

Revista de
Derecho

FORO

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional

TEMA CENTRAL

Desafíos jurídicos en la sociedad global

Legal Challenges
in Global Society

40

II semestre 2023

FORO

Revista de Derecho

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Julio-diciembre 2023 • Número 40

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.

DIRECTOR: Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

EDITORA: Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

EDITORA ADJUNTA: Dra. María Augusta León, UASB-E (Ecuador).

EDITORA TEMÁTICA: Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

COEDITOR TEMÁTICO: Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dra. Lilian Balmant (Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Rafael Lara (Universidad Pública de Navarra. España), Dr. Germán Pardo Carrero (Universidad de Rosario. Colombia), Dr. Fernando Serrano Antón (Universidad Complutense de Madrid. España), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. 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: Dr. Fausto Quizhpe Gualán.

DIAGRAMACIÓN Y SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega. **CORRECCIÓN:** Grace Sigüenza. **CUBIERTA:** Edwin Navarrete. **IMPRESIÓN:** Marka Digital, Av. 12 de Octubre N21-247 y Carrión, Quito.



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**



**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: *Catálogo 2.0 de Latindex*, *CLASE*, *DOAJ*, *Dialnet*, *ERIH PLUS*, *Redalyc*, *REDIB*, *SciELO Ecuador*, entre otros, y es miembro de *LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas)*.

Contenido

Editorial <i>César Montaña Galarza y Claudia Storini</i>	3
---	---

TEMA CENTRAL

DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA SOCIEDAD GLOBAL

Apuntes y reflexiones sobre el dolo y su regulación en el derecho penal ecuatoriano <i>Pablo Andrés León González</i>	7
Laboralidad de los contratos entre los repartidores y las aplicaciones informáticas <i>Angélica Porras Velasco</i>	29
La adolescencia trans y su decisión sobre su identidad y su vida sexual <i>Yandri Vladimir Chinga Aspiazu</i>	47
El proceso de transición justa: los empleos verdes como instrumentos para su implementación <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	69
Globalización económica y del derecho constitucional <i>Johanna Elizabeth Jiménez Torres</i>	83
Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia <i>Rafael Lara González y Aránzazu Pérez Moriones</i>	105
Al lado del camino: solas, desiguales y desprotegidas <i>Laura Yaneth Rivera Revelo, Elizabeth Rivera Revelo y Mario Alexander Rivera Revelo</i>	125
La regresión del Estado de derecho en la Unión Europea: el caso húngaro <i>Juan Diego Arregui Acosta</i>	143

RECENSIÓN

César Montaña Galarza y Claudia Storini, editores, <i>MIRADAS CONSTITUCIONALES A MEDIO SIGLO DE INTEGRACIÓN ANDINA</i> , por Manuel Leonardo Guamán González	160
--	-----

ÍNDICES DE *FORO*, n.º 31-40

Autores • Artículos • Recensiones	163
Colaboradores	171
Normas para colaboradores	173

Content

Preface
César Montaña Galarza and Claudia Storini 3

CENTRAL THEME

LEGAL CHALLENGES IN GLOBAL SOCIETY

Notes and Reflections on Fraud and its Regulation in Ecuadorian Criminal Law
Pablo Andrés León González 7

Labor Nature of Delivery Contracts and Computer Applications
Angélica Porras Velasco 29

Trans Adolescence and their Decision about Identity and Sexual Life
Yandri Vladimir Chinga Aspiazu 47

Just Transition Process: Green Jobs as Instruments for Implementation
Elisa Sierra Hernaiz 69

Economic and Constitutional Law Globalization
Johanna Elizabeth Jiménez Torres 83

Towards a Preventive Restructuring of Viable Companies
in Spanish Insolvency Law
Rafael Lara González and Aránzazu Pérez Moriones 105

By the Side of the Road: alone, unequal and unprotected
*Laura Yaneth Rivera Revelo, Elizabeth Rivera Revelo
and Mario Alexander Rivera Revelo* 125

European Union Backsliding in the Rule of Law: The Hungarian Case
Juan Diego Arregui Acosta 143

REVIEW

César Montaña Galarza y Claudia Storini, editores, *MIRADAS CONSTITUCIONALES
A MEDIO SIGLO DE INTEGRACIÓN ANDINA*, by *Manuel Leonardo Guamán González* 160

FORO INDEX JOURNAL ISSUES 31-40

Authors • Essays • Reviews 163

Collaborators 171

Rules for Collaborators 173

Editorial

Con la edición número 40 de la revista *Foro*, el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, celebra su vigésimo aniversario. El primer director de la publicación fue José Vicente Troya Jaramillo, y el primer editor César Montaña Galarza.

El número 1 salió a luz en el primer semestre de 2003, y el tema central era “Derecho de la competencia”. En la presentación de este número, José Vicente Troya escribía que la revista sería un instrumento necesario para: “proyectar la imagen del área en el ámbito académico nacional, andino y en general internacional habida cuenta que en el país ha sido pionera de los estudios jurídicos de posgrado y de que su producción jurídica ha alcanzado un significativo grado de madurez”; consideraba que *Foro: Revista de Derecho* debía ser como “una casa abierta” para recibir colaboraciones de la comunidad jurídica nacional e internacional, reafirmando así la vocación de nuestra casa de estudios, la de ser “una universidad al servicio de la universidad”.

Han pasado veinte años y nuestra institución de posgrado ha venido abriendo cada vez más sus brazos a la comunidad científica del país y del exterior. Hoy podemos hablar de comunidad científica, porque la revista *Foro* ya no entiende al derecho como algo que solo pertenece a juristas, en ella también han escrito sociólogos, economistas, historiadores, entre otros. Los 309 artículos publicados desde entonces tratan un amplísimo abanico de temas neurálgicos en ámbitos como el derecho constitucional, derecho de la integración, derecho de los mercados internacionales, derechos humanos, derecho tributario, derecho de familia, género, nuevas tecnologías, derechos de la naturaleza y pluralismo jurídico, solo por citar algunos.

Este largo recorrido ha permitido que la revista, por su amplia difusión e interés que genera, forme parte de importantes bases a nivel regional, como Redalyc, DOAJ, ERIH PLUS, Dialnet, y otras. En 2022, *Foro* se convirtió en la primera revista de derecho del país en alcanzar la indexación en SciELO (Ecuador).

Este número 40 incorpora una selección de artículos que, manteniendo el nivel académico que se busca permanentemente, se refieren al tema central que es “Desafíos jurídicos en la sociedad global”. Analizar la globalización

implica entender que en su despliegue intervienen transformaciones históricas de orden muy diverso; se trata de cambios en las sociedades que sugieren una sistemática compenetración de diferentes factores que convierten el proceso de globalización en objeto de estudio e interés de diferentes disciplinas, las cuales aportan ideas para interpretar desde cada uno de sus ámbitos la influencia de este fenómeno preponderantemente económico. Esta edición está dedicada a examinar el proceso de globalización y a realizar una lectura para intentar responder a la pregunta acerca de cuáles pueden ser los desafíos del derecho en un contexto globalizado. Propósitos que suponen dar cuenta de las orientaciones o reflexiones de los estudiosos del derecho, de la filosofía y la sociología alrededor del tema, con el fin de abrir un espacio en el cual se plantee un análisis crítico y detallado de la globalización, para comprender su impacto en la transformación del papel del Estado, en la dinámica social, en la creación de normas y en la asunción de un derecho que necesariamente debe dejar de lado una visión monolítica y disciplinaria, para abrirse a una nueva concepción a través del “pluralismo jurídico”.

Se trata una vez más de una propuesta innovadora que, después de dos décadas de recorrido, aún mantiene plena vigencia, siguiendo, aunque no de manera absoluta, el espíritu de la línea trazada en inicio por José Vicente Troya, y que hace del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de su revista un verdadero “universo al servicio de la universidad”.

César Montaña Galarza y Claudia Storini

TEMA CENTRAL

DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA SOCIEDAD GLOBAL

Apuntes y reflexiones sobre el dolo y su regulación en el derecho penal ecuatoriano

*Notes and Reflections on Fraud and its Regulation
in Ecuadorian Criminal Law*

Pablo Andrés León González

Abogado, Universidad del Azuay

Cuenca, Ecuador

pabloleonlegal77@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.1>

Fecha de recepción: 21 de noviembre de 2022

Fecha de revisión: 3 de enero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En el presente artículo se analiza la actual inclinación del legislador ecuatoriano, de identificar al dolo como una situación interna del autor del injusto penal, mediante la definición expresa del conocimiento y la voluntad en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Esta definición expresa ha generado dos consecuencias opuestas: por una parte, el retroceso en el avance del dolo al actual tráfico social (negativa), y por otra, la seguridad jurídica que se le brinda al autor del injusto penal (positiva). Del análisis de estas dos consecuencias se reconoce que el derecho penal ecuatoriano opta por la seguridad jurídica, en detrimento del avance del dolo y del derecho penal. Al respecto, se invita a la reflexión sobre este particular con el objetivo de encontrar una forma de legitimar este avance del dolo en el tráfico social, sin violentar derechos constitucionales. Para lograr esto, como primer paso, se debe cambiar la actual inclinación del legislador, mediante la normativización del dolo. Así, mediante el empleo de una metodología inductiva y hermenéutica, se emprende una labor de legitimación de esta normativización en el derecho penal ecuatoriano, llegando finalmente a concluir en su viabilidad. Esto se lo hace sin reconocer una normativización plenamente estandarizada, sino también tomando en cuenta criterios que respeten la dignidad humana, mediante la evitabilidad individual.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, tipo subjetivo, imputación subjetiva, dolo, normativización, evitabilidad individual, constitucionalización, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This article analyzes the current inclination of the ecuadorian legislator, to identify mens rea as an internal situation of the perpetrator, through the definition of knowledge and will in the Código Orgánico Integral Penal (COIP). This definition has generated two opposite consequences, on the one hand, the regression in the advance of mens rea to the current social traffic (negative), and on the other, the legal certainty afforded to the perpetrator (positive). From the analysis of these two consequences, it is recognized that ecuadorian criminal law opts for legal certainty. In this regard, a reflection on this particular issue is invited, with the aim of finding a way to legitimize this advance of mens rea in social traffic, without violating constitutional rights. To achieve this, as a first step, mens rea must be changed, through its normativization. Thus, through the use of an inductive and hermeneutic methodology, a work of legitimization of this normativization is undertaken, finally concluding in its viability. This is done without recog-

nizing a fully standardized normativization, but also taking into account criteria that respect human dignity, through individual avoidability.

KEYWORDS: criminal law, subjective type, subjective imputation, mens rea, normativization, individual avoidability, constitutionalization, legal certainty.

FORO

INTRODUCCIÓN

La cuestión del tipo subjetivo es una de las discusiones más importantes de la dogmática jurídico-penal. Su evolución ha sido relevante a efectos de iniciar la determinación de cuándo estamos ante la presencia de un delito. Ha sido el finalismo el que lo ha ubicado en el tipo penal y no en la culpabilidad (tal como lo hacía el causalismo), cuestión que ha perdurado hasta nuestros días. Este contenido del tipo subjetivo, y del dolo en particular, ha aterrizado en la dogmática latinoamericana a paso lento, aunque con una aceptable labor legislativa. Sin embargo, estos planteamientos iniciales se han inclinado por la idea de que el dolo es un estado mental cuya comprobación se la realiza en un ámbito psicológico del sujeto.

En Ecuador no ha sucedido distinto. Desde la Constitución de 2008, con la constitucionalización del derecho penal, se ha tratado de adaptar el contenido del dolo a estas perspectivas dogmáticas mayoritarias; y aunque ha tomado algo de tiempo, aparentemente se ha logrado consolidar con las reformas de 2019. No obstante, la inclinación del legislador ha sido la de identificar al dolo como una situación interna del autor (psicológica).

Esto ha llevado a que el Código Orgánico Integral Penal defina expresamente qué es el dolo y qué elementos lo componen. De tal manera que todo lo que no se ajusta a esos parámetros no es dolo. Ante esto se puede identificar que la cuestión genera dos consecuencias opuestas. La primera es un problema, pues el hecho de tener definido el dolo ha causado el estancamiento de su contenido, impidiendo que se ajuste al avance del tráfico social y a una política criminal efectiva. Por otro lado, es un acierto, pues impide que su valoración y contenido quede al arbitrio de los jueces o de los fiscales, favoreciendo de mejor forma los derechos. El primer objetivo de este artículo es abordar estos

problemas del dolo e invitar a su estudio y reflexión, a fin de encontrar una forma de legitimar este avance del dolo al tráfico social, sin violentar derechos constitucionales. Para lograr este cometido, se plantea que el primer paso que debe tomar el derecho penal ecuatoriano es cambiar estas categorías psicológicas del dolo por unas categorías normativas.

En este sentido de ideas, el segundo objetivo de este artículo es abordar la imputación del dolo desde esta perspectiva normativa, que nunca antes ha sido discutida a fondo en el país, justamente porque la cultura jurídica mayoritaria asocia a la normativización con la escuela de pensamiento funcionalista. Por eso, el trabajo también se enfoca en buscar parámetros para la legitimación y viabilidad de esta normativización, a efectos de tener un mejor derecho penal que vaya de la mano con nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, este trabajo se estructura de la siguiente forma. Primero, como punto de partida, se empieza analizando el dolo a breves rasgos, haciendo énfasis en el desarrollo del dolo en el Ecuador, y se identifica la actual inclinación del legislador en la más reciente reforma del dolo. Una segunda parte trata el primer objetivo del estudio, mediante el análisis de la cuestión de tener definido el contenido del dolo en el COIP, y expone las dos consecuencias opuestas ante las cuales se explica la posición del derecho penal ecuatoriano. Posteriormente se estudia la imputación del dolo desde una perspectiva normativa, mediante su fundamento más acertado: la evitabilidad individual; y se llega a reflexionar sobre la viabilidad de normativizar el dolo en el derecho penal ecuatoriano.

EL DOLO A BREVES RASGOS: PUNTO DE PARTIDA

El tipo subjetivo no siempre fue considerado relevante a efectos de la imposición de una sanción penal;¹ incluso, no lo es ahora en algunos ordenamientos jurídicos en los que la responsabilidad penal no necesita basarse adicionalmente en la demostración de un estado mental doloso o imprudente, sino solamente en la verificación objetiva de la realización de la conducta lesiva.²

-
1. Percy García Cavero, *Derecho Penal* (Lima: Ideas Solución Editorial, 2019), 493-4.
 2. Así, el principio de *strict liability* en el derecho penal angloamericano, véase Larry Alexander, “Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law”, *Social Philosophy and Policy* 7, n.º 2 (1990): 87-8, <https://doi.org/10.1017/S0265052500000777>; con respecto al soporte legislativo del principio de *strict liability*, véa-

Actualmente, la doctrina penal contemporánea occidental considera que la sola verificación objetiva de la producción de un resultado lesivo es incompatible con el principio de culpabilidad y seguridad jurídica, por eso es requerida también una intervención subjetiva del autor. Esto es así desde el enriquecimiento subjetivo que le dio Welzel al tipo penal.³

Siguiendo esta línea, el Código Orgánico Integral Penal, para afirmar la responsabilidad penal se adscribe a la configuración de un tipo penal complejo,⁴ es decir, un tipo penal que tiene una parte objetiva y subjetiva.⁵ La primera, conocida también como tipo objetivo, hace referencia a la existencia de elementos de la acción externa del autor, a la relación de causalidad y también a los sujetos.⁶ La segunda, también conocida como tipicidad subjetiva, hace referencia a un aspecto interno del autor,⁷ en referencia al tipo objetivo.

El tipo subjetivo se compone del dolo (art. 26) y la culpa (art. 27). En el último inciso del art. 26 se hace referencia también a la preterintencionalidad, que comprende a todo resultado más allá de la voluntad del autor.⁸ Empero, la preterintencionalidad no es más que una combinación dolo-culpa⁹ que fundamenta la pena, por lo que no debería estar incorporada dentro del artículo que regula al dolo.

se Darryl K. Brown, “Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability”, *Duke Law Journal*, n.º 62 (2012): 317-23, <https://bit.ly/3VWuyDW>.

3. Claus Roxin, *Teoría del tipo penal tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Enrique Bacigalupo (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979), 78-9.
4. Sobre el tipo penal complejo, Harold Vega Arrieta, “El análisis gramatical del tipo penal”, *Justicia*, n.º 29 (2016): 55, <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>.
5. Así lo regula en su sección primera, desde el art. 25 hasta el 28.1.
6. Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena. 2. Imputación delictiva* (Buenos Aires: Astrea, 1995), 83.
7. En este sentido, un poco crítico Urs Kindhäuser, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret*, n.º 4 (2008): 5-6, <https://bit.ly/3MWnP98>; al respecto, en la doctrina nacional, Ermer Valarezo Trejo, Ricardo Valarezo Trejo y Armando Durán Ocampo, “Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito”, *Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019): 335, <https://bit.ly/3SyZ8k1>.
8. Kai Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado”, *InDret*, n.º 3 (2006): 4, <https://bit.ly/3SyYCCB>.
9. Así llamados en sentido propio en el Derecho penal alemán, Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (Madrid: Marcial Pons, 1997), 395-6.

EL DOLO EN EL DERECHO ECUATORIANO: ANTECEDENTES IMPORTANTES

Desde la vigencia de la Constitución de 2008 se realizaron múltiples intentos y propuestas por constitucionalizar el derecho penal ecuatoriano. Entre estos, se encuentra el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales,¹⁰ que en su libro I, de la infracción penal, define al dolo de la siguiente forma:

Art. 12.- Principio de estricta legalidad en la infracción penal.-

1. El tipo doloso describe la acción con voluntad productora del resultado y con conocimiento de los elementos objetivos descritos en la norma. No hay dolo cuando por error o ignorancia invencibles se desconocen estos elementos. Si el error fuese vencible la tipicidad será culposa, siempre que estuviese prevista esa forma de tipicidad.¹¹

Aunque nunca fue incorporado en la legislación ecuatoriana, este anteproyecto sí sirvió de base para la construcción y presentación del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal en 2011. En el documento oficial de la presentación de este proyecto se cambió la forma de concebir al dolo —inicialmente concebida en el anteproyecto—, y se optó por el siguiente:

Art. 9.- Infracción penal dolosa.- La infracción penal dolosa es aquella en la que existe el diseño de causar daño.

La infracción penal dolosa se considera intencional cuando el acontecimiento dañoso o peligroso que es el resultado de la acción u omisión de que la Ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por la persona infractora como consecuencia de su propia acción u omisión.

La infracción penal dolosa se considera preterintencional, cuando de la acción u omisión se derive un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso la persona infractora.¹²

10. Este anteproyecto, aunque con algunas falencias dogmáticas, estaba muy bien construido y redactado adjetiva, sustantiva y ejecutivamente.

11. Ecuador Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 97-8. Es una definición apegada a lo que podría considerarse como la doctrina dominante, con un concepto finalista de dolo, que obtuvo comentarios de Eugenio Raúl Zaffaroni.

12. Ecuador Presidencia de la República, *Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Presidencia de la República, 2011), 17-8, <https://bit.ly/3yyT9Vj>.

Este concepto, inicialmente, tiene un contenido similar al del dolo civilista,¹³ aunque posteriormente en su inciso segundo la norma sí hace referencia a los elementos del dolo penal: el conocimiento y la voluntad. En el Informe para primer debate del Proyecto de ley de Código Orgánico Integral Penal, se cambió sustancialmente el contenido y la longitud del concepto del dolo: “Art. 27.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo quiere ejecutar la conducta”.¹⁴

Esta definición se mantuvo en el Informe para segundo debate del Proyecto de ley de Código Orgánico Integral Penal, encontrándose en el art. 26,¹⁵ para cuya inclinación se tomó como base al finalismo.¹⁶ Una vez finalizaron los debates, en el texto aprobado por el pleno de la Asamblea se vuelve a encontrar una definición de dolo similar a la del inicial proyecto: “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.¹⁷

La Presidencia de la República objeta parcialmente este texto aprobado por el pleno y recomienda incluir la preterintención dentro del artículo del dolo.¹⁸ Así, finalmente se emitió el texto definitivo aprobado por el Pleno de la Asamblea y se publicó en el Registro Oficial 180, el lunes 10 de febrero de 2014, y el artículo concerniente al dolo quedó de la siguiente manera: “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”.¹⁹

-
13. Al respecto de esta similitud, el último inciso del art. 29 del Código Civil menciona que “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.
 14. Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”* (Quito: Asamblea Nacional, 2012), 36, <https://bit.ly/3yvH6be>.
 15. Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”* (Quito: Asamblea Nacional, 2013), 29, <https://bit.ly/3CORjqA>.
 16. *Ibid.*, 20.
 17. Ecuador Asamblea Nacional, *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea* (Quito: Asamblea Nacional, 2013), 32, <https://bit.ly/3etO1Lj>.
 18. Ecuador Presidencia de la República, *Objeción parcial al Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Presidencia de la República, 2014), 2, <https://bit.ly/3Ml6tT2>.
 19. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, 10, <https://bit.ly/3ehOSPq>.

REFORMA DEL DOLO: HACIA UNA SITUACIÓN INTERNA DEL AUTOR

El mencionado art. 26, que define al dolo, fue reformado y sustituido por el art. 6 de la Ley s. n.º, Registro Oficial 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019. La intención del legislador fue la de modernizar el concepto de dolo a efecto de garantizar de mejor forma la dignidad de las personas.²⁰ Este nuevo concepto de dolo en la reforma incluyó el conocimiento y la voluntad, de la siguiente forma: “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”.²¹

Al asumir esta postura, el legislador ha requerido que para que se verifique el dolo, deben concurrir dos elementos: i) un elemento intelectual, en el que el sujeto debe saber qué es lo que hace, y debe conocer los elementos objetivamente típicos;²² y ii) un elemento volitivo, en el que el sujeto quiere realizar los elementos objetivos del tipo.²³ Se puede notar claramente que estas son situaciones internas del autor del injusto. Por eso es que en la dogmática jurídico penal ha sido muy discutido el hecho de qué exigencias hay que abordar a efectos del “saber” y el “querer”.²⁴ Con esta nueva forma de concebir el dolo en la reforma, el legislador ecuatoriano se ha adscrito a la teoría de la voluntad, que ya ha sido ampliamente superada por la doctrina.²⁵

Entonces, se puede reconocer que el dolo en el derecho penal ecuatoriano está cerrado a su valoración y su verificación porque contiene específicamente la definición establecida en el artículo 26. Distinto sucede, por ejemplo, con

20. Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal”* (Quito: Asamblea Nacional, 2019), 37.

21. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 26.

22. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 268.

23. *Ibid.*, 269.

24. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2.ª ed., trads. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 308.

25. En este sentido, de forma crítica a la reforma del art. 26 del Código Orgánico Integral Penal, Víctor Vicente Vásconez, “Las decimonónicas ideas del legislador ecuatoriano: política criminal y dolo en la reforma al COIP”, *Revista Facultad de Jurisprudencia (PUCE)*, n.º 7 (2020): 264, <https://doi.org/10.26807/rfj.v7i7.228>.

otros países como Perú,²⁶ España o Alemania,²⁷ que no tienen definido el concepto de dolo, lo que ha permitido que en sus ordenamientos jurídicos se desarrolle mucho más la doctrina al respecto.

DOS CONSECUENCIAS OPUESTAS CON RESPECTO A LA CERRADA DEFINICIÓN DEL DOLO

El hecho de tener incorporado el concepto de dolo en un ordenamiento jurídico puede generar una consecuencia negativa y una positiva. La primera de estas consecuencias, como se mencionó en el apartado anterior, hace referencia a que se cierra y se limita el contenido del dolo al avance de las dinámicas sociales. Esto se puede evidenciar claramente, por ejemplo, con el hecho de que los delitos económicos no puedan ser perseguidos eficientemente.²⁸ Los tipos penales en su mayoría solo son dolosos: o se cometen con dolo o quedan impunes. El hecho de restringir las barreras del contenido del dolo —directo y psicológico— favorece a la impunidad, pues las exigencias son demasiado altas y no pueden suplirse con otros tipos de dolo, ni con culpa, que solo es punible si se encuentra expresamente tipificada. Un delito podría ser cometido con dolo eventual y quedar impune porque la norma no abarca esta modalidad de dolo.

La segunda consecuencia (positiva) va de la mano con la seguridad jurídica, es decir, al tener conceptualizado el contenido del dolo en una norma, se brinda mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, en el sentido de que se identifican claramente las reglas de juego con las que van a desenvolverse los contactos sociales. Aunque evita el avance de la discusión frente al dolo, no deja a discrecionalidad de los juzgadores o fiscales la posibilidad de ampliar o restringir el contenido del dolo; a los primeros en sus sentencias y a los segundos en su acusación. Esto también evita que se prescindiera de cierta parte del contenido del dolo en aras de la imputación, ya sea del elemento volitivo, o incluso del cognitivo. Esto último se pone de relieve, porque si bien ya hemos estado

26. Reconoce la labor acertada del legislador, al respecto, García, *Derecho Penal*, 508.

27. En este sentido, no existe una definición de dolo en el Código Penal alemán, por eso el contenido del dolo y su naturaleza se desarrollan con base en las disposiciones que regulan el error. Véase Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, 5.^a ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete (Breña: Instituto Pacífico, 2014), 430.

28. Esto se debe a la subjetivización de la imputación que se muestra poco funcional. Percy García Cavero, *Derecho penal económico. Parte general*, 3.^a ed. (Lima: Jurista Editores, 2014), 467-8.

acostumbrados a leer planteamientos en defensa de la exclusión del elemento volitivo del dolo, actualmente también se ha puesto de relieve la posibilidad de prescindir del elemento cognitivo (el hecho de no tener definido el contenido del dolo en el Código Penal favorece a esto).

Por ejemplo, España es un país que no tiene definidos los elementos del dolo en su Código Penal. Este contexto es el propicio para que se haya desarrollado el caso del futbolista Lionel Messi, en el que se puede apreciar con demasiada claridad la inseguridad jurídica a la que se ven sometidos los ciudadanos. En este caso se discutió una situación de ignorancia deliberada²⁹ en la que falta el elemento cognitivo, y que, sin embargo, se imputó como dolo. Posteriormente, la defensa del futbolista presentó un recurso ante el Tribunal Supremo español, y resumidamente, este Tribunal rechazó la imputación por ignorancia deliberada, pero mantuvo la condena basando su decisión en una imputación al futbolista por dolo eventual.³⁰

POSICIÓN AL RESPECTO DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO

Desde la Constitución de 2008 al menos se intentó³¹ constitucionalizar el derecho penal y orientar sus fines a la vigencia y respeto de los derechos de los ciudadanos. Al menos en nuestro Estado de derechos, la solución debería ir por esa vía. El hecho de tener conceptualizado el dolo favorece a la seguridad jurídica de las personas. La existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas (art. 82 de la Constitución), le permiten al ciudadano conocer y tener una noción de las reglas de juego que se aplicarán a su situación.³² Todo esto, con

29. Gabriel Pérez Barberá, “¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada”, *En Letra: Derecho Penal* 6, n.º 11 (2021): 95, <https://bit.ly/3gBWKMp>.

30. Ramón Ragués I Vallés, “¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi”, *En Letra: Derecho Penal* 6, n.º 11 (2021): 88, <https://bit.ly/3gBWKMp>.

31. Al respecto de la contradicción del discurso de garantías y la práctica penal ecuatoriana, en la doctrina nacional véase Alfonso Zambrano Pasquel, *Proceso penal y garantías constitucionales* (Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005), 1.

32. Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 1292-19-EP/21, 15 de diciembre de 2021, 6, <https://bit.ly/3yyd1YO>.

la finalidad de evitar una arbitrariedad,³³ como ya se hizo referencia en el caso Messi. La seguridad jurídica, como derecho que asiste a los ciudadanos, irradia todo el ordenamiento jurídico, por eso se dice que es transversal.³⁴

Entonces, nos encontramos frente a una Constitución garantista penal³⁵ que legitima un derecho penal mínimo, y que está consciente de que puede favorecer la impunidad, a costa de que ningún inocente sea castigado.³⁶ Así, en aras de sacrificar el avance en la discusión del contenido del dolo y su aplicación práctica, y favorecer la impunidad en ciertos casos, se preferirá la seguridad jurídica que le brinda al ciudadano el hecho de incluir en la norma el concepto y contenido del dolo.

Pero esta solución no es del todo factible, pues el sacrificio que ha tomado el derecho penal ecuatoriano ha sido enorme y ha permitido, junto con otros problemas, el retroceso del derecho penal y la política criminal a la época actual. Por eso, el reto y la reflexión que reviste a la discusión doctrinaria ecuatoriana se enfoca en buscar una forma de legitimar este avance del dolo (y del derecho penal como tal), para que se ajuste al avance del tráfico social y a una política criminal efectiva, sin vulnerar derechos constitucionales. Para lograr esto, el primer paso que debe dar el derecho penal ecuatoriano es cambiar las categorías psicológicas del dolo por unas categorías normativas.

SOBRE LA NORMATIVIZACIÓN DEL DOLO. ¿ES EL DOLO REALMENTE UNA SITUACIÓN INTERNA DEL AUTOR A EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN PENAL?

La comprobación de los estados mentales a efectos de afirmar la responsabilidad penal es materialmente imposible, porque no se puede saber científica-

33. En este sentido, Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 797-14-EP/20, 19 de mayo de 2020, 4, <https://bit.ly/3TePeVy>.

34. Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 1342-16-EP/21, 23 de junio de 2021, 6, <https://bit.ly/3T0hwUk>.

35. Así, el juez Ramiro Ávila en su voto concurrente a la sentencia n.º 8-20-CN/21, hace referencia a que aunque la Constitución es claramente garantista en el ámbito penal, el Código Orgánico Integral Penal tiene resagos de un funcionalismo mal llevado. Véase Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 8-20-CN/21, 18 de agosto de 2021, 16, <https://bit.ly/3RRVqBV>.

36. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 106-7.

mente qué es lo que el sujeto conoció y quiso en el momento de la comisión del ilícito,³⁷ a menos que se trate de una autoinculpación.³⁸

Estos cuestionamientos han traído consigo la interrogante de si realmente es necesario el reconocimiento del elemento volitivo del dolo, debido a la dificultad de su verificación en el proceso penal. En la doctrina penal nacional, por ejemplo, se ha propuesto entender a la voluntad como consecuencia necesaria del elemento intelectual (conocimiento) e irrelevante a efectos del dolo.³⁹ Esto es un claro ejemplo de una plena subjetivización del tipo penal, que a efectos de funcionalidad es poco viable, al menos con las nuevas formas de criminalidad.

Entonces, ¿cómo se verifica que el sujeto sabe o conoce? Y ¿cómo se verifica que el sujeto quiere o tiene la voluntad? Se ha partido de la usual idea de que el dolo es un dato psíquico, y es el juez el que mediante ciertas circunstancias externas (indicios) que rodean el hecho, lo comprueba indirectamente⁴⁰ mediante su íntima convicción.

La doctrina nacional, aportando a la discusión, también ha puesto de relieve que el dolo se puede constatar mediante indicadores fácticos.⁴¹ Empero, esto a la final no es una verificación, ni mucho menos una prueba del dolo (tenga el calificativo que sea), esto es una imputación del dolo. Si se parte de la idea de que el aspecto interno no se puede comprobar, salvo la autoinculpación, y se verifica mediante aspectos externos (mediante prueba aportada e íntima convicción del juzgador), lo que el juzgador está haciendo es imputando el dolo al autor del ilícito. Entonces, el dolo no es realmente algo subjetivo, psicológico o mental que se prueba o se verifica en el proceso penal, sino que más bien se imputa de acuerdo con ciertos parámetros externos.

37. Ramón Ragués I Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999), 515.

38. La única forma de verificar estos aspectos es el hecho de que el sujeto mismo los reconozca, pues solo el sujeto sabe lo que conoció y lo que quiso. Ramón Ragués I Vallés, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4 (2004): 18, <https://doi.org/10.5354/rej.v0i4.15029>.

39. En este sentido, en la doctrina nacional, véase Francisco Moreno y Gianina Naranjo, “Dolo: ¿conocimiento y voluntad?”, *Revista Ruptura*, n.º 02 (2020): 555, <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.43>.

40. García Cavero, *Derecho Penal*, 390.

41. En este sentido, Víctor Vásconez Merelo, “El dolo: indicadores objetivos de responsabilidad en el proceso penal”, *Iuris Dictio*, n.º 26 (2020): 175, <https://doi.org/10.18272/iu.v26i26.1749>.

Si realmente la verificación del dolo depende de estos parámetros externos, puede existir la situación de que dos casos similares se solucionen distinto; así, el juzgador, mediante su íntima convicción, en un caso imputa dolo y en otro caso similar no lo hace.⁴² Esto también puede acarrear cierta inseguridad jurídica. Entonces, cabe la pregunta: ¿es esta la forma correcta de imputar el dolo?, o ¿existen otras formas?

En efecto, existe otro extremo que pretende solucionar el problema: la plena estandarización de la imputación del dolo con base en roles⁴³ desde una perspectiva plenamente normativa, para cuyos efectos es irrelevante la voluntad.⁴⁴ Es decir, la sociedad se organiza mediante roles, entendidos estos como un sistema de posiciones establecidas normativamente⁴⁵ en la que la persona es un ideal al que se le atribuyen derechos y deberes.⁴⁶ En este sentido, a cada persona se le atribuye un rol general⁴⁷ y/o un rol especial,⁴⁸ los mismos que imponen deberes. La inobservancia de estos deberes, a efectos de la estandarización, fundamenta el dolo del autor.

Sin embargo, la plena estandarización de la imputación mediante la normativización del tipo subjetivo carecería de legitimidad en nuestro derecho, pues al sujeto por el simple hecho de portar un rol e incumplir un deber ya se le imputaría dolo, lo que desconoce la individualidad y dignidad de la persona en un Estado constitucional. Esto de cierta forma también propaga un derecho penal de autor. Entonces, ¿cuál es la solución?, ¿una plena subjetivización o

42. Al respecto, Ragués I Vallés, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, 18-9.

43. Günther Jakobs, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 42 (1989): 637, <https://bit.ly/3TsCg73>.

44. Solamente basta el conocimiento, pues es el elemento más importante y según el cual se basa toda la imputación subjetiva. El ejemplo más claro es el del error de tipo, si no existe conocimiento del tipo, no existe tipo penal. Pero si existe conocimiento y no existe voluntad, ningún tipo de error se configura.

45. Günther Jakobs, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997), 22-3.

46. Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trads. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Madrid: Civitas, 2003), 27.

47. De esta forma se fundamenta la competencia por organización, al quebrantar el primero de estos roles, el no dañar a los demás; véase José Antonio Caro John, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho penal* (2003).

48. En estos casos se imponen deberes especiales, que se clasifican por instituciones específicas, en el que el portador del rol debe garantizar la existencia de estas instituciones. Günther Jakobs, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 55.

una plena estandarización? La primera, como se analizó, resulta inaplicable, y la segunda resulta ilegítima. La solución se podría plantear en un punto medio, en un tipo subjetivo más o menos normativizado en el que sí se tomen en cuenta los roles y sus deberes, pero también la individualidad de la persona (individualización de la imputación).⁴⁹

SOBRE LA IMPUTACIÓN DEL DOLO: EL FUNDAMENTO EN LA EVITABILIDAD INDIVIDUAL

Mucho se ha hablado de los fundamentos en cuanto a las teorías del dolo,⁵⁰ y se ha puesto de relieve la teoría de la voluntad y la teoría del conocimiento (teorías psicologicistas). Sin embargo, estas no son más que intentos por delimitar la esfera del dolo y la culpa. Cuando el tipo subjetivo ya ha adquirido cierta normativización, es necesario hablar de otros fundamentos que favorezcan de mejor forma la imputación del tipo subjetivo, y en el presente caso, del dolo.

En el derecho penal ecuatoriano no se mira con buenos ojos cuando se habla de “normativización” de las categorías del delito, pues se tiende a generalizar mucho su contenido con la escuela de pensamiento funcionalista, según la cual, existe un uso utilitario del derecho que va en contra del garantismo penal.⁵¹ Sin embargo, se ha obviado el hecho de que normativismo y garantismo sí pueden ir de la mano en aras de un mejor derecho penal.

Para entender esta forma de imputación y su fundamento, es necesario entender qué es lo que protege el derecho penal mediante la imposición de la pena. El COIP en su art. 52, entre otros fines, reconoce que la pena tiene una finalidad de prevención general para la comisión de delitos. El COIP no es claro con respecto a qué modalidad de prevención general se refiere en términos de sus objetivos; es decir, si la prevención general tiene como objetivo hacer

49. Percy García Cavero, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología* 26, n.º 78 (2005): 135, <https://bit.ly/3VO2zGF>.

50. Al respecto, para un repaso de todas las teorías del dolo, y de acuerdo a la que sustenta cada doctrinario en cada país, véase Gianni Egidio Piva Torres e Inmaculada Coromoto Fonseca Granadillo, *El concepto dogmático del dolo y la culpa penal* (Barcelona: José María Bosch Editor, 2020), 63-97.

51. En este sentido, el juez Ramiro Ávila en su voto concurrente a la sentencia n.º 8-20-CN/21. Véase Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 8-20-CN/21, 18 de agosto de 2021, 16, <https://bit.ly/3RRVqBV>.

desistir (intimidar) a los potenciales autores de un delito,⁵² o si esta prevención general se orienta más a mantener la vigencia de la norma, como un esquema de orientación para los individuos,⁵³ que se conoce también como función de estabilización.⁵⁴

Esta última concepción ha estado íntimamente vinculada a responder la interrogante de qué es lo que realmente protege el derecho penal. La postura usual parecería ser que el derecho penal protege bienes jurídicos, sin embargo, esto ha sido cuestionado tanto por la doctrina⁵⁵ cuanto por algunos jueces de la Corte Constitucional del Ecuador.⁵⁶ De esta forma, se puede afirmar que el derecho penal mediante la imposición de la pena, no protege bienes jurídicos, sino que sanciona conductas que se apartan comunicativamente de forma evitable del estándar impuesto por la norma, y la reestabiliza.⁵⁷

Esta imposición de la pena solo resulta legítima y necesaria cuando esta conducta que infringe la norma ha sido evitable por parte del sujeto. El mundo en la actualidad ya no es un mundo desconocido, sino que es un mundo desmitificado⁵⁸ en el que la herencia de la ilustración ha permitido que cada

-
52. Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 26.
53. Con respecto a la delimitación de esta modalidad de prevención general positiva, Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, trad. Manuel Cancio Meliá (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 31-3.
54. Bernardo Feijóo Sánchez, “Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (2006): 114-5, <https://bit.ly/3z6fJEY>. Algunos autores también la incluyen dentro de lo que conocen como función fundamentadora y la critican; así Santiago Mir Puig, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1986): 51-6, <https://bit.ly/3gDNqr2>.
55. El derecho penal no garantiza la protección de bienes jurídicos, pues cuando interviene, estos ya han sido lesionados o puestos en peligro, lo que garantiza es la vigencia de la norma. Ver Günther Jakobs, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *El funcionalismo en el derecho penal*, coord. Eduardo Montealegre (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 43.
56. El juez constitucional Ramiro Ávila se cuestiona el hecho de que la ley penal proteja bienes jurídicos, en el voto concurrente a la sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados. Véase, Ecuador Corte Constitucional, Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, 28 de abril de 2021, 58, <https://bit.ly/3MlxUfr>.
57. Gabriel Pérez Barberá, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, *Cuadernos de derecho penal* 6 (2011): 20, <https://doi.org/10.22518/20271743.392>.
58. Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid: Civitas, 2004), 90-3.

suceso pueda entenderse y explicarse racionalmente.⁵⁹ Esto quiere decir que las personas pueden calcular de una u otra forma el alcance de sus actos y evitar las consecuencias lesivas de los mismos.⁶⁰ Tanto las actuaciones dolosas como culposas se pueden evitar, aunque en grados distintos.⁶¹ Esta evitabilidad individual será la que fundamente la imputación subjetiva al autor, incluso, se la puede utilizar para fundamentar la imputación subjetiva a la persona jurídica,⁶² cuyo tema ha tomado la palestra en la discusión doctrinaria actual.

Se debe tener en cuenta que la conducta dolosa debe haber sido evitable para el autor en concreto, para no caer en una estandarización de la imputación; es decir, deberá ser el sujeto en concreto, atendiendo a sus capacidades, competencias y a su rol; y no con base en la evitabilidad de un sujeto promedio (estandarización plena). Para esta evitabilidad, es necesario tener en cuenta otros parámetros que sirven para ilustrar cuándo realmente el sujeto estaba en capacidad de evitar el resultado, para lo cual se ha hecho referencia a aspectos como las capacidades físicas o intelectuales, o si tenía el deber de evitarlo.⁶³ Así, todo lo que el sujeto no pudo evitar, no se le imputa subjetivamente. En este caso la imputación no se hace desde adentro hacia afuera (una comprobación psicológica), sino desde afuera hacia adentro.⁶⁴

SOBRE LA EXISTENTE NORMATIVIZACIÓN DE LA CULPA EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO

Para fundamentar este postulado es necesario partir de una idea clave: el derecho penal ecuatoriano ya ha normativizado la culpa contenida en el art. 27 del COIP. Esto se puede deducir fácilmente debido a que la norma no requiere un dato psicológico para la imputación de culpa —a diferencia de lo que hace con

59. Günther Jakobs y Eberhard Struensee, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998), 47-8.

60. Fernando Córdoba, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, *InDret*, n.º 3 (2015): 3-4, <https://bit.ly/3F8IYuI>.

61. Para diferenciar estos grados de evitabilidad, se ha planteado la teoría de la probabilidad; ver García Caveró, *Derecho Penal*, 505-6.

62. Percy García Caveró, “La imputación subjetiva a la persona jurídica”, *InDret*, n.º 2 (2022): 138-40, <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i2.04>.

63. Córdoba, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, 13.

64. José Antonio Caro John, “Imputación subjetiva”, *Revista peruana de doctrina* (2009): 9-10, <https://bit.ly/3eTaMx>.

el dolo en el art. 26—, sino simplemente requiere la infracción a un deber objetivo de cuidado. Esto se refiere a que se deberá observar parámetros externos que imponen deberes de actuación al sujeto, deberes que deben ser observados para que no se produzca un resultado lesivo, y cuya inobservancia faculta la atribución de culpa. Inicialmente, esto tomó fuerza por los planteamientos de Welzel⁶⁵ en los que hacía referencia a que estos son tipos abiertos que requieren ser completados por el juez en el caso concreto, atendiendo a criterios generales (del contenido de culpa en el Código Civil, por ejemplo).⁶⁶ Actualmente se menciona que esta idea de deber objetivo de cuidado reconduce a una idea de la imputación objetiva en términos de superación del riesgo.⁶⁷

CONCLUSIÓN

A efectos del delito, el tipo subjetivo es sumamente relevante para la imposición de una consecuencia jurídica, por tanto, el COIP se ha adscrito a la configuración de un tipo penal complejo. El dolo en el derecho penal ecuatoriano desde la Constitución de 2008 empezó a tener ciertas variaciones, como consecuencia de los intentos del legislador de constitucionalizar el derecho penal. Aunque estos intentos han sido fértiles, han inclinado el contenido del dolo hacia una situación interna del autor, que incluye la comprobación del conocimiento y la voluntad.

Esta definición ha cerrado la valoración del contenido del dolo a los avances de la sociedad, de tal manera que, lo que no se ajuste a ese contenido del dolo, no se puede imputar como dolo. Así, en ámbitos específicos como el derecho penal económico, existen conductas que no se pueden imputar porque mayoritariamente se realizan con dolo eventual. Esto no sucede en otros países que no tienen definido el dolo y su valoración queda un poco más abierta.

65. Ángel Torío López, “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 (1974): 29-30, <https://bit.ly/3gEePcM>.

66. Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. José Cerezo Mir (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004), 113-9.

67. Así, en la doctrina penal nacional María del Carmen Vera y Lyonel Fernando Calderón, “Los comportamientos dolosos en el ámbito del tránsito o tráfico rodado: la diferencia entre el dolo y la culpa como solución interpretativa del ámbito de aplicación del art. 371 COIP del Ecuador”, *Revista Penal México*, n.º 16-17 (2019-2020): 288, <https://bit.ly/3MZrHpF>.

La cuestión de tener definido el dolo también ha presentado una consecuencia positiva que va de la mano con la seguridad jurídica y evita que se cometan arbitrariedades en contra de los derechos de las personas —tal como sucedió en el caso Messi—, en los que se puede llegar a forzar la imputación subjetiva. Por eso en el Ecuador se ha optado por seguir esta última vía, y se ha tenido en cuenta la definición del dolo. Pero el sacrificio que se ha tomado al hacer esto, ha sido demasiado grande, y ha sido una de las causas del retroceso del derecho penal ecuatoriano.

Entonces, el primer reto que se extrae del presente trabajo para la discusión doctrinaria es el encontrar una forma de legitimar este avance del dolo con una política criminal efectiva, sin vulnerar derechos constitucionales. Para lograr esto, como paso previo, primero se deben cambiar las categorías psicológicas que han sido impuestas por el legislador, mediante la normativización del dolo, en cuyo caso ya no se espera verificar una situación interna del autor, sino mediante el significado social de su conducta, atribuirle o imputarle la misma. El trabajo demostró que esto no se debe realizar mediante la plena estandarización de la imputación, sino teniendo en cuenta otros criterios provenientes de la evitabilidad individual que respetan la dignidad humana. Así, no se encuentra impedimento para que el dolo sea normativizado, entendiendo que la culpa ya cuenta con estos parámetros para su imputación. En este sentido, debería eliminarse la definición expresa del dolo en el COIP, y optar más bien por una limitación jurisprudencial de su avance.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexander, Larry. “Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law”. *Social Philosophy and Policy* 7, n.º 2 (1990): 84-104. <https://doi.org/10.1017/S0265052500000777>.
- Ambos, Kai. “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado”. *InDret*, n.º 3 (2006): 1-38. <https://bit.ly/3SyYCCB>.
- Brown, Darryl K. “Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability”. *Duke Law Journal*, n.º 62 (2012): 285-338. <https://bit.ly/3VWuyDW>.
- Caro John, José. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. *Anuario de Derecho penal* (2003).
- . “Imputación subjetiva”. *Revista peruana de doctrina* (2009): 1-13. <https://bit.ly/3eTaMsx>.
- Córdoba, Fernando. “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”. *InDret*, n.º 3 (2015): 1-15. <https://bit.ly/3F8IYuI>.

- Donna, Alberto. *Teoría del delito y de la pena. 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014. <https://bit.ly/3ehOSPq>.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. Quito: Asamblea Nacional, 2012. <https://bit.ly/3yvH6be>.
- . *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. Quito: Asamblea Nacional, 2013. <https://bit.ly/3CORjqA>.
- . *Informe para segundo debate del “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal”*. Quito: Asamblea Nacional, 2019.
- . *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea*. Quito: Asamblea Nacional, 2013. <https://bit.ly/3etO1Lj>.
- Ecuador Corte Constitucional. Sentencia 797-14-EP/20. 19 de mayo de 2020. <https://bit.ly/3TePeVy>.
- . Sentencia 1292-19-EP/21. 15 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3yyd1YO>.
- . Sentencia 1342-16-EP/21. 23 de junio de 2021. <https://bit.ly/3T0hwUk>.
- . Sentencia 8-20-CN/21. 18 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3RRVqBV>.
- . Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados. 28 de abril de 2021. <https://bit.ly/3MlxUfr>.
- Ecuador Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ecuador Presidencia de la República. *Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Presidencia de la República, 2011. <https://bit.ly/3yyT9Vj>.
- . *Objeción parcial al Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Presidencia de la República, 2014. <https://bit.ly/3Ml6tT2>.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. “Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (2006): 111-34. <https://bit.ly/3z6fJEY>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- García Caveró, Percy. *Derecho Penal*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019.
- . *Derecho penal económico. Parte general*. 3.^a ed. Lima: Jurista Editores, 2014.
- . “La imputación subjetiva a la persona jurídica”. *InDret*, n.º 2 (2022): 132-48. <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i2.04>.
- . “La imputación subjetiva y el proceso penal”. *Derecho Penal y Criminología* 26, n.º 78 (2005): 125-36. <https://bit.ly/3VO2zGF>.

- Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2a ed. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- . *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- . *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997.
- . *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- . “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En *El funcionalismo en el derecho penal*, coordinado por Eduardo Montealegre, 39-57. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- . “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 42 (1989): 633-52. <https://bit.ly/3TsCg73>.
- . *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.
- . *Sobre la teoría de la pena*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Jakobs, Günther, y Eberhard Struensee. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998.
- Jescheck, Hans-Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Vol. I. 5.ª ed. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Breña: Instituto Pacífico, 2014.
- Kindhäuser, Urs. “El tipo subjetivo en la construcción del delito”. *InDret*, n.º 4 (2008): 1-35. <https://bit.ly/3MWnP98>.
- Mir Puig, Santiago. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1986): 49-58. <https://bit.ly/3gDNqr2>.
- Moreno, Francisco, y Gianina Naranjo, “Dolo: ¿conocimiento y voluntad?”. *Revista Ruptura*, n.º 2 (2020): 533-59. <https://doi.org/10.26807/tr.vi02.43>.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Pérez Barberá, Gabriel. “¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada”. *En Letra: Derecho Penal* 6, n.º 11 (2021): 91-139. <https://bit.ly/3gBWKMp>.
- . “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”. *Cuadernos de derecho penal* 6 (2011): 11-49. <https://doi.org/10.22518/20271743.392>.

- Piva Torres, Gianni, e Inmaculada Coromoto Fonseca Granadillo. *El concepto dogmático del dolo y la culpa penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 2020.
- Ragués I Vallés, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4 (2004): 13-26. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i4.15029>.
- . “¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi”. *En Letra: Derecho Penal* 6, n.º 11 (2021): 72-90. <https://bit.ly/3gBWKmp>.
- . *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2.ª ed. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducido por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- Torío López, Ángel. “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 (1974): 25-60. <https://bit.ly/3gEePcM>.
- Valarezo Trejo, Ermer, Ricardo Valarezo Trejo y Armando Durán Ocampo. “Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito”. *Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019): 331-8. <https://bit.ly/3SyZ8k1>.
- Vásconez Merelo, Víctor. “El dolo: indicadores objetivos de responsabilidad en el proceso penal”. *Iuris Dictio*, n.º 26 (2020): 161-76. <https://doi.org/10.18272/iu.v26i26.1749>.
- . “Las decimonónicas ideas del legislador ecuatoriano: política criminal y dolo en la reforma al COIP”. *Revista Facultad de Jurisprudencia (PUCE)* n.º 7 (2020): 246-67. <https://doi.org/10.26807/rfj.v7i7.228>.
- Vega Arrieta, Harold. “El análisis gramatical del tipo penal”. *Justicia*, n.º 29 (2016): 53-71. <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>.
- Vera, María del Carmen, y Lyonel Fernando Calderón. “Los comportamientos dolosos en el ámbito del tránsito o tráfico rodado: la diferencia entre el dolo y la culpa como solución interpretativa del ámbito de aplicación del art. 371 COIP del Ecuador”. *Revista Penal México*, n.º 16-17 (2019-2020): 283-300. <https://bit.ly/3MZrHpF>.
- Welzel, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducido por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Proceso penal y garantías constitucionales*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005.

Laboralidad de los contratos entre los repartidores y las aplicaciones informáticas

Labor Nature of Delivery Contracts and Computer Applications

Angélica Porras Velasco

Doctora en Ciencias Políticas, Universidad de Salamanca

Salamanca, España

angeporras1971@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7895-1004>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.2>

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2022

Fecha de revisión: 8 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente trabajo es el resultado de una investigación realizada sobre la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la laboralidad de los contratos celebrados entre repartidores, conocidos como *riders*, y las plataformas digitales de reparto. Nuestra tesis es que, si bien estos contratos revisten una forma civil, se trata de verdaderos contratos laborales. La determinación de lo que la doctrina ha denominado la laboralidad de dichos contratos no ha estado exenta de problemas, es más, ha requerido la reformulación de conceptos clásicos del derecho del trabajo como: la dependencia y la ajenidad, con el fin de adaptarlos a los cambios introducidos por la tecnología e internet en el mundo del trabajo. Aunque el estudio está centrado en el caso ecuatoriano, se tomó como referencia el español en lo que tiene que ver con la jurisprudencia, pues allí, después de un largo camino, se llegó a establecer que los trabajadores de plataformas de reparto son dependientes y, por tanto, se les aplican las normas laborales. No ocurre lo mismo en Ecuador, en donde el debate ni siquiera ha llegado a los fueros jurídicos académicos, menos aún a los tribunales. Esto, sin embargo de que se están discutiendo varias iniciativas legales en la Asamblea y de que los trabajadores están exigiendo su reconocimiento como tales.

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales, laboralidad, repartidores, economía bajo demanda, economía colaborativa, sociedad de la información, sociedad del conocimiento, dependencia.

ABSTRACT

This work is the result of an investigation carried out about the doctrine and jurisprudence regarding labour nature of contracts between the “riders” and the digital delivery platforms. Although it is true, these contracts have a civil or commercial form, we think they are true labour contracts. Determination of labour contract features are conflicting and required the reformulation of classic concepts of Labor Law such as: dependency or alienation, in order to adapt them to the changes introduced by technology and the internet in the world of work. Although, this investigation is focused in Ecuador case, we have analyzed Spanish case, because in Spain, through a long judicial battle, many jurisprudential rulings have established that delivery platform workers are dependent, not self-employed, and therefore, the Labour Law are applied to them. In our country there is a different development in this issue, the debate has not even reached academic legal forums, let alone the courts and other institutions, despite the fact that several legal projects are been analyzed at the National Assambley and the workers are demanding their recognition as such.

KEYWORDS: digital platforms, labor nature, riders, economy on demand, gig economy, information society, society knowledge, dependency.

FORO

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los temas más discutidos en el mundo del trabajo es la transformación que se ha producido en él, debido al desarrollo de las tecnologías y de internet, en lo que se denomina la cuarta Revolución Industrial. La consecuencia más evidente de este cambio se muestra en las nuevas condiciones laborales asociadas al trabajo con o en plataformas informáticas. En este contexto cabe preguntarse: ¿los cambios que han operado en este tipo de trabajo suponen un abandono de la calidad laboral de los contratos, para situarse en una llana convención civil?, ¿cuál ha sido la respuesta desde la legislación y la jurisprudencia? Estas son las preguntas que guían el presente trabajo.

El tema planteado no ha sido abordado en Ecuador, sino únicamente por la doctrina; varias investigaciones se han realizado en los últimos años, la mayoría no jurídicas,¹ pero ninguno de sus resultados se ha traducido en una ley que regule esta nueva realidad y menos en decisiones judiciales, a pesar de que existen varias propuestas en la Asamblea Nacional y varias demandas en el ámbito constitucional.

-
1. Nataly Maya et al., *Hacia una caracterización de las y los repartidores y de la economía de plataformas en Ecuador* (Quito: Rosa Luxemburg Stiftung-Oficina Región Andina, 2021); Kruskaya Hidalgo Cordero y Belén Valencia Castro, *Entre la precarización y el alivio cotidiano. Las plataformas Uber Eats y Glovo en Quito* (Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung, FES-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, 2019), <https://bit.ly/39RBFdV>; *Precarización laboral en plataformas digitales. Una lectura desde América Latina*, eds. Kruskaya Hidalgo y Carolina Salazar (Quito: FES-ILDIS, 2020); Camila Ulloa y Estefanía Suárez, *Plataformas digitales ¿oportunidad de trabajo o precarización laboral?* (Quito: Grupo FARO, 2021); Dayana León, *Plataformas digitales en Quito. Un trabajo que exige estándares de derechos humanos* (Quito: Rosa Luxemburg Stiftung-Oficina Región Andina, 2021).

Este trabajo se plantea como objetivo estudiar si las condiciones establecidas para el repartidor, en su relación con la aplicación informática (*app*), lo convierten en trabajador en relación de dependencia o no; para ello se revisó la doctrina y, debido a la falta de pronunciamientos judiciales en nuestro país, se acudió a la jurisprudencia española, la que tiene un largo camino en este debate.

El artículo está dividido en varias partes: una breve revisión de esta nueva forma de economía, en el contexto de la sociedad de la información y del conocimiento; la importancia que dentro de ella tienen las plataformas digitales y el trabajo dentro de las plataformas; las características jurídicas del contrato que firman los repartidores con las aplicaciones; y la sentencia española de casación de unificación de doctrina STS 2924/2020, Resolución 805/2020, que declara los contratos firmados por los repartidores de la Empresa Glovo con la aplicación como de trabajo subordinado y, definitivamente, descarta que tales trabajadores sean autónomos o autónomos económicamente dependientes.²

EL CONTEXTO

Antes de adentrarnos en el debate sobre la laboralidad de los contratos entre los trabajadores y las *apps* de reparto es necesario situar el tema en el contexto social y económico específico en el que se produce. Con este fin se hace indispensable dedicar algunas líneas a lo que se entiende por sociedad de la información y sociedad del conocimiento. En este texto afirmamos que la economía de plataformas es el resultado, de la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación al trabajo, el consumo y la cultura de la sociedad.

En la década de los 70, Daniel Bell, sociólogo estadounidense, acuñó por primera vez el término “sociedad de la información”³ para referirse a la intervención de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el proceso de digitalización resultante, en la producción, la organización del tra-

-
2. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes son una categoría de la legislación española que incluye a aquellos trabajadores autónomos cuyos ingresos en, al menos 75 %, corresponden a la actividad que realizan para un cliente o empresa.
 3. Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad post-industrial. Un intento de prognosis social* (Madrid: Alianza Editorial, 2006).

bajo y el consumo.⁴ En esa década se asistió al nacimiento del microprocesador y, por tanto, a la reducción del tamaño de los computadores y el aumento de su capacidad de procesamiento, lo que revolucionó no solo la industria, sino también la vida.⁵

Cuando las formas de comunicarse se digitalizaron y, por tanto, aumentaron su velocidad impactaron “en el modo de procesar y distribuir por todo el mundo la información y los elementos codificados”.⁶ La expansión de las TIC y su digitalización involucraron a toda la economía, en todos los países, en todo tipo de trabajo, y a toda forma de empresa, afectando a la producción, en consumo, los hogares y el ocio.⁷

En este marco, de manera cada vez más contundente, se transita lo que se ha denominado la “sociedad del conocimiento” como sucesora natural de la sociedad de la información. En ella la característica principal sería la aparición de nuevas formas de trabajo impuestas por el desarrollo de las TIC, escenarios en los que un nuevo trabajador, el del conocimiento, ya no aplica la tecnología a los procesos productivos, sino que produce nuevo conocimiento para generar más conocimiento. La digitalización de la economía poco a poco se ha ido transformando en la digitalización del empleo.⁸

A pesar de la multiplicidad de formas que adopta el trabajo en las plataformas, en casi todos los casos, las empresas han logrado “desplazar la ejecución de actividades que en el pasado se ejecutaban necesariamente por trabajadores a su realización por parte de los consumidores y usuarios”,⁹ lo que supone para ellas un ahorro considerable.

-
4. CEPAL, *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe* (Punta Cana: CEPAL, 2003).
 5. Luisa Montuschi, “Datos, información y conocimiento. De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento”, en *CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo*, vol. XLV, 192 (2001), <https://bit.ly/3usDbcX>.
 6. CEPAL, *Los caminos hacia una sociedad de la información...*, 12.
 7. Delia Crovi Druetta, “Sociedad de la Información y el conocimiento: entre el optimismo y la desesperanza”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 185 (2002), <https://bit.ly/3PIConF>.
 8. Jesús Cruz Villalón, “La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n.º 138 (2017): 13, <https://bit.ly/3VPG0Rt>.
 9. *Ibid.*, 18.

LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA ECONOMÍA BAJO DEMANDA

Desde hace poco más de una década hemos asistido a la proliferación de plataformas digitales que se han constituido en un verdadero mercado global, más allá de las fronteras nacionales, en las que no solo se intercambia bienes y servicios, sino que también se trabaja.

La plataforma presenta formas muy diferenciadas. Incluye aquellas en las que las personas colaboran en una especie de trueque, sin que aparezcan necesariamente transacciones económicas. Estas fueron su forma original, pero están también aquellas que ofrecen un espacio para la compraventa de bienes y servicios a cambio de una ganancia. Al primer grupo se denominó economía colaborativa (*gig economy*) y al segundo economía bajo demanda.

En la *gig economy* la plataforma tiene como “objetivo compartir gastos buscando utilizar, compartir, intercambiar, o invertir los recursos o bienes entre los usuarios”.¹⁰ Desde este punto de vista, se puede definir como un conjunto de prácticas económicas que involucran cierto grado de participación colectiva¹¹ u organización común en la provisión de servicios¹² que se produce entre iguales,¹³ cuyo fin principal no es lucro.

Por otro lado, tenemos las plataformas cuya finalidad es intermediar la oferta y la demanda entre un profesional o trabajador y el consumidor, las que forman parte de la economía bajo demanda. El servicio se origina en las necesidades-demandas del consumidor, adaptándose a ellas, y tiene ánimo de lucro. Sus características principales son: el uso de la plataforma en línea que conecta trabajadores o vendedores con clientes, el pago por pieza o tarea, la facilitación

10. Javier Madariaga, *Economía de plataformas y empleo. ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?* (Buenos Aires: CIPPEC-BID / OIT, 2019), 16.

11. Millán Díaz Foncea, Carmen Marcuello Servos y Manuel Monreal Garrido, *Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades*, <https://bit.ly/3OHlpuK>; Cristian Bedoya Dorado y Juan David Peláez León, “Los trabajos de la *gig economy*: una mirada desde la precarización laboral”, *Lumen Gentium*, vol. 5, n.º 1 (2021), <https://bit.ly/3boqvNX>.

12. Aura Esther Vilalta Nicuesa, “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 765 (2018), <https://bit.ly/3xYnKe0>.

13. Madariaga, *Economía de plataformas y empleo*.

del pago a través de la plataforma¹⁴ y, obviamente, la contraprestación económica a favor de la plataforma.

Según Vilalta Nicuesa,¹⁵ dentro de las plataformas bajo demanda están las que organizan y realizan su actividad en forma remota o en línea; y aquellas que se efectúan en el mundo físico. Para la OIT, además de esa dimensión: *online*-mundo físico está la referida al número de personas a quienes se les asigna la tarea: individuos seleccionados o grupos indeterminados.¹⁶

Esta variedad da cuenta de la extensión y profundidad de los cambios que han operado en la economía y, sobre todo, en el mundo de trabajo, pero también ha hecho surgir verdaderas zonas grises en las que no está claro qué tipo de relaciones jurídicas se producen.¹⁷ En cuanto a las relaciones de trabajo que allí se manifiestan, no hay transparencia de quiénes son las partes, no está claro si hay o no empleadores y quiénes son; se ha generalizado el fraude laboral que se produce por los “falsos autónomos”, ya que se considera como emprendedores o profesionales independientes a quienes trabajan subordinadamente; todo esto produce un debilitamiento de la potencialidad de identidad colectiva de los trabajadores y su sindicalización, pues algunos de esos trabajos se realizan en absoluto aislamiento y debilitando su identidad de clase.

Las empresas de plataforma bajo demanda han insistido en llamarse a sí mismas como economía colaborativa, queriendo desdibujar su verdadero papel de lucro. A esto han añadido una narrativa positiva sobre su gestión, se aduce, sin datos empíricos, que son una alternativa al desempleo sobre todo de ciertos sectores de la sociedad como mujeres y migrantes, y que, por tanto, son espacios inclusivos que dinamizan la economía, olvidando a quienes prestan el servicio y las condiciones bajo las que lo realizan.¹⁸

LAS PLATAFORMAS DE REPARTO Y SUS TRABAJADORES

Las plataformas de reparto ofrecen los bienes y servicios de locales, comercios, restaurantes adscritos a ellas y los ponen a disposición de los consumidores.

14. *Ibid.*

15. Vilalta Nicuesa, “La regulación europea de las plataformas...”.

16. Janine Berg et al., *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital* (Ginebra: OIT, 2019).

17. Díaz Foncsea, *Economía social y economía colaborativa*.

18. *Ibid.*

res finales a través de mecanismos digitales, pero además facilitan su entrega con un *rider* o repartidor que está vinculado a la plataforma con un contrato de prestación de servicios de carácter civil o mercantil, a quien se remunera por tarea, sin tomar en cuenta el tiempo que se está a disposición del empleador, tiempos de descanso, licencias, desplazamiento o para ir al baño. Esta forma de servicio demuestra el grado máximo de mercantilización del trabajo.¹⁹ Desde el discurso de las plataformas, el prestador del servicio, el repartidor, sería un “socio” que decide “si quiere trabajar o no” y “cuándo lo hace”, y la plataforma digital un “mero intermediario” que conecta clientes, proveedores, productores, distribuidores y objeto.

En la realidad, el socio es un verdadero trabajador, no decide si quiere o no trabajar, pues una vez que se da de alta en la plataforma tiene que estar disponible en la franja horaria escogida a riesgo de ser penalizado, está constantemente controlado y se le paga solo por la tarea específica. La asignación de entregas se realiza a través de un algoritmo, ecuación matemática que califica ciertos comportamientos de los *riders* para asignarles más y mejores pedidos; este mecanismo sirve además para evaluarlo. Las plataformas determinan formas, montos y tiempo de pago, condiciones de búsqueda del producto, forma de entrega y estándares de calidad. Es decir, la plataforma diseña y controla la actividad que prestan los repartidores.

En este orden de ideas, uno de los temas más polémicos es establecer si la valoración que se hace a través de la evaluación del cliente y el algoritmo muestran o no el sometimiento del trabajador.²⁰ Como lo señalan Morales Muñoz y Medina, existe subordinación porque la aplicación “tiene control permanente de la ubicación, desplazamientos y tiempos de entrega y espera de los repartidores, llevando una evaluación continua y estricta de su performance”.²¹ Se trata de una verdadera relación laboral encubierta.²²

19. Andrea Del Bono, “Trabajadores de plataformas digitales: condiciones laborales en plataformas de reparto a domicilio en Argentina”, *Cuestiones de Sociología*, n.º 21, 083 (2020), <https://doi.org/10.24215/23468904e083>, <https://bit.ly/3iQzBH3>.

20. Karol Morales Muñoz y Paula Abal Medina, “Precarización de plataformas: el caso de los repartidores a domicilio en España”, *Psicoperspectivas*, n.º 19 (2020), <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol19-issue1-fulltext-1680>, <https://bit.ly/3iTBiPO>.

21. *Ibid.*, 5.

22. Sofia Scaserra, “El despotismo de los algoritmos. Cómo regular el empleo en las plataformas”, *Nueva Sociedad*, n.º 279 (2019), <https://bit.ly/3One97B>.

Según Maya y otros, estas plataformas están plagadas de explotación de fuerza de trabajo²³ y, por tanto, “el debilitamiento de un modelo de relaciones laborales que reconocía la asimetría de relaciones entre capital y trabajo y que, por ello, garantizaba un conjunto de protecciones para asegurar niveles de bienestar para los trabajadores”.²⁴

La pregunta central, entonces, es si estos trabajadores son o no dependientes. Para determinarlo, es necesario revisar si el contrato con las aplicaciones cumple criterios laborales.

Como nos recuerda Ojeda, los elementos del contrato laboral son: la voluntariedad, la retribución, la ajenidad y la dependencia,²⁵ todas ellas recogidas por el artículo 8 de nuestro Código del Trabajo. Las dos primeras características no son exclusivas del contrato laboral, sino que acompañan a cualquier contrato privado, bilateral sinalagmático, por lo tanto, son los rasgos de ajenidad y dependencia los que definen a un contrato laboral. Estos dos conceptos han sido largamente tratados en la doctrina del derecho laboral, pero todavía siguen siendo vagos y constantemente revisitados para determinar si una relación jurídica de prestación de servicios están o no cubiertos por el derecho del trabajo.

La voluntariedad

Esta característica supone que la decisión de prestar servicios y de contratarlos debe ser aceptada voluntariamente por las partes, no puede ser impuesta. Esta condición es reconocida como un derecho constitucional en nuestro sistema bajo el principio de la libertad de trabajo (art. 66, num. 17) y el de libertad de contratación (art. 66, num. 16).

Esta cualidad tiene dos dimensiones: el pacto y la calidad de personales de los servicios prestados. El acuerdo o pacto entre las partes puede ser verbal, escrito o incluso tácito, como lo ha reconocido el Código del Trabajo ecuatoriano en su art. 11. Por otro lado, los servicios que se prestan en una relación laboral son personales, es decir, se contrata con una persona y con ninguna otra, por lo que en casos de reemplazos y sustituciones son necesarios acuerdos con el em-

23. Maya et al., *Hacia una caracterización de las y los repartidores...*

24. Morales Muñoz y Abal Medina, “Precarización de plataformas”.

25. Antonio Ojeda Avilés, “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP*, n.º 60 (2007), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.013>, <http://bit.ly/3WTAUUo>.

pleador. Diferencia sustancial de los contratos civiles, en los que lo relevante es el producto, no importa quién lo realice.

En el caso de los repartidores, la empresa elabora unos “términos y condiciones”, los cuales deben ser aceptados o no, sin posibilidad de cambiar ninguna de las cláusulas allí establecidas.²⁶ Se trata de un contrato de adhesión. Asimismo, los repartidores están en la obligación de ser ellos los que prestan el servicio, tienen prohibido alquilar la cuenta, ausentarse sin pedir permiso y solicitar autorización para ser sustituidos.²⁷

Ajenidad

En cuanto a la ajenidad, Nieto indica que ella hace relación principalmente al trabajo por cuenta de otro, es decir, la producción de bienes y servicios para otra persona;²⁸ sin embargo, se pueden considerar otros criterios como la ajenidad en la utilidad patrimonial, en la titularidad de la organización y la influencia en el mercado.²⁹ Esta característica no solo está determinada por el hecho de que el producto del trabajo es para beneficio de otro, sino también que la utilidad patrimonial es principalmente de otro diferente del trabajador; o que la titularidad de la empresa en la que se realiza el trabajo corresponde a otro que no es trabajador; o, la ajenidad en el mercado, que se refiere a la posibilidad de que quien negocia y vende en el mercado es el empleador.

Entonces, la noción de empleador que trae nuestro Código del Trabajo, en su art. 10, basado en la ajenidad del bien o servicio producido, se ha visto un poco transformada.

En los contratos de los *riders*, la ajenidad no puede atenerse solamente a su definición más clásica. Los productos o servicios que se entregan benefician al usuario final, al consumidor, pero también a los proveedores o productores. Por otro lado, se producen ajenidad de las ganancias, puesto que el rédito es para la plataforma que cobra a todos, y también para el proveedor o productor que

26. En estos contratos las partes no discuten su contenido, sino que una de ellas impone todas las cláusulas y la otra parte debe aceptarlas o no.

27. Entrevista a repartidora.

28. Juan Manuel Nieto, “Dependencia laboral: ajenidad, vulnerabilidad y autonomía para una necesaria redefinición teórica”, *Teoría Jurídica Contemporánea*, vol. 6 (2021), <https://bit.ly/3OK5DPK>.

29. Ojeda Avilés, “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”.

vende. El repartidor ofrece sus servicios a la plataforma y quien comercia en el mercado es la plataforma, hay ajenidad de la empresa.

La dependencia o subordinación

La dependencia hace relación a la subordinación jurídica, identificada con “el poder de dirección, de control y disciplinario que ostenta el empleador respecto del trabajador”.³⁰

Las transformaciones de la sociedad y la economía han cambiado la noción de dependencia, ya que no se trata de verificar si hay lugar de trabajo, si hay asistencia diaria, horario de trabajo y control de las acciones o actividades del trabajador, sino que basta con la inserción del trabajo y el trabajador en el marco de la organización y dirección de otra persona. Tampoco el control sobre el trabajador es el mismo, aunque se mantiene, en el caso específico se realiza a través de la geolocalización y el algoritmo,³¹ si bien el trabajador puede escoger la ruta que utilizará, siempre estará geolocalizado para vigilar que no “pierda el tiempo” y optimizar los repartos según su ubicación.

El algoritmo califica su desempeño y con base en eso la plataforma realiza mejores o peores asignaciones de entrega y horarios de trabajo. En definitiva, es un mecanismo de sanciones, pues si no fue bien calificado por el establecimiento o por el usuario final, el trabajador no podrá permanecer en los mejores horarios y tendrá menos asignaciones.

Por otro lado, la prestación de servicios requiere disponibilidad absoluta en el horario escogido por el trabajador, quien debe estar disponible aunque no reciba pedidos; la remuneración es precaria, de tal forma que existe mucho cansancio entre los trabajadores, lo que los hace propensos a accidentes de trabajo y enfermedades laborales, no tienen seguridad social, no existen mecanismos de reclamos o quejas.³² La tecnología perfecciona la flexibilización.³³

30. Nieto, “Dependencia laboral”, 8.

31. Entrevista a repartidora.

32. Las personas entrevistadas para este trabajo señalan que hay un altísimo índice de accidentes de tránsito porque los trabajadores deben aprovechar al máximo el tiempo de recorrido, pues los atrasos le son cargados a los *riders*. Las pérdidas humanas, así como las mutilaciones que sufre el trabajador accidentado, no tienen protección social; ellos o ellas, al ser extranjeros, generalmente en situación irregular, no desean involucrarse en un proceso penal o civil, por lo que prefieren negociar en condiciones muy precarias.

33. Maya et al., *Hacia una caracterización de las y los repartidores...*, 9.

El trabajo en plataformas no es una nueva forma de trabajo sino la profundización de la temporalidad y segmentación de las tareas laborales, es decir, un asentamiento de la flexibilización y precarización del trabajo que genera mayores ganancias y concentración del capital a costa de la explotación de los trabajadores.³⁴ En ese marco, el trabajador aparece disfrazado de emprendedor, de microempresario, que no ofrece capital sino servicios, supuestamente “toma decisiones propias”, “asume riesgos”, y solo utiliza la plataforma como herramienta para el crecimiento de su emprendimiento.³⁵

Remuneración

La remuneración está tanto en contratos civiles como en laborales, sin embargo, en estos últimos tiene ciertas características que lo diferencian de los civiles, así: la remuneración suele ser continua, se mantiene en el tiempo, pactada de antemano y siempre la realiza el mismo empleador.³⁶ La remuneración en contratos civiles suele ser esporádica, no tiene un valor fijo, además, los productos se venden a diferentes clientes. Las tarifas, en el caso de los *riders*, se fijan en el contrato y posteriormente con adendas al mismo, son fijas y pactadas de antemano. Quien paga siempre es la plataforma, se paga a destajo, por cada entrega que se va acumulando en una cuenta que luego, a finales de mes, es reclamada por el trabajador. Generalmente se hace contra la entrega de facturas, lo que permite pasar fraudulentamente al trabajador por un autónomo.

Los reclamos con respecto a la remuneración se procesan a través de la aplicación, no hay contacto directo con los representantes de la misma, es decir, resulta prácticamente imposible lograr atención.³⁷

SENTENCIA ROJ STS 2924/2020 DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia ROJ STS 2924/2020, de unificación de doctrina, fue el resultado de un largo camino judicial. Desde 2018 podemos encontrar sentencias

34. Morales Muñoz y Abal Medina, “Precarización de plataformas”.

35. Scaserra. “El despotismo de los algoritmos”.

36. Pérez, *Derecho del Trabajo*.

37. Entrevista a repartidora.

que declaran la no laboralidad de la relación de los *riders* con las plataformas digitales y sentencias que declaran que existe esa laboralidad. Todas estas centran su estudio en los elementos de ajenidad y sobre todo en el de dependencia, que como ya hemos dicho, son los que diferencian a un contrato laboral de otro de cualquier índole.³⁸

El caso obtuvo en primera instancia, en el Juzgado de lo Social de Madrid n.º 39, una resolución en la que se señaló que el repartidor era un trabajador autónomo que se regía por el régimen del TRADE (Trabajador Autónomo Dependiente). Posteriormente, el Tribunal Superior de Madrid ratificó este punto. El caso fue llevado a casación para la unificación de doctrina.

Tal recurso efectivamente fue propuesto por la contradicción entre la Sentencia 715/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid de 19 de septiembre de 2019, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 25 de julio de 2019, que en cambio resolvió que sí había relación laboral.

El Tribunal Supremo encontró que hubo contradicción entre las dos sentencias por tratarse de “oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales”. Los dos trabajadores prestaban sus servicios para Glovo como repartidores y tenían un contrato de TRADE con iguales condiciones.

La sentencia de casación aporta en la discusión en torno a los puntos que aquí se han venido detallando: la ajenidad y la dependencia en los contratos que surgen del trabajo en plataformas digitales, concretamente las de reparto.

En la sentencia aquí analizada, los magistrados del Tribunal Supremo aclaran que el requisito de dependencia-subordinación se ha matizado de forma considerable desde hace varias décadas. En este punto recogen lo dicho ya por la Sentencia TS de 11 de mayo de 1979 que indica: “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino solo la inserción en círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”. En ese sentido, el Tribunal llega a la conclusión de que la dependencia es la “situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa”.³⁹

38. Esta sentencia dio origen a la reforma legal que reconoce la laboralidad de los contratos de los *riders* con las plataformas digitales.

39. Tribunal Supremo Español, Sentencia STS 2924/2020, Resolución 805/2020, 25 de septiembre de 2020.

Por otro lado, el Tribunal sostiene que si bien es cierto que el trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada y la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que debía realizar y rechazando los que no quería, sin sufrir penalización, no se puede considerar esto como falta de subordinación, ya que: 1. la empresa tiene un sistema de puntuación de los repartidores, por el que si el trabajador no obtiene buenas puntuaciones, puede ser rebajado de categoría, reduciendo sus pedidos y remuneración; 2. el trabajador estaba constantemente geolocalizado, con lo que no solo se podía establecer el kilometraje realizado, sino realizar control sobre la forma de entrega del bien o servicio; 3. el trabajador aportaba su teléfono móvil y su moto, sin embargo, estos son bienes secundarios, pues es la aplicación de la empresa la que aporta la organización de la actividad y permite que las otras herramientas sirvan, sin ella es imposible el trabajo; 4. La retribución estaba fijada por la empresa y se entregaba periódicamente una parte al trabajador y otra era retenida por la empresa; 5. las facturas eran confeccionadas por la misma plataforma; y, 6. el trabajador no tenía verdadera libertad para elegir las franjas en las que iba a trabajar, pues eso depende de las ofertadas por la empresa.⁴⁰

El Tribunal sostuvo que Glovo no se limitaba a encomendar un determinado servicio al repartidor, sino que establecía los términos en que debe realizar la entrega: plazo máximo, cómo dirigirse al usuario, se le prohibía utilizar distintos, el trabajador se limitaba a recibir órdenes. Incluso podía utilizar tarjeta de crédito de Glovo para realizar compras. Tampoco el trabajador podía organizar su actividad solo, ya que Glovo es el único que mantiene información necesaria sobre los comercios adheridos.⁴¹

En cuanto a la ajenidad, el Tribunal enfatiza en que Glovo toma todas las decisiones comerciales, precios al cliente final y remuneración de los repartidores; el trabajador no recibe el pago del cliente sino de Glovo. A pesar de que en este caso el trabajador asumía los riesgos de pérdida o daño frente al cliente final y que utilizaba su moto o bicicleta y móvil, el Tribunal considera que “no puede decirse que concurrieran en el actor el binomio riesgo-lucro que caracteriza al empresario o al ejercicio libre de las profesiones”. Había ajenidad en los frutos porque Glovo se apropiaba de manera directa del resultado de la pres-

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

tación; y de los medios, porque la importancia de la plataforma es central en relación a la de los instrumentos aportados por el trabajador: moto y celular.⁴²

En definitiva, dice la sentencia, Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios, sino que organiza un servicio productivo, ya que ha “establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante”.⁴³ La empresa tiene poder para sancionar a sus repartidores.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Hay muchas cuestiones latentes sobre el trabajo en plataformas que deben ser enfrentadas tarde o temprano por la academia y los tribunales en Ecuador y que hacen relación a la adaptación que deben tener los conceptos e institutos del derecho del trabajo a los cambios que están operando en la economía y sobre todo en el trabajo.

Con la entrada de las tecnologías de la información, el *big data*, internet como mecanismos para organizar el trabajo, como espacio de producción y consumo de bienes y servicios, se hace cada vez más evidente y es necesario que el derecho tome la batuta y no deje que esto se regule en el mercado, pues es claro que ahí solo ganará el más fuerte.

La ajenidad y la dependencia como criterios fundamentales para establecer la laboralidad de los contratos han sufrido cambios sustanciales; ya no corresponden a las ideas que los originaron en el siglo XIX y XX. En nuestro país este proceso ni siquiera ha empezado, por lo que estos importantes conceptos no han sido analizados ni llenados de contenido por la academia, así como tampoco por los tribunales.

Sin embargo, las condiciones de trabajo en las plataformas de reparto se caracterizan por la explotación, bajas remuneraciones, cansancio, accidentes y enfermedades de trabajo, lo que se agrava por la falta de regulación.

42. *Ibíd.*

43. *Ibíd.*

BIBLIOGRAFÍA

- Bedoya Dorado, Cristian, y Juan David Peláez León. “Los trabajos de la *gig economy*: una mirada desde la precarización laboral”. *Lumen Gentium* 5, n.º 1 (2021): 84-99. <https://bit.ly/3boqvNX>.
- Bell, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial. Un intento de prognosis social*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- Berg, Janine, Marianne Furrer, Ellie Harmon, Uma Rani y Six Silverman. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra: OIT, 2019.
- Castells, Manuel. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. 1. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1996.
- CEPAL. *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Punta Cana: CEPAL, 2003.
- Crovi Druetta, Delia. “Sociedad de la información y el conocimiento: entre el optimismo y la desesperanza”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* XLV, n.º 185 (2002): 13-33. <https://bit.ly/3PIConF>.
- Cruz Villalón, Jesús. “La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”. *Temas Laborales*, n.º 138 (2017): 13-46. <https://bit.ly/3VPG0Rt>.
- Del Bono, Andrea. “Trabajadores de plataformas digitales: condiciones laborales en plataformas de reparto a domicilio en Argentina”. *Cuestiones de Sociología*, n.º 21, 083 (2020): 1-14. <https://doi.org/10.24215/23468904e083>. <https://bit.ly/3iQzBH3>.
- Díaz Foncea, Millán, Carmen Marcuello Servos y Manuel Monreal Garrido. *Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades*, 27-35. <https://bit.ly/3OHlpuK>.
- Hidalgo Cordero, Kruskaya, y Belén Valencia Castro. *Entre la precarización y el alivio cotidiano. Las plataformas Uber Eats y Glovo en Quito*. Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), 2019. <https://bit.ly/39RBFdV>.
- Juzgado de lo Social n.º 1 de Salamanca. Sentencia n.º 215/2019. 14 de junio de 2019. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.
- Juzgado de lo Social n.º 17 de Madrid. Sentencia n.º 12/2019. 11 de enero de 2019. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.
- Juzgado de lo Social n.º 24 de Barcelona. Sentencia n.º 205/2019. 29 de mayo de 2019. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.
- Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid. Sentencia 53/2019. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.

- Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia. Sentencia 244/2018. 1 de junio de 2018. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.
- León, Dayana. *Plataformas digitales en Quito. Un trabajo que exige estándares de derechos humanos*. Quito: Rosa Luxemburg Stiftung-Oficina Región Andina, 2021.
- Madariaga, Javier, César Buenadicha, Erika Molina y Christoph Ernst. *Economía de plataformas y empleo. ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?* Buenos Aires: CIPPEC-BID / OIT, 2019.
- Maya, Nataly, Tomás Quevedo, Diego Carrión y Paola Sánchez. *Hacia una caracterización de las y los repartidores y de la economía de plataformas en Ecuador*. Quito: Rosa Luxemburg Stiftung-Oficina Región Andina, 2021.
- Montuschi, Luisa. “Datos, información y conocimiento. De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento”. *CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo*, 192 (2001). <https://bit.ly/3usDbcX>.
- Morales, Karol, y Paula Abal Medina. “Precarización de plataformas: el caso de los repartidores a domicilio en España”. *Psicoperspectivas*, n.º 19 (2020): 1-12. <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol19-issue1-fulltext-1680>. <https://bit.ly/3iTBIP0>.
- Nieto, Juan Manuel. “Dependencia laboral: ajenidad, vulnerabilidad y autonomía para una necesaria redefinición teórica”. *Teoría Jurídica Contemporánea* 6 (2021). <https://bit.ly/3OK5DPK>.
- Pérez, Benito. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1983.
- Scaserra, Sofía. “El despotismo de los algoritmos. Cómo regular el empleo en las plataformas”. *Nueva Sociedad*, n.º 279 (2019): 133-40. <https://bit.ly/3One97B>.
- Todolí Signes, Adrián. “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”. *Lan Harremanak* 41 (2019): 17-41. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>. <http://bit.ly/3jNF9e>.
- Todolí Signes, Adrián, y Macarena Hernández Bejarano, dirs. *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. España: Aranzadi, 2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=711065>.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia 715/2019. 19 de septiembre de 2019. <https://bit.ly/3A5s1Pn>.
- Tribunal Supremo Español. Sentencia STS 2924/2020. Resolución 805/2020. 25 de septiembre de 2020.
- Ulloa, Camila, y Estefanía Suárez. *Plataformas digitales. ¿Oportunidad de trabajo o precarización laboral?* Quito: Grupo FARO, 2021.
- Villalta Nicuesa, Aura Esther. “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 765 (2018): 265-320. <https://bit.ly/3xYnKe0>.

La adolescencia trans y su decisión sobre su identidad y su vida sexual

Trans Adolescence and their Decision about Identity and Sexual Life

Yandri Vladimir Chinga Aspiazu

Máster Universitario en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla

Sevilla, España

abg.yandrichinga@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1329-7897>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.3>

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2022

Fecha de revisión: 22 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Los derechos relacionados con la sexualidad y la identidad de género de los adolescentes han sido temas complejos de tratar. Son los instrumentos internacionales de derechos humanos los que han establecido que los adolescentes sean sujetos de derechos, incluido los de carácter sexual y de género, porque forman parte del libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, el objetivo de esta investigación es determinar si en el Ecuador los adolescentes trans son sujetos a los derechos sexuales, y, si pueden o no expresar libremente su identidad de género. Efectivamente, esta investigación comprobó que todos los adolescentes son sujetos de los derechos relacionados con la identidad de género y la sexualidad, los cuales deben ser ejercidos por ellos mismos, con base en el desarrollo de sus facultades. Por esta razón, los adolescentes trans tienen el derecho a expresar y disfrutar su sexualidad, de manera libre y responsable, sin sufrir discriminación alguna. Para lo cual, el Estado, a través de sus instituciones públicas, deberá garantizar un trato digno e igualitario, la rectificación registral de la nueva identidad de género, pero, sobre todo, una terapia médica que le asegure a la persona una armonía entre el sexo sentido y el sexo físico.

PALABRAS CLAVE: adolescentes, derechos humanos, derechos sexuales, familia, identidad de género, libre desarrollo, personas transexuales, salud sexual.

ABSTRACT

The gender identity and sexual rights are very complex issues, even in the world of law. International organizations such as the United Nations International Children's Emergency Fund, the Inter-American Commission on Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights have stated that the minors are subjects of rights related to sexuality and gender identity, because these rights are part of the free development of the personality. Thus, the objective of this research is to analyze, if in Ecuador the minors are subjects to sexual rights and if they can freely express their gender identity. This research determined that the teenagers are subjects of sexual rights and gender identity, so that, the teenagers can exercise these rights but based on their faculties and capacities. For this reason, adolescents have the right to freely express and enjoy their sexuality; namely, they cannot suffer discrimination. Therefore, the State must guarantee transsexual adolescents dignified and equal treatment, the rectification of the registry of the new gender identity and a medical therapy that assures the person a harmony between the felt sex and the physical sex.

KEYWORDS: teenagers, human rights, sexual rights, family, gender identity, free development, transgender people, sexual health.

FORO

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, las nuevas generaciones han sido más abiertas a tratar temas de índole sexual y han llegado a generar una construcción social de la sexualidad. La migración del campo a la ciudad y el intercambio cultural han originado una transformación en lo referente a las prácticas sexuales.¹ Pero, no hay que dejar atrás aquellas personas y colectividades que han aportado a que la sexualidad deje de ser un tema tabú en la sociedad actual. Diferentes grupos de mujeres promovieron el concepto de derechos sexuales.² Asimismo, la lucha de las diferentes colectividades LGTBI promovieron que se le garanticen sus derechos relacionados con su identidad de género, tales como: i) la despenalización de la homosexualidad; ii) el registro de la nueva identidad sexual; iii) el reconocimiento del matrimonio igualitario y de la familia homoparental. Los mismos que durante un largo período no habían sido reconocidos por la Constitución ni por las leyes. Dicho de otra manera, son las luchas progresistas las que han permitido consolidar los logros jurídicos y los cambios en el paradigma constitucional.³

Sin embargo, los adolescentes no han podido ser partícipes de estos importantes acontecimientos, ni han podido ejercer estos derechos.⁴ Aun cuando su educación en temas de género es fundamental para promover la aceptación de la diversidad sexual, orientación sexual e identidad de género.⁵ Con la aparición de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, se ha intentado garantizar que los adolescentes sean sujetos de derechos capaces de poder ejercerlos por sí mismos. Por estas razones se plantean las siguientes interrogantes: ¿reconoce el Estado ecuatoriano a los adolescentes como titulares de los derechos a la sexualidad y la identidad de género?, ¿cuál es el alcance o qué implica que los adolescentes sean titulares de los derechos relacionados con la sexualidad y la identidad de género?

-
1. Céline Geffroy, “En busca del placer... Una perspectiva de género”, *Bulletin de l’Institut Français d’Études Andines* 45, n.º 3 (2016): 377, <https://bit.ly/3CBiOyB>.
 2. María Cruz Pérez, “Mujeres con discapacidad y su derecho a la sexualidad”, *Política y Cultura*, n.º 22 (2004): 151, <https://bit.ly/3QqGUBS>.
 3. Octavio Salazar Benítez, “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169 (2015): 79, <https://bit.ly/3itjpf4>.
 4. CIDH, *Reconocimiento de los derechos las personas LGTBI* (Washington D. C.: CIDH, 2018), párr. 63, <https://bit.ly/3iybixE>.
 5. *Ibid.*, párr. 58.

IDENTIDAD DE GÉNERO, IDENTIDAD SEXUAL Y TRANSEXUALIDAD

La identidad es el conjunto de las características particulares de la persona, aquellas peculiaridades que la hacen diferente a las demás, pero que a la vez pertenecen a una agrupación social determinada, la cual se constituye con base en tres elementos: i) la identificación de las personas con categorías sociales compartidas; ii) los elementos materiales que ayudan a identificarse; y, iii) la existencia de otros en la construcción de sí mismos.⁶ Conviene subrayar que la identidad se va desarrollando mediante las relaciones sociales; la identidad no es estática, sino que cambia según la relación del individuo con la sociedad, la cultura o el lenguaje.⁷

Para Linda McDowell, entre el género y el sexo hay una clara distinción; debido a que, el primero se utiliza en oposición al segundo, ya que describe características sociales construidas; mientras que el segundo es el encargado de establecer las diferencias biológicas.⁸ Para Stoller, el género es la relación que existe entre la conducta humana y el sexo, pero careciendo de una base biológica.⁹ Para Facio y Fries, “el género es construido social, cultural e históricamente”, mientras que el sexo es lo determinado biológicamente; no se debe sustituir el sexo por el género.¹⁰

La identidad sexual inicia en la etapa prenatal, es a partir de la semana 14 donde ya existe una diferencia significativa de los órganos sexuales del feto.¹¹ Es con base en la identidad sexual que la sociedad le impone una identidad de género a una persona; es decir, la sociedad establece unos determinados roles de género tanto a hombres como a mujeres en función de su sexo. Como en

-
6. Francisco Contreras Pérez, “El derecho a la identidad en el Ecuador a partir de la sentencia constitucional 008-17-SCN-CC”, *Sociedad & Tecnología* 4, n.º S2 (2021): 566, <https://bit.ly/3IBLVpj>.
 7. Esther Fernández Quirós y Cristina Hernández Tenorio, “Ensayo sobre identidades”, *Hekademos*, n.º 6 (2010): 83-4, <https://bit.ly/3Xghycf>.
 8. Linda McDowell, “La definición del género”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, eds. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 14, <https://bit.ly/3XWh0rZ>.
 9. Alda Facio y Lorena Fries, *Género y Derecho* (Buenos Aires: La Morada, 2002), 31-2.
 10. *Ibid.*, 40.
 11. Begoña Adiego Burgos et al., “Determinación del sexo fetal en el primer trimestre de la gestación: estudio prospectivo”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 75, n.º 2 (2010): 118, <https://bit.ly/3Yce7TP>.

el sistema binario, donde “ser hombre o mujer varía a través de las culturas y períodos históricos, así como también varían los atributos considerados ‘femeninos’ o ‘masculinos’”.¹² Aquí el sexo es determinante para la identidad de la persona, las conductas masculinas corresponden al hombre y las conductas femeninas a la mujer.¹³ Para Facio y Fries, los avances científicos descubrieron que “la identidad sexual no es lo mismo que sexo biológico sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo”.¹⁴

La familia es quien establece los primeros roles de la persona, ya que es el espacio principal en el que se intenta construir la identidad de género de la persona mediante la transmisión de valores, costumbres y tradiciones, constituyéndose como el centro de la formación del ser humano.¹⁵ Adicionalmente, la escuela también es un importante espacio social para la niñez, en lo que se refiere no solamente a su formación educativa, sino también como persona. En estos centros educativos se imponen determinados roles de género a los adolescentes, basados en su sexo, lo que genera una segregación sexual y la existencia de estereotipos.¹⁶ Por lo tanto, estas instituciones no fomentan el desarrollo personal con base en la identidad de género de los jóvenes, sino en razón de su sexo biológico.

Aunque la sociedad y la familia traten de construir la identidad de género del adolescente a través de la asignación de roles, cada persona construye su propia identidad según su trayectoria y su propia experiencia.¹⁷ Ello porque se trata de una autoidentificación, de carácter privada e interna, que carece de deducción, esto quiere decir que la única manera de saber la identidad de gé-

-
12. Ximena del Toro, “Niños y niñas transgénero: ¿nacidos en el cuerpo equivocado o en una sociedad equivocada?”, *Revista Punto Género*, n.º 5 (2015): 112, <https://bit.ly/3imYvyj>.
 13. Sara Lara Flores, “Sexismo e identidad de género”, *Alteridades* 1, n.º 2 (1991): 25, <https://bit.ly/3X5O80Y>.
 14. Facio y Fries, *Género y Derecho*, 32.
 15. Ximena Ortega Delgado y Ángela Delgado Zambrano, “Identidad de género: ¿obstáculo o al desarrollo o acceso a la equidad?”, *Revista CS*, n.º 4 (2009): 276, <https://bit.ly/3VTACvH>.
 16. Raúl Mercer et al., “Del derecho a la identidad al derecho a las identidades. Un acercamiento conceptual al género y el desarrollo temprano en la infancia”, *Revista Chilena de Pediatría* 79, n.º 1 (2008): S42-S43, <https://bit.ly/3vQlbsx>.
 17. Ximena Gauche y Domingo Lovera, “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”, *Revista Ius Praxis* 25, n.º 2 (2019): 364, <https://bit.ly/3vR70oc>.

nero de una persona es preguntándole.¹⁸ La identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente”.¹⁹ Es decir, que “está íntimamente conectada con el ‘libre desarrollo de la personalidad’, así como con el principio de igualdad y no discriminación”.²⁰ Por lo tanto, la “identidad de género que cada persona defina para sí es esencial a su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.²¹ Facio y Fries señalan “que el género, a pesar de ser impuesto socialmente, es vivido como muy propio y, a veces, hasta como algo conquistado”.²² Además, añaden que la construcción de la identidad de género no se encuentra aislada de otras categorías sociales, lo que provoca que no haya una subordinación idéntica a un mismo modelo de privilegio en la sociedad.

La transexualidad es el sentimiento de inadecuación que tiene la persona entre el sexo biológico y el sexo sentido; así como una identificación constante y persistente con el sexo opuesto, la cual puede presentarse desde la infancia.²³ Es el cambio de las características físicas que determinan o condicionan la identidad sexual de una persona, el cual tiene como finalidad armonizar el sexo físico de la persona con su sexo cerebral. Por lo tanto, la transexualidad no tiene relación con la orientación sexual de la persona. Si una transexual femenina tiene una orientación sexual hacia hombres, conllevaría a una heterosexualidad al ser ella una mujer transexual, y si tiene una orientación sexual hacia las mujeres, en este caso sería una homosexualidad.²⁴

En el caso de Ecuador, existe un trato discriminatorio hacia los adolescentes trans o con identidad de género diferente, incluso por parte de los docentes en los centros educativos,²⁵ aun cuando la Constitución de la República del Ecua-

-
18. Rafael Salin-Pascual, “La identidad de género y orientación sexual”, *Ciencia* 60, n.º 2 (2009): 40, <https://bit.ly/3Xa02GC>.
 19. Comisión Internacional de Juristas, *Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, marzo de 2007, 8, <https://bit.ly/3k5X5bX>.
 20. Salazar Benítez, “La identidad de género como derecho emergente”, 81.
 21. Thomas Hammarberg, *Derechos humanos e identidad de género. Issue paper* (Estrasburgo: Consejo de Europa, 2009), 7, <https://bit.ly/3QwoYG3>.
 22. Facio y Fries, *Género y Derecho*, 34.
 23. Natalia López Moratalla, “La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal ‘no existen sexos, solo roles’: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología”, *Cuadernos de Bioética* 23, n.º 78 (2012): 360, <https://bit.ly/3ixHFwt>.
 24. Salin-Pascual, “La identidad de género y orientación sexual”, 39.
 25. CIDH, *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos*,

dor (en adelante, CRE) manifiesta que las personas son iguales y no pueden ser discriminadas por razón de su identidad de género e inclinación sexual.²⁶ Por tanto, los educadores como la sociedad en general tienen el deber de respetar y reconocer las diferencias de género, la orientación e identidad sexual de las personas.²⁷ Por esta razón, toda persona, sin límite de edad, tiene que poder expresar su identidad de género sin miedo a coacción alguna. Para lograr esto es necesario que se garantice, primero, un trato conforme a la identidad de género; segundo, la rectificación registral de la identidad de género; tercero, la terapia hormonal; y, cuarto, la intervención quirúrgica.²⁸

LOS ADOLESCENTES Y SU DECISIÓN POR UNA NUEVA IDENTIDAD

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CSDN) establece que los adolescentes “tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consecuencia, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresi-

sociales, culturales y ambientales (Washington D.C.: CIDH, 2020), párr. 177, <https://bit.ly/3vRkO1X>. El Instituto Nacional de Estadística y Censos, en 2013, realizó un estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador, en el cual se determinó que existe un número bajo de personas de esta comunidad que tienen hijos, los cuales fueron concebidos bajo el método natural. Asimismo, se puede observar que alrededor del 30 % de los miembros de esta comunidad participan activamente en grupos y movimientos, la mayoría de ellos de carácter social relacionado con su comunidad. Esto se debe a que gran parte de la comunidad LGBTI tiene temor de expresar su sexualidad o no le interesa participar en asociaciones o movimientos. El estudio también demuestra que existe un número considerado de miembros de la comunidad LGBTI que han ingresado a la vida universitaria, así como a la educación media (bachillerato). Pero estas cifras contrastan relativas a la seguridad social, debido a que la mayoría de los miembros de esta comunidad, alrededor del 58 %, no tienen acceso a un servicio de seguro de salud. Datos relativos a este último tema demuestran que todavía existe un porcentaje considerable de personas LGBTI que no utilizan preservativos en las relaciones sexuales. Véase INEC, *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador* (Quito: INEC, 2013), <https://bit.ly/3SrWvCn>.

26. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.2.
27. *Ibid.*, art. 83.14.
28. Inñaki Regueiro de Giacomi, “El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes”, *Revista Derechos Humanos* 1, n.º 1 (2012): 11, <https://bit.ly/3X0vWpf>.

vamente sus derechos”.²⁹ Para la CSDN, la participación es un procedimiento que garantiza la capacidad que tienen los adolescentes para tomar decisiones sobre temas que le afecten a su vida.³⁰ En este caso, el papel que deben cumplir la familia y la sociedad es la de ser la guía de los adolescentes, es decir, tienen que “impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos”.³¹ Pero la autonomía progresiva de los adolescentes no solamente consiste en ejercer derechos, sino también en cumplir obligaciones que ordena la normativa; dicho de otra manera, el adolescente también debe asumir el riesgo de sus acciones y errores.³²

Debe señalarse que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ya no considera al adolescente como un simple objeto de protección, sino como un verdadero sujeto que puede ejercer derechos,³³ lo cual le faculta a tomar decisiones importantes sobre su proyecto de vida. Una de esas decisiones puede estar relacionada con su identidad de género, ya que los adolescentes son titulares de los mismos derechos que tienen los adultos para poder cambiar su nombre, adecuar su imagen y rectificar la referencia respecto a su sexo o género.³⁴ En 2017 hay una actualización en los Principios de Yogyakarta referente al reconocimiento legal del sexo y género de la persona. Allí se establece que los Estados deben reconocer la identidad de género con la que se identifique cada persona, de ahí que la edad no es un criterio de elegibilidad con el objeto de que esta pueda cambiar su nombre, sexo legal o género.³⁵ La participación de los adolescentes en determinados temas aumenta la capa-

-
29. Shirley Campos García, “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH*, n.º 50 (2009): 354, <https://bit.ly/3CAPF6P>.
 30. Isaac Ravetllat Ballesté y Claudia Sanabria Moudelle, “La participación social de la infancia y la adolescencia a nivel municipal. El derecho del niño a ser tomado en consideración”, *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales* 12, n.º 1 (2016): 90.
 31. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho* 14, n.º 18 (2018): 119, <https://bit.ly/3GT3j7Z>.
 32. *Ibid.*, 120.
 33. Corte IDH, “Sentencia de 28 de agosto de 2002 (Opinión Consultiva OC-17/2002)”, *Solicitada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, 28 de agosto de 2002, párr. 86, <https://bit.ly/3CCQImF>.
 34. Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (Opinión Consultiva OC-24/17)”, *Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017, párr. 74, <https://bit.ly/3Xijgdb>.
 35. Comisión Internacional de Juristas, *Principios de Yogyakarta: principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las*

cidad para que pueda formar un juicio propio y expresarlo, promueve valores democráticos, fomenta el respeto mutuo, incrementa las intervenciones a favor de los adolescentes y es un mecanismo que previene conflictos entre iguales.³⁶

En 2016, la Asamblea Nacional (en adelante, AN) promulga la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), en la cual se establece que las personas pueden registrar su nueva identidad de género. Aunque pareciera que hubo un avance en materia de género, en realidad, esta ley estableció varias limitaciones injustificadas, tales como: i) la sustitución del campo sexo por el género; ii) la acreditación del cambio de identidad por medio de dos testigos; y, iii) el tiempo mínimo de dos años.³⁷ Además, esta ley desconoce la titularidad de los adolescentes para elegir su identidad sexual y de género, esto se debe a que permite el cambio de género solamente cuando la persona haya cumplido la mayoría de edad.

La CC, en 2017, decidió que las personas transexuales tienen derecho a cambiar su identidad sexual, por lo que dispuso a la AN adoptar las medidas legales necesarias que regulen el procedimiento de cambio de sexo.³⁸ La CC califica a la LOGIDC de incompleta; debido a que excluye a las personas transexuales que responden solamente a un sexo, tanto en su cuerpo como en su mente.³⁹ Al no reconocerles el cambio de sexo, no se toma en cuenta el libre desarrollo de la personalidad e identidad de las personas transexuales.⁴⁰ Por todo esto, la CC considera que “la rectificación registral del sexo y del nombre constituye un factor esencial para que una persona transexual pueda desenvolverse en el tráfico jurídico sin discriminación”.⁴¹

Pero ni la AN mediante la LOGIDC, tampoco la CC con la Sentencia 133-17-SEP-CC, han reconocido que los adolescentes van “adquiriendo la

características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta, 20 de septiembre de 2017, 9, <https://bit.ly/3klUwaI>.

36. Ravetllat y Sanabria, “La participación social de la infancia”, 92-3.

37. Johanna Egas, “Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo ‘sexo’ por el de ‘género’ en la cédula de identidad en el Ecuador”, *Law Review* 4, n.º 1 (2017): 74, <https://bit.ly/3ZmYkUb>. Véase Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, Suplemento, 4 de febrero de 2016, art. 94.

38. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, n.º 133-17-SEP-CC, 10 de mayo de 2017, 49, <https://bit.ly/3ICiL9O>.

39. *Ibid.*, 46.

40. *Ibid.*, 45.

41. Salazar Benítez, “La identidad de género como derecho emergente”, 86.

capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas”.⁴² Por lo tanto, es importante que estos órganos tomen en consideración los “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden materializarse mejor”.⁴³

Debido al incumplimiento, por parte de la AN, de la Sentencia 133-17-SEP-CC, se interpuso la acción de incumplimiento, en cuya resolución la CC establece que la AN debe discutir y aprobar “un proyecto de ley para regular el procedimiento de cambio del dato referente al sexo de las personas transexuales”,⁴⁴ además, debe informar a la CC sobre el cumplimiento de lo ordenado. Pero, sobre todo, se ordena al Registro Civil “que atienda sin dilaciones las solicitudes de todos los usuarios futuros, para el cambio del dato referente al sexo de personas transexuales”.⁴⁵

Los órganos estatales deben estar conscientes de que los adolescentes “no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. A ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia”.⁴⁶ Además, aunque la normativa ecuatoriana no faculte a los adolescentes a cambiar su identidad sexual o de género, el Estado debe garantizar este derecho. Esto se debe a que, tanto la CSDN como las opiniones consultivas aquí tratadas, al ser instrumentos internacionales de derechos humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que son de aplicación directa.⁴⁷

42. María Julia Delle Vedove, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente”, *Nuestra Joven Revista Jurídica* 3, n.º 1 (2015): 3, <https://bit.ly/3QtX91c>.

43. UNICEF, *Guía a la Observación General*, n.º 7: “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” (La Haya: Fundación Bernard van Leer, 2007), 47, <https://bit.ly/3GQ0g06>.

44. Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 52-18-IS/22*, 5 de mayo de 2022, 12, [https:// bit.ly/3IRKwle](https://bit.ly/3IRKwle).

45. *Ibíd.*

46. España Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, “Auto”, Recurso n.º 1583/2015, 10 de marzo de 2016.

47. Ecuador Corte Constitucional, “*Sentencia*”, n.º 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párr. 29, <https://bit.ly/3VSfK8g>.

LOS DERECHOS SEXUALES DE LOS ADOLESCENTES TRANS

Los derechos sexuales “incluyen el derecho de la persona a controlar y decidir libremente los asuntos relacionados con su sexualidad, sin sufrir coerción, discriminación ni violencia”.⁴⁸ La sexualidad debe ser entendida como una autoconstrucción basada en cómo la persona vive y se expresa como ser sexual, es una construcción cultural resultado de la interacción de lo interno de la persona con lo externo de la sociedad.⁴⁹ Es uno de los principales aspectos en la vida del ser humano, que abarca no solamente el sexo, los roles de género o la reproducción, sino también el placer sexual.⁵⁰

La finalidad del reconocimiento de los derechos sexuales es garantizar a la persona la autonomía sobre su sexualidad, indiscriminadamente de su sexo, identidad de género o actividad procreativa. Por lo tanto, es necesario que estos derechos protejan como mínimo la orientación e identidad sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva.⁵¹ Asimismo, si se desea garantizar una protección integral, es necesario también reconocer otros derechos sexuales como: i) el decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el cuerpo y la sexualidad; ii) el ejercer y disfrutar la sexualidad; iii) el manifestar públicamente la sexualidad; iv) a elegir a la pareja sexual o afectiva; v) a la privacidad e intimidad; vi) a la integridad personal; y, vii) a decidir sobre la vida reproductiva.⁵² Referente a las obligaciones de responsabilidad que tiene el Estado para proteger el derecho a la igualdad de las personas, Alda Facio manifiesta que el Estado debe reconocer el derecho como tal en la legislación, promulgar todas las leyes necesarias para salvaguardarlo, crear las instituciones, los procedimientos y vías para que las personas gocen de este derecho sin discriminación.⁵³

48. ONU Asamblea General, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995* (Nueva York: ONU, 1996), párr. 97, <https://bit.ly/3GuC7uJ>.

49. Alma Sánchez Olvera, “Cuerpo y sexualidad, un derecho: avatares para su construcción en la diversidad sexual”, *Sociológica* 24, n.º 69 (2009): 107, <https://bit.ly/3IBIaAb>.

50. OMS, *Informe: La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo* (Ginebra: OMS, 2017), 3, <https://bit.ly/3GumrYz>.

51. Rocío Villanueva Flores, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Reformas constitucionales y equidad de género*, eds. Sonia Montaña y Verónica Aranda (Santiago de Chile: CEPAL, 2006), 400, <https://bit.ly/3Zm7i41>.

52. *Ibid.*

53. Alda Facio, *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad* (Ciudad

Los adolescentes son libres de ejercer sus prácticas sexuales, aunque estas no calen dentro del sistema binario, es decir, dentro del estereotipo de la relación heterosexual. Por lo tanto, tienen o deben tener acceso “a todas las practicas significantes, así como todas las posiciones, en tanto sujetos, que la historia ha determinado como masculinas, femeninas o perversas”.⁵⁴ Estas nuevas prácticas sexuales son formas de contradisciplina-sexual. Dentro de estas, se debe incluir el travestismo, el cual es calificado por Butler como “subversivo por cuanto se refleja en la estructura imitativa mediante la cual se produce el género hegemónico y por cuanto desafía la pretensión a la naturalidad y originalidad de la heterosexualidad”.⁵⁵ Como también se pueden incluir las prácticas sexuales donde se sustituyan los órganos sexuales por las diferentes zonas erógenas del cuerpo humano o por la utilización de un instrumento fálico o dildo.⁵⁶ Asimismo, Judith Butler manifiesta que no se debe patologizar la utilización de las zonas erógenas en las prácticas sexuales, y también debe descartarse cualquier metáfora que relacione a la sexualidad como una enfermedad.⁵⁷

Al reconocer este tipo de prácticas sexuales en los adolescentes, lo que se busca es abandonar las prácticas sexuales basadas en la hetero-normalidad. Para Preciado, el binarismo sexual es un efecto producido por el dualismo sociopolítico de los géneros, que es utilizado como una herramienta de disciplina.⁵⁸ Si solamente se reconoce a los adolescentes las practicas heterosexuales, se discrimina aquellas que son consideradas por la sociedad como aberraciones o anomalías sexuales.⁵⁹

de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016), 33-4, <https://bit.ly/3m0nMzM>.

54. Beatriz Preciado, *Prácticas subversivas de identidad sexual* (Madrid: Opera Prima, 2002), 18, <https://bit.ly/41ogztl>.
55. Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”* (Buenos Aires: Paidós, 2002), 185, <https://bit.ly/3krL8xJ>.
56. *Ibid.*, 104. Véase también María J Binetti, Valentina Cruz y Daniel Alberto Sicerone, “El transhumanismo de Paul B. Preciado: sobre las ficciones antirrealistas del Manifiesto contra-sexual”, *Revista de Filosofía* 53, n.º 151 (2021): 421, <https://bit.ly/3m3Wtoc>.
57. Butler, *Cuerpos que importan*, 105.
58. Binetti, Cruz y Sicerone, “El transhumanismo de Paul B. Preciado”, 415-6.
59. *Ibid.*, 416.

SALUD SEXUAL Y CAMBIO DE SEXO

La Organización Mundial de la Salud define a la salud sexual como el bienestar físico, psicológico y sociocultural de la persona relacionado con su sexualidad, para lo cual, se le debe garantizar a las personas sus derechos sexuales.⁶⁰ Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994, estableció que la salud sexual “requiere un enfoque respetuoso de la sexualidad y de las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de toda coacción, discriminación y violencia”.⁶¹ En el caso de la adolescencia trans, con el fin de poder garantizar un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad, es necesario que haya una armonización entre el sexo mental con el sexo biológico. Debido a ello, a los adolescentes trans se les deben brindar tratamientos hormonales para acoplar su sexo físico al sexo autodeterminado.⁶²

La CRE impone la responsabilidad al Estado de asegurar las acciones y servicios de la salud sexual;⁶³ ya que este es un derecho universal, básico e inherente al ser humano. La Ley Orgánica de Salud (en adelante, LOS) define la salud sexual como un bienestar físico, mental y social que les permitan a las personas disfrutar de una vida sexual plena.⁶⁴ Esto comprende el acceso a los programas y servicios gratuitos de salud pública, al tratamiento y rehabilitación de la salud, como también al acceso de una medición gratuita.⁶⁵

Por esta razón, el Ministerio de Salud Pública (en adelante, MSP) debería tener la responsabilidad de implementar políticas públicas que garanticen la prevención y atención integral de la salud sexual.⁶⁶ Estas deben permitir el

60. OPS, OMS y WAS, *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción* (Antigua Guatemala: OPS, OMS y WAS, 2000), 9. Véase Cruz Pérez, “Mujeres con discapacidad”, 152, <https://bit.ly/3IyCS8P>.

61. ONU Asamblea General, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994* (Nueva York: ONU, 1995), párr. 7.2, <https://bit.ly/3GtIuhY>.

62. Antonio Becerra-Fernández et al., “Transexualidad y adolescencia”, *Revista internacional de Andrología* 8, n.º 4 (2010): 169, <https://bit.ly/3ZiVla1>.

63. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 363.6.

64. Ecuador, *Ley Orgánica de la Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006, art. 259.

65. *Ibíd.*, art. 7.

66. *Ibíd.*, art. 6.6.

acceso de los adolescentes a los servicios de salud que aseguren la equidad de género.⁶⁷ Como consecuencia, quienes integren el Sistema Nacional de Salud deberán implementar acciones de atención a la salud sexual de las personas, incluidos los adolescentes trans, de manera gratuita en las instituciones públicas.⁶⁸

EL CONSENTIMIENTO DE LA RELACIÓN SEXUAL EN LA ADOLESCENCIA

La Corte IDH ha reconocido a los adolescentes como sujetos de derechos al manifestar que estos poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición,⁶⁹ incluidos los derechos relacionados con la sexualidad, los cuales pueden ser ejercidos por ellos mismos, pero de una manera progresiva.⁷⁰ Debido a que se basa en el principio de igualdad y no discriminación, que es inherente a todas las personas sin distinción de su edad, y en que la sexualidad forma parte del ser humano toda su vida.⁷¹

Ecuador era uno de los pocos países latinoamericanos en determinar el inicio de la actividad sexual a partir de los 18 años de edad.⁷² Pero, para 2018, la CC, mediante sentencia, delimitaría la intervención de los padres sobre el cuidado de sus hijos adolescentes, en lo que se refiere a su vida sexual. Si bien las normas jurídicas catalogan a los padres como principales garantes de los derechos de sus hijos, “no es aceptable cualquier intervención en los derechos de los adolescentes por parte de sus padres, madres o las personas a cuyo cui-

67. *Ibid.*, art. 20.

68. *Ibid.*, art. 26.

69. Corte IDH, “Sentencia de 28 de agosto de 2002 (Opinión Consultiva OC-17/2002)”, párr. 54.

70. Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (Opinión Consultiva OC-24/17)”, párr. 150.

71. Víctor Brenes Berho, “Derechos sexuales de los jóvenes en el marco de los derechos humanos en México”, en *Población, desarrollo y salud sexual y reproductiva*, ed. Martha Mícher (Ciudad de México: Grupo Parlamentario del PRD, 2004), 31, <https://bit.ly/3CBT1qc>.

72. UNICEF, *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los adolescentes* (Panamá: UNICEF, 2016), 25, <https://bit.ly/3VXiQkP>.

dado se encuentran”.⁷³ Para la CC, los adolescentes a partir de los 12 años se convierten en actores sexuales, debido a su desarrollo físico y psicológico.⁷⁴

Además, al estar en plena capacidad anatómica y fisiológica para poder ejercer su sexualidad, son titulares de los derechos sexuales y reproductivos.⁷⁵ Por esta razón, la CC considera que los adolescentes tienen derecho a decidir cuándo y cómo disfrutar de una vida sexual satisfactoria.⁷⁶ Es decir, los adolescentes tienen derecho de poder expresar su impulso sexual, “dejando de lado las prohibiciones, represiones y sanciones que regían anteriormente este ámbito”.⁷⁷

Asimismo, en 2021, la CC analiza la posibilidad de que existan relaciones sexuales consentidas por parte de los adolescentes de entre 14 y 18 años, para lo cual realiza un test de proporcionalidad al numeral 5 del art. 175 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), el cual establece que, en los delitos sexuales, el consentimiento expresado por la víctima adolescente es de carácter irrelevante.⁷⁸

Dicho test estudia cuatro aspectos de la norma: i) el fin constitucionalmente válido; ii) la idoneidad de la norma; iii) la relación necesidad-fin; y, iv) la proporcionalidad.⁷⁹ La CC determina que sí hay un fin constitucionalmente válido, porque la norma busca proteger a los adolescentes de los delitos sexuales.⁸⁰ Pero establece que la norma no es idónea ni conducente a proteger a los adolescentes entre 14 y 18 años, porque los considera incapaces de consentir en una relación sexual.⁸¹ La norma penal analizada desconoce al adolescente como un sujeto de derechos, así como a sus facultades.⁸²

73. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, n.º 003-18-PJO-CC, 21 de junio de 2018, párr. 48, <https://bit.ly/3xQbaO4>.

74. *Ibid.*, párr. 84.

75. *Ibid.*, párr. 85.

76. *Ibid.*, párr. 87.

77. *Ibid.*, párr. 89.

78. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 175.5.

79. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, n.º 13-18-CN/21, 15 de diciembre de 2021, párr. 20, <https://bit.ly/3ZpzQth>.

80. *Ibid.*, párr. 28.

81. *Ibid.*, párr. 47.

82. *Ibid.*, párr. 38.

Para la CC, esta normativa penal “tampoco es necesaria para alcanzar el fin perseguido cuando se trata de la protección de las y los adolescentes entre 14 y 18 años”.⁸³ Se puede realizar una evaluación de carácter individual a los adolescentes para determinar si la relación sexual fue consentida o no. Además, la CC manifiesta que carece de proporcionalidad, dado que “no se ajusta estrechamente al logro del objetivo perseguido”.⁸⁴ Igualmente, llega a considerar que la autonomía progresiva de los adolescentes en asuntos del consentimiento del acto sexual debe “ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad así como también la individualidad psicológica, social y cultural de cada niño”.⁸⁵

CONCLUSIONES

La transexualidad es la manifestación de la discordancia entre el sexo físico y el sexo sentido de la persona, la cual se manifiesta en su inconformidad con su sexo biológico desde una edad temprana. Por lo tanto, los adolescentes no están aislados del mundo trans. En consecuencia, la adolescencia trans tiene el derecho a expresar mediante el cuerpo, su identidad sexual y de género, pero basados en el desarrollo de sus facultades. Tales expresiones sexuales no están sometidas a dualidad sexual o al estereotipo heterosexual establecido por la sociedad falocéntrica y patriarcal; sino que incluye prácticas sexuales alejadas del modelo tradicional, las mismas que han sido catalogadas por la sociedad como aberraciones, tales como el travestismo o la utilización de instrumentos sexuales fálicos como el dildo. El ejercicio de estas prácticas sexuales por parte de los adolescentes impulsa el desarrollo de su capacidad de autonomía y garantiza que puedan desarrollar libremente su personalidad y tomar decisiones acertadas y responsables sobre su estilo de vida.

Los instrumentos internacionales como la CSDN o las opiniones consultivas OC-17/2002 y OC-24/17 emitidas por la Corte IDH, han determinado que los adolescentes son sujetos de los mismos derechos que tienen las personas adultas, tales como: el libre desarrollo de la personalidad; a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad; y, a la intimidad personal. Además, al ser las opiniones consultivas y la CSDN instrumentos internacionales de derechos humanos, estos forman parte del bloque

83. *Ibid.*, párr. 59.

84. *Ibid.*, párr. 61.

85. Delle Vedove, “La autonomía progresiva”, 3. Véase la “Sentencia”, n.º13-18-CN/21.

de constitucionalidad, por lo que son de aplicación directa. En virtud de ello, el Estado ecuatoriano debe reconocer a los adolescentes todos los derechos relacionados con la sexualidad e identidad de género, así como la capacidad de poder ejercerlos.

Pero, aunque los adolescentes debieran tener asegurado el derecho de que su corporalidad se construya en conformidad a su identidad sexual o de género, el Estado aún no los ha reconocido como personas capaces de ejercer este tipo de derechos. Ejemplo de ello es la falta de reconocimiento que tienen para poder registrar su nueva identidad de género o sexual, ya que esta facultad solamente se les concede a los adultos. Paulatinamente, en el Ecuador se está facultando a los adolescentes para que puedan ejercer ciertos derechos relacionados con la sexualidad. Tal es el caso del COIP, que no los reconocía como sujetos de los derechos sexuales; por lo que es la CC, mediante sentencia 13-18-CN/21, la que otorga a los adolescentes de entre 14 y 18 años la facultad de que puedan consentir libremente las relaciones sexuales. Esto incluye a la adolescencia trans, debido a que no pueden ser discriminados por razón de su orientación sexual ni identidad de género. A pesar de que la CC en 2018 estableció que los adolescentes a partir de los 12 años se convierten en actores sexuales, por lo que les toca directamente a ellos disfrutar de su vida sexual.

El otorgar a los adolescentes la titularidad de los derechos relacionados con la sexualidad y la identidad de género implica que el Estado está en la obligación de implementar políticas que garanticen el acceso a esos derechos, con el objetivo de que puedan desarrollar su plan o proyecto de vida. En el caso de la salud sexual y la identidad de género, el Estado, por medio del sistema de salud pública, debe garantizar los medios necesarios para que los adolescentes trans puedan acceder a tratamientos médicos que garanticen el equilibrio entre el sexo físico y el sexo como producto de su autodeterminación, debido a que el MSP tiene la obligación de garantizar el bienestar físico, mental y social que permitan a las personas disfrutar su vida sexual.

BIBLIOGRAFÍA

Adiego Burgos, Begoña, Pilar Martínez Ten, Javier Pérez Pedregosa, Alicia Crespo Rivera, Belén Santacruz Martín, Tamara Illescas Molina y Esther Barrón Azurmendi. “Determinación del sexo fetal en el primer trimestre de la gestación: estudio prospectivo”. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 75, n.º 2 (2010): 117-23. <https://bit.ly/3Yce7TP>.

- Becerra-Fernández, Antonio, M. Jesús Lucio-Pérez, José Miguel Rodríguez Molina, Nuria Asenjo-Araque, Gilberto Pérez-López, María Frenzi Rabito y Miriam Mena-cho Román. “Transexualidad y adolescencia”. *Revista internacional de Andrología* 8, n.º 4 (2010): 165-71. <https://bit.ly/3ZiVla1>.
- Binetti, María J, Valentina Cruz y Daniel Alberto Sicerone. “El transhumanismo de Paul B. Preciado: sobre las ficciones antirrealistas del Manifiesto contrasexual”. *Revista de Filosofía* 53, n.º 151 (2021): 410-41. <https://bit.ly/3m3Wtoc>.
- Brenes Berho, Víctor. “Derechos sexuales de los jóvenes en el marco de los derechos humanos en México”. En *Población, desarrollo y salud sexual y reproductiva*, editado por Martha Lucía Micher Camarena, 29-55. Ciudad de México: Grupo Parlamentario del PRD, 2004. <https://bit.ly/3CBT1qc>.
- Butler, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós, 2002. <https://bit.ly/3krL8xJ>.
- Campos García, Shirley. “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”. *Revista IIDH*, n.º 50 (2009): 351-78. <https://bit.ly/3CAPF6P>.
- CIDH. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. Washington D. C.: CIDH, 2020. <https://bit.ly/3vRkO1X>.
- . *Reconocimiento de los derechos las personas LGBTI*. Washington D. C.: CIDH, 2018. <https://bit.ly/3iybixE>.
- Comisión Internacional de Juristas. *Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Marzo de 2007. <https://bit.ly/3k5X5bX>.
- . *Principios de Yogyakarta: principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta*. 20 de septiembre de 2017. <https://bit.ly/3klUwal>.
- Contreras Pérez, Francisco. “El derecho a la identidad en el Ecuador a partir de la sentencia constitucional 008-17-SCN-CC”. *Sociedad & Tecnología* 4, n.º S2 (2021): 561-76. <https://bit.ly/3IBLVpj>.
- Corte IDH. “Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (Opinión Consultiva OC-24/17)”. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017. <https://bit.ly/3Xijgdb>.
- . “Sentencia de 28 de agosto de 2002 (Opinión Consultiva OC-17/2002)”. Solicitada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. 28 de agosto de 2002. <https://bit.ly/3CCQImF>.

- Cruz Pérez, María. “Mujeres con discapacidad y su derecho a la sexualidad”. *Política y Cultura*, n.º 22 (2004): 147-60. <https://bit.ly/3QqGUBS>.
- Del Toro, Ximena. “Niños y niñas transgénero: ¿nacidos en el cuerpo equivocado o en una sociedad equivocada?”. *Revista Punto Género*, n.º 5 (2015): 109-28. <https://bit.ly/3imYvyj>.
- Delle Vedove, María Julia, “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente”. *Nuestra Joven Revista Jurídica* 3, n.º 1 (2015): 1-12. <https://bit.ly/3QtX91c>.
- 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 2008.
- . *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial 684, Suplemento, 4 de febrero de 2016.
- . *Ley Orgánica de la Salud*. Registro Oficial, Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. n.º 003-18-PJO-CC. 21 de junio de 2018. <https://bit.ly/3xQbaO4>.
- . “Sentencia”. n.º 11-18-CN/19. 12 de junio de 2019. <https://bit.ly/3VsfK8g>.
- . “Sentencia”. n.º 13-18-CN/21. 15 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3ZpzQth>.
- . “Sentencia”. n.º 133-17-SEP-CC. 10 de mayo de 2017. <https://bit.ly/3ICiL9O>.
- . “Sentencia”. n.º 52-18-IS/22. 5 de mayo de 2022. [https:// bit.ly/31RKwle](https://bit.ly/31RKwle).
- Egas, Johanna. “Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo ‘sexo’ por el de ‘género’ en la cédula de identidad en el Ecuador”. *Law Review* 4, n.º 1 (2017): 67-85. <https://bit.ly/3ZmYkUb>.
- España Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. “Auto”. Recurso n.º 1583/2015. 10 de marzo de 2016.
- Facio, Alda. *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016. <https://bit.ly/3m0nMzM>.
- Facio, Alda, y Lorena Fries. *Género y Derecho*. Buenos Aires: La Morada, 2002.
- Fernández Quirós, Esther, y Cristina Hernández Tenorio. “Ensayo sobre identidades”. *Hekademos*, n.º 6 (2010): 77-96. <https://bit.ly/3Xghyfc>.
- Gauche, Ximena, y Domingo Lovera. “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”. *Revista Ius Praxis* 25, n.º 2 (2019): 359-402. <https://bit.ly/3vR70oc>.
- Geffroy, Céline. “En busca del placer... Una perspectiva de género”. *Bulletin de l’Institut Français d’Études Andines* 45, n.º 3 (2016): 73-388. <https://bit.ly/3CBiOyB>.

- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”. *Revista de Derecho* 14, n.º 18 (2018): 117-37. <https://bit.ly/3GT3j7Z>.
- Hammarberg, Thomas. *Derechos humanos e identidad de género. Issue paper*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2009. <https://bit.ly/3QwoYG3>.
- INEC. *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador*. Quito: INEC, 2013. <https://bit.ly/3SrWvCn>.
- Lara Flores, Sara. “Sexismo e identidad de género”. *Alteridades* 1, n.º 2 (1991): 24-9. <https://bit.ly/3X5O80Y>.
- López Moratalla, Natalia. “La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal ‘no existen sexos, solo roles’: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología”. *Cuadernos de Bioética* 23, n.º 78 (2012): 341-71. <https://bit.ly/3ixHFwt>.
- McDowell, Linda. “La definición del género”. En *El género en el derecho. Ensayos críticos*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 5-36. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. <https://bit.ly/3XWh0rZ>.
- Mercer, Raúl, Dalia Szulik, María Carlota Ramírez y Helia Molina. “Del derecho a la identidad al derecho a las identidades. Un acercamiento conceptual al género y el desarrollo temprano en la infancia”. *Revista Chilena de Pediatría* 79, n.º 1 (2008): 37-45. <https://bit.ly/3vQIbsx>.
- ONU Asamblea General. *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994*. Nueva York: ONU, 1995. <https://bit.ly/3GtluHY>.
- . *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995*. Nueva York: ONU, 1996. <https://bit.ly/3GuC7uJ>.
- OMS. *Informe. La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo*. Ginebra: OMS, 2017. <https://bit.ly/3GumrYz>.
- OPS, OMS y WAS. *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*. Antigua Guatemala: OPS, OMS y WAS, 2000. <https://bit.ly/3IyCS8P>.
- Ortega Delgado, Ximena, y Ángela Delgado Zambrano. “Identidad de género: ¿obstáculo o al desarrollo o acceso a la equidad?”. *Revista CS*, n.º 4 (2009): 271-82. <https://bit.ly/3VTACvH>.
- Preciado, Beatriz. *Manifiesto Contra-sexual. Prácticas subversivas de identidad sexual*. Madrid: Opera Prima, 2002. <https://bit.ly/41ogztl>.
- Ravetllat Ballesté, Isaac, y Claudia Sanabria Moudelle. “La participación social de la infancia y la adolescencia a nivel municipal. El derecho del niño a ser tomado en consideración”. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales* 12, n.º 1 (2016): 87-102. <https://bit.ly/3xOqpqK>.

- Regueiro de Giacomi, Iñaki. “El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes”. *Revista Derechos Humanos* 1, n.º 1 (2012): 101-15. <https://bit.ly/3X0vWpf>.
- Salazar Benítez, Octavio. “La identidad de género como derecho emergente”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169 (2015): 75-107. <https://bit.ly/3itjpf4>.
- Salin-Pascual, Rafael. “La identidad de género y orientación sexual”. *Ciencia* 60, n.º 2 (2009): 33-44. <https://bit.ly/3Xa02GC>.
- Sánchez Olvera, Alma. “Cuerpo y sexualidad, un derecho: avatares para su construcción en la diversidad sexual”. *Sociológica* 24, n.º 69 (2009): 101-22. <https://bit.ly/3IBIaAb>.
- UNICEF. *Guía a la Observación General*, n.º 7: “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”. La Haya: Fundación Bernard van Leer, 2007. <https://bit.ly/3GQ0g06>.
- . *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los adolescentes*. Panamá: UNICEF, 2016. <https://bit.ly/3VXiqlP>.
- Villanueva Flores, Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. En *Reformas constitucionales y equidad de género*, editado por Sonia Montaña y Verónica Aranda, 391-450. Santiago de Chile: CEPAL, 2006. <https://bit.ly/3Zm7i41>.

El proceso de transición justa: los empleos verdes como instrumentos para su implementación

Just Transition Process: Green Jobs as Instruments for Implementation

Elisa Sierra Hernaiz

Universidad Pública de Navarra

Navarra, España

elisa@unavarra.es

<https://orcid.org/0000-0002-4320-026X>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.4>

Fecha de recepción: 29 de diciembre de 2022

Fecha de revisión: 23 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En la actualidad, uno de los retos más complejos de la sociedad global es proporcionar respuestas a los efectos del cambio climático. Es esta una cuestión especialmente compleja, puesto que es necesario idear un conjunto de medidas de carácter público que abarquen cuestiones sociales, económicas, financieras, ecológicas o formativas que garanticen que el resultado del Proceso de Transición Justa no dé lugar a nuevas desigualdades o perpetúe las existentes. Es cierto que la actual coyuntura mundial no facilita su implementación, pero ello no es óbice para ignorarlo dada la magnitud del cambio climático. Pues bien, y por lo que respecta a su impacto en el mercado laboral, marcado por transiciones de mano de obra entre sectores productivos y los nuevos yacimientos de empleo, los empleos verdes son el instrumento adecuado, siendo tres las cuestiones especialmente relevantes. En primer lugar, son necesarias políticas de formación profesional que proporcionen competencias profesionales para esta fase de transición, especialmente en nuevas tecnologías digitales. En segundo lugar, estas políticas tienen que incorporar la perspectiva de género para evitar ahondar en las desigualdades que las mujeres, como colectivo especialmente vulnerable a los cambios, padecen. Y, en tercer lugar, el diálogo social ha de ser el eje central para garantizar el éxito de estas medidas mediante la participación de los agentes sociales.

PALABRAS CLAVE: medioambiente; cambios; cambio climático; derechos laborales; retos; empleo; trabajo decente; empleos verdes

ABSTRACT

Nowadays, one of the most important changes in global society is providing responses to the effects of climate changes. In this context it is essential to start social, economic, financial, ecological or training public policies to guarantee that the result of the Just Transition Process does not give rise to new inequalities or perpetuate existing ones, especially for the most vulnerable social groups, as young people, women or unemployed people. Despite the fact that current world situation does not facilitate its implementation, this cannot be an obstacle to ignoring it given the magnitude of climate change. Regarding its impact on the labor market, characterized by workforce transitions and new sources of employment, green jobs are the appropriate instrument, with three main challenges to guarantee its success. Firstly, it is necessary to adopt professional training policies to get new professional skills, especially in new digital technologies. Secondly, it is necessary to incorporate the gender perspective in all phases to avoid perpetuating women's inequalities. Finally, social dialogue must be the central

axis to guarantee the success of these measures through the participation of social agents.

KEYWORDS: environment; changes; climate change; labor rights; challenges; job; decent job; green jobs

FORO

INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos más importantes a los que se enfrenta nuestra sociedad en la actualidad es el tránsito hacia una economía verde conforme a los principios del Proceso de Transición Justa (PTJ) para garantizar un desarrollo sostenible, con mercados laborales inclusivos, generadores de empleos verdes, y conseguir una sociedad socialmente justa. Pues bien, la creación de empleos verdes es uno de los retos principales, puesto que este proceso implica la destrucción o reconversión de empleos en sectores altamente contaminantes y la creación de nuevos empleos verdes en sectores no contaminantes, empleos que, a su vez, deben ser dignos, de calidad, estables y sostenibles, para evitar nuevos focos de desigualdad y pobreza, en concordancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los Principios del Trabajo decente, que son el fundamento último del PTJ.¹ Para el cumplimiento de estos objetivos es fundamental la actuación de los poderes públicos con diferentes medidas de carácter transversal, dada la complejidad de este PTJ.² Este estudio se centrará en analizar exclusivamente los aspectos sociolaborales más relevantes en relación con los empleos verdes, aunque su regulación necesariamente deberá quedar integrada en otras políticas públicas, como puedan ser, a modo de ejemplo, las políticas

1. En este sentido, cabe recordar que la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala la necesidad de que el proceso y resultado del PTJ queden integrados en el proceso de implantación. Así: “El ‘resultado’ debería ser el trabajo decente para todos en una sociedad inclusiva que erradique la pobreza. El ‘proceso’, o cómo llegar allí, debería basarse en una transición gestionada mediante un diálogo social significativo a todos los niveles para garantizar que la carga se comparte de manera justa y nadie queda excluido”. OIT, *Transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos* (Ginebra: OIT, 2018), 2.
2. Como ejemplo de ello, véase OIT, *La aplicación de las directrices de la OIT sobre transición justa en el contexto de la transición energética española* (Madrid: CONAMA, 2018).

de inversiones públicas para la creación de empleos verdes, de calidad e inclusivos en el sector de las energías renovables, la gestión forestal, la agricultura sostenible o la protección del suelo.³

UNA APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DEL CONCEPTO EMPLEO VERDE

El punto de partida a la hora de delimitar qué son los empleos verdes es el proceso de transición justa, puesto que es uno de sus instrumentos de implementación. Como es sabido, el PTJ es una respuesta a los efectos del cambio climático que pretende sustituir un modelo de producción con un alto impacto ambiental por otro respetuoso con el medioambiente, hallando su fundamento último en un modelo de desarrollo sostenible que busca un crecimiento sostenido, sostenible e inclusivo para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y los Principios del Trabajo Decente (PTD).⁴ En cuanto a los ODS, responde principalmente al Objetivo 8: trabajo decente y crecimiento económico, cuyas metas son promover el pleno empleo y el trabajo decente para todas las personas, abarcando aspectos tan relevantes como la desigualdad por razón de sexo; el desempleo entre las personas jóvenes, la creación de espacios de trabajo seguros y la protección social de las personas trabajadoras, aunque también presenta estrechas conexiones, entre otros, con los objetivos 4: educación y formación para y en el empleo; 1: erradicación de la pobreza y 5: igualdad de oportunidades, mientras que los PTD se fundamentan en el diálogo social, la protección social y los derechos en el trabajo y empleo, en un entorno de empresas sostenibles y que creen empleos de calidad.⁵

Pues bien, partiendo de los principios apenas expuestos, por transición justa como mecanismo del desarrollo sostenible hay que entender: “aquel que permite satisfacer las necesidades de la generación actual sin restar capacidad a las generaciones futuras para satisfacer las suyas. El desarrollo sostenible abarca

-
3. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde* (2014/2238[INI], 2015), considerandos G, I y E.
 4. OIT, *Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono* (Ginebra: OIT, 2008), 11 y ss.
 5. Sobre la relevancia de los empleos verdes, véase Margarita Miñarro Yanini, “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde”, en *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, ed. Margarita Miñarro Yanini (Jaén: Universidad de Jaén, 2022), 43 y ss.

tres dimensiones —la económica, la social y la ambiental— que están interrelacionadas, revisten igual importancia y deben abordarse conjuntamente”.⁶

En este contexto, como ya ha sido señalado, uno de los mayores retos del proceso de transición justa es la creación de empleos verdes. No se puede ignorar que este proceso implica la eliminación de trabajos directos e indirectos en sectores altamente contaminantes, con el riesgo de exclusión social que lleva aparejado para las personas trabajadoras que desempeñen servicios en dichos sectores, pero, al mismo tiempo, generará nuevos empleos en sectores vinculados a la transición justa, como son las nuevas tecnologías. Pues bien, la finalidad no es otra que garantizar que estos nuevos empleos verdes sean decentes, de calidad e inclusivos para todos los grupos y colectivos sociales. En este contexto, el empleo verde —decente— es aquel que:

contribuye a preservar o restablecer la calidad del medio ambiente, ya sea en la agricultura, la industria, los servicios o la administración. En la práctica, estos empleos: i) reducen el consumo de energía y de materias primas; ii) limitan las emisiones de GEI; iii) reducen al mínimo los residuos y la contaminación; iv) protegen y restablecen los ecosistemas; y v) hacen posible la adaptación de las empresas y las comunidades al cambio climático. Todo ello implica que el empleo verde es un trabajo decente que reduce de manera considerable los efectos negativos en el medio ambiente de la actividad económica, hasta llevar en última instancia a la instauración de empresas y economías sostenibles.⁷

Así pues, son empleos verdes aquellos que conjuguen el trabajo decente con o bien una actividad económica respetuosa con el medioambiente o bien proporcionen productos o servicios verdes,⁸ pudiendo identificarse dos grandes categorías. Una, la relacionada con actividades nucleares que tienen como finalidad la protección del medioambiente, y otra, las actividades conectadas, que tiene como objetivo la producción de bienes y servicios no ambientales, pero ligados con el medioambiente. A su vez, por sectores vinculados al empleo verde cabe señalar, dentro de las actividades nucleares, las actividades vinculadas al suministro de energía; transporte de personas y mercancías; manufacturas;

-
6. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos* (Ginebra: OIT, 2015), 5.
 7. OIT, *Informe V. El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes* (Ginebra: OIT, 2013), 28.
 8. Henar Álvarez Cuesta, *Empleos verdes: una aproximación desde el derecho del trabajo* (Albacete: Bomarzo, 2016), 26.

edificios; gestión de materiales; venta al por menor y agricultura, mientras que en el segundo grupo cabría situar control y prevención de la contaminación atmosférica; tratamiento y depuración de aguas residuales; gestión, tratamiento y reciclaje de residuos; control y prevención de la contaminación del suelo y acústica; gestión de los espacios naturales, del agua y áreas forestales; energías renovables y eficiencia energética; investigación y desarrollo; servicios ambientales a empresas y entidades; y educación, formación e información ambiental y administraciones pública.⁹

Sobre el impacto que la creación de empleos verdes supone en el actual modelo de relaciones laborales son dos los principales cambios, tanto en el nivel del empleo como en su composición. En primer lugar, los cambios en el modelo productivo conllevan necesariamente transiciones de mano de obra en el mercado de trabajo, tanto en el mismo sector productivo como entre sectores diferentes, lo que implicará la necesidad de recolocar y reubicar a personas trabajadoras durante el PTJ. Y, en segundo lugar, también se producirán cambios en la calidad del empleo, puesto que se modificarán las condiciones de trabajo, lo que afectará a un sinfín de aspectos como la seguridad y salud en el trabajo, los derechos colectivos, los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar o la jornada de trabajo.¹⁰

Pues bien, partiendo de estos cambios, el PTJ plantea dos desafíos principales.¹¹ Por un lado, la creación de empleos de calidad en estos procesos de reestructuración y reubicación de la mano de obra y, por otro, evitar, en la medida de lo posible, que estos procesos de adaptación supongan la destrucción de empleo y se generen nuevos focos de desigualdad. Así, es necesario emprender una serie de actuaciones para dar respuesta a estos desafíos en la creación de empleos verdes. Destacan por su importancia tres aspectos prioritarios: la for-

9. *Ibíd.*, 29.

10. Tal y como se indica en Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, punto 11, los empleos verdes van a tener un impacto directo en un sinfín de condiciones laborales, demandando una actuación específica para su regulación dada su importancia. Así se cita aspectos como una protección social y una remuneración adecuadas; el empleo estable y condiciones de trabajo saludables y seguras; inversiones en educación, programas de formación y capacitación profesional; el respeto de los derechos laborales y el reforzamiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en cuestiones referidas al desarrollo sostenible y la representación efectiva de los trabajadores.

11. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, 87.

mación profesional; la incorporación de la perspectiva de género; y el rol del diálogo social para garantizar la participación de las personas trabajadoras en el PTJ.¹²

PROPUESTAS DE ACTUACIÓN PRIORITARIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE EMPLEOS VERDES COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO DE TRANSICIÓN JUSTA

Con carácter previo al análisis de tres de las cuestiones más relevantes para garantizar el éxito de la creación de empleos verdes decentes y de calidad durante el PTJ, es imprescindible que estas medidas vayan acompañadas por otras actuaciones por parte de los poderes públicos para garantizar su éxito. Así, en primer lugar, hay que elaborar datos estadísticos específicos sobre el impacto del PTJ en el empleo y la eficacia de las medidas a la hora de crear empleos verdes para detectar carencias o la necesidad de nuevas medidas. En segundo lugar, se deben adoptar políticas activas de empleo integradas a su vez en políticas públicas macroeconómicas dirigidas no solo al fomento del empleo, sino también a atender las demandas formativas de los nuevos empleos verdes y la integración de colectivos especialmente vulnerables, como son los jóvenes, mujeres, personas desempleadas o el sector de trabajos informales o no remunerados. Y, en tercer lugar, es necesario asegurar sistemas de protección social que resguarden a los más débiles para evitar situaciones de pobreza y exclusión social.¹³

-
12. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, considerando J, se indican los cinco pilares de una transición justa que son la consulta/voz de los sindicatos, inversión en puestos de trabajo verdes y dignos, competencias ecológicas, respeto de los derechos laborales y humanos, y protección social de los trabajadores y de las comunidades en la vanguardia de la transición de una economía hipercarbónica a otra hipocarbónica.
 13. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, 10-1; y, ONU, *El futuro que queremos* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Naciones Unidas, 2012), puntos 149, 150, 154, 155 y 156, siguiendo la Recomendación n.º 202 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los pisos nacionales de protección social.

LA FORMACIÓN PROFESIONAL

Uno de los pilares fundamentales de las políticas de empleo verde para garantizar el éxito del PTJ y aprovechar al máximo las oportunidades de empleo que ofrece es dotar a las personas trabajadoras de competencias profesionales específicas para el acceso y desempeño de estos trabajos, así como en los procesos de reestructuración y recolocación, prestando especial atención a colectivos vulnerables como son las personas jóvenes, las personas desempleadas o las mujeres.

Esta es una cuestión especialmente compleja, ya que abarca tanto el contenido de la formación como los sistemas de impartición de la misma. Para este aspecto es fundamental que todo el proceso de puesta en marcha se realice mediante un sistema de estrategias formativas específicas, teniendo en cuenta las necesidades que se planteen, evaluando, con carácter previo, las demandas del mercado laboral, incluyendo la revisión y armonización de los perfiles laborales y de capacitación profesional, con la finalidad de facilitar tanto el tránsito de las personas trabajadoras entre sectores de producción como los procesos de reconversión que supone el PTJ. En este sentido, para rentabilizar al máximo las oportunidades de empleo que ofrece el PTJ,¹⁴ es fundamental que el proceso de implementación de estas estrategias sea lo más transparente y accesible posible, por un lado, a través de un sistema público de ofertas de cursos de formación y, por otro, mediante la creación de bases de datos que recoja las ofertas formativas y de empleo verde para mejorar la calidad de la información y el asesoramiento durante el PTJ.

En cuanto a su contenido, en primer lugar, y como punto de partida, hay que formar en capacidades y competencias específicas en los nuevos yacimientos de empleo verde que se centran fundamentalmente en los ámbitos de ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas, incorporándolas a los programas de estudios de formación básica y aprendizaje permanente.¹⁵ En segundo lugar, también hay que proporcionar formación para los procesos de transición de mano de obra entre los sectores verdes y no verdes y evitar, de esta manera, que nadie quede excluido, por lo que será necesario la adquisición y desarrollo de com-

14. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, puntos 21 y ss.

15. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, 14 y ss.

petencias profesionales en prácticas empresariales ecológicas y en tecnologías respetuosas con el medioambiente.¹⁶ Y, en tercer lugar, deben idearse sinergias entre los sistemas de educación a todos los niveles de estudio, formación profesional y grados universitarios, y todos los sujetos y entidades encargadas de impartir formación, incluyendo también a las asociaciones de empresarios, para tener la información más completa posible de las necesidades formativas que plantea el PTJ, incluso anticipándose a ellas.¹⁷ En este punto, es fundamental reforzar el papel del diálogo social en los sistemas de formación profesional y desarrollo de capacidades laborales para el mercado laboral, tanto en el momento de acceso como en el proceso de adaptación a los empleos verdes.

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En segundo lugar, el proceso de transición justa sí o sí ha de incorporar la perspectiva de género, puesto que las mujeres son un colectivo especialmente vulnerable a los cambios del PTG por los riesgos de perpetuar e incluso generar nuevas desigualdades sociales.¹⁸ En este sentido, se recuerda la importancia de asegurar la plena participación y liderazgo de las mujeres en la economía y el acceso a los recursos económicos, tanto para garantizar su presencia en condiciones de igualdad de derechos en todo el proceso de transición justa como para aumentar sus oportunidades de empleo y lograr unas condiciones de empleo decentes.¹⁹

16. ONU, *El futuro que queremos*, punto 152.

17. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, puntos 30-1.

18. Así se sostiene en la OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, 8. A su vez, la ONU, *El futuro que queremos*, punto 242, reconoce que las mujeres tienen que tener un papel fundamental en el PTJ: “la igualdad entre los géneros y la participación efectiva de las mujeres son importantes para la adopción de medidas eficaces en todos los aspectos del desarrollo sostenible”. En igual sentido, Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde* señala en los considerandos W) que “las mujeres han de beneficiarse equitativamente de la creación de empleos verdes dignos y que es preciso romper el ‘techo de cristal’” y X) “que las mujeres se ven afectadas de forma desproporcionada por las crisis y las políticas de austeridad, y que los empleos verdes han demostrado ser más resistentes que otros a la crisis”.

19. ONU, *El futuro que queremos*, puntos 240 y 157.

Por ello, para lograr ambos objetivos es imprescindible incorporar la perspectiva de género en todas las fases de las políticas de empleo verdes, tanto en su definición como aplicación y seguimiento, asegurando la participación efectiva de las mujeres.²⁰ A modo de ejemplo, en la Estrategia Española de Transición Justa se recalca la importancia de que las políticas de fomento del empleo verde garanticen que las mujeres se aprovechen de las oportunidades del PTJ y reduzcan, al mismo tiempo, las desigualdades existentes incorporando, para ello, la perspectiva de género en todas las medidas que se adopten en el empleo y protección social.²¹

Pues bien, las principales medidas de actuación para la realización de dichos objetivos pasan, en primer lugar, por la recogida de datos con perspectiva de género que permitan conocer la realidad del trabajo femenino en los sectores de empleo verde y formular propuestas de actuación específicas para crear empleos verdes decentes para las mujeres, así como evaluar el impacto que el PTJ tiene sobre el colectivo de trabajadoras para evitar nuevos focos de desigualdad.²² En segundo lugar, hay que garantizar el acceso a la formación profesional e incrementar el número de mujeres que estudien materias relacionadas con las ciencias, tecnologías, ingenierías y matemáticas, carreras de empleos verdes, para garantizar su acceso a dichos empleos,²³ puesto que hay que asegurar su acceso a la formación continuada en dichos ámbitos para “reforzar la posición de las mujeres en la sociedad, evitar los estereotipos de género y garantizar empleos que respondan plenamente a las necesidades y al carácter de la integración de las mujeres” como forma de garantizar el empoderamiento

20. ONU, *El futuro que queremos*, 45 y ss., y puntos 148, 151, 152 y 153.

21. Instituto para la Transición Justa, *Estrategia de Transición Justa* (Madrid: Instituto para la Transición Justa, 2020), 14 y ss.

22. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, el punto 24 en el que se pide a la Comisión Europea que incorpore una perspectiva de género en el desarrollo de nuevas tareas de recogida de datos, desglose y análisis, como la labor desarrollada con la herramienta econométrica FIDELIO, o con partes interesadas como la Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. Igualmente, en Instituto para la Transición Justa, *Estrategia de Transición Justa*, 40, exige: Presentar un análisis periódico de la transición ecológica de los sectores económicos para conocer la situación, tendencias y evolución, sus posibilidades de generación de empleo, las actividades económicas y ocupaciones con mejores perspectivas de empleo, las competencias más solicitadas por las empresas y las necesidades formativas, etc. La información incluirá segregación de datos por sexo para proponer estrategias de género adecuadas.

23. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, puntos 23 y ss.

de las mujeres a través de la educación durante el PTJ.²⁴ Y, en tercer lugar, hay que garantizar unas condiciones de empleo dignas, con especial mención al salario, el trabajo no remunerado y la protección de la salud, así como la protección social.²⁵

LA RELEVANCIA DEL DIÁLOGO SOCIAL

Uno de los pilares del proceso de transición justa para la creación de empleos verdes es el diálogo social, que adquiere un papel relevante en tres cuestiones fundamentales,²⁶ siendo los convenios de transición justa el instrumento adecuado para la consecución de estos objetivos.²⁷ De hecho, expresamente se

-
24. Así, CCOO, *Reforzar la participación sindical para una transición justa a la digitalización* (Madrid: CCOO, 2019), 7, dentro de los criterios de actuación prioritario incluye en el apartado 4: Formación continua: adaptación y adquisición de competencias; gestión de la edad; e igualdad de género (formación para mujeres en disciplinas STEM —ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas—). Igualdad y no discriminación por razones de género, edad y adaptabilidad tecnológica, etc., con especial atención a la brecha digital y salarial de género (medidas de acción positiva para eliminar desigualdades fuera del ámbito laboral: corresponsabilidad, etc.). En los objetivos y ejes de actuación 9 se prevé la incorporación de la dimensión de género en todas las iniciativas y, en particular, aquellas relativas a la creación y calidad del empleo como al fomento de educación y formación en competencias digitales.
25. ONU, *El futuro que queremos*, punto 35.
26. Parlamento Europeo, *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*, punto 13. Igualmente, la OIT, entre los principios rectores, recuerda que: 13. La transición hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles debería regirse por los siguientes principios: a) Es preciso contar con un consenso social sólido sobre el objetivo de la sostenibilidad y las vías para alcanzarlo. El diálogo social debe formar parte integrante del marco institucional para la formulación y la aplicación de políticas en todos los niveles. Se debería llevar a cabo un proceso de consultas fundamentado, adecuado y permanente con todos los interesados pertinentes. OIT, *Resolución sobre el desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes* (Ginebra: OIT, 2013), y también el *Informe V. El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*, 13. Véase al respecto: Beia Galgoczi, “La transición justa sobre el terreno: aspectos sectoriales específicos, el papel de los sindicatos y los derechos sociales”, *Gaceta Sindical*, n.º 36 (2021): 25 y ss., y Consuelo Chacartegui Jávega, “La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva”, en *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, dir. Margarita Miñarro Yanini (Jaén: Universidad de Jaén, 2022), 97 y ss.
27. UGT, *El diálogo social y la negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición ecológica justa* (Madrid: UGT, 2021), 22. Sobre la relevancia del papel de estos convenios, véase Juan Escribano Gutiérrez, “Convenios de transición justa: perspectiva jurídico-

señala que los gobiernos deberían:²⁸ “b) promover y participar activamente en el diálogo social, en todas las etapas del proceso, desde la fase de formulación de políticas hasta la ejecución y evaluación, y hacerlo en todos los niveles, desde el nacional hasta el nivel de la empresa, en consonancia con las normas internacionales del trabajo”, mientras que los interlocutores sociales deberían:

- a) promover la sensibilización de sus miembros y guiarlos en cuanto al marco para una transición justa; b) desempeñar un papel activo en la formulación, la aplicación y el seguimiento de las políticas nacionales de desarrollo sostenible; c) fomentar la participación activa de sus miembros en el diálogo social a todos los niveles, y d) propiciar la incorporación de disposiciones ambientales a través de la negociación colectiva a todos los niveles.

En cuanto a sus principales actuaciones, en primer lugar, y en materia de formación, el diálogo social desempeña un papel fundamental para asegurar que las personas trabajadoras adquieran las competencias necesarias para garantizar una transición justa, tanto en la fase de reconversión como en la de creación de nuevos focos de empleos, mediante la formación continua y la formación para el desarrollo de competencias digitales, que es una de las principales demandas del PTJ.²⁹ En segundo lugar, su rol es esencial para limitar o evitar el impacto negativo de las medidas de reestructuración en las condiciones de trabajo y en el empleo, asegurando un mejor aprovechamiento de los recursos locales y, al mismo tiempo, protegiendo a los colectivos más vulnerables por los efectos del PTJ.³⁰ Y, en tercer lugar, también sirve para incorporar la dimensión de género con carácter transversal en todas las medidas que se adopten fruto del diálogo social. Un ejemplo de ello es que los nuevos avances digitales y tecnológicos pueden favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar mediante el teletrabajo y otras fórmulas de trabajo a distancia —foco de empleos verdes y espacio de regulación de la negociación colectiva—, lo

laborales”, en *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, coord. Consuelo Chacartegui Jávega (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 119 y ss.

- 28. OIT, *Transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos*, 2.
- 29. Sobre el papel fundamental de las nuevas tecnologías y la formación en competencias digitales, véase ONU, *Transición socialmente justa hacia el desarrollo sostenible: la función de las tecnologías digitales en el desarrollo social y el bienestar de todos* (Naciones Unidas, 2020).
- 30. OIT, *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, 9-10.

que puede incrementar la participación laboral de las mujeres y mejorar sus condiciones laborales.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El proceso de transición justa es un proceso especialmente complejo, ya que en su implementación hay que tener en cuenta no solo los resultados a conseguir —crecimiento económico sostenido e inclusivo que garantice el desarrollo social—, sino también el proceso de su implementación —que no dé lugar a nuevas desigualdades o a perpetuar las existentes—. En este contexto, los empleos verdes se convierten en el instrumento más adecuado para garantizar estos objetivos en el mercado laboral, pero para ello han de quedar integrados en macropolíticas públicas de transición justa que tengan en cuenta todas las fases y aspectos de dicho PTJ. Por ello, tanto los poderes públicos como el diálogo social tienen un papel clave para garantizar el éxito de los empleos verdes y la participación de las personas trabajadoras. Igualmente, es un proceso especialmente complejo en su contenido en el marco laboral, ya que hay que idear medidas que faciliten tanto la transición de mano de obra entre sectores productivos verdes y no verdes como la incorporación a los nuevos focos de empleo producto del PTJ, asumiendo un papel fundamental la formación específica en competencias laborales y profesionales. A su vez, la transición justa ha de ser una transición gestionada con perspectiva de género si se quieren cumplir realmente los objetivos marcados. Para finalizar, es necesario señalar que el actual contexto de incertidumbre marcado por crisis de índole social, económica, financiera, climática, guerras, que condicionan el PTJ, no puede servir de excusa para incumplir los objetivos señalados, puesto que el cambio climático es una cuestión que ya nos afecta en nuestra vida cotidiana, por lo que se hace imprescindible adoptar medidas con una visión global y transversal para cambiar, o al menos ralentizar, sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Cuesta, Henar. *Empleos verdes: una aproximación desde el derecho del trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- CCOO. *Reforzar la participación sindical para una transición justa a la digitalización*. Madrid: CCOO, 2019.

- Chacartegui Jávega, Consuelo. “La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva”. En *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, dirigido por Margarita Miñarro Yanini, 97-123. Jaén: Universidad de Jaén, 2022.
- Escribano Gutiérrez, Juan. “Convenios de transición justa: perspectiva jurídico-laborales”. En *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, coordinado por Consuelo Chacartegui Jávega, 119-48. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Galgoczi, Beia. “La transición justa sobre el terreno: aspectos sectoriales específicos, el papel de los sindicatos y los derechos sociales”. *Gaceta Sindical*, n.º 36 (2021): 17-38.
- Instituto para la Transición Justa. *Estrategia de Transición Justa*. Madrid: Instituto para la Transición Justa, 2020.
- Miñarro Yanini, Margarita. “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde”. En *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, dirigido por Margarita Miñarro Yanini, 43-70. Jaén: Universidad de Jaén, 2022.
- OIT. *Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*. Ginebra: OIT, 2015.
- . *Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*. Ginebra: OIT, 2008.
- . *Informe V. El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Ginebra: OIT, 2013.
- . *La aplicación de las directrices de la OIT sobre transición justa en el contexto de la transición energética española*. Madrid: CONAMA, 2018.
- . *Resolución sobre el desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Ginebra: OIT, 2013.
- . *Transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos*. Ginebra: OIT, 2018.
- ONU. *El futuro que queremos*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Naciones Unidas, 2012.
- . *Transición socialmente justa hacia el desarrollo sostenible: la función de las tecnologías digitales en el desarrollo social y el bienestar de todos*. Naciones Unidas, 2020.
- Parlamento Europeo. *Resolución sobre iniciativa del empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde (2014/2238[INI]*. 2015.
- UGT. *El diálogo social y la negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición ecológica justa*. Madrid: UGT, 2021.

Globalización económica y del derecho constitucional

Economic and Constitutional Law Globalization

Johanna Elizabeth Jiménez Torres

Universidad Técnica Particular de Loja

Loja, Ecuador

jejimenez30@utpl.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0807-7446>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.5>

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2022

Fecha de revisión: 24 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente artículo analiza la globalización económica, vista como una amenaza que no solo transgrede la soberanía de los Estados, sino que además vulnera la supremacía constitucional y las facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo, aumentando la brecha social y vulnerando los derechos sociales, económicos, y culturales, trastocando con ello a la democracia y al estado constitucional. Tras exponer de manera rápida sobre la globalización económica, el artículo se centra en explicar el progreso que ha tenido la globalización del derecho constitucional en el contexto latinoamericano y lo que implicaría dicho fenómeno conforme la percepción de Ferrajoli al llevar al modelo constitucional al plano internacional, desde dos perspectivas; por un lado, como una oportunidad de brindar mayor protección a los derechos a través de la incorporación de los tratados y convenios de derechos humanos en la Constitución y desde la perspectiva de ver a la globalización del derecho constitucional como una oportunidad de fortalecimiento para los poderes públicos. De la misma manera, se hace referencia a las consecuencias de la globalización económica en el derecho constitucional de América Latina. La metodología de este trabajo es cualitativa, teórica y exploratoria, que invita a los Estados a blindar sus constituciones para que estas no sean vistas solamente como un instrumento simbólico, sino como un instrumento válido que garantice los derechos de sus ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: globalización, derecho constitucional, economía, democracia, soberanía, derechos humanos, Constitución, derecho transnacional.

ABSTRACT

This article analyzes economic globalization, seen as a threat that not only transgresses the sovereignty of states, but also violates constitutional supremacy and the powers of the executive and legislative powers, increasing the social gap and violating social, economic and cultural rights, thereby disrupting democracy and the constitutional state. After a quick exposition on economic globalization, the article focuses on explaining the progress made by the globalization of constitutional law in the Latin American context and what this phenomenon would imply according to Ferrajoli's perception by taking the constitutional model to the international level, from two perspectives; on the one hand as an opportunity to provide greater protection to fundamental rights through the incorporation of Human Rights Treaties and Conventions in the Constitution and from the perspective of seeing the globalization of Constitutional Law as an opportunity to strengthen public powers. In the same way, reference is made to the con-

sequences of economic globalization in Latin American constitutional law. The methodology of this work is qualitative, theoretical and exploratory. It invites the States to shield their constitutions so that they are not seen only as a symbolic instrument, but as a valid instrument that guarantees the rights of their citizens.

KEYWORDS: globalization, constitutional law, economy, democracy, sovereignty, human rights, Constitution, transnational law.

FORO

INTRODUCCIÓN

La globalización es el término que se usa para referirse al proceso del aumento a escala mundial de la interconexión entre los diversos países en el ámbito económico, social, político y tecnológico. Dicho término se empezó a usar entre los años ochenta de la mano con los procesos tecnológicos y su mediación entre el sector comercial y financiero. Por ello, al hablar de globalización en general se tiende a hacer referencia al ámbito económico, globalización que es vista por algunos como una oportunidad a través de la cual los países pueden alcanzar un mayor desarrollo. Es decir, es vista como una coyuntura para el fortalecimiento de la dignidad humana y la satisfacción de los derechos humanos a través del desarrollo económico. Pero, por otro lado, también es vista como una amenaza que no solo transgrede la soberanía de los Estados, sino que además vulnera la supremacía constitucional y las facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo, aumentando la brecha social y vulnerando los derechos sociales, económicos, y culturales, trastocando con ello a la democracia y al estado constitucional social. La globalización económica para sus detractores es sobre todo una herramienta mediante la cual los organismos financieros internacionales encuentran la ocasión para manipular y condicionar la legislación de los Estados más débiles en el sentido económico. Lo que no solo hace ver y convierte al Estado como débil, sino que también lo vuelve incapaz de garantizar la democracia y proteger los derechos de sus ciudadanos, engrosando así la desigualdad. Dicha globalización tiene sus consecuencias en el Estado y en el caso referido en el derecho constitucional.

Por su parte, Boaventura de Souza Santos define a la globalización como “un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía

su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”.¹

La globalización actúa sobre el Estado y, por ende, sobre su instrumento: el derecho. Y se presenta en todos los modelos de Estado, de manera especial en el modelo social de derecho y el modelo neoliberal, abriéndose camino de una forma más fuerte con el neoconstitucionalismo y tratando con ello de explicar las recientes constituciones. Da lugar a la incorporación de los instrumentos del *ius cogens* dentro del bloque de constitucionalidad, con miras a una mayor protección de los derechos.

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Tras la Segunda Guerra Mundial, los países iniciaron “una nueva etapa de integración global (1945-1973), donde nacieron instituciones internacionales de cooperación técnica, financiera y comercial y se expandió el comercio de manufacturas entre países desarrollados”.² La globalización económica puede verse como un proceso paulatino en que la economía alcanzó protagonismo como parte del capitalismo; a ello debe acuñarse el proceso industrial, el desarrollo de la tecnología y, desde luego, la asociación de grupos políticos y sociales que darían paso a los nuevos poderes. Y a partir de esto puede hablarse de la globalización económica, política, tecnológica y, por supuesto, de la globalización del derecho en general, y más adelante del derecho constitucional.

Sobre este último se dice que la globalización tiene una fuerte repercusión en él, tanto o igual que en el mercado económico, y desde allí es visto por algunos autores como un fenómeno nuevo, aunque no lo sea. Mientras que para otros es un fenómeno construido con eventos históricos, tales como la Revolución Industrial, en cuyo caso se remite a la denominada “globalización de la primera modernidad”.³ En concordancia, Wallerstein expresa que “de hecho,

-
1. Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos —ILSA—, 1998), 56-288.
 2. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Naciones Unidas, *Globalización y Desarrollo*, 5 de mayo de 2002, <https://tinyurl.com/34jda32d>.
 3. Antonio Martín Cabello, “Sobre los orígenes del proceso de globalización. On the origins of the globalization process”, *Methadods. Revista de Ciencias Sociales* 1 (1) (2013): 7-20, ISSN: 2340-8413.

los procesos a los que por lo común nos referimos al hablar de la globalización no son de ninguna manera nuevos. Han existido a lo largo de unos quinientos años”.⁴

Para Holton y Turner, la globalización se visibilizó y, por ende, comenzó cuando la economía y el comercio empezaron a crecer de tal forma que las economías del mundo se integraron a una escala mundial, y con ello también al desplazamiento de la mano de obra y la aparición de la tecnología y en el campo del conocimiento de manera transnacional. Para estos autores la globalización económica tomó fuerza tras la Segunda Guerra Mundial debido a los problemas sociales, aunándose a ello el hecho de que “el Estado perdió su capacidad y se convirtió en una organización incapaz de dar cuenta o solución de las problemáticas”.⁵

En ese escenario la globalización económica es vista como “un fenómeno multinivel en el que los Estados ya no dominan a las sociedades nacionales delimitadas por el principio de la territorialidad, sino que hoy se impone la diferenciación funcional de una única sociedad a escala mundial”.⁶ Ante aquello le queda a los Estados a través de sus ordenamientos jurídicos, trascender del nivel nacional a un nivel transnacional, sirviéndose para ello de fuentes de derecho legítimas, ya sea mediante organismos locales, regionales, internacionales o supranacionales.

Esa constitucionalización, en palabras de Gordillo y Martinico, supone la existencia de “dos procesos; por una parte, desde una perspectiva externa, y por otra, desde una perspectiva interna en la que el Estado se puede constitucionalizar a través de la humanización de este”.⁷ Dicho proceso requiere la incorporación y el aumento de los derechos fundamentales hasta entonces a las personas, tomando en consideración su dignidad humana y garantizando su goce frente al poder del Estado. Como se señala en el caso del Ecuador que, en

-
4. Jairo Llano Franco y Germán Silva García, “Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina”, *Utopía y Praxis Latinoamericana. Interlocuciones*, año 23, n.º extra 2 (2018): 60. ISSN: 1315-5216, ISSN-e: 2477-9555.
 5. Robert Holton y Bryan Turner, *The Routledge International Handbook of Globalization Issues* (London/New York, 2016).
 6. Gunther Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en *Global Law without a State*, ed. Gunther Teubner (Dartmouth: Aldershot, 1997), 3-31.
 7. Luis Gordillo Pérez, dir., *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 193-216.

su Constitución, en el artículo 1, expresa que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”.⁸

Pero la globalización económica de modo general posee características que de forma resumida nos atrevemos a decir afectan a todo el planeta, ya que los resultados de esta no se pueden predecir, y conlleva a una reorganización u orden mundial, que se convierte en un fenómeno financiero, promoviendo la desigualdad, puesto que opera sin considerar la realidad social de cada país, lo que aumenta la afectación de derechos como la democracia, que irradia todas las áreas, y que afecta de manera especial a los países en vías de desarrollo y en este contexto de manera especial a Latinoamérica.

GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Cuando el Estado constitucional de derecho surge con la declaración francesa en 1789, con la Constitución norteamericana, la carta de Filadelfia de 1787, se creía que el Estado constitucional de derecho iba a proteger a la libertad frente al Estado autoritario y frente a los poderes públicos. Pero se debe tener en consideración que los poderes no son solamente públicos, sino que además existen los poderes privados y los “poderes salvajes”. Lo que amerita que el constitucionalismo ya no se enfoque solamente en los poderes públicos, sino también en los poderes invisibles, transnacionales y globales, entre ellos el poder económico.

Carbonell señala que mientras el Estado constitucional de derecho responda solo a su territorialidad, los poderes transnacionales seguirán pasando, ya que no conocen de fronteras y la respuesta debe ser a un nivel global. Ante ello autores como Ferrajoli proponen la globalización del constitucionalismo como un tercer paradigma de la filosofía del derecho, para nivelar los fenómenos de la globalización con el alcance de los poderes públicos y que estos que no tengan una base solamente nacional, sino que tengan un alcance internacional.

En el caso latinoamericano, la globalización del derecho constitucional inicia con el neoconstitucionalismo y el modelo del Estado constitucional y democrático de derecho, con las diversas reformas constitucionales y la construcción de nuevas constituciones como “la Constitución de Brasil de 1988

8. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

cercana al constitucionalismo liberal, la Constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Ecuador de 2008, y la Constitución de Bolivia de 2009”.⁹ Puesto que comparten ideales en común, entre los más importantes de democracia y su fortalecimiento, pero sobre todo buscan una mayor protección de los derechos a través del reconocimiento de instrumentos del *ius cogens* dentro de su ordenamiento jurídico interno.

En el caso de las dos últimas constituciones inclusive se incorpora una nueva forma de ver al Estado. En el caso ecuatoriano como un Estado en el que las personas, la Pachamama y el Estado guardan una relación que se remonta a la cultura, tradiciones ancestrales y a la plurinacionalidad, vistos como elementos que enriquecen al Estado, pero también señalando que el Estado es constitucional de derecho(s). En esa misma línea, la Constitución boliviana declara al Estado como plurinacional, dando paso a conceptos como el biocentrismo, la ecología política, el buen vivir y otros relacionados, que toman fuerza y mayor visibilización en el estudio académico del derecho y el constitucionalismo.

Así, la Constitución boliviana de 2009 dice ser “construida desde los valores y principios que identifican las tradiciones indígenas bolivianas, donde el reconocimiento de la diversidad cultural ha sido lo predominante considerándose un Estado plurinacional y pluricultural, modelo estatal innovador en el contexto latinoamericano”.¹⁰ Estas dos constituciones y modelos de Estado integran un nuevo movimiento innovador del constitucionalismo latinoamericano, que es también llamado “constitucionalismo crítico”.¹¹ El constitucionalismo crítico se caracteriza por sus cuestionamientos al derecho positivo rígido como corriente jurídica y por su incorporación de los sectores históricamente vulnerables en la palestra constitucional formal. Dichas críticas en el pasado eran mayormente dirigidas por la escuela del derecho libre, cuyo representante más destacado es Eugen Ehrlich, quien apuntaba a un derecho que diera cuenta de las relaciones sociales y, por ende, proviniera de estas. Así, las principales críticas se evidenciaron en Alemania e Italia, y en América en Estados Unidos. Esa crítica se incorporaría más adelante en América Latina, donde se pone de manifiesto el reconocimiento de las costumbres y tradiciones de las diver-

9. Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en *El canon neoconstitucional*, eds. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 161-2.

10. *Ibid.*, 3.

11. Jairo Llano Franco, *Teoría del Estado y del derecho. Pluralismo jurídico* (Bogotá: Ibáñez, 2017), 188.

sas culturas, pueblos y nacionalidades indígenas exigido por los movimientos sociales emergentes. Asimismo, dicho constitucionalismo crítico apunta a su vez a la producción académica jurídica que tome en consideración la realidad social.

Y aunque “la influencia de una parte del constitucionalismo estadounidense en varios estados del norte y del sur”¹² del denominado sur global, es notorio y visible, en cuanto a conceptos como control de constitucionalidad, supremacía constitucional, derecho procesal constitucional no solamente el modelo legal de Estados Unidos es el que ha influido en el sur global, sino también las instituciones y figuras del derecho europeo. Recordemos que desde el inicio nuestro derecho positivo ha sido el producto del derecho germano y romano y es apenas en los últimos 20 años que el constitucionalismo ha tomado nuevas miradas con enfoques sociales propios y consideraciones culturales acorde a las realidades. Pero esos cambios y aportes aún son escasos.

Así, del derecho europeo han quedado figuras como el control constitucional de normas emitidas por el Ejecutivo y la figura de un tribunal especializado, que hoy en diferentes países se conocen como las cortes constitucionales, facultado como el máximo órgano de interpretación constitucional. Y que a decir de Velasco Cano y Llano Franco, “esto ha abierto las puertas tanto a la incorporación de derechos humanos en el marco de los derechos fundamentales positivos, sea por su inclusión en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad, pero también ha facilitado la consolidación de los principios generales del derecho como fuente”.¹³ Y si bien esa facultad da paso también al “activismo judicial”, a través del cual se puede obligar al Estado mediante al cumplimiento de sus deberes y facultades, y que en caso de no cumplirse se puede activar la garantía jurisdiccional correspondiente. Ello deposita una vez más sobre el derecho la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos sus derechos.

Por otro lado, para la globalización del derecho constitucional ha contribuido la adopción de un modelo de Estado constitucional, que concibe a la Constitución como norma suprema, en la que el derecho constitucional irradia a todo el derecho. Y que con la finalidad de brindar mayor protección y garantía a los derechos se incorpora dentro del llamado *bloque de constitucionalidad*, a los tratados y convenios de derechos humanos. A su vez, la protección de esos derechos fundamentales se traduce en el llamado *ius cogens*, en relación con

12. *Ibid.*, 3-10.

13. *Ibid.*, 3-12.

el control de convencionalidad, y desde luego en los tribunales internacionales de derecho.¹⁴ Sobre estos también versa un problema jurídico denominado vulneración de la soberanía de los Estados, tanto en su parte judicial como normativa, controversia que amerita un análisis aparte.

Por su parte, Ferrajoli expresa que el carácter fundamental del constitucionalismo rígido ha sido la constitucionalización de los derechos fundamentales, como una respuesta a los horrores del fascismo, es decir, una respuesta a la falta de límites a los poderes. Esas constituciones rígidas se caracterizan porque los derechos de la libertad y los derechos sociales son límites al poder político, lo que hace que el poder público deba actuar en favor de los pueblos y sus derechos, proponiendo una mejoría en la igualdad de acceso a los bienes y servicios públicos y al fortalecimiento de la democracia, que exige de la Constitución un respeto a los derechos fundamentales, puesto que:

No son ya las instituciones de gobierno políticamente representativas las que disciplinan la economía y el capital financiero, sino que son cada vez más los poderes económicos y financieros globales quienes imponen a los gobiernos, en defensa de sus intereses y en ausencia de una esfera pública a su altura, reglas y políticas antisociales legitimadas por las leyes del mercado no obstante su incompatibilidad con los límites y los vínculos constitucionales.¹⁵

Este mismo autor manifiesta que la soberanía equivale a la suma de fragmentos de soberanía que son los derechos de cada uno, y para él, el modelo constitucional se encuentra en crisis debido a la globalización, dado que esta ha transferido gran parte de los poderes fuera de los confines del Estado, produciéndose un desarrollo de nuevos poderes soberanos, absolutos e invisibles, tales como los económicos y financieros, que aunque no tienen una esfera pública, son quienes controlan la vida política y pública de los Estados. Y para Ferrajoli, la esfera pública es la única que puede salvar al Estado.

A decir de Ferrajoli, el problema de la democracia política se relaciona con la crisis social en la que los partidos políticos se transforman en máquinas bu-

14. Gabriel Figueroa Bastidas, “La responsabilidad internacional agravada en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en *Responsabilidad internacional del Estado encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*, eds. Ana Gemma López Martín, Carlos Mauricio López Cárdenas y Manuel Alberto Restrepo Medina (Bogotá: Universidad del Rosario, 2015), 156.

15. Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2018).

rocráticas de organización del consenso, en máquinas electorales relacionadas con poderes invisibles. Para él, es la sociedad quien ejerce el principal control de la política, organizada en partidos políticos, siendo necesario refundarlos como órganos de la sociedad para la separación entre partidos y poderes, pues no solo el poder público puede realizar el control político.

Se debe tener en cuenta que en el plano internacional la actuación del derecho sobre el Estado se ha visto limitada por dos posturas conocidas como el pacifismo jurídico, que ve al derecho como la herramienta para la paz de las relaciones internacionales, y el realismo que quiere mantener, según Cortés y Piedrahita, “la autonomía de la esfera política a la moral, el derecho o la economía”.¹⁶

En ese sentido Ferrajoli concibe al constitucionalismo global como el tercer cambio de paradigma de la filosofía del derecho, que propone “trasladar la lógica del constitucionalismo a una esfera global”,¹⁷ en la que se deben considerar tres elementos: “1. el carácter formal de la teoría del derecho y del paradigma garantista, 2. separación concepto funciones de gobierno y garantía, y 3. perspectiva metodológica apocalíptico-optimista”.¹⁸

Con respecto al primer elemento, Ferrajoli concibe que la teoría del derecho y del constitucionalismo permite llevar al modelo constitucional de derecho a cualquier escenario, incluido el transnacional. El segundo elemento propone que en la esfera internacional a los órganos democráticos le competen únicamente garantizar los derechos. Y en cuanto al tercer elemento, Ferrajoli reconoce al Estado como insuficiente para dar soluciones a problemas específicos. Así, una de las soluciones de un probable constitucionalismo global se da a través de Ferrajoli, quien propone una globalización del derecho constitucional, para responder a diversas crisis, propuesta que se contrapone a los detractores de la globalización económica por considerar que esta vulnera la soberanía del Estado. En este punto es necesario hacer una distinción entre la globalización económica y la globalización del derecho constitucional, como dos fenómenos interrelacionados pero diferentes, en el que surge la controversia respecto de la trasgresión del primero sobre el segundo. Por ello se habla de las consecuencias

16. Constanza Núñez Donald, “Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*”, *Derechos y Libertades*, n.º 41 (junio 2019): 361-70.

17. *Ibid.*, 16.

18. *Ibid.*, 16-7.

de la globalización económica en el derecho constitucional, y de manera más específica en la democracia.

CONSECUENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Uno de los grandes retos del derecho constitucional es encontrar soluciones a las grandes desigualdades y crisis económicas, políticas y sociales, sobre todo más marcadas en América Latina. Son muchas las posiciones de los liberales o los socialistas, en que cada uno se inclina por soluciones a dichas desigualdades acordes a su modo de pensar, pero que en común le atribuyen la acentuación de dichas desigualdades a la globalización económica, percibida como un agravante.

La globalización económica en el derecho constitucional trae consigo diversas consecuencias, entre las principales en la vida política y social, de manera especial en la “participación democrática, en la tutela que sobrepase los límites nacionales de los derechos humanos y los nuevos centros de regulación del poder económico estatal”.¹⁹

Y frente al problema descrito en el apartado precedente, el constitucionalismo ha buscado respaldar a los organismos (tales como la ONU), que tratan de combatir y frenar los problemas que acarrea la globalización económica, tal es así que se dota de constitucionalidad a los tratados y convenios de derechos humanos, y reconoce instrumentos como el estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁰

Por otra parte, cuando se trata de la participación democrática, esta apunta a que el poder político se legitime, así como la participación ciudadana en la toma de decisiones, y a la exigencia y el control de la responsabilidad política a los gobernantes. Si bien, el principio democrático cumple la función legi-

19. Naiara Arriola Echaniz, “Las consecuencias de la globalización en el derecho constitucional: aportaciones de la miriada de corrientes doctrinales”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 178 (2017): 171-88, doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rep.178.06>, <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/62162>.

20. Revisar específicamente el art. 38 de dicho estatuto, que la Corte en su función de decidir conforme el derecho internacional sobre las controversias que le sean sometidas, esta puede aplicar las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

timadora del poder político, mediante el referéndum o la iniciativa popular legislativa, el sufragio; libre, universal y directo, este alcanza su legitimidad únicamente cuando cuenta con la aprobación ciudadana. Pero “ese principio democrático no tan solo se evidencia en la participación directa, sino que además se hace visible cuando los ciudadanos participan en la toma de decisiones políticas, mediante la democracia representativa. Es decir, mediante la elección de representantes”.²¹

Pero ¿cómo afecta la globalización económica a la democracia? García Guerrero propone el análisis de dicha afectación en dos fases. En una primera fase que va “desde la caída del muro de Berlín hasta el nacimiento del Mercado Único Europeo (MUE)”.²²

En esa primera fase de la globalización, “el poder económico respondía al ordoliberalismo”.²³ El ordoliberalismo es “una corriente de pensamiento económico fundada por políticos y economistas alemanes entre los años de 1930 y 1940, que se basa en una economía social de mercado”.²⁴ Para el ordoliberalismo, es el Estado quien debe encargarse de crear la normativa de cara a la economía, y si no actúa entonces es el mismo Estado quien da paso a que los monopolios pasen a controlar y crear desventajas en cuanto al disfrute de derechos, afectando no solo al contexto económico sino a la capacidad gubernamental del Estado, dado que el poder económico puede usarse contra el poder político estatal. Y mientras la economía más crezca, mayor será la afectación, por ello la globalización económica posee la capacidad de afectar la democracia, controlando tras la cortina los procesos electorales, la legislación y gobernabilidad lejos de la voluntad soberana. Así algunas reformas constitucionales y leyes se proponen de conformidad con las exigencias de los poderes transnacionales, como el caso del Fondo Monetario Internacional. Cuando dichas facultades le corresponden únicamente al pueblo a través de proyectos de

21. Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, vol. II (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972), 13-38.

22. José Luis García Guerrero, “Los embates de la globalización a la democracia”, *Revista de Estudios Políticos* (2017): 113-46, <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.176.04>.

23. Armando Urdaneta Montiel, Emmanuel Borgucci y Reiner Díaz Monzón, “Ordoliberalismo, economía social de mercado y mercados de competencia perfecta”, *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* (2019): 222-30, <http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA>.

24. Diego Gastón Araya, “El sistema nacional de economía política (1840) para una nueva Argentina (1940). Friedrich List en Alejandro E. Bunge”, *Cuestiones de Sociología* (2016), <http://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSe019>.

reforma o al órgano Legislativo, Ejecutivo o mediante el proceso que señala la Constitución.

En una segunda fase, “la globalización se caracteriza por el cambio de sus actores, los estados, y a los directivos de las integraciones económicas supraestatales”.²⁵ Ya que nacen órganos de rango ejecutivo, por las exigencias legislativas que se hacen, como es el caso de la Unión Europea y la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Ante ello, el poder Legislativo de los Estados debe reforzar su control sobre las negociaciones del Ejecutivo con dichas integraciones, puesto que históricamente el Ejecutivo ha tenido demasiado poder y competencias, por ello en América Latina inclusive se ha hablado sobre el hiperpresidencialismo”.²⁶ Y frente a la intromisión de los poderes públicos, los derechos humanos son el freno y protección de la autonomía individual. Autonomía que exige de toda Constitución una declaración formal de derechos. Y quienes operan en protección de los derechos humanos son las organizaciones internacionales, que proponen “un cambio en la teoría clásica del derecho internacional”.²⁷

Para Petersmann, en el ámbito del comercio, “la Organización Mundial del Comercio (OMC) garantiza la libertad, la no discriminación y el Estado de derecho más allá de las constituciones”.²⁸ Es decir, defiende a dicho organismo. Así, las reglas de la OMC sirven como “funciones constitucionales para establecer los derechos humanos y las correspondientes obligaciones gubernamentales en el ámbito de la política comercial”.²⁹

Frente a postulados que ven a la globalización económica como un fenómeno que ataca a la soberanía de los Estados y como una amenaza del poder Legislativo y Ejecutivo, la globalización se concibe como una manifestación de tipo social y político que tiene varias caras y que se distingue principalmente por la fuerza que poseen los grupos económicos internacionales para influir en la voluntad de los Estados; también se distingue por el impacto cultural que genera a nivel mundial, en el que hace ver al occidente como el hemisferio consumista y que conlleva con ello a otro problema de tipo social, como lo es

25. *Ibíd.*, 8.

26. Giovanni Sartori y Miguel Ángel González Rodríguez, *¿Qué es la democracia?*, 1993.

27. Ernest Petersmann, *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. UK: Hart Publishing, 2017.

28. *Ibíd.*, 25.

29. *Ibíd.*, 28.

la movilidad humana, las migraciones masivas y el éxodo rural, dando paso a que los problemas de periferia en las urbes aumente y, por ende, la pluriculturalidad engrose.

Para Ferrajoli en cambio, son los poderes salvajes quienes trasgreden la democracia en el plano constitucional, y el freno para estos poderes es desarrollar un constitucionalismo que supere lo estatal en cuatro direcciones: “1. En garantía de todos los derechos (constitucionalismo social), 2. frente a todos los poderes (constitucionalismo de derecho privado), 3. en garantía de derechos y bienes comunes (constitucionalismo de los bienes fundamentales y, 4. a todos los niveles (constitucionalismo global).³⁰

Sin embargo, el desarrollo de un constitucionalismo más allá del plano estatal no supone que este modelo de Estado constitucional se lleve al plano internacional, sino que el límite de este sea más allá que el solo Estado.

Santos, por su parte, ve al fenómeno de la globalización como un tema de amplia deliberación, en el que el derecho internacional tiene un papel protagónico, y en este sentido concuerda con otros autores como Ferrajoli, quien ve en los instrumentos y organismos internacionales una mayor protección para los derechos humanos. Dicha globalización al afectar a los Estados afecta también a su ordenamiento jurídico: entre esos Estados los más relacionados con la globalización económica son el Estado social de derecho y el neoliberal. Santos expone que “el proceso de globalización muestra que nos encontramos frente a un fenómeno polifacético con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas combinadas de las maneras más complejas”.³¹

En concordancia, Wallerstein manifiesta que el desempeño social y económico de los Estados permite una clasificación en niveles, y en ese sentido los Estados se clasifican en centrales (primer nivel), que son quienes dominan de forma global, y es en esos Estados en que los ciudadanos tienen una calidad de vida aceptable. En el segundo nivel se encuentran los Estados “semiperiféricos, que tienen un avance medio, donde los derechos son parcialmente garantizados a sus ciudadanos”.³² Y, finalmente, los Estados en vías de desarrollo, en los que los derechos son vulnerados constantemente y la dignidad humana es con

30. *Ibid.*, 17.

31. *Ibid.*, 18.

32. *Ibid.*, 3-20.

frecuencia violentada, en este nivel se encuentran la mayoría de los Estados latinoamericanos.

Este hecho de la globalización en su aspecto económico se relaciona con las transnacionales, los organismos económicos mundiales que son vistos como manipuladores y fracturadores de la soberanía, y por ende del modelo kelseniano que pone a la Constitución en la cúspide y le otorga supremacía, con la intención de salvaguardarla. Muchos consideran que las redes económicas como el Fondo Monetario Internacional (FMI) vulneran las facultades principalmente del Ejecutivo y, por ende, del Legislativo, quienes debe adecuar su normativa de tal forma que las condiciones exigidas por dichos organismos satisfagan a quienes están detrás.

Estos organismos pueden ser de orden mundial, como transnacional que en el caso latinoamericano son parte de los llamados por Medici “poderes fácticos innominados”, aún vigentes en el derecho y sobre todo en la política en América Latina, conformados por los grupos de poder y élite, como la televisión y las grandes corporaciones financieras, que muchas veces influyen en la toma de decisiones, así como en la creación de normativas, puesto que estos grupos buscan que se haga su voluntad y, por ende, se actúe de conformidad con sus intereses. Dichos poderes muchas veces son quienes están detrás de las elecciones, afectando directamente a la democracia.

Además, los medios de comunicación muchas veces son medios de persuasión de la realidad política del país. Aquello que Clavero conoce como “Estado constitucional latinoamericano”,³³ en el cual existe una relación entre los poderes y los derechos, en donde, siempre se ha favorecido a “los poderes”.³⁴ Y en el cual el presidencialismo siempre ha estado al servicio de “los poderes fácticos económicos y mediáticos que terminan minando el mandato popular”.³⁵

Habermas señala que actualmente se habla “más de Estados insertos en los mercados, que de economías nacionales insertas dentro de las fronteras de los

33. Bartolomé Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (Madrid: Trotta, 2007).

34. Alejandro Medici, “Los poderes innominados en el constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico-situado”, *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, ISSN 1889-8068, n.º 8 (2012): 55-75.

35. *Ibid.*, 25.

Estados”.³⁶ Adentrándonos en el “fundamentalismo del mercado”.³⁷ Esto como tal deriva en una especie de traba para el Estado, en que este se ve maniatado frente a las decisiones con efectos irradiadores de las decisiones y resoluciones de los grupos económicos transnacionales, lo cual se refleja en las políticas públicas del Estado. Además, se dice que con la globalización económica viene también la vulneración de la democracia representativa, y más aún la vulneración del Estado democrático, los derechos sociales, económicos y culturales que deriva en la crisis del Estado, que se traduce en una extenuación progresiva de la ciudadanía y de la democracia.

De esta forma se cae en el “fundamentalismo del mercado”,³⁸ de tal manera que lo que antes habíamos identificado como organismos económicos centrales aplican un poder coactivo sobre los países menos desarrollados, quienes se ven reclusos de obedecer, pues se encuentran ante dos desventajas: 1. no poseen un peso internacional, por ende, su intervención no es relevante en la toma de decisiones; 2. el aporte económico que reciben por las entidades financieras internacionales es supeditada a aceptar y desarrollar una serie de exigencias económicas.

PERO ¿QUIÉNES SON ESAS ENTIDADES FINANCIERAS?

Entre las más conocidas de dichas entidades tenemos al Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Organización Mundial del Comercio, que es “la institución que ejecuta el régimen internacional del comercio y que se configuró luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial como uno de los mecanismos para crear las condiciones económicas y políticas que permitan evitar futuros enfrentamientos”.³⁹ Y en la actualidad a los denominados Grupos G-7 y G-8. De esta manera, para Falk es evidente que la globalización económica ablanda

36. José Mateos Martínez, “Constitución, globalización y voluntad popular en el siglo XXI”, *Pensamiento al margen. Revista digital* (Universidad de Murcia), n.º 7 (2017): 107, ISSN 2386-6098, <http://www.pensamientoalmargen.com>.

37. Luis Teodoro Díaz Müller, coord., *Globalización y derechos humanos* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 231-6.

38. George Soros, *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, 1999.

39. Magdalena María Núñez Jaramillo, “Los países en desarrollo en el régimen multilateral de comercio”, *Ciencia, Cultura y Sociedad* 4 (2) (2017): 42-53, <https://doi.org/10.5377/ccs.v4i2.6673>.

la organización del Estado, de manera especial en cuanto a su capacidad para procurar “bienes públicos globales, su función tradicional de incrementar la calidad de vida dentro de los límites del Estado y aquella otra más reciente de asistir y proteger a los más vulnerables dentro de sus fronteras”.⁴⁰

Para Alfonso de Julios-Campuzano es “Un insuperable ejercicio de candidez e ingenuidad pensar que las grandes estructuras económicas transnacionales no afectan fácticamente al estatuto organizativo estatal; como si los dictados de las grandes instancias supranacionales no incidieron en la distribución competencial que realiza la norma constitucional”.⁴¹

Por eso Haberle sostiene que: “La Constitución no se limita a ser solo un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”.⁴²

Pero si la voluntad del pueblo en sus representantes se ve condicionada por poderes económicos, se afecta a la democracia como tal en su ejercicio representativo al no legislarse de conformidad con la voluntad soberana sino conforme las exigencias de los grupos económicos y, por ende, se afecta un derecho fundamental. Pues conforme Ferrajoli, los derechos reconocidos como fundamentales deben ser vistos como:

Precondiciones lógicas de la democracia, pues sin su pleno respeto es imposible que existan las vías para garantizar a cada miembro de la comunidad una auténtica y libre participación política. Sin libertades de expresión, de prensa o de asociación, no puede darse el libre intercambio de ideas del cual nace la decisión consciente que lleva a una participación política sin ataduras.⁴³

En resumen, la globalización en su ámbito económico ataca los tres pilares básicos del constitucionalismo: “1. Estableciendo fuentes de decisión externas y carentes de legitimidad democrática que se colocan por encima de la Constitución; 2. sacrificando el núcleo esencial de los derechos fundamentales para

40. Richard Falk, “*The challenge of genocide and genocidal politics in an era of globalization*”, 1999.

41. Alfonso de Julios-Campuzano, *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid: Dykinson, 2003), 133.

42. *Ibid.*, 30.

43. *Ibid.*, 33.

satisfacer a los mercados; 3. sustrayendo a la comunidad política la decisión de si acepta semejante demolición del sistema o decide luchar para evitarla”.⁴⁴

CONCLUSIONES

La globalización económica alcanza protagonismo en escenarios en que los Estados no cumplen con sus facultades y obligaciones, tales como crear condiciones económicas, sociales y políticas igualitarias que permitan el disfrute de los derechos, pero más que el disfrute la garantía de estos.

Si el Estado constitucional se centra únicamente a actuar dentro de su territorialidad se condena a sí mismo a que los poderes económicos trasgredan su soberanía y terminen por consumir su poder de gobernabilidad y soberanía, lo que requiere, conforme Carbonell y Ferrajoli, llevar al constitucionalismo a nivel global, sin que ello signifique que el modelo constitucional de derecho deba ser el modelo mundial, sino con la finalidad de poner en igualdad de condiciones los fenómenos de la globalización con el alcance de los poderes públicos y que estos no tengan una base solamente nacional, sino un alcance internacional.

El derecho constitucional en la globalización se relaciona y ha progresado en conjunto con el neoconstitucionalismo y el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, y en el caso ecuatoriano en un modelo de Estado constitucional de derechos. Se ve en el *ius cogens* y su incorporación en el bloque de constitucionalidad la oportunidad de una mayor protección de los derechos fundamentales. La globalización del derecho constitucional debe apuntar a que se articulen contratos mundiales con el propósito de que las entidades financieras fortalezcan el disfrute de los derechos y que sean un medio de realización para los mismos, mas no una oportunidad de socavar la soberanía y las facultades ejecutivas y legislativas del Estado. La conformación del *ius cogens* y la incorporación de los tratados y convenios de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad no es un mero capricho del constituyente, sino que apunta a que la dignidad humana sea un principio y que en función de esta se establezcan instrumentos que garanticen los derechos, erradiquen la desigualdad social, proyecto del cual todos somos parte, entre ellos los directivos de los organismos económicos globales. La democracia, por otra parte, podría verse

44. *Ibíd.*, 28.

afectada en cuanto a que el órgano electo por voluntad soberana no respondería a esta sino a intereses del poder económico transnacional.

El constitucionalismo crítico en América Latina propone que se considere la realidad y las relaciones sociales, la historia latinoamericana, la realidad cultural y social propendiendo a un constitucionalismo que dé cuenta de las consideraciones propias de la región en la que los derechos han sido conquista de la protesta, la lucha social y en la que los derechos colectivos han adquirido mayor protagonismo que los derechos individuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Arriola Echaniz, Naiara. “Las consecuencias de la globalización en el derecho constitucional: aportaciones de la mirada de corrientes doctrinales”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 178 (2017): 171-88. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.178.06>.
- Carbonell, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Naciones Unidas. *Globalización y Desarrollo*. 5 de mayo de 2002. <https://tinyurl.com/34jda32d>.
- Clavero, Bartolomé. *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Trotta, 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA, 1998.
- Díaz Müller, Luis Teodoro, coord. *Globalización y derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Falk, Richard. “The challenge of genocide and genocidal politics in an era of globalization”. En Timm Dunne y Nicolás Wiifeler, *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2018.
- Figueroa Bastidas, Gabriel. “La responsabilidad internacional agravada en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”. En *Responsabilidad internacional del Estado encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*, editado por Anna Gemma López Martín, Carlos Mauricio López Cárdenas y Manuel Alberto Restrepo Medina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.

- Friedrich, Carl Joachim. *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*. Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972.
- Gastón Araya Diego. “El sistema nacional de economía política (1840) para una nueva Argentina (1940). Friedrich List en Alejandro E. Bunge”. *Cuestiones de Sociología*, 15, e019 (2016). <http://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSe019>.
- Gordillo Pérez, Luis. *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Holton, Robert, y Bryan Turner, eds. *The Routledge International Handbook of Globalization Issues*. London/New York: Routledge, 2016.
- Julios-Campuzano, Alfonso de. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Llano Franco, Jairo Vladimir. *Teoría del Estado y del Derecho. Pluralismo jurídico*. Bogotá: Ibáñez, 2017.
- Llano Franco, Jairo Vladimir, y Germán Silva García. “Globalización del Derecho Constitucional y Constitucionalismo crítico en América Latina”. *Utopía y Praxis Latinoamericana. Interlocuciones*. Año 23, n.º extra 2 (2018): 59-73. ISSN: 1315-5216. ISSN-e: 2477-9555.
- Martín Cabello, Antonio. “Sobre los orígenes del proceso de globalización, On the origins of the globalization process”. *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales* 1 (1) (2013): 7-20. ISSN: 2340-8413.
- Mateos Martínez, José. “Constitución, globalización y voluntad popular en el siglo XXI”. *Pensamiento al margen. Revista digital* (Universidad de Murcia), n.º 7 (2017): 107. ISSN: 2386-6098. <http://www.pensamientoalmargen.com>.
- Medici, Alejandro. “Los poderes innominados del Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* (2012).
- Núñez Donald, Constanza. “Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*”. *Derechos y Libertades*, n.º 41, época II (junio 2019): 361-70.
- Núñez Jaramillo, María Magdalena. “Los países en desarrollo en el régimen multilateral de comercio”. *Ciencia, Cultura y Sociedad* 4 (2) (2017): 42-53. <https://doi.org/10.5377/ccs.v4i2.6673>.
- Petersmann, Ernest. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. UK: Hart Publishing, 2017.
- Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Traducido por Miguel Ángel González Rodríguez. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral/Tribunal Federal Electoral, 1993.
- Soros, George. *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*. Traducido por Fabián Chueca, Plaza & Janés. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1999. (Título original: *The Crisis of Global Capitalismo*).

- Teubner, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”. En *Global Law without a State*, editado por Gunther Teubner, 3-31. Dartmouth: Aldershot, 1997.
- Urdaneta Montiel, Armando, Emmanuel Borgucci y Reiner Díaz Monzón. “Ordoliberalismo, Economía Social de Mercado y Mercados de Competencia Perfecta”. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas* 2 (2) (2019). [http:// remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA](http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA).
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5.^a ed. Traducido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.

Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia

Towards a Preventive Restructuring of Viable Companies in Spanish Insolvency Law

Rafael Lara González

Universidad Pública de Navarra

Pamplona, España

lara@unavarra.es

<https://orcid.org/0000-0003-0671-9908>

Aránzazu Pérez Moriones

Universidad Pública de Navarra

Pamplona, España

aranzazu.perez@unavarra.es

<https://orcid.org/0000-0002-1512-030X>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.6>

Fecha de recepción: 1 de enero de 2023

Fecha de revisión: 15 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El legislador español, en el marco del derecho comunitario europeo, ha establecido instrumentos jurídicos al objeto de facilitar la reestructuración de los deudores en un momento temprano y, en consecuencia, evitar la insolvencia y la pérdida de puestos de trabajo, preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y maximizar el valor total para acreedores y propietarios, pero también la economía en su conjunto. La circunstancia de que la reestructuración se realice sin necesidad de abrir un procedimiento concursal y, es más, precisamente, con el fin de evitar su apertura, explica que hablemos de derecho preconcursal y de instrumentos o institutos preconcursales. En el presente trabajo se expone el relativo a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, cuyo sentido último es que el deudor pueda disfrutar de una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes necesarios para continuar con su actividad empresarial, con el fin de facilitar las negociaciones de ese plan de reestructuración. Esta continuidad permite preservar el valor de la empresa y, por consiguiente, si las negociaciones culminan satisfactoriamente, maximizar el excedente de valor asociado a una reestructuración preconcursal.

PALABRAS CLAVE: instrumentos legales, reestructuración de empresas, viabilidad, precurso de acreedores, comunicación de apertura de negociaciones, bienes necesarios, paralización de ejecuciones, continuidad empresarial.

ABSTRACT

The Spanish law, within the framework of European Community Law, has established legal instruments in order to facilitate the restructuring of debtors at an early stage and, consequently, avoid insolvency and job losses, preserve technical knowledge and capabilities and maximize total value for creditors and owners, but also for the economy as a whole. The circumstance that the restructuring is carried out without the need to open bankruptcy proceedings and, more precisely, in order to avoid its opening, explains why we are talking about pre-bankruptcy law and pre-bankruptcy instruments or institutes. In the present work the one related to the communication of the opening of negotiations with the creditors is exposed, whose ultimate meaning is that the debtor can enjoy a stoppage or temporary suspension of the singular, judicial or extrajudicial executions, on the assets necessary to continue with its business activity, in order to facilitate the negotiations of that restructuring plan. This continuity makes it possible to preserve the value of the company and, therefore, if the negotiations end

satisfactorily, to maximize the excess value associated with a pre-bankruptcy restructuring.

KEYWORDS: legal instruments, company restructuring, business viability, pre-bankruptcy, communication of opening of negotiations, necessary assets, suspension of executions, business continuity.

FORO

EL DERECHO PRECONCURSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Ley Concursal española (en adelante, LC) dedica su Libro Segundo al denominado “Derecho preconcursal”, el cual ha sido objeto de una modificación íntegra con ocasión de la última reforma llevada a cabo mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. A su vez, esta reforma tiene su razón de ser en la obligada transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, la Directiva 2019/1023 o la Directiva).¹ Ello explica, por tanto, la profunda revisión del sistema de preinsolvencia español.²

Mediante el instituto de la comunicación de la apertura de negociaciones se busca facilitar y proteger la negociación de un plan de reestructuración entre el deudor y sus acreedores. Para ello, como analizaremos posteriormente, la Di-

1. Para un análisis de la misma pueden consultarse Juana Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dir. Juana Pulgar Ezquerro, coord. Eva Recamán Graña (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), 55 y ss.; y, en profundidad, Lourdes Garnacho Cabanillas y Francisco Javier Arias Varona, *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022).
2. Específicamente, sobre la reforma del régimen del preconcursal, véase Carlos de Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 60 (2022): 29 y ss.

rectiva (y, en consecuencia, también la LC) contiene previsiones relativas a los efectos derivados de la existencia de dichas negociaciones, en concreto: i) el mantenimiento de las facultades de disposición del deudor (el conocido como “deudor no desapoderado”); y ii) la suspensión de ejecuciones sobre los bienes del deudor que, a su vez, comporta una serie de consecuencias en relación con la solicitud de concurso, tanto por el deudor como por los acreedores,³ así como sobre los créditos y contratos pendientes de ejecución.⁴

LA COMUNICACIÓN DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES PRESUPUESTOS

La facultad de comunicar la existencia de negociaciones con los acreedores —también la de solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración— queda supeditada a la concurrencia de dos presupuestos: uno de naturaleza subjetiva y otro de naturaleza objetiva.

En primer lugar, la LC restringe la posibilidad de efectuar la comunicación de la apertura de negociaciones a “cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional”. Por tanto, queda excluida de esta posibilidad la persona física no empresaria (esto es, un consumidor). El objetivo del Libro Segundo de la LC es salvar empresas y negocios viables, por lo que su ámbito de aplicación se circunscribe a quienes llevan a cabo una actividad empresarial o profesional, sean personas naturales o jurídicas. Con todo, aquella declaración inicial debe ser matizada, ya que el propio precepto veta el uso de este mecanismo a una serie de entidades que desarrollan actividades empresariales y que, por lo tanto, disfrutarían, en principio, de dicha posibili-

-
3. Si se pretende incentivar las soluciones preconcursales, es coherente que la normativa concursal proteja la negociación estableciendo medidas para evitar que cualquier acreedor pueda hacerla fracasar mediante la solicitud de concurso.
 4. Por todos, véase Nuria Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores”, en *Derecho concursal y preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre*, tomo II, dir. Esperanza Gallego Sánchez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 2241, e, *in extenso*, “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n.º 32 (2020): 71 y ss.; así como Pedro Yanes Yanes, *El precurso de acreedores* (Cizur Menor: Aranzadi, 2023).

dad.⁵ En cualquier caso, resulta relevante que la comunicación de la apertura de negociaciones corresponda exclusivamente al deudor, quizá, como ha sido señalado,⁶ porque inconscientemente permanece la idea de que con la comunicación se pone en marcha la cuenta atrás para solicitar el concurso.

En segundo lugar, la comunicación de apertura de negociaciones procede “cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual”. Por tanto, la posibilidad de realizar la comunicación no se limita a los supuestos de insolvencia actual o inminente, que, a su vez, constituyen presupuesto objetivo del concurso. A ellos se añade un tercer estado de insolvencia: la probabilidad de insolvencia (*likelihood of insolvency*).⁷

La LC delimita los distintos estados de insolvencia sirviéndose del factor temporal:⁸ así, la probabilidad de insolvencia es un estado previo al estado de insolvencia inminente y este es anterior al estado de insolvencia actual. En efecto, se encuentra en insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y, en insolvencia inminente, el deudor que prevé que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Por último, el deudor se encuentra en probabilidad de insolvencia cuando es objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vencen en los próximos dos años. Desde esta óptica, la regulación del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones se caracteriza por su extraordinaria flexibilidad.

5. Así, empresas de seguros y reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, otras entidades y entes financieros, empresas que integran la organización territorial del Estado, organismos públicos y demás entes de derecho público, así como los deudores incluidos en el Libro Tercero (procedimiento especial de microempresas).

6. En este sentido, Marta López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 59 (2022): 16.

7. Véase, por todos, Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”, 67 y ss.

8. Realizan una propuesta de delimitación de los distintos estados de insolvencia Alfredo Muñoz García, “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo...*, 169 y ss., o Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración...”, 74 y ss., si bien debe tenerse en cuenta que en el momento de redacción de los trabajos no se encontraba acogido (ni, por tanto, definido) legalmente el estado de “probabilidad de insolvencia”.

REQUISITOS Y RESOLUCIÓN SOBRE LA COMUNICACIÓN

El deudor que desarrolla una actividad empresarial o profesional y se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual puede comunicar la existencia de negociaciones con sus acreedores o la intención de iniciarlas de inmediato al juzgado competente para la declaración del concurso. Por tanto, la comunicación puede llevarse a cabo no solo cuando efectivamente se han iniciado las negociaciones con los acreedores, sino también cuando el deudor pretende comenzarlas de forma inminente. De nuevo se pone de manifiesto el propósito del legislador de favorecer que el deudor se sirva de este instrumento tempranamente, por lo que es suficiente con que aquel se limite a comunicar su mera voluntad de negociar con sus acreedores.

Esta segunda posibilidad no está sujeta al cumplimiento de ningún requisito temporal concreto, más allá de la exigencia de que el inicio de las negociaciones se tiene que producir “de inmediato”. Sin embargo, debe presumirse que el deudor tendrá interés en hacerlo pronto si se encuentra en situación de insolvencia inminente y, con mayor inmediatez, en caso de encontrarse en estado de insolvencia actual.⁹ Téngase presente que, atendiendo al art. 5.1, LC, el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Incluso el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, en caso de incumplimiento de dicho deber.

Por lo demás, en caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación corresponde al órgano de administración del deudor, en tanto órgano que legalmente tiene atribuidas la gestión y la representación de la sociedad.¹⁰ Desde esta perspectiva, la decisión sobre la apertura de negociaciones con los acreedores también corresponde al órgano de administración por tratarse de una competencia de gestión que, en principio, no tiene por qué

9. Igualmente, véase Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2242.

10. Como recuerda Fernández Pérez (ibid., 2242), en situación preconcursal los órganos societarios actúan bajo el régimen del derecho de sociedades, por lo que es el órgano de administración al que le compete la representación de la sociedad.

implicar una alteración esencial de la estructura corporativa y patrimonial de la sociedad.¹¹

Sin embargo, cabría que esta competencia se hubiera reservado estatutariamente a la junta general, en cuyo caso sería este órgano social quien tendría que tomar la decisión. Otra cosa es que si el plan de reestructuración contiene propuestas que afectan a materias competencia de la junta general (acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos, transmisión de activos esenciales, emisión de obligaciones convertibles, etc.) sea preceptiva la intervención de aquella, no para decidir sobre la apertura de las negociaciones, sino para adoptar los acuerdos correspondientes en relación con los compromisos que corresponden a la sociedad atendiendo a su contenido.¹²

En el marco de las negociaciones, el órgano de administración no puede asumir ni invadir competencias que corresponden a la junta general, no solo las atribuidas legalmente en el art. 160, LSC, sino también las que corresponden implícitamente a su ámbito de competencias.¹³

La LC supedita la comunicación de la existencia de negociaciones al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y de fondo, lo que constituye una de las grandes novedades del régimen en vigor.

Desde un punto de vista formal, la comunicación debe hacerse a través de la sede judicial electrónica o por medios telemáticos o electrónicos, excepto las personas no obligadas a comunicarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia (art. 586.1 LC, en conexión con el art. 4 del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas con la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet).

Desde un punto de vista de fondo, se exige que la comunicación de apertura de negociaciones incluya un contenido calificable de exhaustivo y minucioso, por lo que su correcta cumplimentación puede resultar compleja debido a la cantidad y al tipo de información exigida.¹⁴

11. En este sentido, Antonio Roncero Sánchez, “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo...*, 319, aunque en relación con la decisión sobre la negociación de acuerdos de refinanciación.

12. Tal y como advierte Roncero Sánchez, *ibíd.*, 321.

13. *Ibíd.*, 322, con ulteriores referencias bibliográficas.

14. Por todos, Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2245.

Presentada la comunicación, corresponde al letrado de la Administración de Justicia comprobar que: i) el juzgado es competente; y ii) la comunicación no presenta defectos formales. Para ello dispone de un plazo máximo de dos días a contar desde la fecha de la presentación. Se trata, en realidad, más de un trámite cuasi automático que de un procedimiento en sí mismo considerado y que de este modo satisface los objetivos de rapidez procesal y de intervención judicial mínima impuestos por la Directiva.¹⁵ Obsérvese que el letrado no entra en el fondo (en el contenido) de la comunicación, sino que se limita a una comprobación calificable de mera formalidad.

Con todo, la cuestión relativa a la competencia judicial merece alguna consideración. Hemos afirmado que la competencia para conocer de la comunicación de la existencia de negociaciones (o de la intención de iniciarlas de inmediato) corresponde al juzgado competente para la declaración de concurso. Por exigencia del Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, se prevé un control de oficio de la competencia judicial y el derecho de cualquier acreedor de impugnar la resolución sobre la comunicación por falta de dicha competencia.

En sede de comunicación, el control de la competencia judicial internacional y territorial corresponde al letrado de la Administración de Justicia. Este control será realizado con base en lo acreditado por el deudor en su comunicación, esto es, que su centro de interés principal está en España o que tiene un establecimiento en nuestro país. Pues bien, si aquel concluye que el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, dará cuenta al juez, que oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal por plazo común de cinco días, resolviendo al siguiente mediante auto, frente al que cabe recurso de apelación si declara la falta de competencia de los tribunales españoles. Además, cualquier acreedor puede formular declinatoria por falta de competencia internacional o territorial en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el Registro Público Concursal de la resolución teniendo por formulada la comunicación o, si tiene carácter reservado, desde su conocimiento por el acreedor impugnante.

15. En un sentido similar, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 20.

DE LOS EFECTOS

Como hemos señalado inicialmente, la Directiva y, por tanto, también la LC contienen una serie de previsiones dirigidas a facilitar las negociaciones sobre los planes de reestructuración preventiva, que operan como auténticos “escudos protectores de las negociaciones”, en expresión doctrinal. Son los denominados “efectos de la comunicación”, que se producen *ope legis*, es decir, de forma automática. Veámoslos.

SOBRE EL DEUDOR

En coherencia con el principio de intervención mínima, la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. La Directiva pretendió evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitarla en un momento temprano de sus dificultades financieras. Es más, en nuestro ordenamiento, el principio de “deudor no desahogado” —*debtor in possession*— ha sido acogido en toda su extensión, toda vez que el deudor no solo mantiene las facultades de disposición relacionadas con la gestión diaria de la empresa, sino que también puede realizar actos extraordinarios o fuera del giro o tráfico de aquella.¹⁶

Ahora bien, ello no implica que tales actos no puedan ser enjuiciados si agravan la situación de insolvencia o son perjudiciales para el interés social conforme a las normas del derecho de sociedades, concursal o, incluso, penal.¹⁷ En cualquier caso, esta opción ha sido bien recibida por la doctrina más autorizada, que recuerda que uno de los retos en la negociación es “mantener viva” la empresa hasta que se alcance el acuerdo, lo que puede dilatarse en el tiempo y para lo que es necesario llevar un control exhaustivo de tesorería, inversiones y una permanente optimización de recursos.¹⁸

16. Por su parte, el art. 5.1 de la Directiva 2019/1023 establece que, como mínimo, el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa.

17. Como acertadamente sostiene López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 21.

18. Por todos, Juana Pulgar Ezquerro, “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”,

De otra parte, la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores suspende el deber de solicitar concurso por parte del deudor. El prolongado plazo que suelen requerir las negociaciones y el riesgo de calificación del concurso como culpable si el deudor ha incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia justifican la suspensión de dicho deber.¹⁹ Con la amenaza del concurso culpable el precurso no tendría ninguna utilidad.²⁰

Con todo, como gráficamente ha sido señalado, esta suspensión no implica el otorgamiento al deudor de una suerte de “carta blanca”.²¹ Al contrario, tiene que ser consciente de que se encuentra en situación de insolvencia y de cuáles pueden ser las consecuencias del intento de alcanzar un plan de reestructuración, muy especialmente, de la posible lesividad de los acuerdos propuestos si finalmente la negociación no llega a buen puerto.²² Es más, transcurridos tres meses desde la comunicación (o desde la prórroga de sus efectos), el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encuentre en estado de insolvencia actual.²³

Con independencia de ello, si el deudor presenta solicitud de concurso mientras están en vigor los efectos de la comunicación, el juez podrá suspender dicha solicitud a instancia bien del experto en la reestructuración (si ha sido nombrado, obviamente), bien de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. Nótese la función disuasoria de esta previsión.²⁴

Asimismo, la comunicación también suspende el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una

Revista de Derecho concursal y paraconcursal, n.º 23 (2015): 2, refiriéndose a los acuerdos de refinanciación, aunque dicha observación es perfectamente extrapolable al instrumento preconcursal que nos ocupa.

19. Por todos, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 22.
20. Así, De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”, 33.
21. En expresión de Eduardo Aznar Giner, *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 113.
22. Tal y como recuerda Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2274.
23. De ahí que se aluda al plazo de la comunicación como “3+1”.
24. Por todos, Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2274.

cantidad inferior a la mitad del capital social [art. 613 LC en conexión con el art. 363.1.e) LSC], es decir, pérdidas cualificadas. Esta medida de coordinación con el derecho de sociedades ha sido positivamente valorada, ya que no es inusual que coincidan en el tiempo situaciones de insolvencia y desequilibrio patrimonial y de nada vale poner remedio a unas y no resolver otras.²⁵ De este modo, con la comunicación no solo se resuelven temporalmente los problemas de liquidez de la empresa, sino también los posibles problemas contables en el patrimonio neto.²⁶

SOBRE LOS CRÉDITOS

La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no produce por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos. La explicación es doble. Por un lado, la hipotética resolución anticipada tendría como consecuencia un aumento del endeudamiento del deudor, que ya se encuentra en una situación financiera complicada. Por otro, las negociaciones objeto de la comunicación pueden fracasar, en cuyo caso, el momento del vencimiento de los créditos se producirá con la declaración del concurso.

A mayor abundamiento, la LC expresamente declara la ineficacia de las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, por solicitud de suspensión general o singular de acciones o procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas. Pues bien, esta declaración presenta una especial virtualidad frente a los acreedores, en especial bancarios, que tradicionalmente han tratado de resistirse a incrementar su exposición a deudores en situación preconcursal.²⁷

Por otro lado, la comunicación por sí sola tampoco impide que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero para la satisfacción de su crédito pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado no ha vencido. En consecuencia, aquel podrá ejecutar la garantía personal o real otorgada por un tercero. Es más, se prohíbe expresamente que los garantes invoquen la comu-

25. Tal y como señala De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal...”, 33.

26. Así, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 27.

27. Como acertadamente afirma López Narváez (ibíd., 24).

nicación en perjuicio del acreedor, incluso aunque este último participe en las negociaciones.

Como excepción, en caso de grupos de sociedades, se permite que la comunicación suspenda la ejecución de las garantías prestadas por otras sociedades del grupo, si lo solicita la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía puede causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. De este modo, se quiere evitar que las garantías cruzadas arrastren a todo el grupo a la insolvencia.²⁸ De hecho, de no existir aquella previsión, la única alternativa posible para evitar la insolvencia sería instar una comunicación también por la sociedad garante,²⁹ con las dificultades que conlleva en los grupos de sociedades internacionales o el coste que puede suponer para aquella y para sus propios acreedores.

SOBRE LOS CONTRATOS

La extensión del derecho preconcursal a contratos comerciales constituye una de las grandes novedades de la Directiva y, en consecuencia, de la LC tras su reforma. Además, se revela como una potente herramienta para lograr una reestructuración global y eficaz de una compañía.³⁰

Sentado lo anterior, el art. 597, LC proclama como principio general la vigencia de los contratos, al declarar que la comunicación por sí sola no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (*executory contracts*). Esta declaración queda completada por una segunda afirmación a tenor de la cual se tienen por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato (las conocidas como cláusulas *ipso facto*)³¹ por el mero motivo de: i) la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; ii) la solicitud de sus-

28. Tal y como apunta De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal...”, 33.

29. Véase Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2253.

30. López Narváez, en “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 25, recuerda que el régimen anterior nada establecía sobre el mantenimiento de los contratos una vez presentada la comunicación de la apertura de negociaciones, lo que era considerado por muchos como una clara laguna, mientras que sí establecía un régimen semejante una vez producida la declaración de concurso (arts. 156 a 159, LC).

31. Al respecto, puede consultarse Fernando Azofra Vegas, “Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55 (2022): 151 y ss.

pensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; y iii) cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.

En cambio, la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por circunstancias distintas a las anteriormente mencionadas no queda afectada por la comunicación.

En el supuesto particular de contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (esto es, aquellos “necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor”), se prohíbe suspender el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, modificar o terminar anticipadamente el contrato por incumplimientos del deudor anteriores a la comunicación mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos.

Es más, con toda rotundidad (“en ningún caso”), se prohíbe el vencimiento anticipado, la resolución o la terminación de los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, salvo que tales contratos se hubieran negociado en mercados organizados, de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado.

Por último, la comunicación de apertura de negociaciones tampoco afectará a la facultad de vencimiento anticipado, resolución o terminación de los acuerdos de compensación contractual (*netting*) sujetos al Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

SOBRE LAS ACCIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores lleva aparejada la paralización de las acciones y los procedimientos ejecutivos judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta paralización conlleva tanto la prohibición de iniciar tales acciones y ejecuciones como la suspensión de aquellas ya iniciadas, aunque, en buena lógica, no es aplicable a las reclamaciones de créditos que legalmente no pueden quedar afectados por el plan de reestructuración.

Con dicha medida se busca facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración y que el deudor sea capaz de continuar la actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones. En consecuencia, su aplicación a reclamaciones de créditos ajenos a un plan de reestructuración (créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual, créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección y créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor) resultaría ineficaz a efectos de la finalidad pretendida.

Desde un punto de vista material, la paralización se circunscribe, en principio, a las acciones y ejecuciones que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Se presume, por tanto, que la realización de los demás bienes no perjudica la continuidad de la actividad. Huelga señalar la importancia de determinar cuándo un bien o derecho debe ser considerado como tal. Sin embargo, la LC guarda silencio sobre esta cuestión. Así las cosas, se han defendido dos interpretaciones: i) una amplia, que incluye en dicha categoría a todo bien o derecho que directa o indirectamente resulte necesario para la continuidad empresarial o profesional; y ii) una más restrictiva, que únicamente califica como tales a los bienes y derechos sin los que resultaría imposible o muy difícil dicha continuidad.³² Pues bien, ha sido esta última interpretación (es decir, la restrictiva) la que ha prevalecido.

En principio, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no impide que los titulares de derechos reales de garantía puedan iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos gravados, incluso por deuda ajena cuando el deudor sea una sociedad del mismo grupo que la sociedad que haya hecho la comunicación. Sin embargo, si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación o, si se trata de una ejecución extrajudicial, por el juez ante el que se haya presentado la comunicación.

32. Para una exposición de ambas interpretaciones puede consultarse Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2266 y 2267.

Desde un punto de vista temporal, la paralización de las acciones y los procedimientos ejecutivos judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se aplica por un plazo máximo de tres meses. Con el establecimiento de este límite temporal se pretende lograr un justo equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores, cuyo derecho a la tutela judicial efectiva queda afectado como consecuencia de dicha paralización.

Con todo, el legislador ha sido consciente de que las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo.³³ De ahí que quepa la prórroga de los efectos de la comunicación que, de adoptarse, incidiría en la duración de la paralización, ampliándola por un período de hasta otros tres meses sucesivos a la ya concedida. Por lo tanto, como máximo seis meses.³⁴ Recuérdese, igualmente, que la estimación del recurso de revisión presentado contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se tiene por presentada la comunicación resolviendo que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor permite iniciar o reanudar las ejecuciones paralizadas.

En fin, los acreedores públicos reciben un tratamiento privilegiado,³⁵ ya que quedan excluidos de la aplicación de las previsiones relativas a los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos. En consecuencia, aquellos pueden iniciar procedimientos de ejecución frente al deudor que hubiera presentado una comunicación. Además, los procedimientos ya iniciados no se suspenden. Sin embargo, si la ejecución recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, se podrá suspender el procedimiento de ejecución, aunque exclusivamente en la fase de realización o enajenación.

Mientras que, si la ejecución es judicial, la suspensión la ordenaría el juez que está conociendo el procedimiento; en caso de que la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la ordenaría el juez ante el que se haya presentado la comunicación. De este modo, se da la oportunidad a que el deudor, en el marco del plan de reestructuración, pueda conseguir fondos suficientes para pagar el

33. *Ibíd.*

34. Frente a los doce meses que menciona la Directiva 2019/1023 en su considerando 35.

35. Lo que constituye una manifestación más de la “hiperprotección” de los créditos públicos denunciada por la doctrina desde hace años. Así, por todos, Pulgar Ezquerra, “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, 7.

crédito público y así salvar los bienes necesarios para su actividad antes de que sean vendidos.³⁶

CONCLUSIONES

La configuración por la Ley Concursal española, en su versión inicial de 2003, del “riesgo de insolvencia” avocaba directamente al deudor al procedimiento judicial. Esta realidad se mostró claramente ineficiente a raíz de la crisis financiera que se desencadenó en 2008 en un contexto global, con especial incidencia en el ámbito interno.

Por ello, en sucesivas revisiones del texto legal español de insolvencia fueron introducidos dos institutos preconcursales al objeto precisamente de evitar el automatismo del concurso de acreedores. Se trataba de los acuerdos de reestructuración —erróneamente denominados acuerdos de refinanciación— así como de los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Además, con el fin de facilitar estos acuerdos, se contempló la posibilidad de que, con una mera comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el deudor alcanzase un cierto “margen de tranquilidad”, en el que se previó la prohibición de principiar determinadas ejecuciones, la suspensión de algunas ya en curso, la posposición del cumplimiento del deber de solicitar el concurso y la simultánea supresión durante dicho período de la posibilidad de que los acreedores instasen el proceso judicial de insolvencia.

En esta línea precisamente incide la reciente reforma de la Ley Concursal para adaptarla al derecho comunitario europeo, pero solo el tiempo pondrá de relieve si esta herramienta, ahora revisada y aumentada, llega a cumplir la muy razonable finalidad para la que se halla incorporada. Estemos atentos, pues únicamente experiencias contrastadas pueden ser, en su caso, de alguna utilidad comparada para ordenamientos que se planteen en algún momento dar respuesta a similares supuestos de hecho.

36. Como advierte López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 26. En ambos casos (es decir, tanto en caso de ejecución judicial como extrajudicial), la suspensión acordada decaerá perdiendo toda su eficacia transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos y sin necesidad de dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia. Obsérvese que no se menciona expresamente la posibilidad de adoptar una prórroga.

BIBLIOGRAFÍA

- Albiol Plans, Jordi. *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal*. Las Rozas: Bosch, 2022.
- Aznar Giner, Eduardo. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Azofra Vegas, Fernando. “Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales”. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55 (2022): 151-72.
- Bellido Salvador, Rafael. *Los institutos preconcursales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Cárdenas Smith, Carlos de. “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 60 (2022): 29-45.
- Carrasco Perera, Ángel. “La suspensión de las ejecuciones por la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal”. En *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, dirigido por Ángel Rojo Fernández-Río, Juan Carlos Sáenz García de Albizu, Ana Belén Campuzano Laguillo y Rafael Lara González, 185-209. Pamplona: Civitas, 2016.
- Enciso Alonso-Muñumer, María. “De la trasposición de la Directiva como sentido inicial de la reforma a la alarmante desjudicialización de las instituciones concursales”. En *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva ley concursal*, coordinado por Inmaculada Herbosa, 33-54. Pamplona: Aranzadi, 2022.
- Fernández Pérez, Nuria. “La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores”. En *Derecho concursal y preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre*, dirigido por Esperanza Gallego Sánchez. Tomo II, 2240-77. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- . “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 32 (2020): 71-95.
- Gallego Sánchez, Esperanza. “La capitalización de créditos en el concurso y en el pre-concurso”. En *Sociedades y concurso. Estudios de Derecho societario de la crisis*, coordinado por Josefa Brenes Cortés y Sonia Rodríguez Sánchez, y dirigido por Alberto Díaz Moreno, Francisco José León Sanz y José Carlos Vázquez Cueto, 105-36. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- García Vidal, Ángel. “El precurso de acreedores: publicidad versus reserva”. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 299 (2016): 81-118.

- Garnacho Cabanillas, Lourdes, y Francisco Javier Arias Varona. *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022.
- Gómez Asensio, Carlos. “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 (2020): 472-511.
- Gurrea Martínez, Aurelio, y Adolfo Rouillon. *Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional*. Las Rozas: Bosch, 2022.
- Gutiérrez Gilsanz, Andrés. *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Lado Castro-Rial, Cayetana. “El crédito tributario ante los institutos concursales”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34 (2021): 123-38.
- López Narváez, Marta. “La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 59 (2022): 13-29.
- Martín Torres, Ángel. “La figura del experto en la reestructuración en la Ley de reforma del Texto refundido de la Ley Concursal”. *Revista General de Insolvencias*, n.º extra 7 (2022): 213-35.
- Martínez Sanz, Fernando. “La comunicación de la apertura de negociaciones con acreedores”. En *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración*, dirigido por Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo, y coordinado por María Luisa Sánchez Paredes, 29-46. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- Muñoz García, Alfredo. “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 169-202. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- Pérez-Crespo Payá, Francisco. “La Ley 16/2022 y las medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales”. *Revista General de Insolvencias*, n.º extra 7 (2022): 317-55.
- Pulgar Ezquerra, Juana. “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 55-128. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- . “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 23 (2015): 31-53.
- Recamán Graña, Eva. “Diligencia e interés social en la proximidad a la insolvencia”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 203-34. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

- Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El precurso tras la COVID-19”. *Diario La Ley*, n.º 9680 (2020).
- Roncero Sánchez, Antonio. “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerro y coordinado por Eva Recamán Graña, 281-330. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- Ruiz de Lara, Manuel. “Los papeles de las administraciones públicas ante la precuralidad”. En *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva ley concursal*, coordinado por Inmaculada Herbosa, 115-34. Pamplona: Aranzadi, 2022.
- Thomàs Puig, Petra María. “Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas”. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 56 (2022): 45-80.
- Vázquez Esteban, Marina. “El acceso a la financiación de sociedades en el derecho precural y la tutela de la nueva financiación”. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, n.º 3 (2022).
- Veiga Copo, Abel B. *El acreedor en el derecho concursal y precural a la luz del Texto Refundido*. Pamplona: Civitas, 2020.
- Yanes Yanes, Pedro. *El precurso de acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

Al lado del camino: solas, desiguales y desprotegidas

*By the Side of the Road: alone,
unequal and unprotected*

Laura Yaneth Rivera Revelo

Investigadora Becaria, Universidad de Kassel
Kassel, Alemania
laurarivel@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3037-6602>

Elizabeth Rivera Revelo

Consultora para Abogados sin Fronteras Canadá
Bogotá, Colombia
riveraelisabeth@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-0517-1680>

Mario Alexander Rivera Revelo

Especialista en Instituciones Jurídico Penales, Universidad Nacional de Colombia
Nariño, Colombia
mariorivera874@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3101-9033>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.7>

Fecha de recepción: 1 de enero de 2023

Fecha de revisión: 23 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente artículo evidencia, a través de un estudio de caso, los desafíos jurídicos y sociopolíticos que tienen los Estados para garantizar los derechos humanos de la población en situación de migración irregular, particularmente los derechos humanos de las mujeres, adultas, adolescentes y niñas (MAAN) para evitar la reproducción de las desigualdades sociales, la feminización de la pobreza y la ampliación de las brechas de género. El análisis se enfoca en un contexto globalizado que no deja de ser patriarcal y en el cual, las mujeres migrantes que se encuentran en el “desenmarque normativo” suelen ser potenciales víctimas de diferentes tipos de violencias sexuales basadas en el género (VSG). Además, demuestra cómo la priorización de un tratamiento punitivo de fenómenos sociales como la migración irregular, tiene como consecuencia inmediata la marginación social y económica de las víctimas del tráfico ilegal, precariedad que empuja particularmente a las mujeres a otros riesgos como el ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, prostitución forzada o explotación laboral. La base empírica de este artículo es el resultado de la sistematización de información obtenida en diferentes proyectos de capacitación y acompañamiento jurídico dirigidos a población venezolana en situación de migración irregular en el municipio de Ipiales y desarrollado por la Corporación Guasimí.*

PALABRAS CLAVE: migración, precariedad, mujeres, género, interseccionalidad, desigualdades, trata y violencia.

ABSTRACT

This article evidences through a case study, the legal and sociopolitical challenges that States have to guarantee the human rights of irregular migrants, particularly the human rights of women, adults, adolescents and girls to avoid the reproduction of social inequalities, the feminization of poverty and the widening of gender gaps. The analysis focuses on a globalized context that is still patriarchal and in which female migrants who are in the “regulatory gap” use to be potential victims of different types of gender-based and sexual violence (GBSV). In addition, it demonstrates how prioritizing a punitive treatment of social phenomena such as irregu-

* Agradecemos a Evelyn Altamiran Benavides (estudiante de la Facultad de Derecho de la UDENAR), por la sistematización de las experiencias de los talleres y el acompañamiento en el trabajo de campo. Este trabajo retoma algunos aspectos del marco teórico de la tesis doctoral de Laura Rivera.

lar migration, has as an immediate consequence the social and economic marginalization of the victims of illegal trafficking, a precariousness that particularly pushes women to other risks such as being victims of trafficking of people with fines for sexual exploitation, forced prostitution or labor exploitation. The empirical basis of this article is the result of the systematization of information obtained in different training and legal support projects aimed at the Venezuelan population in an irregular migration situation in the municipality of Ipiales and developed by the Guasimí Corporation.

KEYWORDS: migration, precariousness, women, gender, intersectionality, inequalities, human trafficking and violence.

FORO

INTRODUCCIÓN

Con la caída del socialismo real en los años 90, se intensificaron las políticas privatizadoras de corte neoliberal que fueron aumentando las desigualdades económicas en las últimas tres décadas, ocasionando que los marcos sociopolíticos ya no se correspondan con la visión típica de un Estado westfaliano-keynesiano.¹

Los cambios políticos y socioeconómicos trajeron consigo una nueva realidad social que deberían abordar los Estados. Hay sujetos cuyos derechos no son reconocidos, ni siquiera pueden verse como “ciudadanos de segunda”, es decir, se presenta una representación fallida absoluta. “Estos sujetos quedan desprotegidos, produciéndose un desenmarque para la población en situación de migración irregular, a quienes el marco normativo del “Estado westfaliano-keynesiano” les queda corto, al no poder configurarse el vínculo de “ciudadanía” tradicional.²

1. Nancy Fraser, *Escalas de justicia* (Barcelona: Herder, 2008), 70-80; Laura Rivera Revelo, “Acceso a la justicia. El caso de las mujeres avá víctimas de la violencia sexual en el conflicto armado colombiano” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), 117, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7603>.

2. *Ibid.*

Lo anterior tiene que ver con una interpretación restrictiva de los derechos humanos anclados a la soberanía nacional. En los últimos treinta años, a excepción del caso ecuatoriano,³ los Estados latinoamericanos han desarrollado marcos normativos y políticas migratorias restrictivas que obstaculizan los derechos de la población migrante que se encuentra en una situación de irregularidad frente a los Estados receptores.

La anterior contradicción se ve reflejada en los marcos normativos destinados a la protección de la población migrante y prevención de delitos internacionales como el tráfico de migrantes y la trata de personas que, a su vez, se complejiza cuando existen tensiones políticas entre los Estados receptores y expulsores, como es en el caso de la población migrante venezolana en situación de irregularidad en el municipio de Ipiales. Partiendo del estudio de caso, este artículo muestra cómo el desenmarque normativo, aunado a políticas migratorias con enfoques securitistas, incrementa los riesgos de vulneración de DD. HH. y además contribuye a la reproducción de las desigualdades sociales, entendidas como: “Las posibilidades del acceso a bienes y/o posiciones sociales, que están relacionadas con desigualdades de poder y/o posibilidades de interacción, muestran limitaciones duraderas y que, por lo tanto, perjudican o favorecen las oportunidades de vida de individuos, grupos sociales o sociedades”.⁴

La desigualdad de hecho, que padece la población migrante en situación de irregularidad, no solo se convierte en un obstáculo estructural para el desarrollo económico intergeneracional, sino también para la garantía de derechos, ya que cuando se habla de desigualdad, no solo se refiere a ingreso, patrimonio o acceso a la tierra, sino también a bienes públicos esenciales como la educación, la salud, la justicia.⁵

Las desigualdades sociales se intensifican cuando en ciertos grupos poblacionales interseccionan diferentes categorías de discriminación social, tales

-
3. La ciudadanía universal fue elevada a principio en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.
 4. Kreckel (2004, 17), citado por Stefan Peters en la conferencia “El proceso de paz en Colombia y los desafíos de las desigualdades sociales” (Universidad de Ibagué, Ibagué, 14 de marzo de 2019).
 5. Hans-Jürgen Burchardt, “¿Por qué América Latina es tan desigual? Tentativas de explicación desde una perspectiva inusual”, *Nueva Sociedad*, n.º 239 (2012): 138, <https://library.fes.de/pdf-files/nuso/nuso-239.pdf>.

como el género, la nacionalidad, la clase social y la etnicidad. Este es el caso de mujeres y niñas migrantes venezolanas en Colombia.⁶

Partiendo del marco conceptual anterior, el presente artículo pretende, a través de un estudio de caso, que se enfoca en la frontera sur de Colombia, evidenciar los desafíos jurídicos y sociopolíticos que tienen los Estados para garantizar los derechos humanos de la población migrante en un contexto globalizado, patriarcal y en el cual las mujeres migrantes en situación de irregularidad que se encuentran en el “desenmarque normativo” suelen ser potenciales víctimas de diferentes tipos de violencias sexuales basadas en el género (VSG) que a su vez constituyen delitos internacionales, tales como la trata con fines de explotación sexual.

Este artículo es el resultado de un análisis cualitativo basado en fuentes primarias y secundarias, obtenidas en el desarrollo de diferentes espacios de capacitación y acompañamiento jurídico de población migrante venezolana en la ciudad de Ipiales. Los espacios de reunión con la población beneficiaria permitieron conocer y profundizar los contextos particulares de los participantes. También se llevaron a cabo cuatro talleres, con la participación de cuarenta y cuatro mujeres y ocho hombres en total, en los cuales se realizaron grupos focales con la participación de MAAN venezolanas de diferente procedencia. Finalmente, se sistematizó la información arrojada.

En la primera parte de este artículo se definen los conceptos básicos desde un plano normativo, para posteriormente enfocarse en el estudio de caso, en el cual se demuestran cómo la imbricación de diferentes sistemas de opresión ubican a la población venezolana en situación de migración irregular, y más específicamente a las MAAN en un desenmarque sociojurídico que a su vez contribuye a la reproducción de las desigualdades sociales, la feminización de la pobreza y la ampliación de las brechas de género.

MIGRACIÓN IRREGULAR: ENTRE EL TRÁFICO Y LA TRATA DE PERSONAS

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define a un migrante como cualquier persona que se desplaza, o se ha desplazado, a través

6. Mara Viveros Vigoya, “La interseccionalidad, una aproximación situada a la dominación”, *Debate feminista*, vol. 52 (octubre 2016): 1-17.

de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: 1. su situación jurídica; 2. el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3. las causas del desplazamiento; o 4. la duración de su estancia.⁷

Con base en los factores referenciados, la legislación colombiana define diferentes tipos de migración, tales como la migración regular, irregular, pendular, de tránsito y con vocación de permanencia.⁸ Estas definiciones normativas, unidas a una política migratoria que restringe los derechos humanos (DD. HH.) de la población migrante “irregular”, lejos de prevenir el aumento del flujo migratorio, contribuye a fortalecer las mafias, dedicadas al tráfico ilegal de migrantes y a la trata de personas.

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos, pero en ciertos contextos sociales fronterizos se entremezclan y representan delitos penales en parte coincidentes. Sus definiciones jurídicas contienen elementos comunes y en los casos reales puede haber elementos de ambos delitos o mutación de un delito a otro, ya que, por ejemplo, muchas de las víctimas de la trata de personas comienzan su itinerario consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro, pero en el transcurso suelen ser engañadas o forzadas a soportar situaciones de explotación y abusos, convirtiéndose en víctimas de diferentes delitos, incluyendo el de trata de personas.⁹

TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Según el Protocolo, el “Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” se define como: “La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.¹⁰

7. La Organización Internacional para las Migraciones —OIM— fue creada en 1951, es la principal organización intergubernamental en el ámbito de la migración y trabaja en estrecha colaboración con asociados gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales. OIM-ONU-Migración, 70 años. Accedido 23 de marzo de 2021, <https://www.iom.int/es/historia>.

8. Art. 7, num. 14 de la Ley 2136 de 2021.

9. Konrad Adenauer Stiftung, *Retos y realidades de la trata de personas en Colombia*, 2010.

10. “Art. 3.º Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra y mar”, citado en UNODC, *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales*,

Se entiende que existe “entrada ilegal” cuando haya “paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”.¹¹ En Colombia, el Tráfico de Migrantes se encuentra consagrado en el Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad individual en el capítulo de delitos contra la autonomía de la voluntad.¹² Si bien en 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) estimó que el tráfico de migrantes “es un delito pluriofensivo [...] que también atenta contra la soberanía del Estado, en cuanto comporta violación de las normas legales que regulan el ingreso al país y salida del mismo [...] el legislador colombiano dio prevalencia al bien jurídico de la autonomía personal”.¹³

La CSJ ha sostenido que “el tráfico de migrantes es un delito de mera conducta con lo cual independientemente de que se logre el cometido final de la concesión de la visa, o la entrada o salida ilegal del país, el delito se consuma con la simple facilitación o colaboración, acto que puede incluir, entre otros: i) la organización, ii) la coordinación, iii) la entrega de documentos falsos, y iv) el alojamiento ilegal”.¹⁴

Hoy en día se sabe que las redes de traficantes están constituidas por pluralidad de personas con división del trabajo, alcanzan la internacionalidad en su actuar y violan la soberanía y normas de varios Estados. Estas estructuras delictivas están organizadas como empresas criminales internacionales, con personal en las zonas geográficas fronterizas.¹⁵

LA TRATA DE PERSONAS

En 2003 se aprueba en Colombia la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Pre-

legales y judiciales, https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf, 28.

11. *Ibíd.*

12. Parr. 1, Decreto 1692 de 2016. Ver también art. 188-B y 188-A de la Ley 599 de 2000.

13. CSJ. SP. de 22 de octubre de 2006, Rad. 25465, magistrada ponente: Marina Pulido de Barón.

14. Cfr. CSJ. SP. de 10 de marzo de 2010, Rad. 32442; SP. de 28 de agosto de 2013, Rad. 41627.

15. OIM, *Dimensiones de la trata de personas en Colombia* (Bogotá, 2006), 50. Ver también Juan Pablo Guerrero Veloza, “La trata de personas: un delito de importancia internacional”, *Criterios* 12 (1) (2019): 78-82.

venir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.¹⁶

Según el Protocolo de Palermo, en su art 3, la trata de personas se define como:

- La acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas.
- Recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza, a la coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios a una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
- Con fines de explotación, lo que incluye la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la extracción de órganos.¹⁷

El Estado colombiano desarrolló una legislación interna a partir de la Ley 985 de 2005.¹⁸ Mediante esta ley, se modificó el art. 188 del Código Penal (Ley 599 de 2000) adecuando la tipificación penal a los elementos establecidos por el Protocolo de Palermo, sin embargo, “la legislación interna no adoptó los medios como elementos para tipificar el delito” y excluyó de los verbos rectores del mismo la acción de “transportar” que sí fue consagrada en el instrumento internacional.¹⁹

En 2016, la CC hizo un examen de constitucionalidad de la Ley 985/2005, ratificando la Sentencia C-464 de 2014, en el sentido de que, para la configuración del delito de trata, no se requiere que se obtenga el fin de explotar²⁰ a la víctima para su configuración porque “la acción prohibida es la de instrumentalizar o cosificar a una persona como si fuera una mercancía”.²¹ Además,

16. Ley 800 de 2003.

17. ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo)*, 15 de noviembre de 2000.

18. Ley por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.

19. Art. 188-A trata de personas, modificado por la Ley 985 de agosto de 26 de 2005.

20. Se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual y otras formas de explotación. *Ibid.*

21. CSJ, Sala de Casación penal, 5 de diciembre de 2018, Radicación n.º 48629. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero, p. 33, párr. 3. Ver también CSJ, Sala de Casación Penal, 16 de octubre

enfatisa que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación no tiene ningún efecto en la responsabilidad penal del tratante, ya que los derechos humanos son irrenunciables.²²

Finalmente, es importante destacar que la trata con fines de explotación sexual es la modalidad más conocida y que afecta más a las MAAN en situación de migración irregular, dado el contexto de vulnerabilidad en el que viven.²³ Este tipo de trata incluye la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud, servidumbre y el turismo sexual, la pornografía y otras actividades de explotación sexual, prohibidas en virtud del art. 17 de la Constitución Política, porque violan los derechos humanos.²⁴

CONTEXTO GENERAL DEL ESTUDIO DE CASO

La migración ha contribuido a forjar sociedades plurales, constituye un elemento más del cambio social; de hecho, la historia de la humanidad es la historia de la migración.²⁵ Los “migrantes” no son un grupo homogéneo; su identidad responde a diferentes contextos históricos y sociales.²⁶ Por ejemplo, mientras el migrante europeo que huyó de las guerras del siglo XX contaba con un capital económico, cultural y social privilegiado que le permitió prosperar y rehacer su vida en los países latinoamericanos receptores,²⁷ el migrante del siglo XXI está en las márgenes de la pobreza. Mientras los primeros fueron recibidos como héroes, agentes de desarrollo o rebeldes, los segundos son tratados como extraños y potenciales delincuentes, debido a que en su humanidad

de 2013, Radicado n.º 39.257. M. P. Eugenio Fernández Calier, 30, apartado 9.1.2. y 9.14, 35-6.

22. *Ibid.*, 13.

23. No obstante, aumenta proporción de niños y niñas entre las víctimas de este tipo de trata y empeora tendencia general de este delito durante el COVID-19, según informe de UNODC, 2 de febrero de 2021.

24. Sentencia T-1078 de 2012, 12 de diciembre de 2012, Expediente T-3°158.818, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 42.

25. María José Fariñas, “La tensión del ‘pluralismo’ desde la perspectiva filosófica intercultural”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III de Madrid), n.º 12 (2003): 197-8.

26. Alejandro Grimson, “Migraciones, interculturalidad y desperdicios humanos”, *Revista Anales*, séptima serie, n.º 16 (2019): 187.

27. *Las migraciones en América Latina*, comp. Susana Novick (Buenos Aires: Catálogos, 2008).

interseccionan diferentes variables que contribuyen a su discriminación, tales como la nacionalidad, la procedencia socioeconómica, la etnicidad y el género.

A diferencia del flujo migratorio provocado por las dos guerras mundiales o la guerra civil española en el siglo XX,²⁸ los movimientos migratorios mixtos del siglo XXI se caracterizan por ser cada vez más complejos, pues se derivan de múltiples situaciones sociopolíticas y económicas diferentes a la guerra, pero que directa o indirectamente imposibilitan la supervivencia o calidad de vida de los migrantes. Es el caso de los flujos migratorios, ocasionados por la persistencia de la crisis socioeconómica en Venezuela.²⁹

A partir de 2019, se viene incrementando el tráfico de ciudadanos venezolanos en las fronteras norte y sur de Colombia, y con él, la crisis migratoria en el municipio de Ipiales. El vínculo entre la migración irregular, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas se hace cada vez más evidente en estas zonas fronterizas.³⁰

En la frontera colombo-ecuatoriana, el tráfico se efectúa a través de pasos informales y peligrosos, identificados en la línea fronteriza en los municipios de Ipiales, Cumbal, Carlosama y en otros casos de forma clandestina en vehículos de servicio público a través del Puente Internacional de Rumichaca.³¹

Migración Colombia registra 19069 personas en situación de migración irregular de nacionalidad venezolana y con vocación de permanencia, establecidos principalmente en los municipios de Pasto (6913) e Ipiales (4865).³² Esta población está expuesta a varios riesgos como la explotación laboral, reclutamiento por actores armados colombianos, la trata de personas, la mendicidad y explotación laboral en economías ilegales como los cultivos ilícitos, tráfico de

28. *Ibid.*, 256.

29. Cruz Roja Colombiana, “Flujos mixtos migratorios”, accedido 5 de septiembre de 2022, <https://www.cruzrojabogota.org.co/flujos-mixtos-migratorios>.

30. Mauricio de la Rosa, “Crisis migratoria en Nariño por la llegada masiva de ciudadanos haitianos”, *El Tiempo*, 9 de agosto de 2021.

31. “Las 3 peligrosas trochas que usan los migrantes para llegar a Ecuador”, *El Tiempo*, 1 de septiembre de 2019, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/trochas-que-usan-los-migrantes-venezolanos-para-llegar-a-ecuador-407234>.

32. Migración Colombia, “Infografías: Distribución de venezolanos en Colombia”, corte 28 de febrero de 2022, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.

estupefacientes y la prostitución en bares utilizados de forma clandestina como prostíbulos.³³

MIGRACIÓN IRREGULAR EN IPIALES: FEMINIZACIÓN DE LA POBREZA Y AMPLIACIÓN DE LAS BRECHAS DE GÉNERO

Los resultados del trabajo empírico realizado con población migrante en situación de migración irregular en el municipio de Ipiales existen ciertas condiciones diferenciales, como la procedencia socioeconómica, el género, la pertenencia étnica, enfermedades crónicas y discapacidad por invalidez, acentúan la vulnerabilidad y además dificultan las experiencias en el desplazamiento por las trochas de las fronteras norte y sur de Colombia y en su posterior asentamiento, búsqueda de empleo y oportunidades laborales.³⁴

La población venezolana en situación de migración irregular, asentada en Ipiales, proceden de los estados de Yaracuy, Aragua, Zulia, Lara, Falcon, Carabobo, Miranda y Barinas.³⁵ Pertenecen a una clase baja empobrecida, poco escolarizada, que entre 2003 y 2014 ascendieron económicamente y algunos hasta se volvieron propietarios gracias a las políticas sociales de los gobiernos de Chávez y que, dada la crisis económica actual, están a punto de descender al abismo de la pobreza extrema por la pérdida de capacidad adquisitiva del salario mínimo, la escasez de productos de primera necesidad y la falta de medicamentos necesarios para enfermedades crónicas, motivos que los llevó a emigrar.³⁶

En 2022, la cifra de migrantes venezolanos que pedían ser regularizados ascendía a 2 477 588, sin contar con los que evitan empadronarse por miedo a ser deportados.³⁷ Según las entrevistas realizadas, las mujeres jóvenes entre 18

33. Información recolectada en los talleres con población en situación de migración irregular el 15 y 17 de marzo de 2022, Ipiales, Colombia.

34. *Ibíd.*

35. Tabla 1. Tabulación de variables de género, edad y lugar de procedencia.

36. Entre 2003 y 2014, Venezuela vivió uno de los períodos de mayor bonanza en su historia gracias a los altos precios del petróleo que facilitó la redistribución de la renta petrolera hacia programas sociales. Ver Stefan Peters, “Sociedades rentistas: claves para entender la crisis venezolana”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, n.º 108 (julio-diciembre 2019): 1-19.

37. “¿Cuántos venezolanos hay en Colombia?”, *El Espectador*, 23 de agosto de 2022, <https://>

y 40 años son las que más están migrando irregularmente a Colombia, mientras los hombres deciden probar suerte en países más lejanos como Chile, Perú o EE. UU. De la misma forma, las mujeres tienen más vocación de permanencia en Ipiales que los hombres, y entre ellas, las que son cabeza de familia o tienen hijos enfermos.³⁸

Mujeres de este grupo de migrantes jóvenes afirman que para poder migrar han vendido sus apartamentos, obtenidos en Misión Vivienda, el programa social del gobierno bolivariano de Venezuela, y han dejado a sus hijos e hijas con sus abuelos, para poder conseguir trabajo en otros países, otras tantas han optado por viajar con sus hijos. No obstante, ya en Colombia se enfrentan a diferentes obstáculos para acceder a servicios sociales básicos, dado su situación de irregularidad. Por ejemplo, parejas jóvenes con niños menores de 14 años no han podido encontrar un cupo escolar para sus hijos, dado su estatus normativo irregular. De la misma forma, tampoco han podido acceder a servicios médicos o programas de control de crecimiento y nutrición para la primera infancia.³⁹

El lugar de residencia actual en Ipiales también ofrece elementos para entender las condiciones socioeconómicas de la población venezolana en situación de migración irregular. La mayoría no tiene vivienda propia, vive en albergues o arrendando habitaciones en barrios marginados, ubicados en la periferia de la ciudad. Muchas en situación de hacinamiento, por ejemplo, una familia de cinco personas y otra de siete integrantes comparten una habitación en la cual conviven.⁴⁰

Frente a la ocupación laboral, la mayoría se dedica a las ventas ambulantes y trabajos informales. Laborar en el espacio público les genera una situación de vulnerabilidad, especialmente frente a la policía del espacio público. “Aquí lo que hago es vender limones y vender cocadas, pero por migrante siempre recibo maltrato, por los del espacio público, a mí me hacen correr de aquí para allá no me dejan trabajar”.⁴¹

www.elespectador.com/mundo/america/cuantos-venezolanos-hay-en-colombia-migracion-entrego-cifras-de-regularizacion-noticias-hoy.

38. Grupo focal con beneficiarios del proyecto, realizado en Ipiales el 15 de marzo de 2022.

39. Relatoría 2. Taller “Prevención de la trata, esclavitud y la explotación sexual en niñas, adolescentes y mujeres en situación de migración irregular en el municipio de Ipiales”, 17 de marzo de 2022.

40. Relatoría 1. Taller “No más trata”, 17 de marzo de 2022.

41. Testimonio de “Daniel”, entrevistado el 14 de octubre de 2022.

En este contexto, las mujeres que trabajan en la calle son discriminadas en razón de su género y nacionalidad, situación que se intensifica con la condición de “irregularidad”. “A mí me ha tocado llegar aquí y ver la xenofobia porque somos venezolanas y además no estamos regularizadas, ver cómo nos señalan, cómo nos nombran, ya automáticamente al vernos paradas en cualquier sitio, automáticamente dicen: ‘esta es veneca’, como nos suelen llamar, y nos preguntan ¿cuánto cobras para acostarnos?”⁴²

La mayoría se dedica a las ventas ambulantes y trabajos informales. Un mínimo porcentaje dice haber sido empleado, pero manifiestan haber sufrido acoso y explotación laboral por su situación de irregularidad.⁴³ En el caso de las mujeres mayores de 40 años se las subemplea para labores domésticas y de cuidado, mientras las más jóvenes logran emplearse en bares, tabernas y salones de belleza en los cuales, dado su estatus de irregularidad, son propensas a ser explotadas, violentadas y despedidas sin ningún tipo de liquidación y a ser víctimas de trata con fines de explotación sexual, como veremos a continuación.⁴⁴

VIOLENCIAS BASADAS EN EL GÉNERO CONTRA LAS MAAN EN SITUACIÓN DE MIGRACIÓN IRREGULAR

Durante el tránsito irregular a través de los pasos informales identificados en la línea fronteriza en el sur de Colombia, así como en el recorrido al interior del país, se ha identificado que las MAAN sufren innumerables violencias basadas en el género e identidad nacional. “En el momento que pedimos una ‘cola’ nos dicen ‘ok. Te doy una cola para llevarte a cierto punto, pero tienes que estar conmigo’, o hasta exponemos a los hijos a todo ese tipo de cosas”.⁴⁵

Estas Violencias Basadas en el Género (VBG) y VSG anteceden y preceden delitos contra la libertad e integridad sexual de las mujeres, incluyendo el delito de trata con fines de explotación sexual.

En las corrientes migratorias mixtas, la trata es, a menudo, una consecuencia directa del tráfico ilegal de seres humanos. Se presume que los traficantes

42. Testimonio de “Alda” en el grupo focal: “¿Qué nos pasa a las mujeres migrantes?”, 23 de septiembre de 2022.

43. Grupo focal con beneficiarios del proyecto, realizado el 17 de marzo de 2022.

44. Ibid.

45. Testimonio de “Mery”, grupo focal con beneficiarios del proyecto, realizado el 27 de septiembre de 2022.

siguen explotando a las y los migrantes “irregulares” en el país receptor, mediante amenazas, pagos adicionales y extorsiones.⁴⁶ De las entrevistas realizadas a la población venezolana en situación de migración irregular se concluye que hay indicios que señalan que las MAAN pueden estar siendo víctimas de trata de personas en Ipiales, principalmente para los siguientes fines:

EXPLOTACIÓN SEXUAL

Incluye la explotación de la prostitución ajena, el turismo sexual, la pornografía y otras actividades sexuales, tanto en el municipio de Ipiales como en Tumaco y toda la zona pacífica nariñense. Esta modalidad afecta principalmente a mujeres jóvenes en edad reproductiva, pero también adolescentes y niñas.⁴⁷

Como mujeres cabezas de hogar que llegamos acá solas o peor aún con hijas, sí considero que estamos en riesgo de ser víctimas de trata de personas. ¿Por qué? Pues porque somos mujeres, solas, extranjeras, sin empleo y sí, si nos han hecho propuestas no muy confiables, por ejemplo: ir a los chongos. A mi prima le ofrecieron ser mesera en un bar, luego se dio cuenta de que era también prostíbulo clandestino, con el paso del tiempo le exigieron que haga “ratos” con hombres, de lo contrario no le pagaban.⁴⁸

TRABAJOS O SERVICIOS FORZADOS

Esta modalidad afecta sobre todo a mujeres mayores de 45 años; dichos trabajos forzados por lo general se presentan en bodegas de almacenes y restaurantes, en el cultivo de coca, ladrilleras, trabajo de construcción, pesquería, agricultura o en el servicio doméstico “puertas adentro” sin remuneración justa ni cumplimiento de las leyes que regulan la actividad laboral, espacios en los que también sufren de VSG. Se conoce que el contacto con las víctimas puede darse en las ciudades de Pasto e Ipiales para luego trasladarlas a Tumaco y a otros municipios costeros en los cuales también son susceptibles de ser reclutadas por grupos armados ilegales para trabajos domésticos como ranchería y

46. ACNUR, *Trata y tráfico de personas*, accedido 22 de julio de 2022, <https://www.acnur.org/trata-y-trafico-de-personas.html>.

47. Relatoria 1. Taller “No más trata”, 15 de marzo de 2022.

48. Testimonio de “Miriam” en el grupo focal “¿Puedo ser víctima de trata?”, 27 de septiembre de 2022.

el lavado de uniformes, pero también pueden ser en ese contexto víctimas de VSG.⁴⁹

Como migrantes ilegales sí nos vemos muy expuestos a la trata de personas, ya que nos ofrecen trabajos muy bien pagados, pero cuando nos damos cuenta ya hemos sido engañadas y hemos perdido nuestra libertad, estamos lejos de casa, no conocemos a nadie y no podemos denunciar porque nos tienen vigiladas.⁵⁰

Sí, hay casos que a una se la llevan engañada para la prostitución, ya que estamos en una zona fronteriza, pues nos quitan papeles y quedamos en manos de los tratantes. Pero también puede ser en cualquier lado, ya que podemos ser secuestradas por grupos armados que nos ofrecen trabajo y luego nos obligan a muchas cosas, incluyendo acostarnos con ellos.⁵¹

De los testimonios recogidos en las entrevistas y talleres de capacitación con las mujeres venezolanas que se desplazaron de forma irregular y que actualmente se encuentran viviendo en el municipio de Ipiales, se puede concluir que son particularmente vulnerables a ser víctimas de diferentes tipos de VSG, incluyendo la trata con fines de explotación sexual. Este riesgo obedece a diferentes causas, entre ellas: i) el estatus irregular frente al ordenamiento jurídico del país receptor; ii) las formas oportunistas del tratante al captar a sus víctimas; iii) estereotipos sexuales frente a las MAAN venezolanas, iv) el desconocimiento de la población migrante de sus derechos y, por último, v) el desconocimiento sobre este delito y la ausencia de sensibilización frente a este delito por parte de las autoridades e instituciones municipales receptoras.⁵²

CONCLUSIONES

El desenmarque normativo y social en el que viven millones de migrantes irregulares a lo largo del mundo responden a un desfase entre una economía capitalista globalizada y un marco normativo internacional, que sigue autorreferenciándose desde un “Estado westfaliano”. Este desfase es muy funcional a la reproducción de las desigualdades sociales y más específicamente afecta a las

49. Entrevista con Tania. Relatoría 1. Taller “No más trata”, 17 de marzo de 2022.

50. Testimonio de “Dayana”, grupo focal ¿Puedo ser víctima de trata?

51. Testimonio de “Mirta”, grupo focal ¿Puedo ser víctima de trata?

52. Síntesis de 34 fichas sociojurídicas de acompañamiento a población en situación de migración irregular.

más oprimidas por el sistema: las MAAN, las cuales son profundamente afectadas en sus derechos, principalmente a “vivir una vida libre de violencias”.

Los instrumentos normativos internacionales y nacionales que abordan los delitos como el tráfico de migrantes y la trata, priorizan un enfoque securitista que supedita los derechos de las víctimas a la persecución penal de los delitos, lo cual resulta en la denegación de derechos humanos por gran parte de Estados receptores, y además contribuye a la reproducción de las desigualdades sociales entre los seres humanos que generan múltiples consecuencias en la vida política, social y económica de la población en situación de migración irregular, y entre ellos, las mujeres con alguna pertenencia étnica, los adultos mayores y en discapacidad resultan ser los más perjudicados.⁵³

Los resultados del trabajo empírico realizado con población venezolana en situación de migración irregular en el municipio de Ipiales se demuestra que el “desenmarque jurídico” unido a diferentes estructuras de opresión como el patriarcado, el clasismo, el racismo y la xenofobia se entrecruzan, se intensifican, se complejizan a lo largo del tiempo y contribuyen a la reproducción de las desigualdades sociales, ampliación de las brechas de género y feminización de la pobreza, que van generando consecuencias negativas ulteriores para el desarrollo humano de la próxima generación.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. *Trata y tráfico de personas*. Accedido 22 de julio de 2022. <https://www.acnur.org/trata-y-traffic-de-personas.html>.
- Braudel, Fernand. *Mediterranean and the Mediterranean World in the Age of Philip II*. Vol. II. Nueva York: Harper Colophon Books, 1973.
- Castro, Josué de. *Geopolítica de hambre*. 2.^a ed. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1972.
- Colombia Congreso de la República. *Ley 2136 de 2021*. 4 de agosto de 2021.
- . *Ley 599 de 2000*. s. f.

53. Humberto López y Guillermo Perry: “Inequality in Latin America: Determinants and Consequences”, *World Bank Policy Research Paper*, n.º 4504 (Washington D. C., 2008); Branko Milanovic y Rafael Muñoz de Bustillo, “La desigualdad en la distribución de la renta en América Latina: situación, evolución y factores explicativos”, *América Latina Hoy*, n.º 48 (2008): 15-42. Citado por Hans-Jürgen Burchardt, “¿Por qué América Latina es tan desigual? Tentativas de explicación desde una perspectiva inusual”, *Nueva Sociedad*, n.º 239 (mayo-junio 2012).

---. *Ley 747 de 2002*. s. f.

---. *Ley 800*. 13 de marzo de 2003.

---. *Ley 985*. 26 de agosto de 2005.

Colombia Corte Constitucional. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-962/03. 21 de octubre de 2003.

---. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia 1078. 12 de diciembre de 2012.

---. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Exp. D-11.192. 31 de agosto de 2016.

Colombia Corte Suprema de Justicia. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya. Rad. 56942. S. P. 17 de marzo de 2021.

---. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Rad. 48629. S. P. 5 de diciembre de 2018.

---. M. P. Marina Pulido de Barón. Rad. 25465. S. P. 17 de marzo de 2021.

---. Sala de Casación Penal. M. P. Eugenio Fernández Calier. Rad. 39.257. 16 de octubre de 2013.

Colombia Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto 1692*. Bogotá, 24 de octubre de 2016.

---. *Estatuto de Protección Temporal para migrantes venezolanos*. 9 de junio de 2022. <https://www.cancilleria.gov.co/estatuto-temporal-proteccion-migrantes-venezolanos>.

Colombia Ministerio del Interior. *Guía para la identificación y atención a víctimas de la trata de personas*. 2016.

Colombia Ministerio del Interior y de Justicia de la República. *Ruta de protección y asistencia para las víctimas de trata de personas*. Accedido 25 de agosto de 2022. <https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/06/RPA-VF.pdf>.

Colombia Presidencia de la República. *Decreto 1092 de 2016*. s. f.

“¿Cuántos venezolanos hay en Colombia?”. *El Espectador*. 12 de julio de 2022.

Dulce, María José Fariñas. *La tensión del “pluralismo” desde la perspectiva filosófica intercultural*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

El Colombiano. “La Fiscalía ordenó captura de banda supuestamente dedicada al tráfico ilegal de migrantes”. *El Colombiano*. 21 de mayo de 2022. <https://www.elcolombiano.com/colombia/banda-de-trafico->

Fraser, Nancy. *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder, 2008.

INTERPOL. *Los grupos delictivos dedicados al tráfico ilícito de migrantes funcionan como negocios y forman redes amplias y complejas*. 30 de agosto de 2022. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-ilicito-de-migrantes/Trafico-ilicito-de-migrantes-problematica>.

Konrad Adenauer Stiftung. *Retos y realidades de la trata de personas en Colombia*. 2010.

- Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York, 2004.
- Novick, Susana. *Las migraciones en América Latina*. Buenos Aires: Catálogos, 2008. <https://bit.ly/3GLkSFE>.
- OIM (Organización Internacional para las Migraciones). Accedido 6 de agosto de 2022. <https://www.iom.int/es/historia-de-la-oim>.
- . *Dimensiones de la trata de personas en Colombia*. Bogotá: OIM, 2006.
- . *Panorama sobre la trata de personas. Desafíos y respuestas: Colombia, Estados Unidos y República Dominicana*. Bogotá, 2016.
- Peters, Stefan. “Sociedades rentistas: claves para entender la crisis venezolana”. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, n.º 108 (julio-diciembre 2019): 1-19.
- Portes, Alejandro. *Migración y cambio social: algunas reflexiones*. 2021. <http://bit.ly/3J7ewTE>. Accedido 25 de julio de 2022.
- Reygadas, Luis. *La apropiación. Destejiendo las redes de la desigualdad*. Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2008.
- Rivera Revelo, Laura. “El caso de las mujeres awá, víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano”. Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2020. <http://bit.ly/3CXWPCu>.
- UNODC. *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales*. 2013. <https://bit.ly/3GPsMCM>. Accedido 4 de octubre de 2022.
- Viveros Vigoya, Mara. “La interseccionalidad, una aproximación situada a la dominación”. *Revista Debate Feminista*. Vol. 52 (2016): 1-17.

European Union Backsliding in the Rule of Law: The Hungarian Case

La regresión del Estado de derecho en la Unión Europea: el caso húngaro

Juan Diego Arregui Acosta

Magíster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante

Alicante, España

jarreguiacosta@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8814-9405>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.8>

Fecha de recepción: 6 de enero de 2023

Fecha de revisión: 8 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Hungría ha experimentado un retroceso en su Estado de derecho desde que el partido de Viktor Orbán obtuvo una supermayoría y con ello modificó las normas constitucionales que regían al país. Orbán, caracterizado por un populismo de derecha, ha sido ampliamente cuestionado no solo por la manera en la que ha acaparado el poder, sino por la manera en la que ha favorecido desde el estado a sus amigos y familiares cercanos. El FIDESZ, partido político de Orbán, defiende una visión constitucional que se ha calificado como constitucionalismo iliberal, donde prima una visión opuesta al integracionismo y más bien realza la idea de una identidad nacional opuesta a los valores de la Unión Europea como excusa para incumplir las normas internacionales. Las respuestas de la Unión Europea han sido varias y de distinta índole, tanto política, judicial como económica, pero al verse entrapados por el derecho de vetar las sanciones y el requisito de unanimidad para poder sancionar a un país que no cumple con los valores de la Unión Europea, parecería que no hay salida al deterioro del Estado de derecho. Así, el artículo analiza distintas salidas, opciones y posibilidades frente a la crisis del Estado de derecho y la democracia en Hungría.

PALABRAS CLAVE: democracia iliberal, Estado de derecho, Hungría, Orbán, FIDESZ, Unión Europea, sanciones, integración regional.

ABSTRACT

Hungary has experienced a backslide in its rule of law ever since Viktor Orbán modified its constitution. Orbán, characterized by right-wing populism, has been questioned not only for the way in which he has seized power, but also for the way in which he has favored his close friends and family. Orbán portrays a constitutional vision that has been described as illiberal constitutionalism, which he complements with the idea of an illiberal democracy, where a vision against integration prevails and rather enhances the idea of a national identity opposed to the values of the European Union as an excuse to disregard EU law. The responses of the European Union have varied, from political, judicial and economic sanctions, but seeing themselves trapped by the right to veto sanctions and the requirement of unanimity it would seem that there is no way out of the deterioration of the rule of law. Thus, the article analyzes different solutions, options, and possibilities in the face of the crisis of the rule of law and democracy in Hungary.

KEYWORDS: illiberal democracy, rule of law, Hungary, Orbán, FIDESZ, European Union, sanctions, regional integration.

FORO

INTRODUCTION

Rule of law as a value is essential to the European Union, since Member States (MS) have close links with each other, and this creates a hyper-connected legal, economic, and social system. Which means that there is a common mutual trust and solidarity among the nations that belong to the EU. In this context for that trust to be maintained countries must guarantee minimum standards on the rule of law to assure other parties they will abide by the agreements all of them have committed to.

This essay pretends to tackle the rule of law backsliding in Hungary and what the institutions of the EU have done in dealing with this backsliding. It will explore in a first instance what the Commission has done and its relationship with the Council in acting together and in a synchronous way to fight against the erosion of the rule of law. It will also address the answer of the Court of Justice of the European Union (CEJU) and then explore different political, economic, and legal aspects of the crisis of the rule of law in Hungary. It is out of the scope of this paper establishing and discussing what the European Union understands as rule of law, but rather a institutional analysis of what can be done in the case of Hungary.

THE CONTEXT OF THE BACKSLIDE IN THE RULE OF LAW IN HUNGARY

Hungary has been in a constant backsliding in its rule of law crisis which some have characterized as illiberal democracy, some argue goes hand in hand with illiberal rule of law.¹ In this context, it is quite important to establish how this came to be and theorize about Viktor Orbán and his popularity. This in view that the rule of law backsliding or what certain authors characterize as illiberal constitutionalism, happens within a larger context of backsliding in democracy.²

-
1. Tímea Drinóczi, and Agnieszka Bień-Kacała. "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland". *German Law Journal* 20, n.º 8 (2019): 1140-66. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.83>.
 2. Takis S. Pappas, "Populists in Power". *Journal of Democracy* 30, n.º 2 (2019): 70-84. <https://doi.org/10.1353/jod.2019.0026>.

Viktor Orbán is an old political figure, he has been in the public sphere since the USSR had troops in Hungary, his first political actions were fighting towards USSR occupation and protesting for their troops to leave Hungary.³ With the rapid decline of the USSR and the end of the communist ruling, Viktor Orbán started out with liberal ideas and started his party FIDESZ as prime minister in 1998, with a complete opposite view of that which he now holds. He lost the elections in 2004 and spent 8 years in the opposition, a timeframe within which he developed a more conservative political view,⁴ which he proposed for the new elections to come.

In 2010, Orbán won a supermajority in parliament despite only accumulating 52.76% percent of the vote.⁵ This two-thirds majority allowed him to pursue constitutional modifications, which he did in a very profound way.⁶ Some have qualified his modifications to the old constitution to have made of it a “wholly new one”.⁷ Former independent institutions such as the public prosecutor, central bank, election commission, media board, audit office, ombudsman’s office, data protection official have been exchanged for those loyal to Orbán.⁸ But maybe he is most famous for packing the constitutional court through different reforms to the constitutional system. The two major causes for the change in the Constitutional Court were through broadening the number of judges and by lowering the retiring age.⁹ This way the new seats and those left vacant could be filled by those who are sympathetic with Orbán’s party.¹⁰

-
3. Rick Lyman, and Alison Smale, “Defying Soviets, Then Pulling Hungary to Putin”. *The New York Times*. November 7, 2014. bit.ly/3H8XPGi.
 4. William Galston, “Backsliding in Budapest: How Hungary Explains Europe’s Retreat from Democracy”. *The New Republic* 249, n.º 6 (2018): 10-.
 5. Zoltán Ádám, “Explaining Orbán: A Political Transaction Cost Theory of Authoritarian Populism”. *Problems of Post-Communism* 66, n.º 6 (2019): 385-401. <https://doi.org/10.1080/10758216.2019.1643249>.
 6. Krisztina Than and Gergely Szakacs, “Fidesz Wins Hungary Election with Strong Mandate”, *Reuters*, April 12, 2010, sec. Editor’s Picks, eur.rs/3IVLpD0.
 7. Kim Lane Sheppelle, “European Union’s Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown”. *World Justice Project*. February 16, 2022. bit.ly/3kcOh3S.
 8. *Ibid.*
 9. Nikolett Hos, and Tamas Gyulavari, “Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts”. *Industrial Law Journal* (London) 42, n.º 3 (2013): 289-97. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwt010>.
 10. David Kosář, Jiří Baroš, and Pavel Dufek, “The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism”. *European Constitutional Law Review* 15, n.º 3 (2019): 427-61. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000336>.

He started out strengthening alliances with the liberal parties of the EU since his original proposals aligned with the liberal perspectives.¹¹ But once he achieved the supermajority his foreign policy took the same turn for, he was later persuaded by the Popular Party of Europe to join their coalition instead. Since then, he started out on a nationalist campaign, creating a tension between Hungary and Brussels. Blaming the EU for liberal politics which do not agree with Christian European values, on which he relies to promote anti LGBT and anti-migration policies. Fidesz left in 2021 the European Popular Party before they threw him out of their lines,¹² and since then there has been an agreement of most of the other Member States, except for Poland, to pursue Article 7 measures in the context of the backsliding of the rule of law.

THE RESPONSES OF THE EU

As it has been stated above, the Rule of Law is a fundamental value of the European Union; it is stated this way in the Treaty of Lisbon in its Article 2. The protection of the values enshrined in article 2 are afforded by the mechanisms contained in Article 7. The institution to rule on breaches of Article 2 would be the CEJU as developed in Article 19 of the Lisbon Treaty. This are the two main possibilities to hold accountable a Member State for the breach of the values of the EU.

The procedure contained in Article 7 requires unanimity from the European Council once there has been a proposal by one third of the Member States [“MS”] or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament. Its effects are to suspend some of the rights such as voting rights for the representative of the government of that MS.

The Commission responded in several ways to deal with the rule of law crisis over the years. Considering that the erosion started taking place in 2010, it has done an effort to have an “approach to managing the rule of law crisis [that] has long rejected hard, nonnegotiable sanctions”¹³ which resulted in a

-
11. Sebastian Kubas, and Anna Czyż, “From a Liberal Opposition Party to a Right-Wing Party of Power. Three Decades of the Hungarian Fidesz (1988-2018)”. (2018).
 12. Alexandra Brzozowski, “Orbán’s Fidesz Leaves EPP Group before Being Kicked Out”. *www.euractiv.com*. March 3, 2021. bit.ly/3kp1w1B.
 13. Renata Uitz, “The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality”. *European Papers* 2022 7, n.º 2 (2022): 929-48. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/587>.

decade long dialogue. The first concrete action was when in 2018 the Commission proposed for a budgetary conditionality in defense of the rule of law.¹⁴ Von Bogdandy and Ioannidis qualify the system to deal with the rule of law as deficient, since this founding principle is substantially threatened. This is clear when they establish that “The enforcement mechanisms of Article 7 TEU are not triggered by any deviation from the rule of law; the threshold is set considerably higher. For the mechanism of Article 7 TEU to be activated, the Council must determine that there exists a “clear risk of serious breach” of the values of Article 2 TEU”.¹⁵ Setting the bar too high for the Commission to act requires for the commission to take a negotiated approach rather than that of a sanctioning body.

In this context there has been a new rule of law toolbox being developed to deal with the problem of the systemic deficiencies. Renata Uitz wisely points out that, “[t]he latest tools include a comprehensive annual reporting mechanism on the rule of law that covers all member states, and a new regulation that permits withholding EU funds from a member state that poses a risk to the Union’s financial interest through breaching the principles of the rule of law”.¹⁶

As part of rule of law toolbox, the response that the Commission was to create a Rule of Law Framework. The main objective of this framework is to, “prevent emerging threats to the rule of law to escalate to the point where the Commission has to trigger the mechanisms of Article 7 of the Treaty on European Union (TEU)”.¹⁷ This would address the main point of Von Bogdandy article on systemic deficiencies. The Commission took a three-step approach to the situation in Hungary which gradually escalated until in December 2017, it initiated the procedure under article 7. It had previously expressed concern in 2015 and urged other institutions to act, such as the Parliament, which also expressed concern in 2015.

The latest action has been that the Commission has withheld 7.5 billion euros and 5.8 billion euros in recovery grants to Hungary until Orbán complies with 27 rule-of-law reforms. Which in turn had its response when Hungary

14. Ibid.

15. Armin von Bogdandy, and Michael Ioannidis, “Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done”. *Common Market Law Review* 51, n.º 1 (2014): 59. doi:10.54648/COLA2014003.

16. Renata Uitz, “The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality”. *European Papers* 2022 7, n.º 2 (2022): 929-48. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/587>.

17. European Commission, Rule of Law Framework.

vetoed the EU aid package for Ukraine of 18 billion euros. This has tensed the relationship between Hungary and the EU and has resulted on an agreement on the veto with Poland, who was its longstanding ally.¹⁸

The Parliament's response approached the problem from a political perspective, pointing fingers at the corruption of oligarchs. Especially in 2018 when the Parliament mentioned to be, "deeply concerned that members of these oligarch structures draw on Union funds particularly in the area of agriculture and cohesion to strengthen their position of power".¹⁹

However, the Parliament on September 12, 2018, called on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary to the values on which the Union is founded. The specific accusations regarding the rule of law related to the questioning of the Venice Commission on the constitution-making process in Hungary on the "lack of transparency of the process, the inadequate involvement of civil society, the absence of sincere consultation, the endangerment of the separation of powers and the weakening of the national system of checks and balances".²⁰

The Council holds a very important place amongst the EU institutions and plays a fundamental role under article 7 of the Lisbon Treaty. For article 7 subsection one requires the Commission, the European Parliament, or one third of the states to initiate it, while the rest of the mechanisms in the article require one third of the member states or the Commission and should have the consent of two thirds of the European Parliament.

The Council has the possibility of imposing preventive and sanctioning actions, but while preventive actions require four fifths of the votes, sanctions require unanimity. In this context, Poland and Hungary have sworn to protect each other in the Council to avoid sanctions, because both have illiberal

18. Paola Tamma, "Poland and Hungary: How a Love Affair Turned Toxic", *POLITICO*, November 29, 2022, bit.ly/3IUFj5x.

19. European Parliament decision on discharge in respect of the implementation of the general budget of the European Union for the financial year 2018, Section III - Commission and executive agencies (2019/2055(DEC)) (13 May 2020).

20. Resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union.

democracies, and both experience the same backsliding in the rule of law.²¹ Therefore they veto sanctions for each other.

The Council also developed jointly with the Parliament Regulation 2020/2092 which established that, “respect for the rule of law is essential not only for Union citizens, but also for business initiatives, innovation, investment, economic, social and territorial cohesion, and the proper functioning of the internal market, which will flourish most where a solid legal and institutional framework is in place”.²² Which allowed for a conditionality mechanism for the protection of the Union budget, which was later contested by both Hungary and Poland.

Finally, the CEJU has responded in different ways, though always through a judicial approach to controlling rule of law. In the Case C-286/12, *Commission v. Hungary*, the Commission seeks a declaration from the Court that,

by adopting a national scheme requiring the compulsory retirement of judges, prosecutors and notaries on reaching the age of 62 – which gives rise to a difference in treatment on grounds of age which is not justified by legitimate objectives and which, in any event, is not appropriate or necessary as regards the objectives pursued – Hungary has failed to fulfil its obligations under Articles 2 and 6(1) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ 2000 L 303, 16).²³

The CEJU determined that by adopting a national scheme of compulsory retirement of judges, prosecutors, and notaries when they reach age 62, Hungary does not fulfill its obligations under articles 2 and 6(1) of the Council Directive 2000/78/EC. Establishing a strong precedent against Hungary and stating that Hungary’s actions are not aligned with the values of the EU.

Furthermore, on a press release of the CEJU on February 16, 2022, the court dismissed the actions brought by Hungary and Poland against the conditionality mechanism, which withheld billions of euros until the Member States respected the principles of rule of law. Hungary and Poland argued that Regulation 2020/2092 of the European Parliament and Council were a circumvention

21. AFP, “Hungary’s Orban Threatens EU Budget Veto”, *France 24*, May 4, 2018, bit.ly/3XfT-MxB.

22. Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

23. *Commission v. Hungary C-286/12*, 2012, para. 1.

of the procedure laid down in Article 7. The Court took what could be argued as an objective stance by stating that, “accordingly, the regulation is intended to protect the Union budget from effects resulting, in a sufficiently direct way, from breaches of the principles of the rule of law and not to penalize those breaches as such”.²⁴ In this way, the Court states that it is a lawful mechanism that should not be misused or abused to penalize the breaches as such, but rather to protect the Union’s budget. The CEJU furthermore stated that, “since that compliance is a condition for the enjoyment of all the rights deriving from the application of the Treaties to a Member State, the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers”.²⁵ Establishing that economic mechanisms are lawful in seeking compliance with the values of the European Union if they are lawful and are limited in their powers. This in view that, “the sound financial management of the Union budget and the financial interests of the Union may be seriously compromised by breaches of the principles of the rule of law committed in a Member State”.²⁶ In this sense, the CEJU further limits the conditionality mechanism when it establishes that

such a breach must concern a situation or conduct that is attributable to an authority of a Member State and relevant to the proper implementation of the Union budget. The Court notes that the concept of ‘serious risk’ is clarified in the EU financial legislation and states that the protective measures that may be adopted must be strictly proportionate to the impact of the breach found on the Union budget.²⁷

PROSPECTS FOR A RESOLUTION

After seeing how entrenched the powers at stake are, the situation is not a simple one, and thus requires a complex solution. The backsliding in the rule of law, is a guarantee of keeping those who are in power satisfied. Some may argue that the level of political cronyism Orbán manages in Hungary allows him to coopt the power throughout the institutions in the country. At a first glance political solutions from within are not a real possibility, this in view that in the 2022 elections Orbán won with a blasting majority even after the

24. Court of Justice of the European Union. Press Release n.º 28/22. February 16, 2022.

25. Ibid.

26. Ibid.

27. Ibid.

whole opposition united as a single party.²⁸ The entrenchment between Poland and Hungary on vetoing the budget could be a way out, in view of the Ukraine war which has pitted Poland against Hungary on different sides of the war. The economical way out is the one at play now with the conditionality mechanism, which does not seem to be effective. Finally, the judicial position on the conflict does not name nor shame Hungary as recurrently and systematically breaching the values of the EU contained in Article 2, but rather softens the stance does not seem a real way out.

POLITICAL

Orbán is the closest ally to Putin in Europe, and in the context of the Ukrainian war, Orbán is siding with Russia, while the rest of Europe is siding with Ukraine. The war and the recent explosion of a shell in Polish territory allowed for Poland to be persuaded to abandon its alliance with Hungary.²⁹ This in view that Poland is part of NATO and had been blocking the efforts of the Commission to aid Ukraine which could be most closely seen as a support for Russia.

In this context Hungary has also opposed and blocked sanctions against Russia which in the eyes of Poland makes them their allies. Though in his rhetoric Orbán tries to say that he is looking for the best benefit of the EU's economy, his statements might break his ties with the Polish government.³⁰ This break in their relationship seems to have brought Brussels closer to Poland this since,

Poland is now enjoying more favour in Brussels, after pledging adjustments to its contentious legal regime. Warsaw last week won the European Commission's approval for its €36bn Covid-19 recovery plan, cemented in a visit by commission president Ursula von der Leyen to Warsaw. Hungary's €7.2bn EU package for the same purposes remains stuck, while the commission in April formally triggered its

28. Matt Clinch, "Nationalist Viktor Orban Declares Victory in Hungary Election", *CNBC*, April 3, 2022, bit.ly/3GQljP5.

29. Euronews, "Polish Army Put on Alert after Two Killed in Blast near Ukraine Border", *Euronews*, November 15, 2022, bit.ly/3QIbFTf.

30. Reuters, "Europe 'Shot Itself in the Lungs' with Sanctions on Russia, Orban Says", *Reuters*, July 15, 2022, sec. Europe, bit.ly/3HaN9qt.

new so-called conditionality mechanism, allowing it to withhold regular funds to Budapest because of corruption concerns.³¹

Though there have not been any public outbreaks where they have been seen to be falling apart, a certain distance has been marked between both countries. This also considering that Poland is on the verge of elections which mean that they will have to rethink their relation to Hungarian politicians if the PiS is hoping to win the election.

Nevertheless, there is also certain media outlets which point out that Poland might be trying to revive relations with Hungary. Especially after Morawiecki's declaration, "[r]especting our Ukrainian colleagues, we would like to return to the cooperation in this format," the prime minister announced. While admitting that the approach to the war has come between the group's members, he said he is certain "that all the remaining issues, in which we showed solidarity and support (with each other), will bind us again".³²

These declarations contradict that there might be a political way out, but not knowing how the war might evolve, the cautious way to proceed is by affirming that it is uncertain whether the war will have a significant effect. This especially considering that the recently elected majority party in Italy is a far-right illiberal party led by Georgia Meloni who is now prime minister of Italy and could further entrench Orbán's position regarding the rule of law.³³

Though for this position there are also skeptics who mention that Italy might not want to risk the European recovery funds of which one hundred and ninety-one billion euros were allocated to Rome. In this sense, when confronted with the dilemma of supporting Hungary "Meloni would not risk the money, and she would have to follow the economic objectives".³⁴

So once again, on the cautious side, it is still too early and unclear on how the Italian government will align itself in the European sphere. What can be sure, is that Orbán will find a rhetorical ally in Meloni who has also used com-

31. Marton Dunai, "Hungary's Viktor Orbán Loses Friends in Poland over Stance on Russia Sanctions", *Financial Times*, June 9, 2022, <http://bit.ly/3CWpffQ>.

32. Aleksandra Krzysztoszek, "Morawiecki: Poland to Revive Relations with Hungary", *www.euractiv.com*, September 5, 2022, <http://bit.ly/3wa5xcT>.

33. Federica Pascale, "Italy's Meloni Backs Orbán, Says Hungary Is 'Democratic'", *www.euractiv.com*, September 16, 2022, <http://bit.ly/3Xj6FXE>.

34. Eszter Zalan, "[Analysis] Meloni's Likely Win Will Not Necessarily Strengthen Orbán", *EUobserver*, September 22, 2022, <http://bit.ly/3QP66aa>.

mon places such as migration and George Soros to gain popularity. Which in turn can reinforce his popularity in Hungary affording him political capital to fight against Brussels.

ECONOMICAL

The fact that Orbán does not have the money from the budget, makes it harder for him to comply with his political agenda. Making him less powerful and this could set a trend of decreasing his popularity. In some way, the EU's injection of money acts as a fuel for Orbán to keep his corrupt party members happy. For instance, "asked by reporters how he had grown his business faster than Mark Zuckerberg's Facebook, Mr Meszaros quipped, 'Maybe I'm smarter'.³⁵ The cynicism that characterizes this type of statements are only possible because of EU money being injected into the Hungarian economy and later distributed to Orbán's corrupt acolytes.

On a more pragmatic view economic sanctions are the only response available for Europe though it might further disintegrate Europe instead of serving as a protection on the erosion of the rule of law. This in the context that they are withholding a large sum of money such as 7 billion euro which Hungary counted on when planning their annual budget. The fact that Hungary is undergoing the general economic recession, and the fact that it must do so without the money the EU used to afford them might foster deeper resentment towards the future. The conditions of the general population in Hungary will be affected by the decision of the conditionality mechanism. "Thousands of Hungarians, including teachers and students, marched through Budapest on Sunday to protest against the government, demanding higher wages for teachers and a curb on surging inflation that is eroding incomes".³⁶

Although this inflation is multifactorial, the fact that the government has less money to spend on its social plans has exacerbated inflation. Hungary could look for money elsewhere, thus strengthening ties with Russia or other non-EU actors, acting as a foreign pressure on EU institutions. Especially considering that, "caps on gas and electricity bills have been a key plan of Orbán's

35. Neil Buckley, and Andrew Byrne, "Subscribe to Read | Financial Times", *www.ft.com*, December 21, 2017, <http://bit.ly/3w81SPd>.

36. Krisztina Than, and Krisztina Fenyo, "Thousands Protest against 'Runaway Inflation' in Hungary as It Tops 20pc", *Independent*, October 23, 2022, <https://bit.ly/3HccZuk>.

policies, but the costs of the scheme surged this year due to soaring energy prices, burdening the state budget. The government was forced to scrap the cap for higher-usage households from August 1st.³⁷ For which he might decide to negotiate directly with Russia seeing as there is no other option to satisfy Hungary's needs.

JUDICIAL

The last solution to the rule of law backsliding might be through a judicial intervention to unblock the entrapment agreed upon by Poland and Hungary. This would require that the CEJU distance itself from the narrow interpretation capabilities it has in several instances said to be bounded by. In this sense, the judiciary would need to make a deeper intervention in one of many possible ways. It would probably have to rule on Hungary's position as contrary to democratic and rule of law values, but from the cases reviewed in this essay, it is clear that the CEJU is far from adopting this position. In fact, whenever it intervenes it tries to do so in an impartial, objective and distant manner, showing no clear favorites but asserting its authority over the narrow spaces it is confined to.

This solution would rather require the CEJU to affirm that the values contained in article 2 of the Lisbon Treaty are justiciable. Meaning that one can invoke the rule of law as a right to be justiciable in the CEJU and argue on the bad faith of entrenching veto power to not be held accountable. Nevertheless, although it does not seem that the rulings of the CEJU have been too effective on stopping the backslide in the rule of law; there should be some progress to be agreed upon. The fact that both Poland and Hungary respect the decisions emitted by the CEJU, at least those regarding them directly is a good sign that there is not a total erosion of the rule of law. At this point, we must say that the Hungarian constitutional court has resisted EU law based on constitutional identity, making virtually inapplicable EU law that it considers contrary to its constitutional identity.

The true fear is that by exceeding its mandate the CEJU might open a valid point for the Hungarian Constitutional Court to disregard its ruling based on extra limitation of powers. So there is a lesser chance of this solution to be

37. Ibid.

considered, especially in view of how the CEJU has conducted itself during the past years and in special observation to case C-156/21 since it could compromise its institutional values as a respected court. In any case this essay would not rule out this possibility but just categorize it as a less probable one.

This confusion on where the limits of the judicial oversight of the CEJU are arise from the powers contained in articles 263 and 269 of the TFEU. In the opinion of the Advocate General Campos Sánchez-Bardona it is clearly established when he mentions that regarding 263 it “retains its *general* jurisdiction to review the legality of acts adopted by the Commission and the Council pursuant to Regulation 2020/2092 that are subject to an action for annulment. This is established, in particular, by Article 263 TFEU (with regard to decisions imposing remedial measures) and Article 265 TFEU (with regard to possible failure by the Commission to act under the procedure)”;³⁸ and regarding 269 “has, pursuant to Article 269 TFEU, a jurisdiction that is *limited* to breaches of procedural rules rather than substantive rules, where an action for annulment is brought against acts adopted by the European Council or the Council pursuant to Article 7 TEU”.³⁹

In this sense, the CEJU must be extremely careful on which judicial oversight it is applying not to fall outside its competences regarding annulment on the merits of the case. Which makes the allegation of the backslide in the rule of law more problematic, as there would have to exist a previous discussion on whether this is a substantive matter or a procedural one.

CONCLUSION

The backslide in the rule of law in Hungary is not an isolated incident, but rather a systematic problem. Which has been addressed in different ways from the EU institutions, who did not have a proper framework to deal with it but found creative ways to amplify their toolbox to deal with rule of law backsliding. There is a clear effort to find ways that do not involve sanctions, but when dealing with a highly powerful adversary, it seems to be an inefficient approach to the galloping pace at which rule of law was eroded in a little more than a

38. Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bardona. *Hungary v European Parliament*, Council of the European Union C-156/21. para. 263.

39. *Ibid.*

decade. Although the CEJU has not committed to a judicial solution to the problem, it has condemned firmly the actions of Hungary and thus has showed authority when doing so without exceeding its own powers. The political landscape is promising in dividing the alliance of Poland and Hungary, but it is still uncertain as new actors come into it such as the new illiberal Italy. The economic solution is a double-edged sword, which could turn against Europe further disintegrating the EU or by pressuring Orbán's government into aligning with rule of law standards. Any solution requires a degree of complexity which cannot be fully developed because of uncertainty and interpretative constraints. This in turn offers a fruitful field which is constantly changing, allowing for new solutions to emerge, but the decisions towards a solution must be swift and firm for them to work.

BIBLIOGRAPHY

- Ádám, Zoltán. "Explaining Orbán: A Political Transaction Cost Theory of Authoritarian Populism". *Problems of Post-Communism* 66, n.º 6 (2019): 385-401. <https://doi.org/10.1080/10758216.2019.1643249>.
- AFP. "Hungary's Orban Threatens EU Budget Veto". *France 24*, May 4, 2018. bit.ly/3XfTMxB.
- Bogdandy, Armin von, and Michael Ioannidis. "Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done". *Common Market Law Review* 51, n.º 1 (2014): 59-96. doi:10.54648/COLA2014003.
- Brzozowski, Alexandra. "Orbán's Fidesz Leaves EPP Group before Being Kicked Out". *www.euractiv.com*, March 3, 2021. bit.ly/3kp1w1B.
- Buckley, Neil, and Andrew Byrne. "Subscribe to Read | Financial Times". *www.ft.com*, December 21, 2017. <http://bit.ly/3w8ISPd>.
- Clinch, Matt. "Nationalist Viktor Orban Declares Victory in Hungary Election". *CNBC*, April 3, 2022. bit.ly/3GQljP5.
- Court of Justice of the European Union. Press Release n.º 28/22. February 16, 2022.
- Drinóczi, Tímea, and Agnieszka Bień-Kacała. "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland". *German Law Journal* 20, n.º 8 (2019): 1140-66. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.83>.
- Dunai, Marton. "Hungary's Viktor Orbán Loses Friends in Poland over Stance on Russia Sanctions". *Financial Times*, June 9, 2022. <http://bit.ly/3CWpfQ>.
- Euronews. "Polish Army Put on Alert after Two Killed in Blast near Ukraine Border". *Euronews*, November 15, 2022. bit.ly/3QIbFTf.

- European Parliament decision on discharge in respect of the implementation of the general budget of the European Union for the financial year 2018, Section III - Commission and executive agencies (2019/2055(DEC)) (May 13, 2020).
- Galston, William. "Backsliding in Budapest: How Hungary Explains Europe's Retreat from Democracy". *The New Republic* 249, n.º 6 (2018): 10-.
- Hos, Nikolett, and Tamas Gyulavari. "Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts". *Industrial Law Journal* (London) 42, n.º 3 (2013): 289-97. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwt010>.
- Kosař, David, Jiří Baroš, and Pavel Dufek. "The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism". *European Constitutional Law Review* 15, n.º 3 (2019): 427-61. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000336>.
- Krzyszczoszek, Aleksandra. "Morawiecki: Poland to Revive Relations with Hungary". *www.euractiv.com*, September 5, 2022. <http://bit.ly/3wa5xcT>.
- Kubas, Sebastian, and Anna Czyż. "From a Liberal Opposition Party to a Right-Wing Party of Power. Three Decades of the Hungarian Fidesz (1988-2018)". (2018).
- Lyman, Rick, and Alison Smale. "Defying Soviets, Then Pulling Hungary to Putin". *The New York Times*, November 7, 2014. bit.ly/3H8XPGi.
- Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bardona. *Hungary v European Parliament*, Council of the European Union C-156/21. para. 263.
- Pappas, Takis S. "Populists in Power". *Journal of Democracy* 30, n.º 2 (2019): 70-84. <https://doi.org/10.1353/jod.2019.0026>.
- Pascale, Federica. "Italy's Meloni Backs Orbán, Says Hungary Is 'Democratic'". *www.euractiv.com*. September 16, 2022. <http://bit.ly/3Xj6FXE>.
- Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.
- Resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union.
- Reuters. "Europe 'Shot Itself in the Lungs' with Sanctions on Russia, Orban Says". *Reuters*, July 15, 2022, sec. Europe. bit.ly/3HaN9qt.
- Sheppele, Kim Lane. "European Union's Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown". *World Justice Project*, February 16, 2022, [it.ly/3k-cOh3S](http://bit.ly/3k-cOh3S).
- Tamma, Paola. "Poland and Hungary: How a Love Affair Turned Toxic". *POLITICO*, November 29, 2022. bit.ly/3IUfj5x.

- Than, Krisztina, and Krisztina Fenyo. “Thousands Protest against ‘Runaway Inflation’ in Hungary as It Tops 20pc”. *Independent*, October 23, 2022. <https://bit.ly/3Hc-cZuk>.
- Than, Krisztina, and Gergely Szakacs. “Fidesz Wins Hungary Election with Strong Mandate”. *Reuters*, April 12, 2010, sec. Editor’s Picks. eur.rs/3IVLpD0.
- Uitz, Renata. “The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality”. *European Papers* 2022 7, n.º 2 (2022): 929-48. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/587>.
- Zalan, Eszter. “[Analysis] Meloni’s Likely Win Will Not Necessarily Strengthen Orbán”. *EUobserver*, September 22, 2022. <http://bit.ly/3QPG6aa>.

César Montaña Galarza y Claudia Storini, editores, *Miradas constitucionales a medio siglo de integración andina*. Bogotá: Tirant lo Blanch/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2022.

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.9>

La obra reseñada se dirige hacia el ámbito estatal: Estados que participan en un proceso de integración supranacional como lo es la Comunidad Andina (CAN). Su escritura de manejo formal presenta un interesante abordaje, algo que se puede apreciar desde el título mismo del trabajo. Es de fácil lectura, la incorporación de gran bibliografía tomada de autores de las ramas del derecho internacional público, derecho de los tratados, derecho económico, derecho administrativo, derecho del comercio exterior, derecho aduanero, derecho constitucional, y de expertos conocedores en el tema de la integración andina, sumado a las referencias de acontecimientos suscitados en estos 52 años de integración supranacional andina, hacen de este libro una herramienta fundamental.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, entrega la obra: *Miradas constitucionales a medio siglo de integración andina*, que consta de prólogo, introducción y ocho trabajos de varios docentes de esta casa de estudios; cada uno de ellos, con aportes jurídicos que abogan por que la integración subregional sea una realidad cada vez más palpable para los ciudadanos de los Estados miembros, y que no se dejen de lado los parámetros ni las garantías constitucionales, en aras de labrar un futuro de progreso y desarrollo social, democrático y equitativo; impulsado, además, por el deseo ferviente de generar condiciones favorables para la vida digna de sus habitantes.

El prólogo sostiene una reveladora realidad, por cuanto en la actualidad uno de los temas clave de la teoría constitucional es el estudio de las relaciones entre Constitución e integración. “Desde un punto de vista más general, la cuestión puede enfocarse en la posibilidad de transferir modelos propios de la experiencia histórica de las estructuras y de los ordenamientos estatales a organizaciones supranacionales y hasta *posnacionales*”; además, sortea miramientos asertivos de la integración subregional, el cual dependerá del grado de profundización buscado por los Estados miembros.

El primer acápite lleva por título “A modo de introducción: los problemas constitucionales de la integración. Diálogo-debate con César Montaña Galarza”. En él se pone de manifiesto una serie de enunciados que revisitan aspectos inherentes a la crisis constitucional generada por los procesos supranacionales, así como las críticas con respecto a la participación del Estado en repertorios supranacionales. También se dejan entrever aspectos como la soberanía nacional, supremacía y garantías constitucionales en tiempos tan convulsos como el actual.

Mientras que en el octavo y último trabajo titulado “Servicios públicos y derecho administrativo supranacional: ¿una conexión posible en los fenómenos de integración?”, el autor traza en su investigación las experiencias a través de la CAN, y de qué modo esta pudiera ser un punto de partida para el fortalecimiento del derecho administrativo supranacional. La prestación de los servicios públicos “representa una nueva forma de insertar al constitucionalismo en globalización a partir de los procesos integracionistas y de las posturas supranacionales y del derecho administrativo global”.

Al terminar este libro, el lector se encontrará con las respectivas conclusiones y bibliografía utilizada por cada autor durante el desarrollo de su trabajo. Los autores intentan, según parece, ilustrar los contenidos desarrollados en cada acápite, a partir de fuentes, en el mayor de los casos de carácter jurisprudencial, relacionados con el tema desarrollado. En un buen número se trata de jurisprudencia interna de Bolivia, Colombia, Perú y Ecuador, como también jurisprudencia de carácter regional.

Los trabajos mencionados muestran, *grosso modo*, no solamente estudios en torno al proceso de integración, sino también de la voluntad política de cada país miembro; esto debido a que la integración no consta entre los objetivos primordiales del gobernante. Su recorrido, además, ha permitido vislumbrar los múltiples planes en cuanto a política exterior que tienen sus mandatarios, lo que se traduciría en un reforzamiento, ralentización o, incluso, una definitiva parálisis del proceso integrador.

En su conjunto, la obra clarifica que las constituciones de los Estados miembros de la CAN presentan algunas limitaciones frente a las políticas integracionistas, las que usualmente tienen que ver con señalamientos extremadamente generales e imprecisos, que al final “no dejan apreciar vías meridianas para acometer un proyecto integrador de tal forma que el único sentido sea el de profundización, sin coadyuvar a la inobservancia de la norma fundamental, tan frecuente en la experiencia comparada”.

Esta obra permite superar los desencuentros y las limitaciones del constitucionalismo frente al sistema mundial, puesto al día en el contexto de una sociedad internacional “cada vez más conflictiva, interconectada e interdependiente, conminada a replantear el liderazgo y la cooperación internacional, así como la integración supranacional, con el propósito de responder desde lo público y de la mejor manera posible a las crecientes expectativas ciudadanas”. Este libro no solo se convertirá en un material de oportuna y necesaria revisión, sino que también formará parte del extenso debate en cuanto a los procesos de integración regional y mundial.

Manuel Leonardo Guamán González
*Estudiante de la Maestría de Investigación en Derecho,
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Índices de *Foro*, n.º 31-40

Autores • Artículos • Recensiones

AUTORES

- Abril Ortiz, Adriana, **34**: 61-84.
Alvaracín Jarrín, Adrián Alejandro, **33**: 125-142; **37**: 181-201.
Álvarez Lugo, Yesica, **34**: 7-23.
Andrade Ortiz, Edison Ricardo, **38**: 207-228.
Añazco Aguilar, Alan, **34**: 45-60; **38**: 99-119.
Añazco Aguilar, Nadia Sofía, **38**: 99-119.
Arcentales Illescas, Javier, **33**: 85-101.
Arciniega Gil, Luis Roman, **36**: 29-48.
Armijos González, Pedro Orlando, **36**: 149-168; **39**: 129-148.
Arregui Acosta, Juan Diego, **40**: 143-159.
Ávila Santamaría, Ramiro, **31**: 159-182.
Balmant Emerique, Lilian Márcia, **37**: 9-32.
Barahona Néjer, Alexander, **34**: 45-60.
Baudouin, Laurène, **36**: 73-90.
Berenguer Pascual, Sergio, **38**: 189-205.
Botina Gómez, Álvaro Mauricio, **39**: 43-62.
Burneo Burneo, José Antonio, **35**: 47-64.
Burneo Carrera, José Antonio, **35**: 47-64; **39**: 149-165.
Caicedo Tapia, Danilo, **31**: 23-54.
Camacho Vinueza, Daniela, **39**: 7-23.
Cantillo Pushaina, Juan José, **36**: 193-211.
Carpio Frixone, María Bernarda, **35**: 169-189.
Carrillo Salgado, Augusto Fernando, **38**: 165-186.
Castillo Aguirre, David Mauricio, **35**: 65-84.
Chacón Coronado, Mary Elizabeth, **39**: 25-42.

- Charry Dávalos, José Andrés, **37**: 159-180.
Chávez Huanca, Eddy, **31**: 117-134.
Chávez Rivera, Brayan Alexander, **39**: 7-23.
Chinga Aspiazu, Yandri Vladimir, **40**: 47-67.
Cisneros Guachimboza, Paola Katherine, **34**: 147-168.
Cobo Ordóñez, Ana Isabel, **32**: 123-143.
Cordero Moscoso, Juan Manuel, **36**: 91-108.
Córdova Vinuesa, Paúl, **33**: 65-83.
Cruz García, Camila, **32**: 123-143.
Da Fonte Carvalho, Marcella, **37**: 159-180.
Duarte Molina, Tirson Mauricio, **34**: 169-192.
Echeverría Andrade, María Fernanda, **37**: 181-201.
Espinosa Cueva, Carla Verónica, **35**: 105-124.
Galarza Neira, María Teresa, **33**: 175-195.
Galindo Lozano, Andrea Soledad, **34**: 25-44.
Gallegos Herrera, Daniel Eduardo, **31**: 75-96.
Gómez Villavicencio, Roberto, **38**: 121-144.
Gordillo Íñiguez, Sandra Katherine, **33**: 143-174.
Guapizaca Jiménez, Erick Fabián, **35**: 85-104.
Guerra Coronel, Marcelo Alejandro, **32**: 7-25; **38**: 7-27.
Guerrero Salgado, Efrén Ernesto, **36**: 169-191.
Guevara Ruales, Mateo, **32**: 123-143.
Gutiérrez López, Eduardo Elías, **37**: 75-95.
Guzmán Jiménez, Luis Felipe, **39**: 43-62.
Jiménez Torres, Johanna Elizabeth, **40**: 83-103.
Joaquín Rodríguez, José, **33**: 103-123.
Justo Nieto, Milena, **34**: 85-102.
Lara González, Rafael, **40**: 105-123.
Larrea, Karina, **31**: 135-158.
León González, Pablo Andrés, **40**: 7-27.
León Loza, Mateo Javier, **39**: 65-86.
León Moreta, María Augusta, **32**: 43-60.
León Muñoz, Raisa Jomaira, **38**: 145-164.
López Hidalgo, Sebastián, **38**: 29-52.
Marroquín Ruiz, María Paula, **35**: 85-104.

- Martínez-Moscoso, Andrés, **34**: 61-84.
Masapanta Gallegos, Christian Rolando, **38**: 7-27.
Mesías Vela, María Paula, **32**: 123-143.
Mila Maldonado, Frank Luis, **35**: 145-167.
Miranda Galindo, María del Carmen Leticia, **37**: 75-95.
Montañez Sierra, Cristian Fernando, **36**: 9-27.
Monteiro Santana, Viviane, **37**: 159-180.
Morales Naranjo, Viviana, **34**: 193-212.
Morales Oñate, Diego Alejandro, **36**: 111-130.
Moreno, Rodrigo, **32**: 161-178.
Muy Pérez, Efraín Fernando, **35**: 27-46.
Naranjo Ponce, María Gracia, **35**: 169-189.
Narváez Collaguazo, Roberto Esteban, **34**: 123-145.
Núñez Ávila, María Dolores, **32**: 61-81; **35**: 125-144.
Ordóñez Pineda, Luis, **32**: 179-198.
Orellana Ramírez, María Inés, **32**: 103-121.
Ortega Rodríguez, Camilo Ernesto, **36**: 131-148.
Páez Bimos, Pedro Martín, **32**: 27-42; **38**: 189-205.
Paredes Erazo, Gissela Cristina, **32**: 61-81.
Pelacani, Gracy, **37**: 33-51.
Pérez Moriones, Aránzazu, **40**: 105-123.
Pinos Jaén, Camilo Emanuel, **37**: 139-158.
Polo Pazmiño, Esteban Javier, **38**: 53-73.
Porras Velasco, Angélica, **40**: 29-45.
Quezada Zambrano, Richard Fernando, **32**: 145-160.
Ramírez Salazar, Andrés Rodrigo, **31**: 9-22.
Regalado Jacobo, Hugo José, **37**: 75-95.
Rivadeneira Vásquez, María Lorena, **35**: 125-144.
Rivera Revelo, Elizabeth, **40**: 125-142.
Rivera Revelo, Laura Yaneth, **33**: 29-64; **40**: 125-142.
Rivera Revelo, Mario Alexander, **40**: 125-142.
Rocha Pullopaxi, Milton Enrique, **37**: 117-136.
Rodríguez Mendoza, Carolina Jacqueline, **37**: 117-136.
Sacoto Romo, María Carolina, **36**: 91-108.
Salazar Marín, Daniela, **32**: 123-143.

- Salvador Monteros, Ana Michelle, **38**: 75-98.
Santacruz Cruz, Hugo Bayardo, **34**: 103-122.
Sepúlveda Navarrete, Paula, **33**: 103-123.
Sierra Hernaiz, Elisa, **35**: 7-26; **40**: 69-82.
Solano Paucay, Vicente Manuel, **32**: 83-101.
Soledispa Toro, Julieta Magaly, **37**: 97-116.
Solís Ch., María L. Cristina, **31**: 55-73.
Storini, Claudia, **32**: 7-25; **38**: 7-25.
Tapia Paredes, José Ernesto, **32**: 145-160.
Valdez Duffau, Mathías E., **34**: 147-168.
Valencia Marín, Franco Daniel, **36**: 49-71.
Valencia, Leonardo, **33**: 7-28.
Vásconez Merele, Vicente, **35**: 191-209.
Veintimilla Quezada, Silvia Raquel, **39**: 25-42.
Verdugo Lazo, Jorge Eduardo, **39**: 87-105.
Yáñez Yáñez, Karla Ayerim, **35**: 145-167.
Yépez, Nathaly, **32**: 7-25.
Zambrano Álvarez, Diego, **31**: 97-115.
Zaruma Ávila, David Ramiro, **39**: 107-127.
Zurita Cajas, Evelyn Soledad, **37**: 53-71.

ARTÍCULOS

- Al lado del camino: solas, desiguales y desprotegidas. **40**: 125-142.
Análisis comparado del hábeas corpus en Bolivia, Colombia y Ecuador. **37**: 139-158.
Análisis de clústers jurisprudenciales en el área andina: acercamiento mixto al *ius constitutionale commune*. **36**: 169-191.
Análisis de la responsabilidad del Estado y las empresas en la protección de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de Colombia y Ecuador. **39**: 43-62.
Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad. **38**: 99-119.
Apuntes y reflexiones sobre el dolo y su regulación en el derecho penal ecuatoriano. **40**: 7-27.
Cambios tecnológico-productivos del trabajo: problemática jurídica ecuatoriana. **37**: 117-136.

- Castigo y exclusión en Ecuador. Un abordaje desde la teoría criminológica crítica. **37**: 181-201.
- Ciudadanía republicana: deberes generales y especiales regulados desde la esfera jurídico-penal. **35**: 191-209.
- Cómics, memoria y procesos masivos de violación de derechos. Una breve visita a Iberoamérica. **31**: 23-54.
- Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **35**: 145-167.
- Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje. **38**: 7-27.
- Deconstruir la cultura taurina en Ecuador para construir los derechos de los animales. **34**: 193-212.
- Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo. **35**: 7-26.
- Derecho cultural y amparo del coleo en el marco de la protección animal en el ordenamiento jurídico colombiano. **34**: 169-192.
- Derecho y arte. La epistemología del oprimido en la enseñanza del derecho desde un diálogo con el cine. **33**: 65-83.
- Discriminación e igualdad: el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador. **32**: 27-42.
- Diversidad de familias: conformación, revolución socioeconómica y protección jurídico estatal. **32**: 145-160.
- E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia. **36**: 91-108.
- El concepto de matrimonio y la Opinión Consultiva 24/17. Una crítica. **32**: 83-101.
- El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica. **38**: 121-144.
- El daño moral en los contratos asociativos empresariales. **39**: 149-165.
- El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo. **35**: 65-84.
- El derecho a la propiedad privada frente a los tributos con efectos confiscatorios. **39**: 129-148.
- El efecto de la ineficacia de los actos traslativos de dominio en el hecho generador del impuesto de alcabala. **35**: 169-189.
- El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación. **32**: 103-121.
- El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC/ 24-17 en el contexto jurídico ecuatoriano. **32**: 61-81.
- El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana 2008. **38**: 29-52.

- El principio de precaución en salud como pilar del control constitucional en Colombia. **36**: 131-148.
- El principio de universalidad desde una perspectiva legal y efectiva en la seguridad social ecuatoriana. **35**: 125-144.
- El procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de conformidad con la identidad de género. Reflexiones desde el derecho fundamental a la protección de datos. **32**: 179-198.
- El proceso de transición justa: los empleos verdes como instrumentos para su implementación. **40**: 69-82.
- El teletrabajo como mecanismo paradigmático del poder en las sociedades de control modernas. **38**: 207-228.
- En torno a la corrupción privada regulada en el Código Integral Penal. **38**: 189-205.
- Ficciones disidentes reescriben la ley: investigación a través del arte sobre biopolítica, derechos de las mujeres y justicia reproductiva en Ecuador. **33**: 175-195.
- Globalización económica y del derecho constitucional. **40**: 83-103.
- Gobernanza ambiental, Buen Vivir y la evolución de la deforestación en Ecuador en las provincias de Tungurahua y Pastaza. **34**: 147-168.
- Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia. **40**: 105-123.
- Implicaciones jurídicas del algoritmo: derechos intelectuales y privacidad. **36**: 111-130.
- In dubio pro lector*. Ambigüedad narrativa y duda razonable en el relato “En un bosque” de Ryunosuke Akutagawa. **33**: 7-28.
- La adolescencia trans y su decisión sobre su identidad y su vida sexual. **40**: 47-67.
- La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización. **37**: 97-116.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución. **32**: 7-25.
- La dama de la justicia y su representación en el séptimo arte. **31**: 9-22.
- La declaratoria de inconstitucionalidad de normas por conexidad en Ecuador. **38**: 53-73.
- La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano. **32**: 43-60.
- La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **32**: 123-143.
- La gran deuda vigente de Ecuador: caso Sarayacu. **39**: 25-42.
- La importancia del principio de capacidad contributiva en el régimen tributario ecuatoriano. **36**: 149-168.

- La justicia en un Estado plurinacional con garantismo penal: interculturalidad en ciernes. **34**: 123-145.
- La legislación franquista frente al cómic femenino (1938-1977). **33**: 103-123.
- La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios. **34**: 45-60.
- La politicidad inmanente del arte y el derecho. **31**: 97-115.
- La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral. **39**: 87-105.
- La regresión del Estado de derecho en la Unión Europea: el caso húngaro. **40**: 143-159.
- La regulación de las monedas digitales: experiencias compartidas desde el derecho europeo y francés. **36**: 29-48.
- La reparación inmaterial y el arte frente a violaciones de derechos humanos. Análisis del caso Barrios Altos vs. Perú. **33**: 125-142.
- “La república análoga” y los avatares de la Constitución de Montecristi. **33**: 85-101.
- La teoría biocéntrica como fundamento protector de la naturaleza en la actividad económica. **39**: 7-23.
- La tragicomedia de la administración municipal en *La ley de Herodes*. **31**: 117-134.
- Laboralidad de los contratos entre los repartidores y las aplicaciones informáticas. **40**: 29-45.
- Las guardianas del agua y su participación en la gestión comunitaria de los recursos hídricos. Un análisis de la normativa ecuatoriana. **34**: 61-84.
- Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. Los nexos con el patriarcado y un negocio dentro del capitalismo. **37**: 53-71.
- Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador. **37**: 159-180.
- Limitaciones al reconocimiento del territorio ancestral en Ecuador. **34**: 25-44.
- Los efectos del cambio climático: otra razón para repensar las políticas migratorias. **37**: 75-95.
- Los vacíos jurídicos de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador. **35**: 27-46.
- “Me gritaron Negra”: entre la negación y la reivindicación. **33**: 143-174.
- Memoria, reparación simbólica y arte: la memoria como parte de la verdad. **33**: 29-64.
- Movilidad humana y COVID-19: violaciones de derechos humanos por el cierre de fronteras en Brasil. **37**: 9-32.
- Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección. **37**: 33-51.
- Otro mundo es necesario y posible: la utopía andina y el derecho. Una mirada desde *Cien años de soledad* y *La caverna*. **31**: 159-182.

- Panorama actual del bitcóin. Una descripción práctica y jurídica de las criptomonedas en Colombia y Ecuador. **36**: 49-71.
- Paridad de género y democracia: la integración de los concejos municipales. **39**: 65-86.
- Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi. **34**: 7-23.
- Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales. **36**: 193-211.
- Políticas públicas y control de convencionalidad. **38**: 75-98.
- Post Comisión de la Verdad: expresiones artísticas y emergencia de sentidos. **31**: 55-73.
- Prisiones transgénero como reivindicación de la libertad individual dentro del sistema de rehabilitación de penas en Ecuador. **32**: 161-178.
- Protección jurídica de las artes escénicas y sus elementos creativos. **31**: 135-158.
- Reflexiones jurídicas sobre el reconocimiento constitucional y penal del derecho indígena. **34**: 103-122.
- Resistencia social y el uso progresivo de la fuerza en las manifestaciones sociales. **39**: 107-127.
- Responsabilidad del empleador por *mobbing* horizontal. **35**: 47-64.
- Sentencia n.º 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica). **35**: 85-104.
- Subjetividad de las máquinas en toma de decisiones judiciales. **36**: 9-27.
- Una actitud posmoderna en relación al derecho (o Eco y Koskenniemi aplicados al derecho constitucional). **31**: 75-96.
- Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar. **38**: 165-186.
- Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales: la reducción de las pensiones jubilares. **35**: 105-124.
- Violencia contra las mujeres y justicia de las mujeres en la Amazonía. **34**: 85-102.
- Violencia de género y feminización de la pobreza en las mujeres montuvias de Ecuador. **38**: 145-164.
- Visión general de la normativa francesa y europea sobre los aviones teledirigidos. **36**: 73-90.

RECENSIONES

- Ramiro Ávila Santamaría, compilador, *Las dimensiones culturales del derecho: homenaje al doctor Ernesto Albán Gómez*, por Lina Victoria Parra Cortés. **31**: 185-187.
- César Montaña Galarza y Claudia Storini, editores, *Miradas constitucionales a medio siglo de integración andina*, por Manuel Leonardo Guamán González. **40**: 160-162.

Colaboradores

Juan Diego Arregui Acosta: ecuatoriano. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador y mediador por la Universidad San Francisco de Quito. Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Yandri Vladimir Chinga Aspiazu: ecuatoriano. Abogado en la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Máster Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Se ha desempeñado como abogado en libre ejercicio y como investigador jurídico independiente.

Johanna Elizabeth Jiménez Torres: ecuatoriana. Docente invitada, Universidad Técnica Particular de Loja. Abogada. Magíster en Derecho Constitucional. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional. Diplomado en Derechos Humanos. Escritora. Poeta. Presidenta de la Fundación Dolores Cacuango. Presidenta del colectivo cultural Juntas somos Resistencia.

Rafael Lara González: español. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pública de Navarra y profesor-tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Foral de Navarra (2004-2008), desempeña en la actualidad labores jurisdiccionales como magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Navarra. Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Nacional de Huancavelica, Perú.

Pablo Andrés León González: ecuatoriano. Abogado por la Universidad del Azuay, Ecuador. Certificación en Anticorrupción por la Universidad Nacional Autónoma de México. Certificación en International Criminal Law por Case Western Reserve University. Certificación en Effective Compliance Programs por University of Pennsylvania. Investigador independiente.

Aránzazu Pérez Moriones: española. Profesora titular de Derecho Mercantil. Ha desarrollado su carrera académica sucesivamente en la Universidad de Navarra, la Universidad del País Vasco y, desde 2021, la Universidad Pública de Navarra. Árbitra acreditada ante la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Foral de Navarra desde 2013, actividad que se ha materializado en la emisión de centenares de laudos tanto en órgano unipersonal como colegiado.

Angélica Porras Velasco: ecuatoriana. Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Valencia, España. Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).

Elizabeth Rivera Revelo: colombiana. Abogada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Consultora para Abogados sin Fronteras Canadá en Colombia, actualmente defensora pública en la Regional Nariño.

Laura Yaneth Rivera Revelo: colombiana. Abogada y socióloga de la Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Constitucional. Doctora en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Investigadora Becaria de la Universidad de Kassel (Alemania). Ha sido docente de la PUCE, Ibarra, y de la Facultad de Derecho y Posgrados de la Universidad Mariana y de la Maestría en Construcción de Paz de la Universidad de los Andes.

Mario Alexander Rivera Revelo: colombiano. Abogado de la Universidad de Nariño y especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Se ha desempeñado como personero delegado en lo Penal y Vigilancia Administrativa del municipio de Ipiales, coordinador jurídico de diferentes proyectos sociales con población venezolana en situación de migración irregular en el Municipio de Ipiales. Actualmente es abogado litigante.

Elisa Sierra Hernaiz: española. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra. Doctora en Derecho por la Universidad Pública de Navarra. Sus principales líneas de investigación versan sobre la igualdad de género en el mercado laboral, la prevención de riesgos laborales y la protección de datos en el ámbito de la relación laboral. Ha sido miembro de numerosos proyectos de investigación, así como ponente en congresos y jornadas. Es miembro de la Comisión de Investigación de la UPNA.

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 5000 a 6000 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.
6. Estilo, citas y referencias: *Foro* se acoge al *Manual de estilo Chica-go Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).
7. En todas las publicaciones de la UASB-E se propende a una expresión escrita que no discrimine a la mujer ni a ningún grupo de la sociedad y que, al mismo tiempo, reconozca la historia, la estructura y la economía de la lengua, y el uso más cómodo para los lectores y hablantes.

Por tanto, no se aceptarán usos sexistas o inconvenientes desde el punto de vista de la igualdad; tampoco, por contravenir el uso estándar de la lengua, el empleo inmoderado de las duplicaciones inclusivas ni el morfema *e*, la @ (no es una letra) o la *x* para componer palabras supuestamente genéricas.

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 desestimará 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

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80, 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
EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, 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

Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

ventas@cenlibrosecuador.org • www.cenlibrosecuador.org

Precio: USD 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	USD 6,04	USD 39,64
América	USD 59,40	USD 93,00
Europa	USD 61,60	USD 95,20
Resto del mundo	USD 64,00	USD 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Apuntes y reflexiones sobre el dolo y su regulación
en el derecho penal ecuatoriano

Pablo Andrés León González

Laboralidad de los contratos entre los repartidores
y las aplicaciones informáticas

Angélica Porras Velasco

La adolescencia trans y su decisión sobre su identidad
y su vida sexual

Yandri Vladimir Chinga Aspiazu

El proceso de transición justa: los empleos verdes
como instrumentos para su implementación

Elisa Sierra Hernaiz

Globalización económica y del derecho constitucional

Johanna Elizabeth Jiménez Torres

Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables
en el derecho español de insolvencia

Rafael Lara González y Aránzazu Pérez Moriones

Al lado del camino: solas, desiguales y desprotegidas

Laura Yaneth Rivera Revelo, Elizabeth Rivera Revelo y

Mario Alexander Rivera Revelo

European Union Backsliding in the Rule of Law:

The Hungarian Case

Juan Diego Arregui Acosta



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL



9 771390 246002