.

Ahora bien, para determinar si existe algún supuesto de nulidad relativa o rescisión, en el cual procedería la devolución del impuesto de alcabala se requiere determinar el alcance de la expresión “causas que no pudieron ser previstas por las partes”. Si la referida norma exige que la causal haya sido imprevisible para ambas partes, entonces tampoco procedería en la mayoría de los casos de rescisión, ni en aquellos de nulidad relativa, pues en varios de estos supuestos, al menos una de las partes, aquella que no se ve afectada por el vicio (ya sea de nulidad o rescisión), conoce de su existencia.

No obstante, si la intención de la norma es habilitar la devolución del impuesto a la parte que desconocía del vicio, en este caso, ciertos supuestos de nulidad relativa permitirían al menos a una de las partes solicitar la devolución del impuesto por ella pagado. Sin embargo, la parte que conoció el vicio se vería imposibilitada a reclamar la devolución del impuesto pese a que, con la destrucción del acto, se desvirtúa la capacidad contributiva que en un principio justificó la causación y cobro del impuesto.

Este análisis permite reafirmar la suposición de que la intención de la disposición del art. 529 es “sancionar” de cierto modo al contratante que conocía la causal de nulidad. Ante ello cabe cuestionarse si esa es realmente la finalidad del Derecho Tributario, ¿se justifica desconocer la devolución de un tributo para reprender a un contratante que suscribió un acto viciado de nulidad; o ese tipo de consecuencias deben ser tratadas en el ámbito del Derecho Civil?

Además, es importante traer a colación que el hecho de conocer el vicio no justifica *per se* que se deba “sancionar” al sujeto (ni desde el ámbito tributario ni desde el ci-

34. Ecuador, *Cootad*, art. 527.

vil), pues en ciertos tipos de vicio la persona que lo conoce es aquella afectada por él. Por ejemplo, en los casos de fuerza, la persona sobre quien esta se ejerce, claramente conoce del vicio al momento de prestar su consentimiento (forzado), pues al hacerlo está siendo sometida a un acto que le infunde “un justo temor de verse expuest[a] [...] a un mal irreparable y grave”.³⁵ Dicha persona, pese a conocer del vicio, es, a su vez, víctima de la fuerza. No obstante, bajo el criterio “sancionatorio” del segundo inciso del art. 529 del Cootad, el hecho de haber conocido el vicio no le permitiría solicitar la devolución del impuesto pagado, en caso de que el acto en el que consintió (sometido por la fuerza) fuere posteriormente anulado.

Así, consideramos que el reconocer o no la devolución del impuesto de alcabala en casos de nulidad (ya sea absoluta o relativa) no debería estar condicionado a si una de las partes conocía o no el vicio, sino a si, como consecuencia de la nulidad se despliegan efectos retroactivos que diluyen la capacidad contributiva que en principio se evidenció a través del acto anulado. Como se expuso anteriormente, la norma civil contempla ciertos casos en los que pese a la anulación del acto no habrá lugar a la restitución, que normalmente se despliega como consecuencia del efecto retroactivo. Por lo tanto, lo que podría justificar que en el ámbito tributario se desconozca el derecho a la devolución del tributo sería el hecho de que, pese a la anulación, persista la capacidad contributiva, por no haberse desplegado en su totalidad las restituciones mutuas propias de la nulidad.

Resolución

Mutatis mutandi, el análisis realizado respecto a la nulidad puede trasladarse al supuesto de resolución del contrato pues ambos casos tienen como consecuencia retrotraer los efectos del contrato al momento previo al de su celebración. Por lo tanto, en la resolución del contrato también se destruye el acto que en su momento justificó la causación del impuesto de alcabala.

Crítica al art. 529 del Cootad

Los efectos de la resolución, nulidad, rescisión e inclusive la resciliación deben ser correctamente articulados en el Derecho Tributario a fin de garantizar precisión en la tributación. Consideramos que es inadecuado que se desconozca la devolución del impuesto de alcabala pagado, aun cuando sustancialmente no persiste el hecho

35. Ecuador, *Código Civil*, art. 1472.

generador. Si bien, con la celebración del acto, el hecho generador se configuró, posteriormente, con los efectos retroactivos de la resolución, nulidad o rescisión —según corresponda— este hecho generador se diluye.

Con dicha disolución debería proceder la devolución del tributo, pues el pago que originalmente fue debido (por haberse causado el tributo) se convierte en indebido, pues el tributo causado pierde su hecho generador y con ello muta hacia un caso de no sujeción.

En este contexto cabe referirse al art. 12 del modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, el cual prevé una (des)vinculación entre los efectos que un acto tiene en la configuración del hecho generador y aquellos que podría tener en otras ramas del Derecho. Este artículo dispone: “La obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido por las partes ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas”.³⁶

En primera instancia, se podría considerar que esta norma avala de cierta forma la disposición del art. 529 del Cootad, pues parecería ser que la configuración del hecho generador debe ser analizada con independencia de los efectos que este acto pueda tener en otras ramas jurídicas, como el Derecho Civil. De hecho, el párrafo 1 de los comentarios a este artículo indica “una vez verificado ese presupuesto [hecho generador], el correspondiente tributo se hace exigible, sin que interese cualquier calificación del mismo”.³⁷

No obstante, es importante recordar que la (des)vinculación prevista en el art. 12 pretende evitar supuestos de elusión tributaria y no se trata de una norma que desconozca la necesidad de precautelar el principio de capacidad contributiva ni los elementos que caracterizan a supuestos de ineficacia en materia contractual, como lo son la anulación, rescisión o resolución.

En efecto, el tercer párrafo de los comentarios a este artículo es claro al señalar que “*queda fuera de la regla establecida respecto a la subsistencia de la consecuencia tributaria* de los actos, como podría ser de otra manera, *los supuestos de anulación, rescisión o resolución* de los actos jurídicos que da lugar a la obligación tributaria”.³⁸

El Tribunal Supremo de España sostuvo que el principio de capacidad contributiva “quiebra en aquellos impuestos en los que la capacidad económica gravada por el

36. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, *Modelo de Código Tributario del CIAT*, 2015, art. 12.

37. *Ibíd.*, art. 44. Énfasis añadido.

38. *Ibíd.*

tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia”.³⁹ La nulidad, rescisión y resolución de los contratos inciden directamente en el hecho generador del impuesto de alcabala, el cual, si bien se configura en razón de la celebración del acto, se justifica en atención a los efectos que se desprenden —y perduran— de dicho acto. Desconocer aquello implica gravar una capacidad netamente ficticia, que deviene en inexistente una vez que se retrotraen los efectos del acto que en un principio motivó el cobro del impuesto.

CONCLUSIONES

El impuesto de alcabala tiene como hecho generador la celebración de ciertos actos jurídicos traslaticios de dominio de bienes inmuebles. Por ende, resulta evidente que la existencia y eficacia de un acto o contrato que conlleve la transferencia de dominio es un presupuesto necesario para que se configure este impuesto. A pesar de ello, nuestro ordenamiento jurídico contiene una problemática norma que genera que, en ciertos supuestos, el impuesto de alcabala sea cobrado incluso en ausencia de acto o contrato; esto es, en ausencia de un hecho generador.

El art. 529 del Cootad prescribe que no habrá lugar a la devolución del impuesto de alcabala que se haya pagado en los casos de reforma, nulidad, resolución o rescisión de los actos o contratos. Al respecto se evidencia que, en los casos de reforma de los términos del negocio, la disposición se encuentra, preliminarmente, justificada. La reforma únicamente consiste en una modificación de los términos del negocio; situación que, en principio, no tiene mayor incidencia sobre el hecho generador. No obstante, la disposición del Cootad es insuficiente por cuanto no es claro si procede la devolución parcial del impuesto en caso de que la reforma produzca una disminución en la cuantía del contrato. Aplicando la regla general del inciso primero del art. 529 del Cootad, los sujetos pasivos pagarían un impuesto sobre una base imponible mayor a la real, lo cual es cuestionable.

En casos de nulidad y resolución, la disposición que es objeto de análisis resulta sumamente problemática. Ambas figuras se caracterizan por su efecto retroactivo. La declaratoria de nulidad o resolución de un acto tiene como ineludible consecuencia el situar a las partes en el estado que se encontraban con anterioridad a su celebración. Por ende, el impuesto de alcabala generado por un acto que posteriormente es decla-

39. España Tribunal Supremo, “Sentencia n.º 221/1992”, 22 de diciembre de 1992; “Sentencia n.º 184/2000”, 19 de julio de 2000; “Sentencia n.º 193/2004”, 4 de noviembre de 2004. Estas sentencias han sido citadas en Juan Martín Queralt et al., *Curso de Derecho financiero y tributario* (Madrid: Tecnos, 2014), 118.

rado nulo o resuelto, pierde su hecho generador, en razón del efecto retroactivo que se deriva de tales declaraciones, por lo cual debería ser susceptible de devolución.

En conclusión, a nuestro criterio, no existe ninguna justificación en el marco del Derecho Tributario para desconocer la devolución del impuesto de alcabala pagado en supuestos de nulidad, rescisión, resolución o reforma (con las salvedades expuestas a lo largo de este trabajo). Al contrario, una vez que se retrotraen los efectos del acto o contrato que originó el cobro del impuesto, este adolece de sustancia en el hecho generador y, por tanto, negar su devolución contraviene el principio de capacidad contributiva.

Es necesario que esta disposición normativa sea reevaluada tomando en cuenta que el cobro de impuestos debe necesariamente encontrar su fundamento en un indicio de capacidad contributiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Apolo, Marco. *Manual de Derecho tributario municipal*. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 1994.
- Alessandri, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Ediar, 1949.
- Altamirano, Alejandro. *Derecho tributario: teoría general*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- Barros Errazuruz, Alfredo. *Curso de Derecho civil. Tratado de las Obligaciones en General*. Santiago de Chile: Nascimento, 1932.
- Canosa Torrado, Fernando. *La resolución de los contratos*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 1993.
- Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus, 2007.
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. *Modelo de Código Tributario del CIAT*. 2015.
- De la Guerra, Eddy. *El deber de contribución al gasto público*. Ciudad de México: Porrúa, 2018.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”. En *Expediente de casación n.º 324-2002*. 16 de octubre de 2002. Registro Oficial 12, 31 de enero de 2003.
- Ecuador. *Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal*. Registro Oficial 159, Suplemento, 5 de diciembre de 2005.
- . *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.
- . *Código Tributario*. Registro Oficial 30, Suplemento, 14 de junio de 2005.

- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Régimen Municipal*. Registro Oficial 331, Suplemento, 15 de octubre de 1971.
- España. Tribunal Supremo. “Sentencia n.º 221/1992”. 22 de diciembre de 1992.
- . “Sentencia n.º 184/2000”. 19 de julio de 2000.
- . “Sentencia n.º 193/2004”. 4 de noviembre de 2004.
- García Vizcaíno, Catalina. *Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- Gómez, Alfredo. *La equidad tributaria: su correcta aplicación en México*. Ciudad de México: Corporativo Reyes Mora Advisors, 2012.
- Hensel, Albert. *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Ibáñez, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Iturralde Dávalos, Felipe. *Manual de Tributación Municipal*. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 1998.
- Jarach, Dino. *El hecho imponible: teoría general del Derecho tributario sustantivo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- . *Estudios de Derecho tributario*. Buenos Aires: Cima Profesional, 1998.
- . *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- Jaramillo Vega, Eugenio. *Sinceramiento tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Josserand, Louis. *Derecho Civil*, tomo II, vol. 1. Buenos Aires: Bosch, 1950.
- Lozano Serrano, Carmelo. *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Merino Jara, Isaac, dir. *Derecho financiero y tributario: parte general*, 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 2015.
- Mogrovejo Jaramillo, Juan Carlos. “Impuestos locales a las transferencias de dominio de bienes inmuebles”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 20 (2014).
- Montaño Galarza, César, y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo. *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano: fundamentos y práctica*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014.
- Novoa Herrera, Gerardo. “El principio de capacidad contributiva”. *Derecho y Sociedad*, n.º 27 (2006).
- Ospina Fernández, Guillermo, y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. Bogotá: Temis, 2016.
- Ossola, Federico. *Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
- Pérez de Ayala, José Luis, y Miguel Pérez de Ayala Becerril. *Fundamentos de Derecho Tributario*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.
- Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1954.
- Queralt, Juan Martín, et al. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos, 2014.

- Queralt, Juan Martín, Carmelo Lozano Serrano y Francisco Poveda Blanco. *Derecho Tributario*, 13.^a ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008.
- Sánchez-Medal Urquizar, José. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ciudad de México: Porrúa, 1998.
- Tarsitano, Alberto. “El principio de capacidad contributiva. Un enfoque dogmático”. En *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*, coordinado por Pasquale Pistone y Heleno Taveira. Buenos Aires: Depalma, 2005.
- . “El principio de capacidad contributiva como fundamento de la constitución financiera una visión doctrinaria y jurisprudencial”. *Derecho & Sociedad*, n.º 43 (2014): 119-28.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *Manual de Derecho tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 8.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

Ciudadanía republicana: deberes generales y especiales regulados desde la esfera jurídico-penal

Republican citizen: general and specific duty regulated from the legal-criminal sphere

Vicente Vásconez Merelo

Abogado en libre ejercicio

Ecuador

vvasconez@hotmail.es

ORCID: 0000-0002-3617-7292

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.10>

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2020

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En esta obra el autor pone de manifiesto que un modelo republicano de gobierno exige una participación activa de todos los ciudadanos, pues la democracia no debe ser entendida solo en términos de participación, sino también en términos deliberativos. Además, bajo esta misma concepción, los ciudadanos de una república no solo tienen derechos, sino que también poseen obligaciones que son impuestas por el gobierno de turno; algunas de ellas, desde una esfera jurídico-penal, son de carácter general (no matar) y otras son destinadas a un número cerrado de personas (funcionarios públicos). Por tanto, el propósito del presente artículo se encamina a profundizar las nociones de democracia y libertad que le son inherentes a un modelo republicano de gobierno, seguido de un estudio sobre los deberes generales y específicos de determinados ciudadanos y, en especial, se analizará lo relativo al deber cívico de “prudencia en el quehacer público” que trae aparejado una serie de consecuencias por incumplimiento. Así pues, una vez que se haga un barrido doctrinal y jurisprudencial de los temas aludidos, será posible concluir que en un modelo republicano de gobierno la democracia deberá ser de carácter deliberativa, la libertad tendrá que ser entendida en términos de “no dominación”, y las consecuencias jurídicas por incumplimiento de los deberes generales y especiales deberán apegarse en la medida de lo posible a la idea de justicia restaurativa.

PALABRAS CLAVE: corrupción, deliberación, democracia, justicia, libertad, pena.

ABSTRACT

On this paper the author reveals that a republican government model demands an active participation of their citizens, democracy must not be just understood in participation terms but also deliberative ones. Also, under the same idea, citizens not only have rights, but also have obligations that are imposed by the government from that moment, some of them, from a legal-criminal sphere, some obligations are general (do not kill) and others are aimed at a closed number of people (civil servant). Therefore, the purpose of this work is aimed at deepening the notions of democracy and freedom that are inherent in a republican model of government, continued from a study on the general and specific duties of certain citizens and, in particular, it will analyze what is related to the civic duty of “Prudence of public servants” that brings with it a series of consequences for non-compliance. In this way, once a doctrinal and jurisprudential review of the issues avoided is prepared, it will be possible to conclude that in a republican model of government democracy must be deliberative, freedom will have to be understood in terms of “non-domination”, and the legal consequences for breach of general and special duties should adhere as far as possible to the idea of restorative justice.

KEYWORDS: corruption, deliberation, democracy, justice, freedom, punishment.

INTRODUCCIÓN

Es reconocido por la doctrina que un modelo republicano es caracterizado por el rol protagónico que ejercen sus ciudadanos, y aquel protagonismo debe ir direccionado al bienestar de la comunidad, incluso por encima de ciertos intereses individuales. Mas, sin embargo, una condición necesaria para cumplir este objetivo será que el Estado inculque virtud cívica en sus ciudadanos y esta tarea deberá ser congruente con una noción de libertad que asegure los cimientos de la democracia y el respeto a la dignidad del hombre, por lo que —según entiendo— la norma jurídica sería el único medio idóneo para asegurarle al ciudadano protección frente a sus congéneres y frente al Estado. Pese a ello, no se debe inobservar que allí donde la norma ofrezca un mar de libertades, también individualizará islotes de obligaciones jurídicas con sus respectivas consecuencias por incumplimiento que, según desde la esfera jurídica en que se analice las conductas, podrían existir sanciones desde las más leves, como una mera amonestación, hasta las más graves, como son las penas privativas de libertad.

Además, se ha de sostener que la concepción republicana de trabajo conjunto para bienestar conjunto es irreconciliable con la corrupción, entendida esta como la primacía de los intereses individuales por encima de los comunitarios; consecuentemente, se apuntalará la idea de que un modelo republicano impone obligaciones generales para una abstracción de ciudadanos y ciertas obligaciones especiales para un número cerrado de individuos a raíz de las actividades en que se desenvuelven, como por ejemplo la administración pública (se hará una breve mención dogmática de los tipos penales de corrupción desde la legislación argentina y ecuatoriana). Por último, será de especial interés para los efectos de la presente investigación analizar cómo deberían encararse, y bajo qué apercibimientos jurídicos, las conductas que denoten irreverencia por los deberes especiales prescritos normativamente, por lo que una revisión en retrospectiva de las teorías de la pena nos marcará la hoja de ruta para el último capítulo.

LA CIUDADANÍA EN TÉRMINOS REPUBLICANOS: UNA NOCIÓN DE LIBERTAD

Enseñan Ovejero, Martí y Gargarella que ser ciudadano de una república “implica asumir un compromiso en relación con los intereses fundamentales de la sociedad en su conjunto, lo cual a su vez supone la existencia de ciertas cualidades de

carácter propias de cada uno de los miembros de la comunidad”.¹ Por tanto, un comportamiento caracterizado por la pasividad y desatención de los ciudadanos respecto de los intereses comunitarios no sería compatible con un ideal republicano. Ahora bien, de aceptarse como válido el presupuesto hobbesiano sobre que la naturaleza del hombre es el egoísmo frente a sus pares,² es acertado el cuestionamiento de la doctrina política sobre cuáles deberían ser las virtudes de los ciudadanos, y más problemático todavía, cuál sería el medio correcto para inculcarlos sin que el Estado adquiriera un tinte autoritario.

Sobre la primera interrogante, los autores republicanos han descrito una serie de virtudes esenciales para el ciudadano de una república; no obstante, para efectos del presente escrito, únicamente se resaltará la condición que Quentin Skinner denomina como “prudencia para desempeñar un papel activo y efectivo en la vida pública”.³ La “prudencia” a la que se refiere el autor se encamina a proscribir cualquier conducta del ciudadano que vaya más allá de su rol público preestablecido, pues la consecuencia de un exceso conllevaría inexorablemente a un acto de corrupción.

Respecto de la interrogante referida al medio idóneo para inculcar la virtud de “prudencia” en el quehacer público, la doctrina se ha preguntado si es suficiente con que el Estado utilice los medios de socialización de información para propagar el mensaje cívico en los ciudadanos; de igual manera, se ha evaluado la legitimidad que tendría la práctica del Estado de sugerir a los ciudadanos desde temprana edad para que introyecten los valores pretendidos; en fin, la discusión sobre el método más racional ha oscilado en diversas posturas sin que hayan podido superar la necesaria barrera de legitimidad e idoneidad. Por tanto, descartando cualquier otro medio estatal, se ha de sostener en la presente obra que la norma jurídica es el único medio suficiente y legítimo para cultivar el valor de “prudencia” en la actuación pública, puesto que la existencia misma de la norma ya impone un modelo de actuación acorde a los valores perseguidos para quienes tengan la posibilidad y capacidad de comprenderla.

-
1. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella, comps., *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad* (Barcelona: Paidós, 2004), 24. En el mismo sentido, Sunstein, sobre la importancia de la participación política de los ciudadanos, ha mencionado que esta no deberá efectuarse en un sentido meramente instrumental, sino que deberá entenderse como un canal para el ejercicio de la ciudadanía en donde primará la empatía, la virtud y el compromiso con el sentido de la comunidad. Véase, Cass Sunstein, “Más allá del resurgimiento republicano”, en *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, comps. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (Barcelona: Paidós, 2004), 160-1.
 2. Thomas Hobbes, *Leviatán* (Ciudad de México: Cruz O., 1999), 148.
 3. Quentin Skinner, “Las paradojas de la libertad política”, en *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, comps. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (Barcelona: Paidós, 2004), 107.

Ahora bien, *prima facie* podría pensarse que la norma jurídica, al ser un medio coercitivo del que se vale el Estado para imponer valores republicanos, lesionaría la libertad y con ello la posibilidad de autodeterminación del ciudadano; pues, como bien pone de relieve Skinner parafraseando a Maquiavelo al decir que “es el hambre y la pobreza lo que vuelve trabajadores a los hombres, y son las leyes las que los vuelven buenos”,⁴ parecería que inexorablemente el costo de una ciudadanía virtuosa se pagaría en moneda de la libertad de los mismos. Sin embargo, este argumento sería correcto siempre que dichas normas jurídicas tuvieran origen en un régimen absolutista, pero allí donde el origen de la ley sea democrático nada habría que objetar sobre su legitimidad.

Además, es indudable que la legitimidad de la norma jurídica respecto de la restricción a la libertad del ciudadano dependerá de la noción de “libertad” que se estime correcta. En ese sentido, la idea de libertad como no dominación es la que —a mi juicio— da en el clavo para justificar el hecho de que la ley no restringe arbitrariamente la libertad⁵. Así, por ejemplo, Santiago Truccone al referirse al ideal de libertad como no dominación prescribe lo siguiente:

La libertad como no dominación se garantiza cuando no hay posibilidad de interferirla arbitrariamente. Aún más, el republicanismo insiste en que la libertad queda restringida no solo por la interferencia fáctica o por la amenaza, sino también por el mero *conocimiento* de que estamos viviendo en dependencia de la buena voluntad de otros.⁶

Para cerrar este apartado, siempre que la norma tenga un origen democrático⁷ y esté encaminada a posibilitar la coexistencia y el próspero desarrollo de la comu-

4. *Ibid.*, 109.

5. Sobre esto, Pettit sostiene que: “bajo la concepción de la libertad como no-dominación, la dominación es necesaria y suficiente para una reducción de la libertad. Y eso significa que, si no hay dominación involucrada, la libertad no se reduce en presencia de interferencia o frustración. (...) Sugiere que, si las personas gobernadas por un estado controlan la interferencia practicada por el gobierno, si controlan las leyes impuestas, las políticas perseguidas, los impuestos aplicados, entonces no pueden sufrir la dominación a manos de sus gobernantes y pueden continuar disfrutando de sus responsabilidades”. Philip Pettit, *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy* (Nueva York: Cambridge, 2012), 152-3.

6. Santiago Truccone, “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, *Revista de Derecho ambiental de la Universidad de Palermo*, ISSN 2250-8120 (2013): 78.

7. El ideal democrático adoptado en el escrito es que a través de su ejercicio los ciudadanos se empapan de los asuntos políticos del gobierno, y de esa manera se ejerce una participación reflexiva sobre lo que resulta o no conveniente para el beneficio de la comunidad. En suma, cuando me refiero al control democrático de las normas jurídicas estoy pensando en un modelo de democracia deliberativa. Sobre esto, Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* (2015): 102, ha indicado: “De acuerdo con esta visión, en una democracia deliberativa, i) todos los potencialmente afectados por una cierta norma intervienen en su creación; ii) el proceso de

nidad, su legitimidad no podrá ponerse en tela de duda. Asimismo, es loable pensar que no existe otro medio más idóneo que la Ley para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones cívicas, puesto que esta ejerce una coerción necesaria mediante las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento. En suma, bajo los términos expuestos, tanto la obligación cívica de actuar con prudencia en la labor pública como también las consecuencias jurídicas que por su incumplimiento se desprendan gozarán de legitimidad política.

DEBERES GENERALES Y ESPECIALES DE LOS CIUDADANOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL: UNA MIRADA ESPECIAL A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Al ser válido el punto de partida en el sentido de que las normas jurídicas con origen democrático gozan de legitimidad, también habrá de aceptarse que los derechos y obligaciones que en dicha normativa se imponen a los ciudadanos deberán ser acatados. Por ello, la preocupación estatal de mantener un sistema de convivencia armónico se persigue a través de la regulación jurídica de la conducta de los ciudadanos. La regla general es que solo las infracciones más severas en contra del sistema de convivencia tengan un tratamiento desde la esfera jurídico-penal, puesto que para el resto de infracciones existen mecanismos jurídicos menos severos y más eficaces para la solución de controversias.

En este sentido, si nos situamos en un contexto en que resulta imperiosa la intervención del Derecho penal para regular y sancionar las conductas más lesivas para el sistema de convivencia, se debe notar que la gran mayoría de normas jurídico-penales están encaminadas a regular la conducta de la ciudadanía en general,⁸ pues la prohibición de matar, robar, lesionar, defraudar, etc., se encaminan a motivar a todos quienes transiten en un espacio geográfico determinado; sin embargo, es evidente que un número cerrado de normas se dirigen a regular la conducta de sujetos especialmente obligados en una esfera de atribución. Lo último puede constatarse con la tipificación

toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una amplia discusión colectiva; y iii) organizada bajo condiciones de igualdad”.

8. En este sentido, un sector de la doctrina sostiene lo que sigue: “la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales”. Puede estudiarse en: Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 8 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 58.

de infracciones de *delicta propria*⁹ en donde se requiere especiales características en el sujeto activo de la infracción para la configuración de un delito.

En esta inteligencia, el legislador, haciendo buen uso de sus atribuciones, ha tipificado ciertas conductas que según la doctrina jurídica pueden ser catalogadas como corruptas. Así, por ejemplo, en el Código Penal de la Nación Argentina puede encontrarse que se desvalora la conducta del funcionario público que en el ejercicio de sus funciones acepta un beneficio de carácter patrimonial para hacer o dejar de hacer un acto dentro de sus competencias (cohecho pasivo y activo),¹⁰ o su vez se prohíbe que los funcionarios públicos en razón de su cargo exijan cualquier beneficio patrimonial para ejecutar u omitir actuaciones (exacciones ilegales o concusión).¹¹ Se tipifica además la desviación de fondos públicos (malversación, peculado),¹² el incremento patrimonial injustificado (enriquecimiento ilícito),¹³ y hasta el uso abusivo de la influencia originada del cargo público para obtener un acto que beneficie ilegítimamente ciertos intereses (oferta y tráfico de influencias),¹⁴ etc.; en fin, es claro que el legislador argentino está plenamente consciente de los deberes especiales que recaen sobre las personas que ejercen tareas vinculadas a la cosa pública, tal es el punto que incluso se habilita criminalizar la omisión de los funcionarios en razón de su posición de garantía frente al normal desarrollo de la administración.

Sobre lo último, con el objetivo de efectuar un parangón y sin la intención de desviarme del tema troncal, llama la atención la técnica legislativa en el Estado ecuatoriano, pues si bien se reconoce una especial gravedad a los delitos de corrupción, a la vez se deja abierta la puerta para facilitar la impunidad de los mismos, lo cual en nada se condice con los presupuestos de elevada rigidez en la prevención y control que exige el republicanismo para erradicar los actos de corrupción. El contexto es el siguiente: tanto la Constitución del Ecuador en el artículo 233¹⁵ como también el Código Orgáni-

9. Así, por ejemplo, Gómez Martín argumenta lo siguiente: “Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue porque en ellos se describe una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”. Víctor Gómez Martín, *Los delitos especiales* (Madrid: EDISOFER, 2006), 15; con criterio semejante, véase: Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 788.

10. Carlos Creus, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6.ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 1998), 270.

11. Edgardo Donna, *Derecho penal. Parte especial*, tomo III (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000), 336.

12. *Ibíd.*, 285.

13. *Ibíd.*, 364.

14. *Ibíd.*, 229.

15. “Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas

co Integral Penal en el art. 16 núm. 4¹⁶ señalan la imprescriptibilidad de la acción y de la pena para los delitos de corrupción; asimismo, se ofrece la posibilidad de efectuar un juzgamiento en ausencia de los imputados; las penas privativas de libertad rondan desde los 3 hasta los 13 años sin tomar en cuenta las eventuales agravantes del caso; y, además, existen inhabilitaciones temporales para el ejercicio de cargos públicos y otras de carácter vitalicio como se da en el delito de peculado.¹⁷

Pero con lo expuesto parecería que existe una especial preocupación por el normal funcionamiento de la cosa pública, cumpliéndose a cabalidad la idea republicana de inculcar virtud cívica mediante la coerción de la norma jurídica; sin embargo, ha sido el mismo legislador quien se ha encargado de enviar un doble discurso a la ciudadanía, puesto que se desprende de la redacción de los tipos penales que solo se prevé la posibilidad de imputar el cohecho, la concusión y el tráfico de influencias a través de conductas de actividad y de omisión, es decir, sea que el funcionario por sí mismo (dominio del hecho) o por interpuesta persona (infracción del deber) cometa el delito de corrupción, de todas formas podrá ser imputado en calidad de autor por los mismos. Todo lo contrario sucede en el delito de peculado, pues, de cualquier forma que se interprete el art. 278 del COIP, este solo se puede cometer a través de una conducta de actividad, es decir, con dominio del hecho, y, en caso de que el funcionario público simplemente desatienda sus tareas y otro ejecute la conducta que atente contra los bienes del Estado, esto quedaría en la impunidad.

Dicha impunidad para los casos de peculado se reafirma aún más con el hecho de que no se ha sancionado una conducta imprudente y, además, se descarta la posibilidad de imputar actos de corrupción mediante conductas omisivas, pues, según el legislador ecuatoriano, en el marco del art. 28 referido a la omisión impropia, únicamente se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de custodia de los bienes jurídicos: “vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”.¹⁸

acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

16. “Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- (...) 4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena”.
17. Puede revisarse en el art. 278 inciso final del Código Orgánico Integral Penal.
18. Puede estudiarse en: Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 28.

Como puede verse, se ha prescrito expresamente que el funcionario no tiene un especial deber de protección del normal funcionamiento de la administración pública, o si se quiere del patrimonio del Estado, por lo que parece ser que el propósito republicano de inculcar virtud cívica en las tareas del ejercicio público no ha sido abrazado completamente por el legislador ecuatoriano. Había dicho, además, que proscribir la posibilidad de imputar delitos omisivos de corrupción, como el peculado, permitiría cierto grado de impunidad, pues dogmáticamente se advierten serios inconvenientes para una imputación de autoría en delitos especiales propios, en caso de prescribirse que solo pueden ser perpetrados mediante conductas de actividad, puesto que estas presuponen necesariamente un dominio sobre el curso lesivo.¹⁹ Veamos un ejemplo para entender la magnitud del problema:

El director del departamento financiero del Ministerio de Salud Pública en el Ecuador tiene como una de sus tareas controlar periódicamente que su equipo de trabajo distribuya los fondos públicos conforme ha sido establecido previamente en la planilla presupuestaria. Sin embargo, el día que le corresponde realizar el control decide no hacerlo por simple holgazanería; luego se advierte que los empleados a su custodia han estado desviando fondos públicos y se produce un serio perjuicio al Estado. En este contexto, para imputar la autoría en un delito de actividad se requiere necesariamente dominio sobre el curso lesivo; no obstante, puede verse que el director ni siquiera estuvo enterado de la mala administración de sus subalternos, por lo que tampoco existiría la posibilidad de imputarle complicidad o instigación. Para estos casos, como es evidente, se requiere la utilización de la estructura del delito omisivo impropio o a su vez de la teoría de la infracción del deber para poder imputarle responsabilidad penal, puesto que no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción al deber de controlar el correcto desarrollo de las actividades puestas a su cargo.

En fin, ya en el contexto jurídico argentino, hay que decir que bajo los presupuestos republicanos de “prudencia” en el ejercicio de tareas públicas, es entendible que los delitos de corrupción denoten una especial gravedad, pues no solo que las penas

19. Así, por ejemplo, Roxin sostiene que la teoría del dominio del hecho supone que el autor debe estar en las siguientes circunstancias: si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción); si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre... (dominio de la voluntad); si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional). Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, 7.^a ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 1999), 337; véase también, Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), capítulo 12, parágrafo 27.

tienen una entidad importante, sino que también acarrearán inhabilitaciones²⁰ para el ejercicio de funciones públicas y, más grave todavía, la declaratoria de imprescriptibilidad²¹ de los mismos. Con esta decisión legislativa se pretende emitir un mensaje claro, pues se prolifera la idea de que un delito de corrupción no es como cualquier otro, incluso viene siendo igual o más grave que un delito contra la vida, a tal punto que el Estado se reserva la facultad de perseguir indefinidamente a quien haya cometido un acto de estas características.

Con todo lo dicho, bien podría cuestionar un funcionario que ha cometido un delito de peculado el por qué el Estado, luego de 15, 20, 25 años, todavía está facultado para perseguirlo penalmente, y en otros delitos especialmente graves como el narcotráfico o incluso delitos contra la vida existe una acotación temporal para criminalizarlos. Lo cierto es que dar una respuesta satisfactoria al cuestionamiento del funcionario corrupto resultaría complejo; sin embargo, se me ocurre que un buen argumento sería resaltarle la existencia de deberes especialísimos para quienes tengan a su cargo el normal desarrollo de la administración pública. Pero bien podría objetar el ciudadano corrupto y decir lo siguiente: ¿por qué constituye un deber especial velar por el normal desarrollo de la cosa pública y cuál sería el argumento para sostener que quitarle la vida a un semejante quebrantaría únicamente un deber general? Y no se me ocurre otra respuesta que explicarle sobre la existencia de intereses preponderantes, pues es evidente que, allí donde existan intereses políticos en juego, siempre habrá algunos de mayor importancia, y esto solo dependerá de la especificidad del contexto social, económico y de la ideología política adscrita. En este caso, siendo que la deshonestidad administrativa conlleva una desestabilización de la estructura misma del Estado, y con ello se produciría un efecto dominó negativo en las demás esferas públicas, la especial gravedad de un suceso de esta naturaleza —pensando en términos republicanos— justificarían las decisiones legislativas que nuestro funcionario hipotético cuestiona.

20. Argentina, *Código Penal de la Nación*, LEY 11.179 (T.O.) 1984 actualizado, arts. 256 y siguientes.

21. Sobre este punto, Argentina Cámara Federal de Casación, “Sentencia”, en *Juicio n.º 12099/1998/T01/12/CFCS*, carátula “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros, recurso de casación”, se ha resuelto en el sentido de que por aplicación directa del art. 36 de la Constitución Nacional resultan imprescriptibles los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado que conlleven enriquecimiento, pues estos atentarán contra el sistema democrático mismo.

TEORÍAS DE LA PENA: UNA FINALIDAD DEL CASTIGO COHERENTE CON EL REPUBLICANISMO

Llegado a este punto, resulta de suma importancia destacar que, si la consecuencia jurídica más severa por el incumplimiento de los deberes generales y especiales que tenemos como ciudadanos de una república es la pena, habría que, en primer lugar, decantarse por una finalidad de la pena que vaya acorde con las ideas republicanas de un Estado. Se debe notar que la discusión sobre la finalidad del castigo es un tema que vuelve cíclicamente en el saber jurídico-penal; no obstante, un error frecuente en la doctrina es analizar las penas en abstracto, obviando las especificidades de cada una de ellas, por lo que para los efectos de la presente investigación se ha de poner el foco de atención únicamente en las penas privativas de libertad. Además, será relevante analizar la postura y propuesta de quienes se muestran renuentes a la imposición de esta clase de penas.

En este sentido, desde una visión en retrospectiva, se pone en evidencia que a lo largo de la producción académica se ha ideado una serie de teorías tendientes a justificar la imposición de la pena privativa de libertad. Desde la Ilustración, autores como Immanuel Kant (retribución en sentido moral) y Friedrich Hegel (retribución en sentido jurídico) han abogado por una teoría absoluta de la pena. Jescheck, por ejemplo, refiriéndose a la teoría defendida por Kant, indica que “la ley penal es un ‘imperativo categórico’ o, con otras palabras, un mandato de la justicia, libre de toda consideración final”;²² por tanto, el único fin de la pena bajo un ideal retributivo (moral) será la imposición de un castigo en razón de la infracción cometida sin que se preste atención al efecto que esta provoque en la sociedad. Con un argumento similar, Hegel —según la pluma de Roxin— sostiene que “el delito es la negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación [...] y con ello el restablecimiento del derecho”.²³ En líneas generales, tanto Hegel como Kant concluyen que la pena privativa de libertad no debe perseguir finalidades intimidatorias ni correctivas, sino únicamente la imposición de un mal como consecuencia del quebrantamiento a la norma; sin embargo, el aporte fundamental que Hegel le da a la teoría retribucionista es que esta no debe entenderse como un castigo en términos de la “ley del Talión”, sino como una equivalencia entre el delito y la pena, lo que ya supone introducir una

22. Hans Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego (Granada: Comares, 1993), 61; en el mismo sentido, véase también: Mariano Silvestroni, *Teoría constitucional del delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 26.

23. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 2003), 83. También así lo resalta Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed. (Barcelona: Reppertor, 2011), 78.

idea de responsabilidad solo en la medida de la culpabilidad por el hecho. A mi juicio, este último aporte reviste una importancia mayúscula pues encorseta la posibilidad de sancionar una conducta con penas desproporcionadas.

Por otro lado, existen teorías relativas que están encaminadas a la corrección del comportamiento de los ciudadanos; así, por ejemplo, Von Liszt sostenía que la teoría de la prevención especial consistía en el aseguramiento de la sociedad frente a los delincuentes, para lo cual era esencial que estos sean encerrados para intimidar al autor y de esa manera evitar que cometan delitos en el futuro, además se debía procurar su corrección durante el encierro para erradicar las reincidencias.²⁴ No obstante, Liszt sostenía que el tratamiento que debía darse a los penados tenía que variar según las características del autor, lo cual supuso clasificar a los criminales de la siguiente forma: a) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; b) Intimidación del delincuente que no requiere corrección; c) Inocuidación del delincuente que carece de capacidad de corrección.²⁵ La doctrina ha calificado a la teoría de Liszt como “prevención especial negativa”, pues rondaba en sus presupuestos un argumento peligrosista que violaba expresamente el principio de Derecho penal de acto, nada diferente —a mi juicio— de los criterios aberrantes del positivismo criminológico de Lombroso, Ferri y Garófalo.

Ahora bien, la teoría de la prevención especial tuvo un reverdecir en la segunda mitad del siglo XX, sus idearios se alejaron de los criterios peyorativos con los que se clasificaba a los infractores y se centraron en un ideal resocializador. Sobre esto, Bacigalupo indica que la renovada prevención especial se caracteriza por un concepto pedagógico-social tendiente al tratamiento y eventual reincorporación del ciudadano a su comunidad;²⁶ por ello, en tanto que ciudadanos de una comunidad, parece lógico seguir esta teoría que persigue la reincorporación de nuestros conciudadanos, pues constituye un deber cívico procurar la consolidación del pueblo.

El otro lado de la moneda en las teorías relativas es la concepción de prevención general. Antiguamente, Von Feuerbach desde un punto de partida contractualista sostenía que, al ser el principal objetivo del Estado la creación de condiciones jurídicas para la coexistencia de los ciudadanos, irremediabilmente se tendrá que acudir a me-

24. Liszt, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, ZStW 3 (1883), 1. citado en Roxin, *ibíd.*, 87. Ese criterio preventivo especial también lo resalta y critica, Francisco Muñoz Conde, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)” (*Polit. crim.* n.º 7, 2009), 10.

25. En Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo I, 1905, 166, citado en Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 35.

26. *Ibíd.*, 36.

dios coercitivos para lograr tal cometido.²⁷ Sobre la naturaleza de la prevención general de Feuerbach —dice Donna—, esta tiene como finalidad la intimidación de los ciudadanos que posiblemente quebranten alguna norma, además, persigue la aplicación efectiva de la sanción legal, puesto que, de no ser así, no habría tal intimidación.²⁸ A raíz de la intimidación sobre el ciudadano que supone esta teoría, la doctrina la denominó prevención general negativa; y como reacción a esta, otro sector doctrinal sentó las bases de lo que supondría ser una teoría de la prevención general positiva. Rusconi por ejemplo, sostiene que su ideación debe ser atribuida al profesor Jakobs quien coloca el Derecho como instrumento de estabilización social.²⁹ En suma, el eje central de esta teoría es que la pena tiene una función de ratificación y aseguramiento de la validez normativa sin la cual se quebrantaría el normal desarrollo de la vida social.³⁰

Como es costumbre en el saber jurídico, cada una de las teorías que fueron descritas han sido fuertemente criticadas, por ejemplo: sobre las teorías absolutas se ha dicho que no es lógico servirse de una pena que prescindiera por completo de fines sociales, puesto que, si el Derecho penal persigue la protección subsidiaria de bienes jurídicos,³¹ el ideal de protección —mediante la prevención— para lograr una convivencia pacífica sería inalcanzable si la pena no genera un efecto disuasorio en la sociedad. A lo sumo podría rescatarse —dice Roxin— la concepción de pena en la medida de la culpabilidad que se desprende de la retribución hegeliana, pero esta no sería suficiente pensando en los fines que el Derecho penal proclama.³²

Por su parte, a las teorías de la prevención especial, tanto para la negativa como para la positiva (resocialización), de igual forma se le pueden efectuar algunas críti-

27. Anselm Von Feuerbach, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), 8; así también lo pone sobre la escena, Edmund Mezger, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958), 371.

28. Edgardo Donna, *Derecho penal. Parte general*, tomo I (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006), 285.

29. Maximiliano Rusconi, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016), 74; véase, también, Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, trad. Manuel Cancio Meliá (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 15.

30. *Ibíd.*

31. Sobre el objeto de protección del Derecho penal, en los últimos años se ha visto un incremento de la doctrina funcional sistémica que desplaza la noción de bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal y a su vez centran el foco de atención en la protección de la norma jurídica como un valor indispensable para la sociedad. Sin embargo, la doctrina encaminada a proteger bienes jurídicos sigue siendo dominante. Así pues, pese a no ser funcionalista, Hans Welzel, *Derecho penal. Parte general*, trad. Fontán Balestra (Buenos Aires: Depalma, 1956), 3, sostenía que: “Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico”.

32. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 84.

cas: a la teoría especial-negativa le aparecen críticas por donde se la mire, pues el solo hecho de pretender inocular a un ciudadano se estaría vulnerando el derecho a la dignidad humana, por lo que no debería ni siquiera tomarse en cuenta una teoría de estas características en un Estado democrático de Derecho; respecto de la especial-positiva, entiendo que sus presupuestos son válidos y legítimos pero su aplicación por sí sola carecería de consistencia, ya que, siendo su fundamento un ideal resocializador, no ofrecería resultados satisfactorios para los ciudadanos que no necesiten ser resocializados; esto puede suceder cuando estemos frente a conductas imprudentes o bien ante el perpetrador de un delito sumamente grave pero que dicha conducta sea absolutamente aislada según su correcto comportamiento mostrado a lo largo de su vida; bajo estas circunstancias, aquellos sujetos no podrían ser sancionados por no necesitar resocialización.³³ Además, no hay que obviar que la prevención especial-positiva está condicionada a su comprobación empírica, pues formalmente bien podría exaltarse las bondades de esta teoría encaminadas a reinsertar exitosamente a los penados, pero, si materialmente no es eficaz o, lo que es igual, no se traduce en un acortamiento de la reincidencia, sería una teoría obsoleta.

Sobre las teorías de la prevención general, de igual manera podría criticarse la concepción ideada por Feuerbach de que su aspiración de coacción psicológica mediante la norma carece de sustento empírico, ya que si el delincuente reflexionara sobre los costos y ventajas de su conducta antijurídica,³⁴ aquello derivaría irremediabilmente en una rebaja de las tasas delictivas, puesto que cualquier individuo con cinco dedos de frente se decantaría por el respeto a la norma y con ello mantener sus derechos como ciudadano. Podría objetarse también que tanto la prevención general negativa como también la positiva de Jakobs detonan en la imposibilidad de encorsetar las pretensiones punitivas desmedidas del Estado, en razón de que, si se arguye que “a mayor pena, mayor disuasión”, se estaría legitimando la imposición de penas privativas de libertad draconianas que lesionarían frontalmente la dignidad del ser humano.³⁵

33. Roxin, por ejemplo, se pregunta cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente. Por lo que, según su entendimiento, la teoría preventivo-especial por sí sola no sería suficiente. *Ibíd.*, 89.

34. En esta línea de pensamiento, Rawls parece compartir esta visión cuando dice: “el castigo funciona como una clase del sistema de precios: modificando los precios que uno tiene que pagar por el rendimiento de las acciones, se proporciona un motivo para evitar que se realicen ciertas acciones y para que se realicen otras”. Citado en Gargarella, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, 106.

35. Desde un enfoque filosófico, bien podría hacerse lugar a las críticas que efectuarían kantianos y hegelianos sobre que adoptar una tesis de disuasión supone la instrumentalización del ciudadano. Argumentos de esta índole pueden encontrarse en la obra *Introducción a la metafísica de las costumbres* de Kant, que ha sido aludida en la obra de Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 47, para criticar la prevención general negativa.

Bien, expuestas que han sido las críticas y antes de tomar postura sobre cuál de las teorías de la pena resulta compatible con el ideal republicano, se estudiará la tesis de quienes argumentan sobre la posibilidad de prescindir de la antiquísima noción de castigo y adoptar un modelo más racional consecuente con los objetivos de ciudadanía republicana. En esta línea, Roberto Gargarella se pregunta lo siguiente: “¿Qué deberían decir los republicanos frente a un crimen cometido dentro de un contexto de integración legal, es decir, en una situación en donde las precondiciones de la responsabilidad delictiva se encuentran razonablemente satisfechas?”. El autor argentino responde que la medida a adoptarse en ese contexto debe ser netamente inclusiva y orientada a la comunidad, lo que significaría una concepción comunicativa de la pena.³⁶

Todo esto supone que los rasgos del reproche en términos republicanos de ninguna manera podrían direccionarse a la exclusión del ciudadano, pues esto reafirmaría y reproduciría los conflictos del individuo caído en la desgracia punitiva; para el republicanismo —dice Gargarella— lo peor que puede hacerse con los delincuentes es separarlos de aquellos que los quieren y les dan afecto, y “conectarlos” con otras personas que también han actuado de manera antijurídica,³⁷ puesto que aquello únicamente alimentaría el delito. A todo esto, la alternativa puntual a la privación de libertad sería la concepción doctrinal de “justicia restaurativa”, que en teoría devolvería el conflicto a las partes para que en una dinámica de diálogo y negociación se llegue a resolver los conflictos y pueda arribarse a una reconciliación. En el mismo sentido, Márquez tiene escrito que la justicia restaurativa “es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”.³⁸

En este punto, el lector podrá darse cuenta de que el problema no parece estar en las teorías que fundamentan la respuesta penal, sino en la manera de ejecutar las consecuencias jurídicas a raíz del quebrantamiento normativo. Sin embargo, para tomar postura sobre las teorías existentes, aquí se defenderá la idea de que las teorías de la pena analizadas de forma aislada no son suficientes por sí solas para justificar una pena privativa de libertad, pues, como se ha evidenciado en líneas anteriores, cada una de ellas adolece de imperfecciones. A mi juicio, la justificación de la pena debe conformarse por criterios de prevención general positiva, especial positiva, y estos a su vez deberán estar encorsetados por el principio de culpabilidad.³⁹ No obstante,

36. Gargarella, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, 105.

37. *Ibid.*, 108.

38. Álvaro Márquez. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y valores* 10, n.º 20 (2007): 203.

39. Este ha sido el criterio defendido por Roxin en su tratado de Derecho penal y recientemente se ha reafirmado en el mismo en un *paper*; puede revisarse en Claus Roxin, “El nuevo desarrollo de la dogmática

parece ser que la discusión troncal ronda el supuesto de si esta finalidad conglobada de la pena a la que me he adherido es reconciliable únicamente con la imposición de una pena privativa de la libertad o si, por el contrario, también puede dialogar armónicamente con el ideal de justicia restaurativa en donde se aboga por la erradicación de las consecuencias restrictivas de la libertad. Veamos a continuación:

En términos de prevención general positiva no se avizora ningún inconveniente en aceptar esta última tesis, pues el mensaje que se enviaría a la ciudadanía sería el siguiente: “La norma jurídica está vigente y con ello se pretende proteger los bienes jurídicos del resto de ciudadanos, su incumplimiento tendrá consecuencias jurídicas pero no de carácter privativa de la libertad pues se ha demostrado empíricamente su inidoneidad; no obstante, sí habrá una consecuencia coercitiva que el ciudadano deberá cumplir para reparar y tratar de reestablecer en la medida de lo posible los efectos nocivos que se haya provocado”. En términos de prevención especial positiva se vería reflejada aún más la consonancia, pues el Estado de una vez por todas dejaría la hipocresía de la idea de resocialización a través de medios que únicamente sirven para agravar el conflicto individual y social; la relación entre prevención especial positiva con la “justicia restaurativa” se daría bajo un ideal de racionalidad, pues el método para inculcar los valores propios de una comunidad republicana no estaría marcado por la violencia, miseria o disrupción familiar, propio de un modelo carcelario, sino en términos de respeto a la dignidad de los ciudadanos, procurando utilizar vías apropiadas para la solución de conflictos. Por último, como es lógico, únicamente se deberá adoptar procedimientos de “justicia restaurativa” cuando la conducta del ciudadano sea culpable de lesionar un bien jurídico.

Con todo lo argumentado, es claro que la finalidad del reproche estatal bajo presupuestos de prevención especial, general positiva y culpabilidad resultan ser ambivalentes, debido a que sirve para los supuestos en donde es factible utilizar un modelo de “justicia restaurativa” y además sirve para fundamentar los casos en donde inexorablemente se requiere la imposición de una pena privativa de libertad, pues sería caer en un peligroso romanticismo sostener que todos los delitos deben ser contrarrestados mediante un modelo de diálogo y negociación; lo cierto es que, ante delitos de especial gravedad como el terrorismo, genocidio y otras conductas semejantes, irremediamente se deberá acudir al régimen de castigo que tanto cuestiona el ideal republicano; en este último supuesto, lo importante será abogar por la reformulación

jurídico-penal en Alemania”, trad. Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila (Barcelona: *InDret*, 2012), 9; asimismo, uno de sus discípulos lo sigue en esta formulación, véase Joachim Rudolphi, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación penal”, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 93.

del actual sistema penitenciario plagado de malas prácticas y de esa manera reducir en la medida de lo posible las consecuencias perniciosas inherentes al encierro.

CONCLUSIONES

- Ser ciudadano de una república implica asumir un rol protagónico en los asuntos de carácter público, esto es un presupuesto necesario para vivir en democracia y asegurar la noción de autogobierno. Todo esto significa que un ciudadano gozará de tantas libertades como su participación pública le asegure; consecuentemente, un Estado no responderá a un papel estático, pues deberá procurar el establecimiento de un orden jurídico que asegure los derechos y obligaciones de sus habitantes, y, siendo que la imposición de un régimen de comportamiento puede coartar la libertad individual, su legitimidad estará supeditada a cuán robusta sea la práctica democrática.
- La ciudadanía republicana trae implícita deberes generales y especiales para los ciudadanos, y estos se encuentran prescritos en las normas jurídicas. El incumplimiento de deberes generales y especiales que lesionan de peor manera los valores comunitarios tienen relevancia penal y la consecuencia jurídica más severa es la pena privativa de libertad.
- Los deberes generales de los ciudadanos aseguran, en lo principal, una convivencia pacífica y de respeto mutuo. Sin embargo, ante la imperiosa necesidad de resguardar ciertos aspectos troncales de la vida en comunidad, como por ejemplo la administración de la cosa pública, el legislador ha procurado imponer deberes especiales a quienes se desenvuelvan en este ámbito, pues se teme que una conducta que lesione el normal desenvolvimiento de dichas tareas podría menoscabar la estructura misma del Estado, acarreando un perjuicio para la comunidad en general. Consecuentemente, cualquier ciudadano que se muestre irreverente ante las normas especiales en el ámbito de la administración pública deberá ser catalogado como corrupto y, por ello, las consecuencias jurídicas son y deberán ser las más drásticas.
- La doctrina mayoritaria sobre la finalidad de la pena se decanta por adoptar un modelo mixto que tome en consideración la prevención especial positiva, prevención general positiva y el principio de culpabilidad. No obstante, estas teorías fundantes de la pena no están pensadas únicamente para justificar la pena privativa de libertad, sino que pueden dialogar armoniosamente con la idea de “justicia restaurativa” que se caracteriza por el diálogo y la conciliación entre las partes que han protagonizado el conflicto, y de esa manera buscar ponerles fin a las controversias, sin que sea necesario acudir a la nociva práctica del encarcelamiento.

- Sin perjuicio de los beneficios que pueda traer consigo un modelo de “justicia restaurativa, no se debe dejar de notar que existen delitos de una gravedad mayúscula que afectan a la humanidad misma y, ante tales supuestos, la antiquísima y siempre cuestionada pena restrictiva de libertad será la única alternativa; el reto estará en identificar cuando estemos frente a uno y otro caso para adoptar las medidas acertadas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Creus, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- Donna, Edgardo. *Derecho penal. Parte especial*, tomo III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- . *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006.
- Feuerbach, Anselm Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- Gargarella, Roberto. “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* (2015): 101-15.
- Gómez Martín, Víctor. *Los delitos especiales*. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Ciudad de México: Cruz O., 1999.
- Jakobs, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- Liszt, Franz Von. “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, ZStW 3 (1883), 1, citado en Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- . *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo I, 1905, citado en Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Márquez, Álvaro. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y valores* 10, n.º 20 (2007): 201-12.
- Mezger, Edmund. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco. “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)”. *Revista Política Criminal*, n.º 7 (2009): 1-16.

- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*, vol. 8. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Ovejero, Félix, José Luis Martí y Roberto Gargarella, comps., *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004.
- Pettit, Philip. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. Nueva York: Cambridge, 2012.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, 7.^a ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- . *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- . “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”. Trad. Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila. *InDret*, n.º 4 (2012).
- Rudolphi, Joachim. “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación penal”. En *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, coordinado por Bernd Schünemann y Jesús María Silva Sánchez, 81-93. Madrid: Tecnos, 1991.
- Rusconi, Maximiliano. *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.
- Silvestroni, Mariano, *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Skinner, Quentin. “Las paradojas de la libertad política”. En *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, compilado por Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella, 93-114. Barcelona: Paidós, 2004.
- Sunstein, Cass. “Más allá del resurgimiento republicano”. En *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, compilado por Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella, 137-90. Barcelona: Paidós, 2004.
- Truccone, Santiago. “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”. *Revista de Derecho ambiental de la Universidad de Palermo* (2013): 59-98.
- Welzel, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

LEGISLACIÓN

- Argentina. *Código Penal de la Nación*, LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado).
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2009.

FALLOS JURISPRUDENCIALES

- Argentina. Cámara Federal de Casación. “Sentencia”. En *Juicio n.º 12099/1998/T01/12/CFC8*. 29 de agosto de 2018.

Colaboradores

José Antonio Burneo Burneo: ecuatoriano. Máster en Derecho, mención Derecho de Mercado, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado por la Universidad Nacional de Loja. Juez de lo Contencioso Administrativo.

José Antonio Burneo Carrera: ecuatoriano. Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad de las Américas. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Palermo, Buenos Aires.

María Bernarda Carpio Frixone: ecuatoriana. Especialista Superior en Tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Funcionaria del Departamento de Normativa Tributaria de la Dirección Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas.

David Mauricio Castillo Aguirre: ecuatoriano. Especialista Superior en Derechos Humanos y magíster en Derechos Humanos con mención en Exigibilidad Estratégica por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad de Los Hemisferios. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Hemisferios y docente de las cátedras Derechos Humanos y Teoría de los Derechos Fundamentales. Consultor y asesor de ONG e instituciones gubernamentales en materia de derechos humanos.

Carla Verónica Espinosa Cueva: ecuatoriana. Magíster y especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Posgrados en Derechos Humanos y Operaciones Civiles, Georgia, Estados Unidos. Abogada y doctora en Jurisprudencia por la PUCE. Docente e investigadora en las áreas de Argumentación Jurídica, Derecho Constitucional, Procesal y Laboral. Autora de libros y artículos relacionados con el Derecho.

Erick Fabián Guapizaca Jiménez: ecuatoriano. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Trabajó como coordinador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Producción del Ecuador. En la actualidad es asesor de una de las juezas de la Corte Constitucional del Ecuador.

María Paula Marroquín Ruiz: ecuatoriana. Egresada de Jurisprudencia por la Universidad San Francisco de Quito. Becaria de excelencia Justinianus. Representante de las universidades privadas en la Asamblea de Educación Superior. Miembro fundador de la Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia de la USFQ.

Frank Luis Mila Maldonado: español. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Doctor en Educación por la Universidad Santa María, Caracas. Abogado, especialista en Derecho Penal y en Derecho Procesal. Coordinador de Investigación de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo.

Efraín Fernando Muy Pérez: ecuatoriano. Especialista superior en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Abogado en libre ejercicio. Docente en Cecapaustro, Centro de Formación y Capacitación para Personal de Seguridad Privada.

María Gracia Naranjo Ponce: ecuatoriana. Especialista superior en Tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada y licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco de Quito. Asesora de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador.

María Dolores Núñez Ávila: ecuatoriana. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia. Máster en Derecho de la Empresa con Asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal por la Universidad de Valencia. Abogada, licenciada en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca.

María Lorena Rivadeneira Vásquez: ecuatoriana. Especialista superior en Tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ingeniera en Ciencias Administrativas y técnico superior en Administración de Negocios por la Universidad Panamericana de Cuenca.

Elisa Sierra Hernaiz: española. Doctora en Derecho y profesora de la Universidad Pública de Navarra en el Área de Conocimiento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sus principales líneas de investigación versan sobre la igualdad real de género en el mercado laboral; la prevención de riesgos laborales y la protección de datos en el ámbito de la relación laboral. Ha dirigido cursos de formación específicos sobre la implantación de Planes de Igualdad en la empresa.

Vicente Vásquez Merelo: ecuatoriano. Escritor. Socio fundador de la firma jurídica "VIRTUS LAW FIRM". Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra, y con estudios de posgrado en Buenos Aires, Argentina.

Karla Ayerim Yánez Yánez: venezolana. Abogada por la Universidad Santa María, Caracas. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo, Otavalo-Ecuador. Exfuncionaria del Ministerio Público de Venezuela. Docente e investigadora independiente.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publica únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *FORO* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <https://bit.ly/2t4CDxT>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima: entre 6 mil a 8 mil palabras, considerando el cuerpo del artículo como las citas al pie y la lista de referencias.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
 - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).
 - Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más destacados y principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación

del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.

- Abstract en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y estilo si es necesario.
 - Palabras clave en español / keywords en inglés: 6 máximo. Se recomienda el uso del Thesaurus de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
 - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
7. Estilo, citas y referencias: *FORO* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).

Proceso editorial

- *FORO* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimaré el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.
- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean

evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.

- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección orto-tipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de 3 días para hacerlo.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <revista.foro@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Eduardo Calero J., *Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano*. Vol. 7. Derecho y Sociedad. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

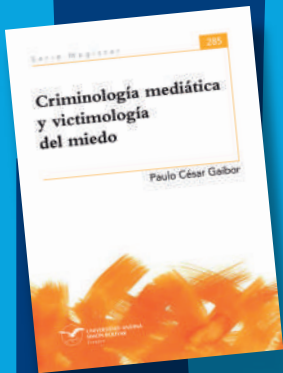
La discusión sobre los derechos culturales, el rol que cumple la libertad de creación y expresión artística como derecho humano y la recepción constitucional en el caso ecuatoriano son los temas de reflexión del libro *Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano*. Esta publicación recoge un conjunto de reflexiones sobre una temática escasamente estudiada por la academia ecuatoriana, que refleja el pensamiento crítico y libertario del autor.

Este estudio busca contribuir, a partir de un auténtico replanteamiento del pensamiento jurídico, a la tarea de recuperar la naturaleza libertaria de los derechos culturales, además de destacar la necesidad del restablecimiento de su carácter antagónico al despotismo, al autoritarismo, a los poderes arbitrarios, desde un auténtico empoderamiento de todas las personas con el fin de, finalmente, salvaguardar y defender la dignidad humana.

Paulo César Gaibor Iza, *Criminología mediática y victimología del miedo*. Vol. 285. Serie Magíster. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020.

Este libro analiza y cuestiona la capacidad de los medios de comunicación de multiplicar o seleccionar los aspectos de la convivencia que configuran la cotidianidad y que, guiados por su propia lógica, son capaces de influir en una legislación a base de una emoción poderosa y paralizante: el miedo.

El miedo en el mundo moderno adquiere una forma indefinible y difusa; la sociedad crea violencia y vende seguridad; la víctima del delito abandona su papel humano, su rol ciudadano, y se convierte en protagonista de una tragedia televisada y portavoz de un discurso criminológico que deja en segundo plano un análisis de fondo de los problemas sociales que son fuente de inseguridad y de temor. Una incidencia política real no debe desconocer el rol de la emocionalidad en la subjetividad pública, que constituye un factor clave del éxito o el fracaso de la implementación de decisiones de política criminal o de legislación penal.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

