

NOVEDADES JURÍDICAS



EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: PRINCIPAL DEUDA DEL ECUADOR

- ELECCIONES DIGITALES
Y SEGMENTADAS EN VIRTUD
DEL DISTANCIAMIENTO SOCIAL

- VISIÓN DOCTRINARIA, SOCIOLÓGICA
CRIMINAL DE LA PREVENCIÓN
SOCIAL DELICTIVA

AÑO XVII
NÚMERO 170
AGOSTO 2020





Un mundo de
información
legal al alcance
de un clic

- Toda la legislación y contenido del derecho ecuatoriano.
- Anclaje de la normativa.
- Flujogramas, Guías prácticas, Diccionarios, Documentos históricos y Proyectos de Ley.

**OBTENGA
2 MESES
DE GRACIA**

con su tarjeta
preferida



Síguenos en:



CONTACTOS

Quito: 097 878 4026 / 098 338 2870
Guayaquil: 095 887 1610

edicioneslegales@corpmyl.com



Adquiera su Licencia
fielweb.com



CONTENIDO

06 El combate a la corrupción:
principal deuda del Ecuador
Análisis
David Padilla Moreno

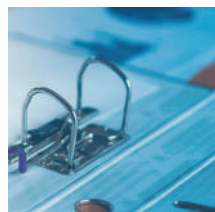
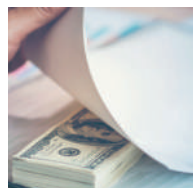
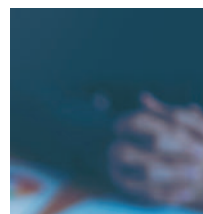
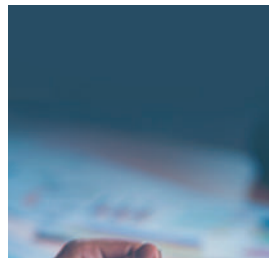
22 Elecciones digitales y
segmentadas en virtud del
distanciamiento social
Invitados
Ricardo Fabricio Andrade Ureña /
Esteban Ron Castro

28 César Beccaria
Perfil

38 Estado transicional:
¿Agenda programática o
debilitamiento irreflexivo?
Debate Jurídico
Luis Narváez Ricaurte

44 Visión doctrinaria,
sociológica criminal de la
prevención social delictiva
¿realidad o utopía?
Derecho Penal
Marlon Chiriboga Aguirre

58 Regímenes especiales
de contratación pública
en el Ecuador
Contratación Pública
Paúl Andrés Vázquez Ochoa



70 Constitución de sociedades
civiles y mercantiles según el
numeral 29 del artículo 18 de
la Ley Notarial
Reflexiones
Christian Vargas Dávalos

78 Acuerdo con bonistas; logro
económico más significativo
de administración Moreno
Prófitas

80 Industria ecuatoriana
pre covid-19
Dominium Data

82 Ley Orgánica para el
ordenamiento de las
Finanzas Públicas
Didáctica

85 Olvídate: Ya no eres mi hijo
Ramiro Díez y el ajedrez

86 Destacamos
Julio 2020

Es una publicación de Ediciones Legales EDLE S.A.,
empresa del grupo de Corporación MYL

NOVEDADES JURÍDICAS es una revista de Derecho que nace como respuesta a la necesidad, cada vez más creciente, de los actores del mundo jurídico ecuatoriano de contar con una publicación periódica que recoja y analice problemas legales de actualidad. Busca proyectar la objetividad en el tratamiento de la información e investigación, para que esta llegue con total precisión y veracidad a sus lectores. La publicación de EDICIONES LEGALES EDLE S.A., con una trayectoria importante en el tiempo, circula en forma mensual y recoge opiniones de los operadores del derecho en torno a las situaciones de coyuntura desde una perspectiva eminentemente jurídica. Intenta la aproximación al foro, poniendo a su disposición un espacio de difusión periódica de sus puntos de vista: reflexivos y críticos sobre la realidad jurídica ecuatoriana, latinoamericana e internacional.

Presidente Corporativo: Manuel Mejía Dalmau
Gerente General: Karla Muñoz Vaca

Presidente: Ernesto Albán Gómez
Directora: Eugenia Silva Gallegos

Comité Editorial:

Juan Pablo Aguilar Andrade
Santiago Andrade Ubidia
Teodoro Coello Vásquez
Fabián Corral B.
Ramiro Díez
Fabián Jaramillo Terán
Rodrigo Jijón Letort
Patricia Solano Hidalgo
Mónica Vargas Cerdán
Jorge Zavala Egas
Raiza Añasco
Patricia Galárraga
Carolina Jaramillo
Vladimir Zambrano T.

Dirección y Suscripciones:

Ambato:

Av. Rodrigo Pachano s/n y calle Montalvo esq.
Edificio Ficoa Park, oficina No. 209 • PBX: 242-5697

Guayaquil:

Circunvalación Sur 504 y Ébanos • PBX: 238-7265

Quito:

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos
• PBX: (02) 399-4700 • Fax: (02) 346-3225

Las colaboraciones y artículos publicados son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen a la revista o a sus editores.

Se permite la reproducción total o parcial de esta revista, con la correspondiente autorización escrita de Ediciones Legales.

Tiraje: 2000 ejemplares. *Publicación Indexada.*

Registro: ISSN No. 1390-2539.

Arte, diseño e impresión: IMPRESORES MYL

www.edicioneslegales.com

CARTA EDITORIAL

Este mes de agosto, Novedades Jurídicas presenta un importante contenido.

En Análisis se estudia un tema que debe ser resuelto “el combate a la corrupción: principal deuda del Ecuador”, el Magister David Padilla Moreno concluye que en países como el nuestro, rico en recursos naturales pero muy inequitativo en su distribución y pobre en institucionalidad y desarrollo, sin mecanismos de rendición de cuentas ante la sociedad, hace que siga existiendo terreno propicio para la corrupción.

Nuestros invitados Magister Ricardo Andrade Ureña y Abogado Esteban Ron Castro, preocupados por el próximo proceso electoral en el país, analizan opciones que podrían ser las adecuadas en virtud del distanciamiento social.

El perfil de uno de los principales tratadistas italianos en el ámbito penal, Cesare Becaria es el seleccionado en esta publicación. Un extracto de su obra “De los delitos y las penas” nos enseña la vigencia de su pensamiento.

En Debate Jurídico, el Doctor Luis Narváez Ricaurte se pregunta en relación al Estado transicional ¿si se trata de una agenda programática o un debilitamiento irreflexivo?

El Doctor Marlon Chiriboga Aguirre, preocupado por la prevención social delictiva, presenta su investigación sustentada en opiniones de expertos que coinciden con su punto



de vista en cuanto que el Estado debe aplicar políticas criminales sin considerar enemigos de la sociedad a quienes infringen las leyes; pero si tener respuestas oficiales frente al aumento de la criminalidad de contenido violento, al crimen organizado y a la delincuencia convencional.

En la sección de Contratación Pública, el Abogado Paúl Vázquez Ochoa analiza la necesidad de reformas en los regímenes especiales de contratación pública en el Ecuador. Concluye que el empleo de esta modalidad contractual no puede ser usado como un mecanismo para evitar aplicar procedimientos concursivos, abiertos y selectivos.

El Abogado Christian Vargas Dávalos desarrolla un artículo que revisa el alcance del numeral 29 del artículo 18 de la Ley Notarial para constituir sociedades civiles y mercantiles. Realiza una distinción entre lo establecido también en el Código Civil.

En Didáctica se explica la nueva Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas.

En Destacamos, se resume la legislación más importante expedida en el mes pasado.

Agradecemos sus sugerencias y aportes para continuar con este esfuerzo editorial.

Eugenia Silva Gallegos
Directora

EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: PRINCIPAL DEUDA DEL ECUADOR

David Padilla Moreno



Resumen

El Ecuador ha sido afectado, no solo en épocas de crisis, que han sido permanentes en la vida democrática del país, de un mal mayor que tanto saqueo de recursos ha provocado en la economía nacional: la corrupción. Ella ha existido desde la edad Antigua, y ha sido parte de diversas culturas, encontrando casos en que incluso se la mira como algo natural o hasta justificable. Si hoy en día existen múltiples normas de diverso rango que la combaten, a nivel nacional e internacional, parecería que la falla no está en el Derecho, sino en los encargados de aplicarlo; tanto al momento de administrar los sagrados y también escuálidos recursos públicos, como al momento de controlar, investigar y sancionar cualquier acto reñido con la Ley. Al cometerse un acto de corrupción, no solo se trastoca un bien jurídico específico, como la correcta administración de las finanzas públicas, sino que se vulneran incluso los derechos

humanos de grandes mayorías que ven perjudicadas su salud, educación, nivel de vida, porque pequeñas minorías se benefician de este mal endémico, tanto en el sector público como en el privado. Un combate real y efectivo contra la corrupción debería abarcar no solo los temas jurídicos e institucionales, sino también los aspectos políticos, administrativos, económicos, sociales y culturales.

Palabras clave: Crisis, corrupción, historia. Normativa nacional e internacional anticorrupción. Administración de recursos públicos. Investigación y sanción. Vulneración de derechos humanos. Aspectos económicos, políticos, administrativos, sociales y culturales para combatirla.

Abstract

Ecuador has been affected, not only in periods of crisis, which have been permanent in the country's democratic life, of a greater evil that has caused so much looting of its resources

- Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). LL.M. por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo (Suiza). Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Diploma en Propiedad Industrial por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Se ha desempeñado como Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas; Asesor de la Gerencia General del Banco Central del Ecuador; Consultor y Asesor Jurídico de la Comunidad Andina: Secretaría General (Perú) y Tribunal de Justicia (Ecuador); Asesor del Ministerio de Comercio Exterior; Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales en la Autoridad de Competencia Ecuatoriana; Coordinador Jurídico de la Empresa Pública de Telecomunicaciones (CNT EP); Vicepresidente Jurídico de Telecsa S.A. Catedrático universitario.



David Padilla Moreno

of its national economy: corruption. It has existed since ancient times, and has been part of various cultures, finding cases where it has been regarded as something natural or even justified. If nowadays there are multiple prescriptions of different level that combat it, at a national and international level, it seems that the fault is not in the Law but in those in charge for applying it; both at the time to manage the sacred and also meager public resources, as well as at the time of control, investigate and sanction any act committed against the Law. When an act of corruption is committed, not only a specific legal asset is disrupted, such as the proper administration of public finances, but also the human rights of large majorities are harmed as their health, education, standard of life, because small minorities benefit from this endemic disease, both in the public and private sectors. A real and effective fight against corruption should cover not only legal and institutional issues, but also political, administrative, economic, social and cultural aspects.

Keywords: Crisis, corruption, history. National and international anti-corruption regulations. Administration of public resources. Investigation and sanction. Violation of human rights. Economic, political, administrative, social and cultural aspects to combat it.

I.- Introducción

Es anécdota común de la cultura ecuatoriana el haberse enfrentado frecuentemente a actos que, para otras sociedades, podrían ser considerados reñidos con la ética. Desde la enseñanza a los niños de que sean avispadados, o que no se dejen ver la cara de ingenuos desde pequeños, pasando por entender los contactos o buenas amistades como una facilitación para luego pedir u otorgar cualquier tipo de favores, hasta caer en exigencias de autoridades para evitar que se apliquen sanciones que deberían o no corresponder (clásicas coimas de la fuerza pública en temas de tránsito vehicular, por poner un mínimo ejemplo); son ciertos de los índices

que permiten que en el mundo entero se estudien los grados de percepción de la corrupción en las distintas sociedades. Eso ha llevado, hoy en día, a que se diferencie entre aquellas culturas más desarrolladas en que los índices de corrupción son bajos, por cuanto, aunque existe, se encuentra en determinadas esferas económicas o sociales; mientras que en otras los índices son muy elevados porque a todo nivel hay riesgos de que exista esta especie de cáncer que es la corrupción.

En Sudamérica, uno de los principales problemas que aqueja hoy en día al progreso de las naciones, que lesiona la institucionalidad como falta de legitimidad en los poderes constituidos, y que mantiene baja la credibilidad en las acciones de los Gobiernos de turno para mejorar los niveles de crecimiento y reducción de la pobreza, son los elevados índices de corrupción que parece no tener límites.¹

Pareciera que combatir la corrupción podría ser fácil si el Derecho, como norma que regula las conductas de las personas en sociedad, estableciera de modo claro su definición y la forma de combatirla-sancionarla, atado a la existencia de verdaderas instituciones que busquen y consigan aplicar eficientemente tales normas. Para ello, sería adecuado estudiar de qué manera se ha tipificado el concepto “corrupción”, si se han dispuesto procedimientos efectivos para combatirla y eliminarla, y si existen o no verdaderos precedentes jurisprudenciales en que se haya condenado a los partícipes de tales actos, no solo a cumplir penas de privación de libertad contra los autores, cómplices y encubridores, sino, y sobre todo, consiguiendo la recuperación/devolución de los dineros públicos producto de tales actos de corrupción.

Asimismo, sería apropiado analizar los mecanismos creados para combatir este mal endémico, desde los aspectos jurídicos, económicos, político-administrativos, y sociales que podrían

reflejar, de algún modo, si se están o no consiguiendo resultados adecuados contra esta enfermedad que carcome los escasos recursos de economías tan débiles como la ecuatoriana; no sin antes hacer una referencia histórica sucinta de la corrupción que data desde los principios de la humanidad.

II.- Breve reseña histórica de la corrupción

La corrupción se puede detectar que se remonta al imperio egipcio desde el reinado de Ramsés IX, en el año 1100 a.C. cuando un antiguo funcionario del faraón denunció los negocios sucios de otro funcionario que se había asociado con una banda de profanadores de tumbas. En Grecia, en el año 324 a.C. Demóstenes fue acusado de haberse apoderado de sumas depositadas en la Acrópolis por el tesorero de Alejandro, siendo condenado y obligado a huir; y Pericles fue acusado de haber especulado sobre los trabajos de construcción del Partenón.² *“En la antigüedad, engrasar las ruedas era una costumbre tan difundida como hoy y considerada en algún caso incluso lícita.”*³

En Roma, para casos de corrupción existieron dos penas muy severas: el exilio o el suicidio (esta última permitía mantener el honor). Sin embargo, los textos relatan varios episodios de corrupción: caso de Verre, gobernador de Sicilia; casos de Catón; caso del general Escipión; gobernadores de Julio César; caso del teatro de Nicea (cuyo costo de construcción fue excesivo, pero estaba lleno de grietas y fue más conveniente destruirlo). En la edad media, con la religión católica el robar pasó a ser un pecado, por lo que la confesión permitía limpiarlos.⁴



En la Francia del siglo XIII se imponían feroces impuestos a los súbditos y se les obligaba a fuertes donaciones que iban a las arcas privadas del rey. En Italia, Dante criticaba a los corruptos pero fue declarado culpable de haber recibido dinero a cambio de la elección de autoridades, siendo condenado al exilio. El papado de los Borja merecería un capítulo aparte. Y en España se ha dicho que *“La aceptación de la corrupción es una construcción cultural y, desgraciadamente, en España queda hasta simpática”*.⁵

En la república francesa post revolucionaria se han comentado casos de personajes como Mazarino y Richelieu, siendo algo aparte el régimen de Bonaparte (con Talleyrand). En Inglaterra, Adam Smith admitía que *“el vulgarmente llamado estadista o político es un sujeto cuyas decisiones están condicionadas por intereses personales”*. Alexis de Tocqueville sostenía que *“en los gobiernos aristocráticos, los hombres que acceden a los asuntos públicos son ricos y sólo anhelan el poder; mientras que en las democracias los hombres de Estado son pobres y tienen que hacer su fortuna”*, a costa del Estado, claro.⁶



Con la llegada del fascismo y el comunismo en el siglo XX, la corrupción entra a formar parte directa del funcionamiento del Estado. Pero incluso Churchill decía que *“un mínimo de corrupción sirve como un lubricante benéfico para el funcionamiento de la máquina de la democracia”*. Cecil Rhodes, quien ayudaba a saquear las riquezas de África para los británicos, tenía una máxima: *“Cada uno tiene su precio”*.⁷

Es claro que en Latinoamérica, en las épocas colonial, independentista y republicana, los abusos, atropellos, enriquecimientos injustificados, eran pan de cada día. Y antes de ello, entre los antepasados indígenas existía el *ama shua* (no robar), conocida como una disciplina férrea y jerárquica que sancionaba drásticamente lo que iba en contra de los preceptos considerados como los adecuados.⁸ Sin embargo, es sabido que el imperio Inca –por ejemplo– ya estaba internamente debilitado por codicias de poder y guerras civiles internas, antes mismo de la llegada de los españoles.⁹

En el último cuarto del siglo pasado, el Ecuador fue gobernado por dictaduras, muchas de

ellas promovidas desde fuera para evitar la implantación de sistemas comunistas. Sin embargo, desde el retorno a la democracia el país ha buscado refundarse de a poco, estableciendo normas más o menos adaptadas a sus nuevas realidades y necesidades de crecimiento económico. Las normas de Derecho Penal no tipificaron los delitos contra la cosa pública, pues primeramente los antes dictadores –mayoritariamente pertenecientes a las fuerzas militares– no iban a permitir que la renaciente democracia investigue o controle el manejo que hi-

cieron del dinero público. Y, asimismo, los flamantes regímenes electos por el pueblo, iban a seguir ejecutando actos reñidos con la ética, por lo que no tenía lógica que se dicten normas –o se las aplique adecuadamente– para combatir el mal manejo de tales recursos públicos.¹⁰

III.- Aspectos jurídicos del combate a la corrupción

3.1.- Normativa internacional

Vistos los breves antecedentes históricos de este mal hereditario, podríamos pensar entonces que estamos condenados a convivir con la corrupción *sine die*, por ser parte de la naturaleza humana, al menos en lo que a nuestras culturas se refiere. Sin embargo, la difusión de escándalos de corrupción en los últimos años del siglo pasado, hizo que se vuelva más necesario que se dicten normas para combatirla, lo que seguramente llevó a que a nivel de las Américas se emita en Caracas, en marzo de 1996, la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyos propósitos son promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los países, de los

mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.¹¹

Como hito multilateral más importante en esta lucha, se tiene que la Asamblea General de Naciones Unidas, el 31 de octubre de 2003, adoptó la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que contempla una definición de funcionario público (artículo 2), desarrolla el tipo del soborno en sus artículos 15, 16 y 21, la malversación o peculado en los artículos 17 y 22, el tráfico de influencias en el artículo 18, el abuso de funciones en el artículo 19, el enriquecimiento ilícito en el artículo 20, el blanqueo de dinero en el artículo 23; también desarrolla aspectos adjetivos para perseguir estos ilícitos (artículos 29 a 32, 42, 46, 49, 55, 56) tales como prescripción, sanciones, incautaciones, testigos, jurisdicción, asistencia judicial, investigaciones conjuntas; establece ciertas consecuencias por los actos de corrupción (artículo 33), prevé los modos de cooperación –nacional e internacional– para perseguir estos delitos (artículos 37 a 39, 43, 44 –extradición–, 48); desarrolla la figura de la recuperación de activos (artículos 51 a 58) y da pautas respecto a la asistencia técnica e intercambio de información (artículos 60 a 62). La CNUCC exige que los Estados adopten normativa nacional que proteja a los denunciantes (*whistleblowers* o soplores) que ayuden a los fiscales a conocer más y mejores detalles de los actos de corrupción, dándoles protección e incluso incentivándolos con tratos preferenciales en caso de ser partícipes de tales actos. Los derechos amenazados de los defensores anticorrupción que deben ser tutelados se resumen en la vulneración a su libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad, a la seguridad personal y a la privacidad.

Otros tratados importantes, aplicables a los países sudamericanos son: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Orga-

nizada Transnacional que da un tratamiento internacional al tipo penal del soborno (artículos 8 a 11, "Penalización de la corrupción", "Medidas contra la corrupción", "Responsabilidad de las personas jurídicas", "Proceso, fallo y sanciones"); y la Declaración de Seúl de la XI Conferencia Internacional Anticorrupción.

Alguna normativa importante de Derecho Internacional comparado puede ser la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Convención de la Justicia Criminal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; el Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa; la Convención de 1997 de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros; la Decisión Marco para Combatir la Corrupción en el Sector Privado del Consejo de la Unión Europea; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Declaración de Nairobi adoptada por la Conferencia Regional sobre las Dimensiones de la Corrupción en los Derechos Humanos, convocada por la Comisión de Derechos Humanos de Kenia (KNCHR); los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, que aunque son *soft law* pueden ayudar a interpretar las normas de manera más eficiente.

3.2.- Normativa nacional

A pesar del marco internacional anticorrupción antes referido, no es sino ya comenzado el presente siglo que el país ha mostrado reflejar en su normativa interna los compromisos anticorrupción asumidos internacionalmente; pues es claro que, desde un punto de vista jurídico, aquellas normas propias del Derecho internacional clásico no pueden ser invocadas y aplicadas directamente en procesos investigativos concretos a nivel nacional.

Como referencia al estado actual del marco jurídico anticorrupción en el Ecuador, es dable diferenciar entre las instituciones creadas por diversa normativa para combatir la corrupción, y las normas que tipifican las diversas conductas relacionadas a este tipo de ilícitos. Las primeras nos referiremos en los aspectos político-administrativos del presente texto (remisión al acápite V siguiente), y en cuanto a las diversas normativas cabe invocar lo que prevé la Constitución de la República: el artículo 3 señala que entre los deberes primordiales del Estado está el “*garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción*”. El artículo 83 señala como deber y responsabilidad de los ecuatorianos “*administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción*”. Los artículos del 204 al 210 incluyen la lucha contra la corrupción entre los deberes y atribuciones de la Función de Transparencia y Control Social, y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. El artículo 233 señala que:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), emitido en agosto de 2014, prevé en la sección tercera, capítulo quinto, los delitos contra la eficiencia de la administración pública y tipifica el peculado (278), el enriquecimiento ilícito (279), el cohecho (280), la concusión (281), el tráfico de influencia (285), el testaferrismo (289), la

delincuencia organizada (369), la asociación ilícita (artículo 370). El artículo 317 hace referencia al lavado de activos. El referido código dispone también el mecanismo de cooperación eficaz, por el cual un investigado puede otorgar útil información a la Fiscalía, sobre los hechos y responsables de los presuntos ilícitos, a cambio de una reducción de la condena (artículo 491).

Tras el referéndum del año 2018, se ha establecido la inhabilitación para contratar con el Estado a aquellos que tengan sentencias condenatorias por delitos de corrupción (artículo 60, numeral 14); en cuyos casos el juez obligatoriamente le suprimirá a los culpables los derechos de participación política por un lapso entre diez y veinticinco años (artículo 68).

Otras leyes que ayudan a transparentar el manejo de los asuntos del Estado, a regular las compras públicas, la contratación de los funcionarios públicos, y el financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales, son: Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), y Código de la Democracia.¹² Sin embargo, muchas de estas leyes han sufrido reformas. Asimismo, cabe agregar en esta mañana normativa el proyecto de Ley anticorrupción remitido por el Ejecutivo hace más de ocho meses al Legislativo, como segundo intento, que hasta ahora sigue en espera de ser atendido. Por tanto, la realidad muestra –una vez más– que las normas pueden existir, estar más o menos bien redactadas, pero su incorrecta o inadecuada aplicación es lo que lamentablemente hace que la corrupción en el Ecuador siga siendo, al día de hoy, uno de sus principales males.

De modo general vemos que los Estados, y el Ecuador en particular, no tipifican en sus ordenamientos lo que significa “corrupción”, sino las diversas conductas que se engloban en ese con-

cepto genérico;¹³ tampoco existen vastos y verdaderos precedentes jurisprudenciales en que se haya condenado a los partícipes de tales actos, incluyendo la recuperación y/o devolución de los dineros públicos objeto de los mismos (al punto que permita generar escarmiento), o menos aún precedentes exitosos de aplicación del derecho de repetición¹⁴ en que se condene a los causantes de la malversación de fondos públicos al resarcimiento económico del daño causado al Estado.

Si bien existen normas internacionales, regionales y nacionales que regulan el combate contra varios delitos que englobaría la corrupción (peculado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, etc.), sería adecuado contar con un verdadero nivel de efectividad (aceptación y aplicación) de tales normas, y de este modo la sociedad pueda percibir que, en la práctica tales normas son útiles para casos concretos; pues los esfuerzos logrados hasta ahora no han sido suficientes frente a los permanentes escándalos en la materia que constantemente se presentan, y que demuestran el elevado índice de percepción de corrupción que tiene el país.¹⁵

3.3.- Vulneración de los Derechos Humanos a través de actos de corrupción

La corrupción afecta simultáneamente varios derechos, directa o indirectamente, como la igualdad, la no discriminación, la justicia eficaz y eficiente, el acceso a servicios públicos de calidad, al desarrollo y crecimiento, a la protección del medio ambiente, en definitiva, derechos humanos cuya protección debería primar en democracias modernas.

Desde esa perspectiva, las organizaciones de la sociedad civil, incluyendo las Organizaciones no gubernamentales, las asociaciones o gremios empresariales y de industriales, los institutos de investigación, la academia y los medios de comunicación, que realmente quieran luchar eficientemente contra la corrupción, tendrían un papel crucial en los esfuerzos tanto para combatirla como para promover y proteger los derechos humanos. Sin embargo, aunque gran parte del trabajo que realizan dichas entidades es complementario, las organizaciones de derechos humanos y anticorrupción no colaboran regularmente entre sí y tampoco comparten sus conocimientos y sus experiencias, salvo algu-

"La corrupción afecta simultáneamente varios derechos, directa o indirectamente, como la igualdad, la no discriminación, la justicia eficaz y eficiente, el acceso a servicios públicos de calidad, al desarrollo y crecimiento, a la protección del medio ambiente, en definitiva, derechos humanos cuya protección debería primar en democracias modernas."

nas excepciones importantes. Debería entonces planearse mecanismos para que las instituciones (nacionales, regionales e internacionales) de protección de los derechos humanos puedan ayudar a fortalecer el impacto de las organizaciones anticorrupción.

Por ejemplo, se tiene que en el acceso a una justicia transparente y sin dilaciones, si no se respetan los estándares mínimos del debido proceso no se puede alcanzar tales fines. Sin embargo, es preciso buscar mecanismos que permitan combatir esa realidad que resta credi-

bilidad en la institucionalización del Estado. Actualmente se ha previsto atacar las decisiones judiciales emanadas de sistemas corruptos, acudiendo a mecanismos regionales o internacionales de violación de los derechos humanos. Cuando la corrupción es generalizada, las personas no tienen acceso a la justicia, se sienten inseguras y no pueden proteger sus medios de subsistencia.

Otro ejemplo tenemos en el acceso a la salud, a la educación, a la vivienda, a la alimentación y al agua potable, respecto de los cuales se han creado ciertos estándares para medir la calidad de dichos servicios públicos como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad. Si estos estándares no se cumplen, o lo hacen pero en forma parcial, una causa seguramente puede ser la corrupción en la provisión de tales servicios, ya que ella genera las carencias, disminución de la calidad, incremento de los costos, pérdida de materiales, generación de gastos o, sencillamente la destrucción del servicio o el volverlo inalcanzable.¹⁶

Concretamente podemos ver que en el ámbito de la salud, la corrupción ocurre de tres formas principales: en la administración de los recursos financieros (asignación de presupuesto, etc.); en la distribución de suministros médicos (compra, mercadeo) y en las relaciones de los trabajadores de la salud con los pacientes.

En otras áreas relacionadas, también se puede analizar la malversación de fondos, especialmente de los destinados a los programas sociales, cuya práctica corrupta puede afectar a un



amplio espectro de derechos humanos. Cuando se malgasta el dinero público no se maximiza el uso de tales recursos para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Algunos especialistas han indicado que los actos de corrupción pueden violar directamente un derecho humano (un soborno a un juez vulnera su independencia e imparcialidad, afectando el derecho a un juicio justo; un soborno a un médico para tener atención preferente de la salud, o a un funcionario para obtener un cupo en una escuela, violan directamente el derecho a la salud o a la educación de los demás), y pueden conducir a la violación de un derecho humano (aunque no lo violen directamente; como condición necesaria).¹⁷

En definitiva, las anteriores reflexiones reflejan la necesidad de un trabajo conjunto entre las organizaciones que promueven la protección

de los derechos humanos y aquellas que buscan combatir la corrupción, puesto que ambas tienen un interés común en analizar las erogaciones de los presupuestos públicos, pudiendo combinar sus esfuerzos para que los gobiernos reflejen información precisa y no compleja sobre sus gastos, haciendo que los mismos estén disponibles al público.

IV.- Aspectos económicos del combate a la corrupción

Es común escuchar que una razón fundamental de que haya corrupción es el bajo nivel de salarios tanto en el sector público como en el privado, lo que no debería justificarla en lo absoluto, sin embargo los delincuentes de cuello blanco reflejan la falta de certeza de tal hipótesis. En efecto, los grandes escándalos de corrupción son perpetrados por altos funcionarios o personajes con muy elevado nivel económico, incluso que ostentan múltiples estudios, posgrados y pomposas hojas de vida, más sin embargo incurren en actos corruptos por cifras estrepitosas.¹⁸

Tales manejos ilícitos de recursos tiene mucha concatenación con la salida de elevadas sumas de dinero para colocarlos en paraísos fiscales o financieros, recurso comúnmente utilizado por miembros de élites corruptas que con frecuencia viajan al extranjero (a veces incluso con el beneplácito de autoridades gubernamentales) llevando su dinero mal habido. La creación de nuevas tipificaciones que sancionen tales actos, y un verdadero y eficiente control de los mismos, parecería ser una evidente y hasta lógica solución para dar con los perpetradores de tales manejos.

Asimismo, un combate verdadero para rastrear y ubicar los dineros de la corrupción, ha sido el acordar la colaboración de los diversos paraísos fiscales, que en los últimos años se ha visto que muchos han querido salir de las listas

que mala fama les dan al considerarlos como nidos de empresas fantasma, recolectores de dinero mal habido; llevándoles a buscar limpiar su imagen de país modificando sus normas para permitir un mayor y mejor acceso a las investigaciones de corrupción. Antes de tales sonados escándalos era impensable que esos paraísos fiscales colaboren, pues parecía intocable la información ultra secreta de los autores de todo tipo de negociado turbio, pero ahora existe mucha más presión sobre esas jurisdicciones, lo que está llevando a que sus normativas permitan revelar información importante, y así dejen de ser percibidos como encubridores de corruptos.

Además de conocer quiénes, por qué y cómo se perpetran comúnmente los actos de corrupción que malogran gravemente la economía nacional, también es esencial señalar la falta de un efectivo y adecuado control del gasto público; pues las diversas y constantemente modificadas normas de la planificación y el manejo de las finanzas públicas prevén las formas de financiar el presupuesto del Estado, pero no resguardan de modo claro, seguro y transparente el control del manejo de esos recursos.¹⁹ Es decir que un primer supuesto es la forma como puede nutrir su presupuesto el Estado, y otro el efectivo control del gasto de tales recursos, siendo que en ambos supuestos se pueden detectar actos de corrupción.

Por ejemplo, el contrabando de bienes en frontera –o en altamar que a *vox populi* es conocido como el más importante–, afectando ingresos aduaneros, o erogaciones millonarias de subsidios, refleja que los contrabandistas son más inteligentes y están mucho mejor equipados que las autoridades de control, o que todos son cómplices y encubridores de tales actos al beneficiarse directa o indirectamente de los mismos. El efecto de todo ello es mortal para un Estado que deja de percibir significativas cantidades de dinero, o que gasta otras tantas, que deberían estar siendo empleadas en quienes verdaderamente lo requieren.

Asimismo, se sabe que la recaudación tributaria ha mejorado notablemente en las últimas décadas, representando un aporte sustancial para las finanzas públicas. O el elevadísimo endeudamiento externo, en que el país pelea por tener una mejor percepción internacional honrando sus deudas, para luego seguir endeudándose, lo que también ha permitido nutrir más las arcas fiscales. O, incluso, los elevados ingresos que representa la venta de los *commodities* para las finanzas públicas. Sin embargo, restan certeros y eficientes controles tanto de la forma y condiciones sobre cómo se nutre el presupuesto del Estado, como del destino que se hace de tales recursos recaudados.

Así, tenemos lo que ya se ha sabido se da desde hace años atrás, y todavía se sigue dando, sobre la contratación pública inmoral y deficiente, por más uso de tecnologías supuestamente transparentes que se hayan implantado; y las constantes reformas normativas y cambios de funcionarios a cargo de la materia; pues el soborno forma parte de los presupuestos de las empresas proveedoras de bienes y servicios como medio de lograr la concesión de un contrato.

Por tanto, es claro que en esta amalgama de oportunidades de financiar y luego erogar el presupuesto de la cosa pública, no solo participan los funcionarios gubernamentales (independientemente de la función del Estado, o entidad pública a la que pertenecen), sino también, y con gran importancia de su rol, las personas o empresas privadas ya que un gran sector de estas es la principal beneficiaria de la corrupción y, por ende, la alienta y estimula.²⁰

V.- Aspectos político-administrativos del combate a la corrupción

Algo que hemos venido reiterando es que faltan mecanismos eficientes de control en las áreas en las que las actividades corruptas no tienen límite, como por ejemplo en el régi-

men de contratación pública, en el control y rendición de cuentas respecto a la ayuda para el desarrollo, en una completa depuración del sistema de justicia que es débil debido a diversos fiscales y jueces corruptos que lo conforman; en una mejora sustancial del sistema legislativo (evitando leyes que a propósito se redactan en forma mediocre o escueta, facilitando la recuperación de pruebas que reflejen la corrupción); estableciendo litigios estratégicos que consigan la recuperación de bienes (no solo contentándose con que los pocos corruptos que caen vayan a la cárcel) o ejerciendo verdaderas acciones de repetición por el resarcimiento de los daños causados contra los culpables de tales actos.

También sería importante crear instituciones de control dotadas de coercibilidad, ya que el trabajo de las existentes (algunas desde años atrás, y otras con funciones poco claras o repetitivas) no ha reflejado que haya un cada vez mejor y más transparente manejo de las cuentas, más bien todo lo contrario. Aunque pueden ser instituciones que gozan de autonomía tanto en su financiamiento como en la selección de su personal, no tienen autoridad para imponer sanciones legalmente vinculantes. Como resultado de lo anterior, el impacto de sus informes, de sus decisiones o resoluciones depende en gran medida de la respuesta de las autoridades judiciales.

En el Ecuador tenemos como institucionalidad creada para combatir la corrupción las siguientes entidades: la Contraloría General del Estado (existente desde el año 1927), la Fiscalía General del Estado como parte de la función judicial, de la que también forma parte el Consejo de la Judicatura (como órgano administrativo de control y selección de jueces); el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; la Unidad de Análisis Financiero y Económico; la Secretaría Anticorrupción (recientemente anunciada su desaparición sin haber reflejado

logro alguno durante su existencia); la Comisión de Expertos Internacionales de Lucha contra la Corrupción en Ecuador (CEICCE²¹).

Los estudiosos de esta temática también ha indicado que, en lo que se refiere a las entidades de control como la Contraloría General del Estado, las Superintendencias que deben vigilar a entidades y funcionarios en sus diarias actividades, son muchas veces parte del botín político y, por ende, sujetas a los dictados corruptos del coyuntural poder político. A tal punto que estas entidades han servido para combatir y perseguir enemigos políticos, así como para absolver a sus controladores.²²

Cabe finalmente indicar que muchos de estos círculos viciosos de corrupción inician con el financiamiento millonario de campañas políticas, con el principal objetivo de que, una vez alcanzado el poder y control político, se parcelen y repartan importantes cuotas en las funciones del Estado, incluyendo los organismos de con-

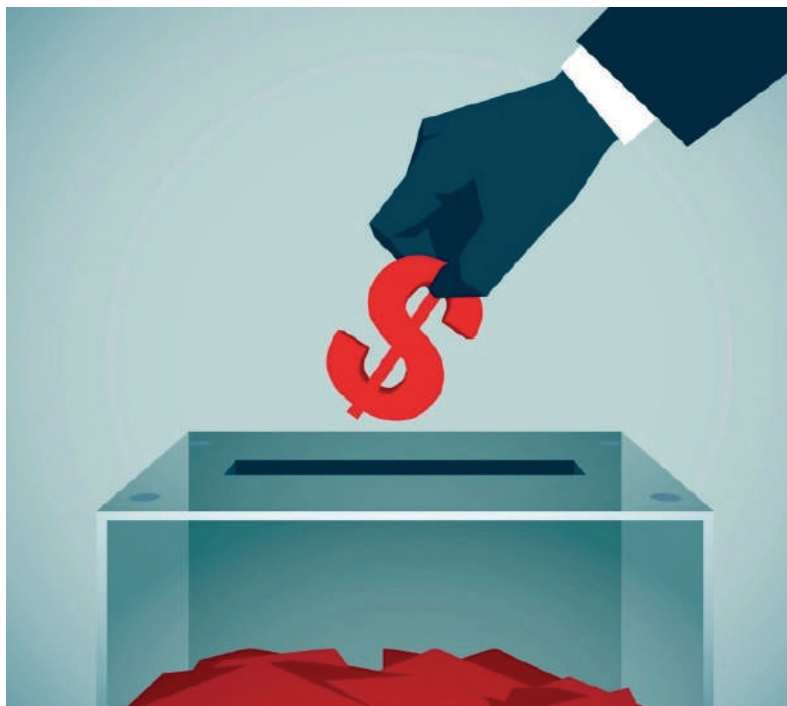
trol, y en toda entidad o empresa pública para repartirse el festín, donde la prevalencia del bien común o bienestar de las mayorías no importa. Por ello, las entidades a cargo del control electoral deberían tener clara la prioridad de reformar de modo transparente –si realmente son imparciales e independientes– las normas sobre el financiamiento de las campañas políticas.

VI.- Aspectos sociales y culturales del combate a la corrupción

En lo social y cultural pareciera que la corrupción es un mal que forma parte de la sociedad, como un aspecto propio de la cultura local, con la que cabe acostumbrarse a vivir,²³ al punto que muchos políticos involucrados en grandes escándalos siguen gozando de amplia favorabilidad por parte de sus electores. Sin embargo, cada vez se generan mayores críticas en la ciudadanía, más aún que ahora que ni la emergencia sanitaria ha evitado que se siga robando.

El mal endémico de la corrupción parecería estar presente en todo nivel socioeconómico (tanto entre quienes tienen pocos incentivos y oportunidades laborales, como entre quienes manejan el poder político y económico), relacionado a actitudes subjetivas y sociológicas como la codicia o la búsqueda del bienestar individual por sobre el colectivo.

Posibles alternativas para combatir la corrupción en diversos niveles se difunden constantemente, como a través de la educación desde edades tempranas, y sobre todo el replanteamiento de valores éticos a través de la sociedad



civil organizada; sin que se lleguen a concretar cambios verdaderos en el modo de actuar de los ciudadanos.

Lo medular de la concientización en la sociedad es el promover valores cívicos y éticos, con más énfasis desde la niñez y juventud, para que se cambie la percepción sobre todo tipo de acto que pueda ser catalogado como corrupto, en diversos niveles, y así las nuevas generaciones crezcan entendiendo que tales actos son nocivos y deben ser rechazados. Ello permitiría generar una presión en quienes puedan detectarlos, perseguirlos y sancionarlos eficientemente, logrando en un mediano plazo el evitar que se sigan cometiendo actos de corrupción como *modus operandi* normal de países pobres.

Otro mecanismo de apoyo puede ser el establecer verdaderos centros de consultoría y defensa legal entre las organizaciones que luchan por la defensa de los derechos humanos, y aquellas que combaten la corrupción, con apoyo de organizaciones no gubernamentales, la academia, los pocos políticos honestos o que velan por el bien común por sobre el individual, los medios de comunicación desinteresados (quienes tienen una gran capacidad para influir y desarrollar conciencia anticorrupción entre los jóvenes), las asociaciones de empresarios que quieran combatir estos flagelos, y los movimientos rurales y populares que verdaderamente quieran combatir la corrupción; ofreciendo por ejemplo consejo legal gratuito en casos relacionados con la corrupción, encargándose también de encontrar pruebas duras en tales casos, y llevarlos ante la justicia para mediatizarlos, y exigir sanciones y correctivos ejemplificadores.

VII.- Conclusiones

Por lo expuesto, es claro que en países como el Ecuador, rico en recursos naturales pero muy inequitativo en su distribución, y pobre en institucionalidad y desarrollo, no cuenta con estruc-

turas democráticas sólidas, con verdaderos y eficientes mecanismos de rendición de cuentas ante los ciudadanos, lo que hace que siga existiendo un terreno propicio para la corrupción.²⁴

Si las próximas generaciones crecen percibiendo la corrupción como algo normal, la batalla se habrá perdido;²⁵ por lo que también sería apropiado que desde edades tempranas se dé un replanteamiento de valores cívicos y éticos. Las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, los grupos empresariales, los institutos de investigación, la academia, los medios de comunicación, los industriales, incluso cada núcleo familiar, juegan un papel crucial en los esfuerzos tanto para combatir la corrupción como para promover y proteger los derechos humanos afectados por ella.

Las normas de transparencia, por ejemplo, como actualmente se encuentran dictadas y aplicadas en el Ecuador, no son completamente útiles sobre la información de los contratos y documentos públicos que debería ser divulgada;²⁶ por lo que podrían ser desarrollados mejores parámetros que establezcan aspectos puntuales mínimos y esenciales de difusión de cada contratación pública (sobre todo de los proyectos más caros, o emblemáticos), como información detallada de los contratistas con el Estado (incluyendo sus consorciados, accionistas, socios, empresas relacionadas, hasta detallar las personas naturales que están por detrás de tanta empresa), las cuentas bancarias de destino de los recursos públicos pagados, las declaraciones patrimoniales de los mayores beneficiarios con tales recursos; las cantidades de ocasiones anteriores que hayan sido contratistas del Estado (con el detalle de las obras y montos contratados).

Por otra parte, es imprescindible que los fiscales y jueces apliquen la ley sin miedos ni compromisos, venciendo temores reverenciales,

estando resguardados de lo que la propia ley exige y garantiza: la independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones; además de aplicar el deber moral de ingratitud al momento de ser elegidos en sus cargos. Solo así podrían actuar en beneficio de la verdad, con pragmatismo y protegidos de influencias perversas y de

poderes que buscan impunidad. Si los fiscales investigan y acusan sobre una base selectiva, la independencia y la autoridad de la judicatura también estará comprometida. Estas son las dos áreas cruciales a las que deben prestar atención las organizaciones anticorrupción e incluso los defensores de los derechos humanos®

1. Javier Zavala Egas indica: "...ciertamente, la corrupción al trastocar los valores de la ciudadanía y la juventud confunde lo que es correcto con lo incorrecto. Se crea la cultura de la tolerancia con el pícaro triunfador y éste, en vez de ser un marginado, pasa a ser pieza clave de gremios y grupos de tipo social, cultural, profesional y también políticos. La sociedad tolera la inmoralidad e, inclusive, políticamente se dice que no importa que robe, con tal que el funcionario público trabaje".
2. Piergiorgio M. Sandri, *Historia de la corrupción*, publicado en La Vanguardia el 03 de agosto de 2012.
3. Carlo Alberto Brioschi, *Breve historia de la corrupción*, Taurus.
4. Incluso recordemos que Judas Iscariote vendió a Jesús por treinta monedas de plata.
5. Alfredo Alvar, *El duque de Lerma, corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC. En la literatura tenemos que Sancho Panza, en *El Quijote*, exclama: "Yéndome desnudo, como me estoy yendo, está claro que he gobernado como un ángel".
6. Piergiorgio M. Sandri, ob. cit.
7. Ibídem.
8. Estudios señalan la moral rígida y efectiva ejercida por el Inca en el Tahuantinsuyo, que sancionaba hasta con pena de muerte las faltas administrativas relacionadas con la riqueza del imperio. Incluso, los funcionarios que no cumplieran con sus deberes eran considerados ladrones y eran castigados (Contraloría General de la República del Perú, en su libro *La Contraloría cuenta su historia*, Lima, 2013).
9. "El final del Imperio de los Incas estaba decretado no por el mandato vacío de los oráculos, sino por el abandono de las normas esenciales de humanidad y severidad moral, y de las fuerzas tradicionales que habían hecho la grandeza de la cultura incaica" (Raúl Porras Barrenechea, *La caída del imperio incaico*, Revista de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1935).
10. El politólogo Cayetano Llovert nos explica y dice: "Ahora cuando ganamos espacios democráticos es cuando aparecen más corruptos. No es que las dictaduras no hayan sido corruptas lo que pasa es que ahora se ve con toda claridad a los pillos" (Javier Zavala Egas, *Corrupción política, el caso del Ecuador*).
11. El ex Secretario General de la OEA, César Gaviria, expresó que "la corrupción es una de las más graves amenazas para la democracia, distorsiona los sistemas económicos y constituye un factor de desintegración social".
12. Grupo FARO. *Informe de avance a la política pública de Lucha contra la Corrupción*, Quito, 2019.
13. Novoa Curich, Yvana Lucía. *¿Son las Convenciones de lucha contra la corrupción Tratados de Derechos Humanos?*, THÈMIS-Revista de Derecho, 2016.
14. Acción de repetición prevista en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollada en el artículo 344 del Código Orgánico Administrativo.
15. Para el año 2019, tal índice para el Ecuador reflejó 38 sobre 100, siendo lo cercano a 0 lo altamente corrupto, y al 100 lo muy limpio.
16. International Council on Human Rights Policy, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el vínculo*. México, 2009.
17. Ob. cit.
18. Ante lo cual cabe el aforismo *quien más tiene, más quiere*.
19. Podría ser apropiado, por ejemplo, que se establezca un sistema informático transparente que demuestre, sin reservas, de manera pública y de fácil acceso, la asignación, entrega, pagos, gastos y usos de las finanzas públicas; pues

–se reitera– podría estar claro cómo se financia el Estado, pero lo oscuro sigue siendo cómo se gasta o dispone de ese dinero de todos.

20. Javier Zavala Egas, *Corrupción política, el caso del Ecuador*. Documento del año 1998.
21. La CEICEE fue delineada por Decreto Presidencial No. 731, de 13 de mayo de 2019. Hasta la fecha no tiene un Estatuto o normativa de funcionamiento ni, lo que es más grave, la manera de su financiamiento (a fin de guardar la debida independencia e imparcialidad). Por ello se ha indicado que “*Lo que una comisión de este tipo no puede hacer es sustituir los esfuerzos nacionales de lucha contra la institución; fortalecer sí, pero no reemplazar a su sistema investigativo ni judicial, pues la comisión no puede permanecer siempre en el país, ni reemplazar al Estado*” (Ecuador, *el lento y polémico camino de la lucha anticorrupción*. Plan V, Agosto 2019.
22. Javier Zavala Egas, ob. cit.
23. De ahí el aforismo de que *no importa que roben con tal que hagan obra*.
24. International Council on Human Rights Policy, Ob. cit.
25. Ibídem.
26. Parece de poca importancia conocer el organigrama de cada entidad pública, los sueldos al centavo de cada funcionario, o incluso la cantidad de documentos que son requeridos o contestados anualmente por cada institución del Estado.

Bibliografía

- Alvar, Alfredo. *El duque de Lerma, corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*, Consejo Superior e Investigaciones Científicas, CSIC.
- Brioschi, Carlos Alberto. Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días; traducción de Juan Ramón Azaola; prólogo de Baltazar Garzón. Taurus. Madrid, 2010.
- Contraloría General de la República del Perú. *La Contraloría cuenta su historia*. Lima, 2013.
- Etkin, Jorge Ricardo. *La doble moral de las organizaciones: los sistemas perversos y la corrupción institucionalizada*. McGraw-Hill. Madrid, 1993.
- González, Pérez, Jesús; Cizur Menor. *Corrupción, ética, y moral en las administraciones pública*. Civitas, 2014.
- Grupo FARO. *Informe de avance a la política pública de Lucha contra la Corrupción*, Quito, 2019.
- International Council on Human Rights Policy, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el vínculo*. México, 2009.
- Novoa Curich, Yvana Lucía. *¿Son las Convenciones de lucha contra la corrupción Tratados de Derechos Humanos?* THÈMIS-Revista de Derecho, 2016.
- Plan V. Ecuador, *el lento y polémico camino de la lucha anticorrupción*. Agosto 2019. En: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-el-lento-y-polemico-camino-la-lucha-anticorrupcion>
- Porras Barrenechea, Raúl. *La caída del imperio incaico*. Revista de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1935, en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/linguistica/legado_quechua/la_caída.htm
- Sandri, Piergiorgio M. Historia de la corrupción, publicado en La Vanguardia el 03 de agosto de 2012. En <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20120803/54331562523/historia-de-la-corrupcion.html>
- Zavala Egas, Javier. *Corrupción política, el caso del Ecuador*. Documento del año 1998. En <http://old.clad.org/documentos/otros-documentos/corrupcion-politica-el-caso-del-ecuador>
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

**Son momentos en los que las
formas de trabajo han cambiado**

**TRASLADE SU
ESTUDIO JURÍDICO
A SU HOGAR**

CON
DOMINIUM
CASOS+plus

Gestione
sus casos y
supervise el
rendimiento de
sus colaboradores
desde casa

**OBTENGA
2 MESES
DE GRACIA**

con su tarjeta
preferida

 **Diners Club
INTERNATIONAL**



CONTACTOS

Quito: 097 878 4026 / 098 338 2870
Guayaquil: 095 887 1610

edicioneslegales@corpmyl.com

Síguenos en:





ELECCIONES DIGITALES Y SEGMENTADAS EN VIRTUD DEL DISTANCIAMIENTO SOCIAL

- OPCIONES ELECTORALES PARA EL ECUADOR EN 2021 -

Ricardo Fabricio Andrade Ureña /
Esteban Ron Castro

Resumen

La vida, la sociedad, el derecho y por consiguiente la democracia han sufrido un cambio significativo, que viene de la mano de una pandemia. Por consiguiente, es menester de los ciudadanos, el buscar mecanismos adecuados para sobrellevar todas las actividades que nuestro sistema electoral, obligan a cumplirlas mediante un calendario regresivo. Por consiguiente,

este artículo va encaminado al análisis de la procedencia de elecciones digitales y segmentadas, desde un contexto jurídico y de legitimidad de la administración pública, desde una perspectiva de necesidad de una nueva normalidad, que priorice el distanciamiento social.

Palabras clave: Elecciones, democracia, distanciamiento social, segmentación, elecciones digitales.



Ricardo Andrade Ureña

- Abogado y Licenciado en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad Técnica Particular de Loja; Especialista en Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Andina Simón Bolívar; Diplomado Superior en Derecho Notarial y Registral, Escuela Politécnica Ecológica. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Universidad Autónoma de los Andes, Universidad Nacional de Loja, Universidad Técnica Particular de Loja e Indoamérica. Funcionario Judicial en la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Secretario de la Delegación Provincial Electoral de Loja. Vocal y Presidente de la Comisión Jurídica de la Junta Provincial Electoral de Loja. Director de la Delegación Provincial de Zamora Chinchipe, Asesor de la Coordinación General Administrativa Financiera del CNE. Coordinador General de Asesoría Jurídica y Procurador Judicial del Presidente de la Función Electoral en el Consejo Nacional Electoral del Ecuador. Juez de Unidad Judicial de la Familia Mujer Niñez Adolescencia y Menores Infractores y actualmente Juez de Garantías Penales. Ha aportado con varias publicaciones en materia de derecho constitucional, electoral y contratación pública. Conferencista en temas relacionados con derecho administrativo, electoral y participación política.



Abstract

Life, society, law and therefore democracy have undergone a significant change, which comes hand in hand with a pandemic. Therefore, it is necessary for citizens to seek adequate mechanisms to cope with all the activities that our electoral system forces them to carry out through a regressive calendar. Therefore, this article is aimed at the analysis of the origin of digital and segmented elections, from a legal context and the evident need for a new normality that prioritizes social distancing.

Keywords: Elections, democracy, social distance, segmentation, digital elections.

INTRODUCCIÓN

Dentro del ambiente generalizado de nuestro país y en virtud de una afectación directa por parte de la pandemia provocada por la Covid-19, se ponen de manifiesto una gran cantidad de voces respecto de cómo van a ser las elecciones en el año 2021, las que por mandato constitucional serán el mecanismo de cambio de Presidente y Vicepresidente de la República, renovación de los miembros de la Asamblea Nacional; y, los representantes del Ecuador ante el Parlamento Andino.

Esta situación ha generado varias posturas al interior del sistema democrático del país; que en su momento se caracterizó por la inacción del organismo de administración electoral,

Consejo Nacional Electoral, debido a que no tenías ninguna evidencia de trabajo o al menos estudio de parte de sus autoridades para propender una solución para el proceso electoral que se avecina.

Antes de un planteamiento de cualquier tipo de solución electoral electrónica o de segmentación del sufragio, debemos analizar el marco jurídico que el propio sistema impone a la autoridad electoral para que esta sea la que pueda definir una solución y las restricciones o candados que este impone.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando nos imaginamos la imposibilidad de tener una votación en el orden normal establecido, es decir, recintos electorales en todo el país, juntas receptoras del voto con más de 300 electores asignados

- Licenciado en ciencias jurídicas y políticas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Internacional de Posgrado en Observación Electoral y Asistencia Electoral Internacional por la Universidad de Valencia - España; Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar; Máster en Democracia y Gobierno por la Universidad de Salamanca - España; Especialista Superior en Comunicación Social y Magíster (elaboración de tesis) en Comunicación Estratégica por la Universidad Andina Simón Bolívar. Se ha desempeñado en diversas funciones en ámbito público y privado, con experiencia basada en: Derecho: Público, Administrativo, Constitucional, Electoral; Negociación; Análisis Político; Comunicación Estratégica y Política. En la actualidad: Asesor de Presidencia del Consejo Nacional Electoral Transitorio.



Esteban Ron Castro

a cada una y la movilización de material electoral, fuerza pública y todo el comercio que se mueve alrededor de la misma, nos vemos en un escenario de acumulación de personas, de acciones y soluciones inmediatas que requieren de despliegue de personal; en fin una situación nada parecida a lo que se ha establecido como el distanciamiento social.

La lógica con la que la sociedad discierne soluciones de cualquier proceso: estatal, público, privado, laboral, de administración, profesional, en estos momentos de distanciamiento y confinamiento, es el traslado de estos al espectro de ejecución telemática o electrónica; en este caso un sistema de votación electrónico.

Sin embargo en el ámbito electoral esto no es tan sencillo debido a la conjunción de los principios universales del voto, los mismos que están recogidos en el Art. 10 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; donde se establece que el voto es un acto de expresión de la voluntad soberana de los ciudadanos, el mismo que deberá ser: “universal, igual, periódico, directo, secreto y escrutado públicamente, que se manifiesta en los tiempos, condiciones y bajo las normas que esta ley señala para garantizar la permanencia y el perfeccionamiento de la democracia”.

Las características que más llaman la atención en este caso, para efectos de este artículo es la necesidad de crear un sistema de votación universal (participación de todos los ecuatorianos) y directo (no a través de representaciones).



No se puede dejar de lado el mandato constitucional y legal que hacen que el voto sea obligatorio para todos los ecuatorianos, lo que deviene en que a través de un ejercicio coercitivo de naturaleza económica y de posterior necesidad administrativa (presentación del certificado de votación para trámites específicos) los ecuatorianos nos veamos no solo obligados por respeto a los principios democráticos y conciencia ciudadana sino por una obligación generada por una necesidad.

Finalmente, y algo que afecta a la segmentación planteada o al menos en discusión es la configuración de la temporalidad de la votación; y, solo nos referimos a la votación y sufragio debido a que el proceso electoral tiene 3 etapas claramente definidas, es decir a la etapa estrictamente electoral tiene una configuración legal para realizarse en un solo día; cualquier segmentación

previa como el voto de las personas privadas de libertad o de personas con discapacidad (programa voto en casa) están en el régimen de la voluntariedad del voto. Basta solo hacer un análisis semántico de todo el Código de la Democracia para ver que el término “día de las elecciones” y los actos que se configuran para tal así como la secuencia de procesos para ese día en particular como el inicio del escrutinio se prevean con una temporalidad diferente a la que plantean como solución las autoridades electorales de momento.

Inclusive, voto en el exterior plantea que el mismo sea ejecutado el mismo día de las elecciones con diferentes husos horarios.

SOLUCIONES PLANTEADAS

Posiblemente, toda la discusión que se está teniendo en torno a la solución de las votaciones pueda ser aplacada por factores externos, esto es que regresemos a una “normalidad” condicionada y se puede ejecutar el proceso electoral como siempre se lo ha hecho en el país, o al menos conforme a su configuración legal actual.

Sin embargo es responsabilidad de las autoridades estatales, al encontrarse dentro de la administración pública actuar

bajo los principios y buenas prácticas que la rigen; en este caso la previsión, contingencia, eficacia y eficiencia.

Del voto digital

Como ya se ha señalado, una vez que nos encontramos en este espectro, lo primero que se nos viene a la mente es una solución de voto electrónico; pero el mismo está siendo descartado por las propias autoridades, ya que las 3 tipologías del mismo mundialmente aceptadas también requieren de movilización de personas recintos electorales ya que lo que cambia en este sentido es la forma en la que se consigna el sufragio; esto es a través de una papeleta electrónica en una interfaz; a través de una urna electrónica de lectura de voto; o, finalmente a través de un ejercicio de lectura electrónica del voto.

Se ha definido como el voto digital, ya desde hace muchos años, a la “posibilidad de sufragar utilizando Internet” (Rial, 2004) a diferencia del voto electrónico que es el acto de sufragio a través de mecanismos y máquinas dispuestas en una red propia del organismo electoral que solo está conectado a una red propia y facilita el conteo.

Definitivamente, lo que en Ecuador debemos realizar o analizar es la posibilidad de

una votación digital o una solución telemática para el sufragio.

Esta solución tiene una difícil cabida legal en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que el propio Código de la Democracia restringe de manera directa la utilización de mecanismos electrónicos para ciertos procesos de la ingeniería electoral dispuesta, esto es:

- Voto electrónico.- “Art. 109.- Las votaciones en las elecciones directas se realizarán mediante el empleo de papeletas electorales previstas en la normativa que para el efecto emita el Consejo Nacional Electoral. En caso de que se implemente un mecanismo de voto electrónico que no requiera de papeletas, este deberá tener las seguridades y facilidades suficientes.”
- Voto y escrutinio.- “Art. 113.- El Consejo Nacional Electoral podrá decidir la utilización de métodos electrónicos de votación y/o escrutinio en forma total o parcial, para las diferentes elecciones previstas en esta ley. En este caso introducirá modificaciones a su normativa, en cuanto fuera necesario, de acuerdo al desarrollo de la tecnología”.

Al parecer el Art. 113 daría la apertura para la implementación de un método electrónico de votación, sin embargo como ya se ha visto el voto electrónico tiene otra finalidad, ya que su naturaleza responde a la automatización de acto de votar.

Históricamente el voto electrónico, tiene su origen en las experiencias de automatización del acto de votar desde la introducción de las máquinas de votación en el estado de Nueva York, Estados Unidos a finales del siglo XIX con las que se denominan como palancas o “lever machines”.

La reconfiguración del sistema electoral a través de cualquier experiencia de la votación digital, requiere de un sinnúmero de factores que no solo tienen que ver con la capacidad técnica de adecuación de todo lo que implica una votación electrónica, principalmente el aspecto de la seguridad de la información y de los sistemas que se implementen; además del tiempo que se requiere para la producción, desarrollo y parametrización de todo un nuevo esquema. Sin dejar de lado los procesos de adaptación social que esto implica entre los que no se puede dejar de lado los niveles de aceptación y confianza hacia la administración electoral.

De la confianza (des)

Cualquier acto de la administración pública que implica un cambio en los procesos a los que estamos acostumbrados como administrados, siempre trae consigo un proceso de adaptación, el mismo que en muchas ocasiones dura un largo periodo de tiempo para lograr su aceptación y una familiarización de ejecución como un algo normal.

Cualquier cambio electoral y de la magnitud en la que se plantea requiere de al menos factores administrativos a considerar, según el autor Fernando Barrientos del Monte, de la UNAM (Barrientos del Monte, 2007).

- a) Apego a los principios democráticos y al sistema jurídico; en nuestro contexto cualquier que sea la solución que se plantee, por segmentación o votación electrónica, se debe mantener como ya lo señalamos dentro de los principios de administración pública y electoral que están recogidos en el régimen legal, que a modo general se los puede especificar como: independencia partidaria o particular de la gestión de las autoridades, profesionalismo y capacidad técnica y respeto máximo del principio de legalidad. Todos los procesos técnicos deben estar supeditados a la política institucional la que debe respetar de manera irrestricta el régimen constitucional y legal establecido en su actuar.
- b) Interacción con otros sectores involucrados; la implementación de sistemas de ejecución e información que cambian el esquema normal de las cosas, requiere del involucramiento de varios sectores externos a la administración electoral como centros de estudios: especializados, universitarios, organizaciones no gubernamentales, industria tecnológica nacional e internacional.
- c) Eficiencia administrativa apegada a la realidad; la implementación de cualquier mecanismo o solución debe ser tomada como una política pública con el respeto a todos los pasos que esta implica, esto es: estudios preparación, pruebas, ejecución, validación pero además que ayude al cierre de brechas sociales y no convertirse causa de exclusión social.
- d) Seguridad de la información; cualquier mecanismo de votación, en lo que haya tecnología de por medio tiene aspectos de preocupación, que es la inseguridad del sector informático, que en la actualidad de vuelve más recurrente y una necesidad imperiosa debido al cómo estamos manejando el trabajo.



De la segmentación del sufragio

Se ha considerado como una solución al problema nacional, la segmentación del sufragio, esto es una separación conceptual de los electores para evitar la aglomeración de personas, por lo que en este sentido se podría romper con el principio del derecho electoral dispuesto como la unidad del acto electoral, por el que se pretende que la conjunción de pasos y procesos previos no rompa con la voluntad de los electores en las urnas.

Una segmentación podría ser peligrosa en el sentido de que los electores cualquiera que sea su segmento podrían señalar a manera de sondeo sus preferencias electorales haciendo que se forme una especulación en cuanto al resultado, lo que puede devenir en acciones de facto como la búsqueda de anulación de urnas, alteraciones al orden de la votación e inclusive incidencias en los procesos de escrutinio.

CONCLUSIONES

Cualquiera de las soluciones que se planteen para solven-

tar el problema que se da en la actualidad son viables bajo muchos condicionamientos de índole social, político, institucional y técnico.

Si bien, hay tendencias respecto a la segmentación del voto, toda segmentación de procesos requiere al menos de 3 subprocesos: conocimiento y procesamiento de datos, clasificación y control del proceso.

En este sentido la segmentación se deberá dar en al menos 3 ámbitos: personal, territorial y generacional; no solo debe darse en virtud de una separación de números de cédula y género como se ha planteado, debido a que existen sectores territoriales con menos riesgo que otros y población con más riesgo; he aquí un claro ejemplo de la coordinación institucional que pueda darse.

Los desafíos son amplios e irán variando de acuerdo a las circunstancias nacionales y mundiales; la institución de administración electoral deberá adecuar su actuar con estricto apego legal y constitucional para solventar soluciones circunstanciales a la época²⁰

Referencias

- Barrientos del Monte, F. (2007). Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia Política*, 111-131.
- Rial, J. (2004). Posibilidades y límites del voto electrónico. En F. Tuesta Soldevilla, *Elecciones*. Lima: ONPE.

César Beccaria



*“Cuando las leyes son claras y precisas,
la función del juez no consiste más que en
comprobar un hecho”*

Cesare Bonesana, marqués de Beccaria nació el 15 de marzo de 1738 en Milán fue hijo primogénito de una familia acomodada que disfrutaba de privilegios ya que estaba emparentada con miembros del clero y dirigentes de Lombardía. Sus primeros estudios los realizó en el Colegio de los Nobles de Parma, regentado por los jesuitas cuyos rígidos sistemas pedagógicos criticaría más tarde con dureza. En 1758 finalizó sus estudios de jurisprudencia en la Universidad de Pavia y regresó a Milán. El hecho más destacado de su juventud fue su amistad con los hermanos Alessandro y Pietro Verri en cuya casa se reunían varios jóvenes inquietos y ansiosos de conocer las obras de enciclopedistas franceses, así como las noticias sobre recientes ajusticiamientos arbitrarios.

Aún en contra de su familia, se casó con Teresa Blasco de origen hispano-siciliano, hija del coronel español Doménico Blasco; tuvo con ella dos hijas, María y Julia, la última casada en 1782 con Pietro Manzoni y madre del célebre autor de *Los novios*. Muerta la primera esposa, contrajo un segundo matrimonio, que le hizo padre de Julio.

Con los hermanos Verri y otros amigos fundó la academia llamada ingeniosamente "Società de' Pugni"; esta entidad publicó el periódico *Il caffè*, que apareció en Milán cada diez días entre junio de 1764 y mayo de 1766. Asiduo lector de los enciclopedistas, se inspiró en sus ideas y en toda la cultura racionalista para algunas de sus opiniones fundamentales sobre el derecho y la economía.

Después de un período lleno de dificultades terminó reconciliándose con su familia.

Por: Eugenia Silva G.
Directora

Su principal obra, **Ensayo sobre los delitos y las penas** (1764), critica la severidad y abusos de la ley criminal, especialmente la pena capital y la tortura, consiguió una gran popularidad y se tradujo a todas las lenguas europeas. Esta obra representó los puntos de vista oficiales de la Ilustración en el terreno jurídico y ejercería una gran influencia en las reformas penales posteriores. Sus escritos proporcionaron guías jurídicas para las reformas de los **Códigos penales** de muchos países europeos, llegando su influencia también a los Estados Unidos. Fue el primero en defender la educación como un medio para reducir el crimen. Partiendo de la teoría contractualista, que funda sustancialmente la sociedad sobre un contrato encaminado a salvaguardar los derechos de los individuos, garantizando el orden, Beccaria definió los delitos como violaciones de este contrato. La sociedad en conjunto goza por tanto del derecho a defenderse, el cual se debe ejercitar con medidas proporcionales a los delitos cometidos (principio de la proporcionalidad de la pena); en un segundo principio se establecería que ningún hombre puede disponer de la vida de otro.

Beccaria sostenía por lo tanto la abolición de la pena de muerte, la cual ni impide los crímenes ni tiene un eficaz efecto disuasorio; por ello se interesó en la prevención de los delitos, que según él se conseguía más por la certeza de la pena que por su severidad.

Si bien Beccaria fue contrario a la pena de muerte, la justificó solo por dos motivos:

- Que el delincuente, aún privado de su libertad, tenga poder que interese a la nación ejecutarlo. Se refiere a delitos de rebelión y traición a la patria.
- Que la ejecución del delincuente fuese «el verdadero y único freno», que contuviera a otros y los separase de cometer delitos.

En 1768 fue nombrado **profesor de Ciencias Fiscales** en la Escuela Palatina de Milán donde durante dos años explicó un curso de economía, publicado sólo después de su muerte. Se retiró de la enseñanza y solicitó un puesto en la administración. Sus últimos años se desempeñó como un alto funcionario.

César Beccaria murió en Milán el 28 de noviembre de 1794, a los 56 años de edad.

Obras:

- Sobre el desorden monetario y su remedio en los estados milaneses (1762).
- De los delitos y las penas (1764).
- Investigación sobre la naturaleza del estilo (1770).
- Elementos de economía pública (póstuma, 1804).

Bibliografía:

- biografiasyvidas.com
- buscabiografias.com
- ecured.cu
- Ruiza, M., Fernández, T. y Tamaro, E. (2004). Biografía de Cesare Beccaria. En *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea*. Barcelona (España). Recuperado de <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/beccaria.htm> el 26 de julio de 2020.

A continuación un extracto “De los delitos y las penas”, libro que tuvo una importancia fundamental en el desarrollo del Derecho Penal, ya que sentó principios éticos y de política legislativa innovadores, que orientaron la construcción de un nuevo sistema penal mucho más justo, racional y respetuoso del ser humano.

1

Origen de las penas

Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuran todos no solo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámolos *motivos sensibles* porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal: no habiendo tampoco bastado la elocuencia, las declamaciones y las verdades más sublimes para sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes.

2

Derecho de castigar

Toda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos. Consul-

temos el corazón humano y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el soberano para castigar los delitos, porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral cuando no está fundada sobre los sentimientos indelebles del hombre. Cualquiera ley que se separe de éstas, encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin; del mismo modo que una fuerza, aunque pequeña, siendo continuamente aplicada, vence cualquier violento impulso comunicado a un cuerpo.

Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas. Cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan a los otros. Cualquier hombre se hace centro de todas las combinaciones del globo.

La multiplicación del género humano, pequeña por sí misma, pero muy superior a los medios que la naturaleza estéril y abandonada ofrecía para satisfacer a las necesidades que se aumentaban cada vez más entre ellos, reunió los primeros salvajes. Estas primeras uniones formaron necesariamente otras para resistirlas, y así el estado de guerra se transfirió del individuo a las naciones.

Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho. Obsérvese que la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra *fuerza*; antes bien aquella es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. Y por justicia entiendo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza. También es necesario precaverse de no fijar en esta palabra *justicia* la idea de alguna cosa real, como de una fuerza física o de un ser existente; es solo una simple manera de concebir de los hombres: manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno. No entiendo tampoco por esta voz aquella diferente suerte de justicia que dimana de Dios, y que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas eternas.

3

Consecuencias

La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la

sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

La segunda consecuencia es que si todo miembro particular se halla ligado a la sociedad, ésta está igualmente ligada con cada miembro particular por un contrato que por su naturaleza obliga a las dos partes. Esta obligación, que descendiendo desde el trono llega hasta las más humildes chozas, y que liga igualmente al más grande y al más miserable entre los hombres, solo significa que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número. La violación de cualquiera de ellos empieza a autorizar la anarquía*. El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación; y otra por el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho. Y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares.

La tercera consecuencia es que cuando se probase que la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese a lo menos inútil, también en este caso sería no solo contraria a aquellas virtudes benéficas que son el efecto de una razón iluminada, que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual circule incesante la medrosa crueldad, sino que se opondría a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social.

* La voz obligación es de esas que son más frecuentes en moral que en cualquier otra ciencia, y que son un signo abreviado de un razonamiento y no de una idea: buscad una para la palabra obligación y no la encontraréis; haced un razonamiento, y comprenderéis y seréis comprendidos.

4

Interpretación de las leyes

Cuarta consecuencia. Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores. Los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición doméstica y un testamento que solo

dejase a los venideros el cuidado de obedecerlo, sino que las reciben de la sociedad viviente o del soberano que la representa, como legítimo depositario del resultado actual de la voluntad de todos; las reciben no como obligaciones de un antiguo juramento, nulo, porque ligaba voluntades no existentes, inícuo, porque reducía a los hombres del estado de sociedad al estado de barbarie, sino como efectos de un juramento tácito o expreso que las voluntades reunidas de los súbditos vivientes han hecho al soberano, como vínculos necesarios para sujetar o regir la fermentación interior de los intereses particulares. Esta es la física y real autoridad de las leyes. ¿Quién será, pues, su legítimo intérprete? ¿El soberano, esto es, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre haya hecho o no una acción contraria a las leyes?

En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones. Esta verdad, que parece una paradoja a los entendimientos vulgares, a quienes impresiona más un pequeño desorden presente que las funestas aunque remotas consecuencias nacidas de un falso principio radicado en una nación, la tengo por demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una recíproca conexión; cuanto más complicados son, tanto mayor es el número de sendas que llegan y salen de ellas. Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en diferentes momentos tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Vemos así que la suerte de un ciudadano cambia con frecuencia al pasar por distintos tribunales, y ser las vidas de los miserables víctima de falsos raciocinios o del actual fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones que le mueve la mente. Vemos pues los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones.

Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación. Obliga este momentáneo inconveniente a practicar la fácil y necesaria corrección en las palabras de la ley, que son la ocasión de la incertidumbre, impidiendo la fatal licencia de raciocinar, origen de las arbitrarias y venales altercaciones. Pero un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad

al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita; cuando la regla de lo justo y de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo, es un asunto de hecho y no de controversia; entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto es menor la distancia entre el que sufre y el que hace sufrir, más fatales que las de uno solo porque el despotismo de pocos no puede corregirse sino por el despotismo de uno, y la crueldad de un despótico es proporcionada con los estorbos, no con la fuerza. Así adquieren los ciudadanos aquella seguridad de sí mismos, que es justa, porque es el fin que buscan los hombres en la sociedad, que es útil porque los pone en el caso de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho. Es verdad que adquirirán un espíritu de independencia, mas no para sacudir el yugo de las leyes ni oponerse a los superiores magistrados, y sí a aquellos que han osado dar el sagrado nombre de virtud a la flaqueza de ceder a sus interesadas o caprichosas opiniones. Estos principios desagradarán a los que establecen como derecho transferir en los inferiores las culpas de la tiranía recibidas de los superiores. Mucho tendría que temer, si el espíritu de tiranía fuese compatible con el espíritu de lectura.

5

Oscuridad de las leyes

Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad, que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aun lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cual será la suerte de su libertad o de sus miembros, en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico. ¡Qué debemos pensar de los hombres, sabiendo que en una buena parte de la culta e iluminada Europa es esta costumbre inveterada! Cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones. Una consecuencia de estas últimas reflexiones es que sin leyes escritas una sociedad no tendrá jamás una forma estable de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto del todo y no de las partes, y en donde las leyes, inalterables salvo para la voluntad general, no se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares. La experiencia y la razón han demostrado que la probabilidad y certeza de las tradiciones humanas se disminuyen a medida que se apartan de su origen. ¿Pues cómo resistirán las leyes a la fuerza inevitable del tiempo y de las pasiones, si no existe un estable monumento del pacto social?

En esto se echa de ver qué utilidades ha producido la imprenta, haciendo depositario de las santas leyes, no algunos particulares, sino el público, y disipando aquel espíritu de astucia y de

trama que desaparece a la luz de las ciencias, en apariencia despreciadas y en realidad temidas de sus secuaces. Esta es la ocasión por la que vemos disminuida en Europa la atrocidad de los delitos que hacían temer a nuestros antiguos, los cuales eran a un tiempo tiranos y esclavos. Quien conoce la historia de dos o tres siglos a esta parte y la nuestra, podrá ver cómo del seno del lujo y de la delicadeza nacieron las más dulces virtudes, la humanidad, la beneficencia y la tolerancia de los errores humanos. Verá cuáles fueron los efectos de aquella que erradamente llamaron antigua simplicidad y buena fe: la humanidad gimiendo bajo la implacable superstición, la avaricia y la ambición de pocos tiñeron con sangre humana los depósitos del oro y los tronos de los reyes, las traiciones ocultas, los estragos públicos, cada noble hecho un tirano de la plebe, los ministros de la verdad evangélica manchando con sangre las manos que todos los días tocaban el Dios de mansedumbre, no son obras de este siglo iluminado, que algunos llaman corrupto.

6

Proporción entre los delitos y las penas

No solo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.

Es imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen éstos en razón compuesta de la población y de la trabazón de los intereses particulares, de tal suerte que no pueden dirigirse geométricamente a la pública utilidad. Es necesario en la aritmética política sustituir la exactitud matemática por el cálculo de la probabilidad. Vuélvanse los ojos sobre la historia, y se verán crecer los desórdenes con los confines de los imperios; y menoscabándose en la misma proporción el sentimiento nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes: así la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza semejante a un cuerpo grave que oprime a nuestro bienestar no se detiene sino a medida de los estorbos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas: si estas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas, que yo llamaré *estorbos políticos*, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma inseparable del hombre, y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.

Supuesta la necesidad de la reunión de los hombres y los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, encontramos con una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público que se llaman delitos, y todas van aminorándose, por grados insensibles, desde el mayor al más pequeño. Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Y en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad, y del fondo de humanidad o de malicia de todas las naciones.

Cualquiera acción no comprendida entre los dos límites señalados no puede ser llamada *delito*, o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en darle este nombre. La incertidumbre de estos límites ha producido en las naciones una moral que contradice a la legislación; legislaciones más actuales que se excluyen recíprocamente; una multitud de leyes que exponen el hombre de bien a las penas más rigurosas, ha hecho vagos y fluctuantes los nombres de *vicio* y de *virtud*, ha hecho nacer la incertidumbre de la propia existencia, que produce el letargo y el sueño fatal en los cuerpos políticos. Cualquiera que leyere con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de buen *ciudadano* o de *reo* cambian con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acaecen en las circunstancias de los países, y por consecuencia siempre conformes al interés común, sino en razón de las pasiones y de los errores de que sucesivamente fueron movidos los legisladores.

Verá muchas veces que las pasiones de un siglo son la base de la moral de los siglos que le siguen, que las pasiones fuertes, hijas del fanatismo y del entusiasmo, debilitadas y carcomidas, por decirlo así, del tiempo, que reduce todos los fenómenos físicos y morales al equilibrio, vienen poco a poco a ser la prudencia del siglo y el instrumento útil en manos del fuerte y del astuto. De este modo nacieron las oscurísimas nociones de honor y de virtud, y son tales porque se cambian con las revoluciones del tiempo, que hace sobrevivir los nombres a las cosas, se cambian con los ríos y con las montañas, que son casi siempre los confines, no solo de la geografía física, pero también de la moral.

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen los hombres aun a las más sublimes operaciones fueron destinados por el invisible Legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción tanto menos observada, cuanto más común, que las penas castiguen los delitos de que han sido causa. Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los

hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

7

Errores en la graduación de las penas

Las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron serlo la intención del que los comete. Ésta depende de la impresión actual de los objetos y de la anterior disposición de la mente: que varían en todos los hombres, y en cada uno de ellos, con la velocísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias. Sería, pues, necesario formar no un solo código particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito. Alguna vez los hombres con la mejor intención causan el mayor mal en la sociedad, y algunas otras con la más mala voluntad hacen el mayor bien.

Otros miden los delitos más por la dignidad de la persona ofendida que por su importancia respecto del bien público. Si esta fuese la verdadera medida, una irreverencia contra el Ser supremo debería castigarse más atrozmente que el asesinato de un monarca, siendo la diferencia de la ofensa de una recompensa infinita por la superioridad de la naturaleza.

Finalmente algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos. El engaño de esta opinión se descubrirá a los ojos de un indiferente examinador de las verdaderas relaciones entre hombres y hombres, y entre los hombres y Dios. Las primeras son relaciones de igualdad. La necesidad sola ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la *utilidad común*, que es la basa de la justicia humana. Las segundas son relaciones de dependencia de un Ser perfecto y criador, que se ha reservado a sí solo el derecho de ser a un mismo tiempo legislador y juez porque él solo puede serlo sin inconveniente. Si ha establecido penas eternas contra el que desobedece a su omnipotencia, ¿quién será el necio que osará suplir a la divina justicia, que querrá vindicar un Ser que se basta a sí mismo, que no puede recibir de los objetos impresión alguna de placer o de dolor, y que solo entre todos los seres obra sin relación? La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede sin revelación saberse por unos seres limitados. ¿Cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos? Podrán los hombres en este caso castigar cuando Dios perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al Omnipotente con la ofensa, pueden también contradecirle con el castigo.

Nota: Se mantiene la ortografía del texto original.

Fuente:

Tratado de los delitos y las penas, Cesare Beccaria, 1764. Publicado por la Universidad Carlos III de Madrid, Serie Historia Legal. 2015.



ESTADO TRANSICIONAL: ¿AGENDA PROGRAMÁTICA O DEBILITAMIENTO IRREFLEXIVO?

Luis Narváez Ricaurte

Resumen

El artículo presenta, en un marco teórico y con ejemplos fácticos, el efecto del proceso de debilitamiento del Estado, como un objetivo planificado que aprovechó la articulación de nuevos mecanismos de participación política y el desgaste de las estructuras partidistas tradicionales, lograr este objetivo.

En este sentido, se puede ver cómo esa vieja aspiración, que en el pasado logró especificar estructuras comerciales como la British East India Company o la Dutch East India Company, actualmente busca formas de control político del Estado. Control que edita el comportamiento articulado por las llamadas "Siete Hermanas" que, antes de la aparición de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), monopolizaron el mercado de los hidrocarburos en todo el mundo, por encima de los intereses de los pueblos y controlando el Estado.

En esta ocasión, el debilitamiento del estado puede verse en la falta de capacidad de influencia social que

tenía al organizar el confinamiento de sus poblaciones frente a la pandemia de covid-19. Además, en una visión más puntual, en el caso de Ecuador, los eventos que en octubre de 2019 obligaron al Estado a retirar un Decreto Ejecutivo que intentaba ajustar el gasto público a través de una redefinición de los costos de combustible y subsidios.

Abstract

The article presents, in a theoretical framework and with factual examples, the effect of the process of weakening the State, as a planned objective that took advantage of the articulation of new mechanisms of political participation and the wear and tear of traditional partisan structures, to achieve this objective.

In this sense it can be seen how that old aspiration, which in the past managed to specify business structures such as the British East India Company or the Dutch East India Company, is currently seeking forms of political control of the State. Control that



edits the behavior of domination articulated by the so-called "Seven Sisters" who, before the appearance of the Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), monopolized the market of hydrocarbons worldwide, above the interests of the peoples and controlling the States.

On this occasion, the weakening of the state can be seen in the lack of capacity for social influence that it had by arranging for the confinement of its populations in the face of the covid-19 pandemic. Moreover, in a more punctual view, in the case of Ecuador, the events that

in October 2019 forced the State to withdraw an Executive Decree that attempted to adjust public spending through a redefinition of fuel costs and subsidies.

DESARROLLO

Una realidad que enfrentamos hoy por hoy, es la evidente debilidad estatal para imponer sus decisiones, la ley y el orden en sus sociedades; debilidad que se puede evidenciar en los escenarios devenidos del sars-cov-2, covid-19 o coronavirus, y el comportamiento social frente a las medidas adoptadas; escenario que ha debido enfrentar no sólo el Estado ecuatoriano, sino todos los Estados urbi-et-orbe, siendo la excepción que confirma la regla: la República Popular China.

La debilidad estatal tiene, definitivamente, causas cuyos orígenes van más allá de los procesos de búsqueda de mayor participación social –legi-

timidad que no se cuestiona-, como aquellos que buscaron una mayor interlocución de la denominada “sociedad civil”, “movimientos sociales”, u otros de igual género, y en cuya agenda existe un objetivo: el empoderamiento y mayor interacción del individuo frente al Estado.

Este ejercicio, se debió al agotamiento de las capacidades de interlocución y la falta de dinamia de las estructuras políticas tradicionales –partidos políticos, esencialmente, que son los llamados a traducir la voluntad popular en una gestión que se articula de modo ideológico y con base a una filosofía política-, anquilosadas y que no permitieron, por un lado, el traspaso generacional, ni por otro el debate y discrepancia conceptual, declarando a todo aquel que no profesase el mismo pensar, como revisionista o in extremis, traidor.¹

- Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales; Abogado de los Tribunales de la República; Doctor en Jurisprudencia; Master en Relaciones Internacionales y PhD en Ciencias Políticas.
- Diplomático de carrera desde 1997.



Luis Narváez Ricaurte

Este proceso de empoderamiento y mayor interacción, no viene solo; está acompañado de un deseo antiguo, pero no por eso menos presente, que ha utilizado la globalización para concretar sus intereses y afincar su agenda a nivel planetario, y esta radica en consolidar el poder económico con el político.

La “necesidad” de empoderamiento e interacción de la sociedad civil fue el conducto eficiente para que las estructuras económicas mundiales puedan consolidarse, replicando los estándares de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, por los cuales ciertos actores, aprovechando la innovación tecnológica, el crecimiento económico y el expansionismo militar, adquirieron altos grados de hegemonía y control de gran parte del mundo (Gómez Sánchez, 2020).

Vemos así que a inicios del siglo XXI, una serie de fenómenos ligados tanto a la globalización económica como a las exigencias identitarias de muy diversos grupos están cuestionando la forma de hacer política (Cuñarro Conde, 2006): mirar al Ecuador², puede resultar un ejemplo de lo afirmado. Así, en el transcurso de una década, entre finales del siglo XX y primeros años del 2000, se produjo, en lo formal, un cambio sucesivo de Jefes de Estado –siete Presidentes de la República entre 1996 y el 2006- y en lo de fondo, un cambio significativo en el comportamiento individual y social frente a la política, y

primeros pasos de empoderamiento e interacción política (Narváez Ricaurte & Narváez Rivadeneira, 2019).

Aquellos diez años de inestabilidad política ecuatoriana, constituyeron el “caldo de cultivo” de algunos fenómenos, entre los cuales podemos destacar la aparición de *outsiders* –que siempre han existido, pero nunca con una probabilidad tan real de alcanzar el poder-, la conformación de estructuras para-partidistas como lo son los *movimientos*³ –manifestación de una cultura antipolítica con nueva tendencia de hacer política-, discursos tecnocráticos que extremaron la despolitización de las expectativas y demandas ciudadanas –deviene como fenómeno contestatario disfrazado de objetividad-, reencauche de “viejos caudillos” y aparición de “nuevos caudillos” –como parte de la transformación de la cultura política y de los propios procesos de participación- y, un ejercicio de movilidad político social, del resultado de la exacerbación del derecho político individual –olvidándose en el discurso, incluso académico, de que todo derecho tiene su concomitante obligación-.

Para entender el fenómeno, resulta obvio, por un lado, que parte de esta situación de cambio, no la calificaremos de evolución o involución, sino sólo de cambio, se debe a una crisis de representación de los partidos políticos, como organismos autoreferenciados⁴; y por otro, colofón de lo dicho, la pérdida de confianza de la población en los partidos políticos, dejando de ser éstos la forma predominante de participación de las masas y permitiendo el surgimiento de otras formas de representación.⁵

"La “necesidad” de empoderamiento e interacción de la sociedad civil fue el conducto eficiente para que las estructuras económicas mundiales puedan consolidarse, replicando los estándares de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX."

En esta realidad, los partidos políticos dejaron de cumplir su función de servir como canal de representación; promoción de la participación; y, determinación de la política estatal y la organización del gobierno (Narváez Ricaurte, 2009). Funciones que no logran desarrollar adecuadamente ni en el espacio ejecutivo/gubernativo, ni en el legislativo, transformando a los partidos políticos únicamente en maquinarias-empresariales electorales.

A esta pérdida funcional debe sumarse el corroído criterio que pesa sobre la clase

política, devenida de la corrupción, el clientelismo, la inoperancia, la demagogia, la impunidad y el resto de vicios conocido y por conocer, de esta actividad secuestrada por “Ali Babá y los 40 Ladrones”. Esto genera un proceso de desafección, que se manifiesta en la pérdida de la identidad partidista, el declinar de la concurrencia electoral y de la membresía y la desconfianza en los partidos como instituciones (Duque Daza, 2006).

Este espacio vacío en el ámbito político son asumidos por actores de reparto, como movimientos sociales, que denos-

tando cualquier criterio de alternancia democrática, dentro de su estructura, son las élites de dichos operadores políticos los que designan a la dirigencia; élites que suelen estar vinculados con las estructuras del poder económico local y/o nacional que a través de un ejercicio de ajustado del discurso rousseauiano de la llamada teoría de la soberanía popular o de la soberanía fraccionada (Ruiz de Azúa & Vanaclocha Bellver, 2009).

Este mismo fenómeno tiene un efecto estructural, al reducir la capacidad de los partidos políticos para proponer las políticas públicas; dejando dicha tarea, a instituciones que han adquirido un peso específico como agentes paraestatales, en la determinación de dichas políticas públicas. Así, la multiplicación de estructuras de representación de intereses, como grupos y tipo de asociaciones con reivindicaciones, particulares fracturan y restan eficacia al Estado (Panebianco, 1990; Garretón, 2004).

Bajo esta lógica, podemos entender que las nuevas formas de participación política fueron construidas bajo liderazgos que pueden describirse, en el marco de las expresiones del político francés Alexandre-Auguste Ledru-Rollin: “Hacia allá va el pueblo. Debo seguirlo, porque yo soy su líder” (Qvortrup, 2016).



El Estado, en ese sentido, se encuentra seriamente disminuido en su capacidad de gestión y respuesta, por la atomización de su capacidad de traducir los intereses sociales a través de la articulación de políticas públicas adecuadas, y la delegación implícita de su formulación a título de amplia discusión con grupos específicos de interés, mismos que no responden a lo colectivo. Esa mecánica hace que prevalezca el interés particular, dinamitan la política pública a favor de las agendas privadas, y, discursivamente, reduce cualquier reacción del Estado por recuperar espacios, como actitudes intervencionistas o, en caso de imponerlos –incluso por la Ley– descalificar al Estado como autoritario.

Huelga señalar que el debilitamiento de los partidos políticos, la presencia de los movimientos sociales, la intervención de viejos y nuevos líderes, son el resultado de un ejercicio de reduccionismo conceptual, no sólo del rol del Estado, como esa entelequia jurídico-políti-

ca, sino la exacerbación de los derechos basados en un anárquico ejercicio de la soberanía, como modos discursivos de legitimar las actuaciones que, desde todo punto de vista, atentan contra el concepto del Estado mismo, como la institución llamada a velar a favor de lo colectivo sobre lo particular.

Ejemplificativamente podemos evidenciar esa situación transicional, por efecto del debilitamiento, en dos hechos suscitados: el primero, en octubre del 2019 que tuvo como actores a las organizaciones indígenas, quienes ejerciendo su derecho a la protesta en contra de las medidas económicas dictadas por el Gobierno, desencadenaron enfrentamientos violentos en la sociedad ecuatoriana; y, el segundo, sin lugar a dudas, el incumplimiento de la medias establecidas por el Gobierno a inicios de la declaratoria de emergencia por la pandemia en Ecuador, generando el caos, que incluso llegó hasta el bloqueo del acceso de aeronaves en el aeropuerto de Guayaquil, por parte de la alcaldesa del Puerto principal, dejando en evidencia la poca gobernabilidad y el conflicto entre la autoridad nacional y local.

Por el otro lado, la eficiencia estatal, demostrada por la República Popular China –aunque muchos sostienen que se debe a una naturaleza autoritaria–, permitió ver como un Estado consolidado pudo cerrar un “pueblo” de más de 12 millones de habitantes y limite la libre movilidad –sin que se presenten manifestaciones de ningún índole–, que permitió que en un mes y medio de-



clararan a Wuhan zona libre de contagio del covid-19, y registrando tasas de mortali-

dad que han sido superadas en otros Estados, en los cuales esta falta de autoridad Estatal

se evidenció en la indisciplina social y por tanto un mayor nivel de contagio⁹⁰

1. Lógica de los partidos políticos tradicionales y ciertos movimientos políticos contemporáneos, que se articulan con base a la visión que tuvo San Ignacio de Loyola, para la cual: *en una fortaleza sitiada, toda disidencia es traición*.
2. Vale señalar que este fenómeno no es exclusivo del Ecuador, en América Latina podemos evidenciar como en ese mismo lapso se produjo una transformación del imaginario político colectivo y por tanto una reestructuración de los procesos de participación ciudadana.
3. En este punto huelga señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 del Código de la Democracia, esta norma no hace distinción real entre Partido Político y Movimiento Político, exigiendo en ambos casos la pluralidad política, concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, de carácter incluyente y no discriminatorio (Asamblea Nacional, 2018).
4. Es decir, cuyo objetivo esencial se volvió la reproducción y mantenimiento de los privilegios de sus dirigentes, por lo cual han dejado a un lado la representación de intereses de la sociedad y, aún más, la posibilidad de crear cuadros y permitir la alternancia en la misma dirigencia de los partidos.
5. Los partidos van siendo desplazados por otras prácticas y procedimientos de participación y representación, como los movimientos sociales, que se constituyen en nuevas formas asociativas de defensa y de procesamiento de reivindicaciones populares (Duque Daza, 2006).

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (2018). Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia. Registro Oficial Suplemento 578, 27/04/2009: Corte Constitucional.
- Cuñarro Conde, Edith Mabel. (2006). Agotamiento de los partidos políticos y ciudadanía activa en Venezuela. *Cuestiones Políticas*, 37, 55-73.
- Duque Daza, Javier. (2006). Los partidos políticos contemporáneos ¿Crisis, adaptación o transformaciones? Marzo 31, 2020, de FOLIOS Publicación de discusión y análisis Sitio web: <http://www.revistafolios.mx/dossier/los-partidos-politicos-contemporaneos-crisis-adaptacion-o-transformaciones>
- Garretón, Manuel Antonio. (2004). La indispensable y problemática relación entre partidos y democracia en América Latina. PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas.
- Gómez Sánchez, Luis Esteban. (2020). El poder tras el poder: las empresas del Imperialismo. Marzo 24, 2020, de Foreign Affairs Latinoamerica Sitio web: <https://www.facebook.com/ForeignAffairsLatinoamerica/>
- Narváez Ricaurte, Luis Jaime & Narváez Rivadeneira, Luis Alberto. (2019). *Visión Política de los 69 mil Dias Republicanos*. Bloomington, IN 47403, Estados Unidos: Palibrio.
- Narváez Ricaurte, Luis Jaime. (2009). *Writing Autobiographies of Nations A Comparative Analysis of Constitutional Reform Processes*. Países Bajos: NIMD Knowledge Centre.
- Panebianco, Ángelo. (1990) *Modelos de partidos: Alianza*, Madrid.
- Qvortrup, Matt. (2016). Los peligros de darle la palabra al hombre común. *Revista Gestión*, IV, 26-27.
- Ruiz de Azúa, Miguel Ángel & Vanaclocha Bellver, Francisco (2009) *Los actores políticos y sociales*. Universidad Complutense de Madrid, Tema VII, 300-355.



VISIÓN DOCTRINARIA, SOCIOLOGÍA CRIMINAL DE LA PREVENCIÓN SOCIAL DELICTIVA ¿REALIDAD O UTOPIA?

Marlon Chiriboga Aguirre

Resumen

La política criminal en un Estado sin una criminología de campo y estudios de la criminalidad, dando respuestas a lo que la produce o la mantiene, se convierte simplemente en una política represiva y sin visión de un control estatal de la misma; es por ende que por medio de la política criminológica sociológica preventiva, se puede dar solución a este inconveniente de llenar las cárceles sin mayor esperanza de “rehabilitación”; y así, la sociedad vaya por una verdadera ruta que abarque planes y programas de política criminal que den solución a los mismos con procesos a largo, mediano y corto plazo. Sigue flotando la pregunta ¿es posible todo esto o solo es una utopía?

Palabras clave: Política criminal, prevención social.

Abstract

The criminal policy in a State without a field criminology and studies of criminality, giving

answers to what produces or maintains it, simply becomes a repressive policy and without vision of a state control of it; it is therefore that through the preventive sociological criminological policy, this inconvenience of filling prisons can be solved without further hope of "rehabilitation"; and so, society goes along a true route that encompasses criminal policy plans and programs that provide solutions to them with a long, medium and short term process. The question is still floating, is all this possible or is it just a utopia?

Keywords: Criminal policy, social prevention.

Política Criminal - Generalidades y conceptos:

La Corte Constitucional colombiana concep-túa a la Política Criminal así:

“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes



de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Ampliando dicho concepto manifiestan que la jurisprudencia constitucional de dicho país expresa que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado” (Corte Constitucional de Colombia, 2010), y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada

aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal.” (Corte Constitucional de Colombia, 2010). Así mismo enseña el resumen de esta que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma” (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

La Corte en estudio establece diversas medidas normativas que ha conceptuado la jurisprudencia constitucional colombiana ampliando el concepto de “política criminal”, determinando las siguientes:

a. Las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas.

b. Las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos.

c. Las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales.

d. Las que regulan la detención preventiva, o

e. Las que señalan los términos de prescripción de la acción penal.

Respeto como el que más los conceptos y el alcance de la Corte Constitucional colombiana; pero considero que estas medidas normativas deberían ampliarse en un Estado moderno y ampliar el concepto; así:

- Doctor en jurisprudencia, Abogado, Licenciado en Ciencias Sociales Políticas y Económicas, Magister en Ciencias Penales en la maestría por la Universidad Nacional de Loja, candidato a Doctor en derecho Penal (Phd.) por la Universidad de Buenos Aires (UBA) Argentina. Condecoración al mérito Literario “Pablo Palacio” 2018 Cámara Provincial de Loja 2018. Autor de la obra jurídica “LAS CIENCIAS PENALES EN LA DIGNIDAD HUMANA” Quito – 2018, coautor de algunas obras y articulista en el campo penal.



Marlon Chiriboga Aguirre

1. Las que definen los roles criminológicos e investigaciones de las conductas antisociales que afectan la justicia social.
2. Las que planifican y programan la visión sociológica criminal de las medidas de prevención delictiva.

En mi obra “Las ciencias penales en la dignidad humana”¹ hago un estudio más detallado de los conceptos y visión dogmática de la Política Criminal en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, apegado al principio epígrafe de la dignidad humana. (Chiriboga Aguirre, 2018, pp. 187 a 216).

Retomando la enseñanza de la Corte Constitucional de Colombia en su expedita, resumida y concreta forma de resolver sus divergencias penales hace una relación importante que para nuestro estudio lo considero de singular importancia y es la relación que tiene la *Constitución y la política criminal*, manifestando que dicha relación parte de la idea de “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto así en la materia sustantiva como adjetiva citando lo siguiente:

“ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance.” (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

La Corte Constitucional interpreta que esto significa que el legislador no tiene una discre-

cionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que este debe respetar los derechos constitucionales de las personas, los mismos que son el fundamento y límite del poder punitivo del Estado; por supuesto dicho fundamento se debe a que el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos dichos derechos y valores constitucionales; por lo tanto el límite, *porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas*.

Eugenio Raúl Zaffaroni establece que necesitamos una dogmática jurídico penal de contención del poder punitivo y de una criminología de campo ya que no podemos prevenir lo que no conocemos; y por lo tanto, podemos entender de lo expresado por el argentino que mal haríamos aplicando políticas criminales sin un análisis serio, sistematizado, comprometido y definido por parte del Estado, que no vea en los que infringen las “normas” “leyes” “tipos penales” o “conductas adecuadas” a enemigos de la sociedad sino a seres humanos.

Por su parte el profesor Alfonso Zambrano Pasquel, se pregunta *¿a dónde se orienta esa política criminal en el siglo XXI?* (Zambrano Pasquel, 2011); el profesor propone de forma general un *plan y programa de política criminal* al mismo que no se le ha dado la suficiente importancia, ni oídos; peor una aplicación o política pública estatal en América latina o en un Estado determinado como el Ecuador; lo que aplicándolo y armando su estructura implicaría un conjunto de estrategias de estructuración inmediata como la primera respuesta oficial frente al aumento de la criminalidad de contenido violento, al crimen organizado, y a la delincuencia convencional.

1. En esta obra en su *Capítulo VII* realizo un estudio de la Política Criminal desde una perspectiva de la dogmática penal y su relación con la dignidad humana y el garantismo penal, garantizado en nuestra Constitución de la República del Ecuador.



Plan de política criminal.-

Es un conjunto de estrategias y actividades que se desarrollan a mediano y largo plazo como necesarias para mejorar las condiciones en algunos niveles de la sociedad que ofrezcan alternativas al fenómeno de la criminalidad.

Según el criminólogo Rodríguez Manzanera basándose en Peña Núñez este plan tiene 5 pasos:

1. *Actividades previas.*
2. *Elaborar el proyecto del plan.*
3. *Consulta y adopción del plan.*
4. *Ejecución del plan con objetivos a 3 plazos: largo, mediano y corto.*

5. *Evaluación, replaneamiento y adopción del plan definitivo.*

Más adelante el criminólogo en mención enseña:

“En México, así como en la mayoría de los países de Latinoamérica, no hay un plan bien definido de prevención; la actividad en lo general es puramente represiva, ya que se espera a que el individuo cometa un delito para castigarlo, es decir, que se ataca al hecho delictuoso, no las causas que la producen, o los factores que la favorecen” (Rodríguez Manzanera, 1981, p. 130).

Programa de política criminal.- Es aquel que demanda recursos que deben ser proveídos por el Estado, sumado esto al establecimiento de una

estrategia y un orden de acciones para llevarlos a la práctica teniendo en cuenta la realidad en cada caso, estos programas a su vez deberían establecer la *prevención de forma específica* tomando en consideración las categorías y la realidad social, cultural, económica y jurídica de cada país.

Rodríguez Manzanera en lo que respecta al programa de prevención y evaluación establece que se debe determinar y desarrollar los siguientes puntos:

1. *Programas unitarios, (vigilancia policial, iluminación, apertura de campos deportivos, escuelas entre otros).*
2. *Programas combinados, (superpoblación, miseria, ignorancia, entre otros).*

En lo que respecta a la prevención también el Dr. Zambrano Pasquel analiza lo que establece o propone el Dr. Elías Carranza, Director del Ilanud de Naciones Unidas, así:

1. *Criterios de una política criminal preventiva, anterior a los hechos delictivos y a la intervención del sistema de justicia penal.*
 - a. Fortalecer la prevención primaria o social, (familia, escuela, trabajo).

- b. Fortalecer la prevención del delito por medio de la comunicación.
- c. Procurar reducir al máximo posible ciertas formas de prevención directa y personal del delito (armas de defensa personal, entre otros).

2. *Criterios a aplicarse a partir de la intervención del sistema de justicia penal.*

- a. Proveer una distribución presupuestaria en el sistema judicial penal y penitenciario.
- b. Proveer las formas no-penales de resolución de conflictos.
- c. Orientar la acción del Ministerio Público o Fiscalía hacia la persecución de los delitos más graves y que causan mayor daño social.
- d. Revisar la situación de la víctima en el proceso, determinando su participación, en el arreglo del conflicto.
- e. Establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privativas de libertad y proactivas (trabajo en la comunidad, reparación a la víctima entre otras).
- f. Reformar el procedimiento penal, introduciendo la oralidad y publicidad, en el caso de no existir, para así garantizar principios como la inmediación.

Para Zaffaroni, Renato L, Vanneli-Viel, docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, respecto a la seguridad en la realidad de Latinoamérica, establecen que la prevención se divide en dos grandes ramas:

La prevención primaria.- Que se dirige a la fuente de los conflictos, y los resuelve atendien-

do a estas; por lo que la misma no es ni siquiera política criminal, es directamente política en todas sus ramas.

La prevención secundaria.- Que es la prevención policial; y que interviene en el sistema penal, por lo que la prevención secundaria de ninguna manera puede reemplazar a la prevención primaria.

A estos conceptos los tratadistas establecen que cuando la magnitud de los conflictos los convierte en sociales y masivos, solo puede sostenerse esta con una política criminal seria de prevención primaria, además manifiestan que sin proveer la prevención primaria, la prevención secundaria es absolutamente ineficaz. Agregan que: “lo primero que hay que pensar para tratar el tema de seguridad, es una buena política. Fundamentalmente una política que haga avanzar los derechos sociales, económicos y culturales” (Caballero Castillo & Ruíz Solis, 2010, p. 346).

Los dogmáticos en estudio mencionan que los sistemas se encuentran segmentarizados y que está compartimentado, provocando que cada compartimiento tiene su propia evaluación y realidad y calidad. Por ende debe existir un organismo que haga de ente rector y así coordinar las distintas políticas de cada agencia en una política criminal general que se lo denominaría: Consejos de Política Criminal y que el mismo sea autárquico, no dependa de ningún segmento del sistema penal; y, compuestos por técnicos con esa misma independencia y no interferencia de los segmentos del sistema penal.

Establecen que la realidad política, la libertad, la seguridad, la expansión de la pobreza, y el lenguaje electoralista, las personas peligrosas, la prisión preventiva y el hacinamiento en las cárceles son producto de la carencia de una correcta política criminal que sería una de las

causas primordiales de estos males expresando:

“somos de la convicción de que en nuestra región no tenemos políticas criminales, lo que tenemos son improvisaciones que se hacen al compás de estados de ánimo, a veces, por presión de medios masivos, a veces, y por los intereses sectoriales de los distintos segmentos que integran el sistema penal que carecen de un ente coordinador” (Caballero Castillo & Ruíz Solís, 2010, p. 350).

Política criminológica preventiva

Si partimos de un concepto muy acertado y sencillo para entender a la política criminológica el tratadista mejicano Rodríguez Manzanera en su obra *Criminología* citando a su colega María de la Luz Lima dice: “la concibe como un instrumento de cambio social que busca romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores buscando dirigir todo hacia una sola resultante; La Justicia Social” (Rodríguez Manzanera, 1981, p. 113).

Ahora bien, considero que con este concepto podemos determinar algunas variantes

preguntas y respuestas que es importante respondernos día a día en el mundo conflictivo de entender la conducta antisocial, objeto de la criminología de forma general, que lamentablemente en los países latinoamericanos nada o casi nada se hace para implementar políticas criminales públicas para evitar las consecuencias delincuenciales en sus diferentes ámbitos y niveles, como lo anotamos anteriormente.

Un instrumento de cambio social; una frase profunda pero rápida de entender, un instrumento aquello que puede convertirse en un camino o derrotero para lograr un fin; ¿pero un fin para qué? la misma autora nos responde para lograr un cambio social; por supuesto este cambio social

penas lograremos controlar la criminalidad o provocando el miedo sobre las personas respecto a una pena, merma-remos los índices delincuenciales en una sociedad y no es así, está probado que así no funciona, ni funcionará.

El cambio social debe ir de la mano con oportunidades para que de manera especial la niñez y la juventud retomen valores y sobre todo encuentren el sentido a su existencia por medio de un proyecto de vida; alejándose y flotando sobre el conocido vacío existencial que hoy por hoy ya tiene cientos de víctimas en el Ecuador por suicidio juvenil; y que si no hacemos algo al respecto esta estadística seguirá subiendo, no se trata de adoctrinar a un niño o una persona con una forma de pensar respecto a

“somos de la convicción de que en nuestra región no tenemos políticas criminales, lo que tenemos son improvisaciones que se hacen al compás de estados de ánimo, a veces, por presión de medios masivos, a veces, y por los intereses sectoriales de los distintos segmentos que integran el sistema penal que carecen de un ente coordinador”.

debe ser orientado para lograr mejores días para una comunidad o país. Pues muchas veces ese cambio no es así, creemos que aumentando las

una ideología o pensamiento político; hacer eso es cruel, hay que enseñarle al niño y al joven a pensar que ser bueno es un buen negocio, que hacer

el bien es parte de nuestra naturaleza humana y que hacer el mal es ir contra esa naturaleza, todo fue concebido para que vivamos en armonía entre nosotros mismos, la naturaleza y los demás y al momento que comenzamos o tratamos de dañar al otro u otros aspectos de nuestro entorno estamos dañándonos a nosotros mismos porque somos parte de ese entorno, a veces nos vemos como algo aislado del todo cuando en realidad somos un engranaje para ser felices y sobre todo hacer felices a los demás.

Cuando nuestra niñez y juventud sepa que el ser bueno es un buen negocio, comenzaremos a invertir por ser buenos y seguir el ejemplo de los buenos, pero cuando el capital, la competencia insana, el poder, la corrupción sean los derroteros a seguir; nuestro destino como sociedad caminará siempre al fracaso y pasaremos diciendo *“todo pasado fue mejor.”*

Una política criminológica no está aislada de los componentes que forman a un individuo; es más; es por medio de esta se pueden determinar derroteros a seguir, no solo para enfocar el problema sino para prevenirlo; el adagio popular manifiesta *“es mejor educar a un niño que castigar a un adulto”* pero lamentablemente nada o casi nada hacemos al respecto, al punto que en nuestras universidades no se conoce el efecto preventivo desde una perspectiva criminológica o la enseñanza de valores y deontología profesional y ética como materia de estudio; solo estudiamos el derecho penal y procesal penal con el fin de castigar, consideramos que eso solo les corresponde a los criminólogos o so-



ciólogos especializados dar respuestas a estas problemáticas, cuando somos los abogados que en cualquier rol estamos enmarcados en el día a día por sus efectos, así como la sociedad sin excepción cosecha los frutos de la ignominia y el silencio estatal, cuando en realidad la criminalidad es un asunto de todos, de los que están inmersos y de los que observan de lejos pero igual les afecta.

La otra parte del concepto se explica por si solo, si quienes tienen la potestad o el poder o mejor dicho la voluntad de implementar políticas criminales reales, efectivas y alejadas del populismo penal; pensando siempre en el bien común; el día que se haga eso; ese día estaremos caminando tal vez hacia una justicia social, no soy pesimista, pero cuando se politiza la justicia, pierde sentido lo social.

La Universidad Interamericana para el desarrollo (UNID), por su parte al referirse a la

política criminal y sus ámbitos de validez en el Derecho Penal, justifica su intervención al concebir que una sociedad cualquiera no puede existir sin la existencia de *un orden de naturaleza jurídica*, naciente o elaborado, ya sea este escrito o no escrito; puesto que caso contrario no habría un *orden social*, esto debido a que la finalidad del Derecho es encauzar la *conducta humana* para hacer posible la vida en sociedad.

Este axioma de naturaleza jurídica del sentido de la Política Criminal y su validez en el Derecho Penal antes mencionado, trata de estructurar y dar sentido a un orden social con la finalidad de marcar derroteros de una conducta humana; o, conductas humanas; la cual, se refleja por normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, y esta a su vez responde a un desarrollo socio educativo, político, cultural y económico de donde se tratará de armonizar dichos comportamientos sociales que a la final serán impuestas por el Estado o sistema imperante en ese momento; es decir; el desarrollo jurídico normativo de una sociedad se desenvuelve de acuerdo al desarrollo cultural de los pueblos y su educación sin lugar a dudas. Osvaldo Hurtado al tratar

de conceptualizar a la cultura para efectos de su investigación en las costumbres de los ecuatorianos, enseña: “se entiende por cultura el conjunto de costumbres, actitudes, sentimientos, ideales, creencias, valores y comportamientos que determinan la conducta de los individuos en su vida cotidiana” (Hurtado, 2018, p. 16).

Esta cultura o valores culturales que se van formando a través del tiempo y caracterizan a las sociedades por sus costumbres y tradiciones no son inmutables para el pensamiento de Osvaldo Hurtado, tampoco son inherentes a una raza manifiesta o culto religioso o a su vez a una clase social, Hurtado enseña que las:

“Costumbres, creencias y actitudes inconvenientes pueden cambiar gracias a transformaciones de las estructuras socioeconómicas, al papel ordenador de las instituciones políticas y jurídicas, a programas educativos diseñados con tal propósito, a enseñanzas inculcadas por las iglesias, a influencias benéficas provenientes del exterior, a orientaciones positivas de los medios de comunicación y al ejemplo y conducción de líderes esclarecidos” (Hurtado, 2018, pp. 20 y 21).

Ahora bien esa cultura es producto de la formación y educación; claro está, a veces se entiende a la educación solo como la que es formal, escuela, colegio y estudios superiores, cuando en realidad esta educación debe ser integral y partir del seno familiar llena de valores y buenos ejemplos, ya que el primer agente de socialización es la familia y es ahí donde el niño o ser humano comienza a desenvolverse en situaciones de conflictos y sociabilidad con los demás.

Lamentablemente la educación no ha sido algo que a través de la historia se le da prioridad en nuestro medio ecuatoriano; y ojo no solo la educación, existen otros factores que pueden ser groseros leerlos a la pupila de quienes estudiamos la obra de Osvaldo Hurtado, que considero una de las más serias y poco fantasiosas; pero que con solo alzar la mirada a los costados nos podemos dar cuenta que es una realidad cruda, seca y sobre todo triste; es decir la cultura, educación y costumbres de los ecuatorianos es sin lugar a dudas una de las causas por los cuales somos responsables del presente y muy posiblemente del futuro que nos embarga y que tenemos que enfrentar; claro está, tampoco con el sentimiento de que todo está perdido pero no siendo ilusos de que disfru-

tamos de la panacea de lo mejor en el ámbito global, mucho menos local.

Oswaldo Hurtado enfoca temas delicados del convivir diario del ecuatoriano a través de la historia del Ecuador en su obra *“Las costumbres de los ecuatorianos”* desde sus inicios mismos como colonia, empezando por la Audiencia de Quito, pasando por el siglo XIX, analizando cambios culturales en la primera y segunda mitad del siglo XX hasta buscar el éxito económico del país según el autor.

Nada esperanzador por decir lo menos es revisar la Historia de nuestro país por medio de la sinceridad e investigación exhaustiva que realiza el Ex Presidente de la República del Ecuador, pero hay que rescatar que desde estas premisas se debe partir un derrotero y cambio de concebir las cosas por supuesto sin ser fatalistas o pesimistas, pero tampoco tratando de ser ilusos o manifestando que todo lo pasado fue mejor; claro está no hay que descartar que ciertos valores como el respeto, la solidaridad deben ser incólumes en una sociedad donde se aspira el derecho a la justicia y el respeto al otro, valores que si ayudó la iglesia católica a pesar de sus limitancias como tal, en el devenir de la historia, Hurtado lamenta de sobremanera el que la comunidad de sacerdotes jesuitas hayan tenido que abandonar el país por un lapso de tiempo considerables y comparto dicho pensamiento debido a que si observamos dicha formación quienes se educan bajo estos principios en realidad son personas formadas de forma integral y esa educación la perdimos, gracias a que los mismos no pudieron permanecer en el país; es decir, un lapsus en la formación de una generación podría provocar un colapso en el futuro de varias generaciones futuras.

“La orden religiosa de los jesuitas fue una notable excepción a esta rutina de la sociedad colonial, por lo que su expulsión ordenada por

Carlos III en 1767, que duró 87 años, resultó perjudicial para la educación de la juventud, el progreso del país y la modernización de las costumbres” (Hurtado, 2018, p. 57).

Por lo que el autor concluye la presentación de su obra en marzo del 2008, manifestando: “que cada ecuatoriano tome conciencia de la necesidad de enmendar creencias, actitudes y prácticas inconvenientes, para que el país pueda transitar raudamente por el sendero del desarrollo y el bienestar”.

La prevención social

Existen divergencias al momento de conceptualizar la prevención, pero en un sentido amplio podemos manifestar que a la misma se la entiende como el conjunto de medidas y decisiones que pueden construirse y tomarse para impedir el surgimiento de un fenómeno indeseado en el campo penal que afecte a la sociedad, de forma específica la delincuencia.

Si conceptuamos la prevención social se dice, que:

“definimos la Prevención Social como el conjunto de acciones y medidas que se planifican y realizan con el fin de formar hábitos de conducta adecuados, tanto en el orden personal como colectivo, en correspondencia con el proyecto social imperante, donde participan todos los factores sociales a partir de tres dimensiones sociológicas” (Morales Sánchez, 2007, p. 8).

Los tres factores a los que se refiere la dogmática cubana en la cita anterior los resumiremos así:

1. Asimilación e interiorización de las normas y valores planteados por el sistema de regulación de la conducta socialmente aprobados, para dar lugar a una formación integral

del individuo en sociedad o comunidad.

2. Tratamiento para las personas que se encuentran presentes en los factores de riesgo, teniendo atención priorizada y diferenciada.
3. Tratamiento de conductas inadecuadas o desviadas, tomando como factor primordial la reeducación.

Para efectos de comprender mejor estas tres dimensiones; según nuestro criterio trataremos de entenderlas las mismas para una mejor comprensión.

Tratar de asimilar e interiorizar normas y valores planteados por el sistema de control de la conducta socialmente probados; es prácticamente inducirnos a un adoctrinamiento de cómo debemos responder a ciertos factores sociales ya establecidos en una comunidad toda; por ejemplo: “quien entra saluda” “quien pide prestado devuelve” “los mayores merecen respeto” estos pensamientos conllevan a un comportamiento que establece un valor de respeto hacia los demás y que viene de generación en generación; el no hacerlo para la comunidad que los inculca, significa que:

1. El niño o individuo no está

asimilando dicha norma o valor como suyo; por lo tanto, ni asimila ni interioriza lo que se le enseña por lo tanto no lo practicará; o, 2. La socialización de esos factores o patrones de conducta no lo tienen quienes lo enseñan o si lo enseñan no lo practican; puesto que nadie puede dar lo que no tiene.

¿Qué ocurre si esta asimilación o interiorización no forma parte del ser sociable o de la conducta aceptada por la sociedad, la cual queremos adoctrinar?, simplemente el resultado es la no comprensión o formación conforme las reglas que establece el sistema en ese momento; por lo que, ese individuo irá en el futuro en contra del sistema o en contra de lo establecido e incluso como no lo siente parte de él, puede hasta querer deformarlo, adaptarlo o cambiarlo a su forma de pensar o en su efecto contrariarlo por no sentirse parte de aquello.

El objetivo de esta asimilación o interiorización de conductas aceptadas por una comunidad en si es la formación integral del individuo; claro está teniendo como antecedente que es una formación integral o que deberíamos entender por dicha formación; debido a que en ciertas comunidades se adoctrina a que los niños mueran por un ideal



o una causa que se les impone aunque esto signifique ser auto suicidas o dañar al otro, ya sea por fanatismos, ideologías o simplemente causas deplorables.

¿Se debe entender claramente que es la formación integral? Considero que sin lugar a dudas se debe manejar conceptos claros de cuando entendemos la formación integral a que nos referimos; es decir, ¿cuál es el alcance que esta debe tener?, ya que toda formación no es integral y no toda formación es buena.

Considero que formación integral es el aprendizaje que toda persona humana adquiere a través del tiempo para hacer el bien y estar en paz consigo mismo, los demás y la naturaleza toda.

Este hacer el bien de forma conciente es producto del aprendizaje que una persona a través de su formación o crecimiento aprendió respecto de sí mismo y los demás, incluido por supuesto la naturaleza, dicha formación se la adquiere y aprende de quienes influyen sobre el individuo ya sea desde el hogar escuela, colegio, trabajo y comunidad, en el que dichos grupos tratan de que los actos del que se está formando así como sus valores determinen una sociedad más justa en perspectiva con el bien común, logrando calar y formar parte de este individuo para que la sociedad a la cual pertenece así lo reconozca, caso contrario esa misma sociedad lo descartará o marginará producto de su reacción social contrario a lo establecido en dicho conglomerado y que se lo considera bueno para todos.

Es así que el niño es alguien moldeable y receptivo a lo que está aprendiendo del bien y del mal, sino tenemos un control de aquello en el momento donde este niño o adolescente está ab-

sorbiendo y aprendiendo de los mayores, mucho menos podemos pedirle a ese ciudadano de la sociedad en el futuro que se comporte de forma diferente a como aprendió hacerlo.

Como escribiría Víctor Corcoba en un pensamiento editorial, titulado sin miedo a nada:

“No siempre depende de nosotros ser como somos; son muchas las influencias externas, pero invariablemente está en nuestras manos reflexionar, sentirnos autónomos, hacer respetar nuestra identidad humana, nuestros modales, nuestra manera de vivir y actuar en suma... Hoy las palabras por si mismas no son suficientes, se requieren actuaciones concretas e incluyentes, que nos insten a devolver a la ciudadanía el anhelo por vivir, más allá de las incertidumbres y de los pesares, ya que el desasosiego nos enferma y la falta de empuje también nos lástima” (Corcoba, 2019).

Ya que tratando de entender el sentido del pensamiento de Carrara por medio del estudio que realizaría Nodier Agudelo Betancur



del maestro, enseña: “ya que existe un orden en el mundo físico, también debe existir un orden en el mundo moral para que se complete así la armonía del universo” (Nodier Agudelo, 1993, p. 59).

En si debo expresar que este punto o dimensión sociológica, lo podríamos claramente ubicar en una prevención social que se debe aplicar previo al cometimiento de una “conducta desviada” o “conducta atípica” debido que es el momento mismo donde el individuo está formando ciertas actitudes y aptitudes que produce que el mismo se comience a desenvolver en un ámbito social e interacción con los demás y el cual deberá dar respuesta y acciones respecto a la naturaleza, así mismo y los demás; es decir, a la comunidad en general.

La otra dimensión sociológica que menciona la autora en estudio pero que solo la enuncia y que estamos tratando de profundizar es aquella que se encuentra en el desenvolvimiento social de la persona que ya está cometiendo conductas desviadas o que están al margen de lo que antes mencionábamos, aquella que interioriza y representa la no aceptación de esa sociedad que impuso esa norma y esos valores y el cual es el *Tratamiento para las personas que se encuentran presentes*

en los factores de riesgo, teniendo atención priorizada y diferenciada, la misma como nos podemos dar cuenta es cuando ya la prevención pasa a otro ámbito y que consiste ya a tratar o trabajar de forma directa con el individuo y su entorno social cercano, este sector o individuo por lo tanto, ya conlleva un esfuerzo mayor debido a que ya tiene conductas y valores aprendidos, tocará desaprender y volver aprehender de nuevo, lo que torna la enseñanza más compleja e incluso con mayores riesgos de resultados negativos si no son profesionales de acuerdo al tema el que tratan dicho asunto.

Esta parte o dimensión no existe en nuestro país y solo hay paños de agua tibia, quienes están al frente de Centros o Fundaciones que acogen este tipo personas humanas con comportamientos “inadecuados”, tienen que hacer milagros incluso con la parte logística para brindar este apoyo, nada o casi nada se hace por parte del Estado se realiza de forma seria y conjunta para emprender nuevos derroteros, que enmarcados en una política criminal seria traten este tipo de conductas desde una visión profesional, actual y sobre todo comprometida para que estas personas que se encuentran en riesgo de infringir “la conducta adecuada” ante la

sociedad sean redireccionados para que su vida no se llene luego de una marginación social, producto de una conducta delictiva en un futuro mediano; lo cual, provoca no solo una crisis emocional en el que produce dicha conducta inadecuada sino que también es un efecto colateral que afecta a la familia, los vecinos, la comunidad y sobre toda la sociedad adonde alcanza dicho efecto o consecuencia del cometimiento de esa infracción, delito o conducta atípica en un momento determinado del tiempo o la historia.

Ahora bien ¿qué debemos entender como factores de riesgo?

La dogmática en estudio al hablar de sociología, psicología y prevención delictiva da un enfoque a la prevención social manifestando que para llegar a la misma debemos partir desde el proceso formativo de la conducta deseada hasta el fenómeno concreto a evitar en su manifestación indeseada dentro de las condiciones del sistema social.

También expresa que la prevención social está relacionada además con el concepto de Prevención social, debido a que este se lo debe observar como predicción respecto a los fenómenos sociales que aún deben surgir en el futuro, si se dan determinadas condiciones. Enseña que la Pre-

visión se basa en la concepción materialista de la historia, al enunciar o prever algo que ha de suceder; en esta previsión figuran elementos de las suposiciones probalísticas, de manera especial los acontecimientos concretas del futuro y sus plazos, esto a su vez originados por el surgimiento en el proceso de desarrollo que concatenados con las conexiones causales y posibilidades cualitativamente nuevas que no existían antes dada la complejidad de los procesos de desarrollo en la sociedad.

La previsión desde una perspectiva científica en este campo es aquella que permite pronosticar ante situaciones concretas que se darán determinadas condiciones; como la ocurrencia de determinados fenómenos sociales, tal es el caso de los factores de riesgo, demostrando con ella la sociedad, su poder de actuar o estar preparado ante las causas, para así poder evitar su efecto.

La última dimensión que es el *Tratamiento de conductas inadecuadas o desviadas, tomando como factor primordial la reeducación* va directamente a reeducar al que está ya educado pero de forma incorrecta y el cual ha adquirido valores que no van acorde al desenvolvimiento social y el respeto y buenas costumbres de su comunidad y más aún el no respeto a los valores que esta establece y etiqueta como estigmas claramente marcadas en una sociedad y los cuales son difíciles de cambiarlas o borrarlas; por lo que no estar de acuerdo la persona que intente transgredirlas, claudicaría en su momento por la transformación de una de ellas.

Hoy por hoy se confunde “la libertad” con “el libertinaje” y consideramos que tratar de prever cualquier situación de riesgo a futuro se convierte en una situación de limitancia de la “libertad” permitiéndole hacer al ser humano lo que crea “conveniente” o tratando de poner sobre la sociedad su forma de pensar y actuar, así esté en contra de la moral y las buenas costumbres; bueno claro está,

esto se da y se permite en países que tratamos de adoptar aculturismos de otro lado o extranjeros que afectan nuestra identidad como tal; claro está, sin que esto signifique enclaustrarnos en asuntos de nacionalismos, pero tampoco ser barcos a la deriva donde el viento que sople más fuerte guíe nuestros caminos como sociedad; puesto que, tenemos el complejo o nos han hecho creer o pensar que lo nuestro no sirve, no vale; es decir, tenemos un proceso de aculturización que afecta nuestra propia identidad y nuestras propias raíces tratando de imitar al mundo con un traje que no nos queda ni la medida peor la forma como luce en nuestros cuerpos y sociedad.

Maritza Morales Sánchez concluye diciendo: “Se trata entonces de saber, para prever, para poder transformar el medio social, dependiendo de las leyes y regularidades sociales en función de los contextos socioculturales” (Morales Sánchez, 2007, p. 9).

Por lo que reeducar es volver a enseñar valores que posiblemente algunas personas nunca tuvieron acceso o conocieron que los mismos pueden hacer feliz a un ser humano y que en vez de destruir es mejor construir en una sociedad.

De todo lo manifestado, estudiado y analizado, debemos seguirnos preguntando ¿una correcta Política criminal podrá ser una utopía o una realidad?

CONCLUSIONES

La política criminal es el camino por el cual un Estado puede determinar, proyecta y estructurar políticas públicas en beneficio del control de la criminalidad en todas sus facetas y factores, procurando de esta forma la ansiada justicia social tan anhelado por los pueblos.

La política criminológica es el instrumento o enlace entre los planificadores estatales y los problemas criminógenos que se dan en una

sociedad, permitiendo de esta forma establecer conexiones y enlaces de posibles soluciones a los conflictos por conducta inadecuada, desviada, atípica o antisocial por parte de los individuos con la sociedad.

La prevención en el ámbito criminológico es el camino más plausible para la solución de conflictos sociológicos criminales, amparados en una criminología de campo y estudios serios que abarquen planes y progra-

mas de política criminal que den solución a los mismos con proceso a largo, mediano y corto plazo.

Sigue flotando la pregunta ¿es posible todo esto o solo es una utopía?☹

BIBLIOGRAFÍA

- Caballero Castillo, J., & Ruiz Solis, H. (2010). *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*. Perú: Editorial Ara Editores.
- Chiriboga Aguirre, M. E. (2018). *LAS CIENCIAS PENALES EN LA DIGNIDAD HUMANA*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Corcoba, V. (18 de abril de 2019). Sin miedo a nada. *CRÓNICA*, p. 20.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-936-10htm.
- Goldstein, R. (1998). *Diccionario de derecho penal y criminología*. Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Hurtado, O. (2018). *Las costumbres de los ecuatorianos*. Colombia: Nomos, S.A.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bses del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Montevideo-Buenos Aires.
- Morales Sánchez, M. (2007). *Sociología, psicología y prevención delictiva*. Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja.
- Muñoz Conde, F. (2003). *Introducción al Derecho Penal* (Vol. 3). Montevideo-Buenos Aires, Argentina: bdef.
- Naucke, W., Hassemmer, W., & Luderessen, K. (2006). *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: bdef.
- Nodier Agudelo, B. (1993). *Grandes Corrientes del Derecho Penal, Escuela Clásica- El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara*. Santafé de Bogotá: Editorial Jurídico - ANDINA.
- Rodríguez Manzanera, L. (1981). *Criminología*. México: PORRÚA, S.A.
- UNID. (s.f.). http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_mdl/ADI/TP/TP01/TP01_Lectura_1.pdf. Obtenido de Política criminal.
- Zambrano Pasquel, A. (2011). *Delincuencia Organizada Trasnacional-Doctrina Penal Constitucional y Práctica penal*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al segundo libro, Código de Procedimiento Penal* (Vol. III). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y publicaciones.
- Zambrano Pasquel, A. (2011). *Delincuencia organizada transnacional, doctrina penal constitucional y práctica penal*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: Edilex, S.A. Editores.
- Zaffaroni, E. R. (2008). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.



REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

- NECESIDAD DE REFORMA -

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

Resumen

Dentro de los procedimientos precontractuales existen los que se los tramita en régimen común y en régimen especial. Los primeros son procedimientos que se llevan a cabo con reglas y criterios comunes para adquisiciones de bienes, servicios y obra pública. Los segundos son procedimientos que se apartan de las reglas comunes y generales, y propiamente son aplicables otros parámetros exclusivos de cada tipo de contratación en específico, también son conocidos como procedimientos de excepcionalidad al régimen común.

La ley en el Ecuador, y en otras legislaciones, no ha conceptualizado lo que se debe de comprender por contrataciones en Régimen Especial, sin embargo, es importante que se analice algunas particularidades de algunos de ellos para contrastar con los procedimientos en régimen común y destacar diferencias, y lo más trascendente, demostrar sus ventajas y desventajas.

Se analizará cómo el régimen especial de contratación pública en el Ecuador se ha tornado un

problema de gasto público desmesurado, por cuanto no existe un límite que condicione el uso de este tipo de contrataciones, ni tampoco un presupuesto económico máximo que pueda asignarse para cada una de ellas.

Palabras clave: Contratación pública, procedimiento precontractual, régimen común, régimen especial, gasto público.

Abstract

Among the pre-contractual procedures there are those that are processed under a common agency, and others processed under a special agency. The first are carried out with common rules and criteria for the acquisition of goods, services, and public works. The latter are procedures that deviate from the common and general rules, and other parameters uniquely for each specific type of contract are applicable.

The law in Ecuador, and in other legislations, has not formalized what Special Agency in public procurement fully implies; however, it is important to analyze some peculiarities of some cases to contrast them with the common agency procedures, highlight the



differences, and most importantly, demonstrate their advantages and disadvantages.

This paper analyzes how the special public procurement agency in Ecuador has become a problem of excessive public spending, since there is no limit that governs the use of this type of procurement, nor can an ideally economic budget be assigned to each case.

Keywords: *Public procurement, pre-contractual procedures, common public procurement agency, special public procurement agency, public spending.*

INTRODUCCIÓN

El régimen común de la contratación pública en nuestra legislación se encuentra claramente determinado por los procedimientos de Licitación, Cotización, Menor Cuantía, Ínfima Cuantía; mientras que el régimen especial se encuentra determinado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante LOSNCP), y en virtud de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República, este se ha desarrollado con mayor énfasis en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante RGLOSNCPP).

Es necesario precisar que los procedimientos de régimen común se sujetan a umbrales mínimos y máximos sobre los cuales se distinguirá si aplica o no un determinado tipo de

contratación, lo cual importa por efecto de que conforme mayor es el presupuesto para la contratación, mayor será la apertura al universo de oferentes.

Por ejemplo, en régimen común, al tratarse de una contratación por procedimiento de *menor cuantía*, implica que se respeten criterios preferenciales para proveedores de la localidad donde se va a celebrar el contrato, pudiendo incluso llegar a darse una *contratación directa* conforme lo prevé el artículo 51 de la LOSNCP³. Mientras que si se aplica el procedimiento de *cotización*, este prevé la posibilidad de que se inviten a todos los proveedores con la actividad comercial propia de la contratación, pero se *priorizará* la contratación con quienes estén domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato. Y en el procedimiento de *licitación*,

-
- Abogado de los Tribunales de Justicia y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca, Ecuador. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito – Ecuador. Becario de la Maestría Internacional en Compras Públicas por la Universidad Nacional de San Martín, sede Buenos Aires, Argentina.



Paul Andrés Vázquez Ochoa

se invita a la totalidad de oferentes registrados en el país sin restricción alguna ni parámetros preferenciales estrictos. Demostrándose de esta manera la apertura progresiva de los procedimientos de contratación en régimen común.

Lo indicado en el párrafo anterior no aplica para el régimen especial, por cuanto estas en su mayoría son contrataciones *directas*, y sin especificar un monto máximo para el cual se podrán celebrar.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RÉGIMEN ESPECIAL

Con anterioridad a la vigente LOSNCP, teníamos la Ley de Contratación Pública del año 1990⁴, la cual únicamente restringía a régimen especial las siguientes contrataciones:

- 1) La adquisición de *fármacos, insumos médicos y material quirúrgico*.
- 2) Las contrataciones de *giro específico*.
- 3) Las de ejecución de *actividades de comunicación social*.
- 4) Los contratos para *servicio público* que se financien con dinero público.

Posteriormente, entró en vigencia la Ley de Contratación Pública del año 2001⁵, en la cual no existe mayor diferencia en las contrataciones de régimen especial en comparación con las de la anterior ley del año 1990. Siendo este régimen el siguiente:

Art. 2.- No se someterán a esta ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto.

Los contratos de adquisición de *insumos médicos, fármacos y material quirúrgico* (...).

Tampoco se someterán a esta ley los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de *comunicación social* (...).

Las entidades indicadas en el numeral 5 del Art. 118 de la Constitución se sujetarán a las disposiciones de esta ley exclusivamente en cuanto a los contratos que celebren y se financien en todo o en parte con recursos públicos o subvenciones del Estado.

Se puede observar que en la Ley de Contratación Pública del año 2001 se excluye considerar como régimen especial a las contrataciones de *giro específico*⁶ y que en lo demás es similar al régimen previsto en la anterior ley de 1990.

Pero el cambio radical se encuentra en la LOSNCP del 2008, en la cual el régimen especial se amplía considerablemente y queda estructurado de la siguiente manera:

1. Adquisición de *fármacos* para las entidades que presten servicios de salud.
2. Las calificadas por el Presidente como *seguridad Interna y Externa del Estado*.
3. La ejecución de *actividades de comunicación* (...).
4. La prestación de servicios de *asesoría y patrocinio en materia jurídica*.
5. La ejecución de una *obra artística, literaria o científica*.
6. Adquisición de *repuestos o accesorios* (...).
7. Transporte de *correo nacional e internacional*.
8. Las contrataciones *celebradas entre entidades del Estado*, empresas públicas o en-

tidades cuyo capital mayoritario sea del Estado, siempre que se enfoque en el giro específico del negocio.

9. *Contratos de las Instituciones Financieras*, subsidiarias o sociedades mercantiles de derecho privado.
10. *Contrataciones del Banco Central*, previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

En el artículo 2 de la LOSNCP únicamente se determinan cuáles son las contrataciones sujetas al régimen especial sin detallar o configurar el procedimiento precontractual. Es importante mencionar que este artículo otorga plenas facultades al Presidente de la República para que configure el procedimiento precontractual a través del RGLOSNCP, pero bajo criterios de *selectividad*, siendo expresa la voluntad del legislador de que no se incorporen otros criterios.

Teniendo presente este criterio, implicaría al menos restringir las contrataciones directas. Lo cual no sucede en la realidad, por cuanto este régimen prevé como regla general contrataciones directas, y excepcionalmente procedimientos selectivos.



TIPOS DE CONTRATACIÓN EN RÉGIMENES ESPECIALES

Existen 10 tipos u objetos contractuales según lo previsto en el artículo 2 de la LOSNCP. Sería innecesario analizar cada uno de ellos para efectos de determinar su modalidad de contratación, puesto que en su mayoría son contrataciones directas y excepcionalmente selectivas.

El tipo de contratación predominante en los regímenes especiales es la *directa*. Esta se caracteriza por ser restringida para el universo de oferentes registrados en el Registro Único de Proveedores RUP⁷, y que únicamente permite una invitación a ofertar al proveedor que la entidad contratante seleccione previamente. La ley

no determina criterios que deban cumplir los proveedores invitados, sino que estarán en la esfera de la conveniencia y necesidad de la entidad pública seleccionarlo.

Por excepción se permite realizar estas contrataciones mediante un proceso de selección; es decir, la entidad inicia un procedimiento para que los oferentes puedan ofertar, pero tiene la característica de ser también restringido, ya que no se puede invitar a más de cinco proveedores registrados en el RUP – por ejemplo en el régimen especial de comunicación social mediante selección – esto viabiliza una contratación con criterio de selectividad, pero no es un concurso público abierto en estricto sentido.

Otra excepción a las contrataciones directas en régimen especial son las adquisiciones de fármacos, en las que se prevén la posibilidad de adquirir mediante subasta inversa institucional, siempre que los fármacos que se pretenden adquirir no consten en Repertorio Virtual de Medicamentos⁸.

Para los demás procedimientos en régimen especial se dispone en el RGLOSNCN que serán mediante contrataciones directas, siendo predominante esta modalidad de contratación en el régimen especial.

ASPECTOS RELEVANTES DEL RÉGIMEN ESPECIAL

En virtud de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, este expide el reglamento a la LOSNCP, y puede reformarlo cuantas veces considere necesario. Entre las varias reformas del RGLOSNCN, se tienen las realizadas por Decreto Ejecutivo No. 1033, de 05 de mayo de 2020, Decreto Ejecutivo No. 687, publicado en Registro Oficial 521 de 12 de Junio del 2015, Decreto Ejecutivo No. 540, publicado en Registro Oficial Suplemento 422 de 22 de Enero del 2015, entre otros, que en esencia no han variado ni modificado los procedimientos precontractuales del régimen sustancialmente, sino los ha configurado con mayor detalle.

Existe un aspecto relevante que sumado a la modalidad de contratación directa de ciertos regímenes, preocupa e incide a nivel del Presupuesto General del Estado⁹ y del presupuesto de todas las entidades contratantes. Me refiero al hecho de que en estas contrataciones no se encuentra determinado un monto máximo por el cual una entidad contratante puede someter al régimen especial y realizar contrataciones directas.

Según el criterio de *selectividad* que dispone el artículo 2 de la LOSNCP no se encontraría presen-

te, por cuanto en líneas anteriores se pudo determinar que la mayoría son contrataciones directas y que por excepción, procesos de selección.

Por lo tanto, el permitir contrataciones directas sin un monto límite que obligue someter a un procedimiento de selección, este podría llegar a ser un problema en la fase de ejecución de la proforma presupuestaria de las entidades contratantes. Basta que la entidad reforme sus partidas presupuestarias y destine mayores recursos para la adquisición, para demostrar que el gasto puede llegar a ser desmedido.

Es una excesiva discrecionalidad entregada a las entidades contratantes, y de la cual las autoridades en el Ecuador ya han tomado acciones para controlar esta modalidad de contratación.

La Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, en rueda de prensa de fecha 27 de enero de 2020, informó a la ciudadanía ecuatoriana que en el año 2019 *se registró un incremento de procesos más competitivos que alcanzaron el 79%; lo que redundó en más participación, mejores precios, transparencia, calidad y un uso más eficiente de los recursos públicos, con lo cual se revirtió y controló el mal uso del Régimen Especial*¹⁰. Esto implica que las contrataciones sometidas a este régimen deben ser controladas y monitoreadas a fin de regular su uso indiscriminado.

RESULTADOS: MONTOS DE CONTRATOS ADJUDICADOS EN RÉGIMEN ESPECIAL EN EL AÑO 2019

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, tiene como atribución elaborar las estadísticas de las compras públicas. Estas no obedecen a una realidad de gasto público, ya que un contrato adjudicado puede no haber sido ejecutado por diversos motivos, entre los cuales puede citarse, que

el procedimiento se declare desierto por intereses institucionales, por encontrar inconsistencias en la oferta del adjudicatario o porque la necesidad de contratación quedó insubsistente luego de la adjudicación, entre otras.

Esto nos lleva a concluir que al menos tenemos una cifra de montos adjudicados, y que se aproxima a la realidad del gasto público en el país.

Nos interesa conocer los montos adjudicados en régi-

men especial, por lo que se ha tomado como referencia a través de la publicación de los boletines anuales del SERCOP en su portal web: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>, los siguientes datos:

Monto total adjudicado (en dólares) en régimen especial en el año 2017
Gráfica No. 01

PROCEDIMIENTO	No. PROCESOS	PRESUPUESTO (millones de dólares)	ADJUDICADO (millones de dólares)	DIFERENCIA (PRESUPUESTO -ADJUDICADO)	% DE PARTICIPACIÓN
CONTRATACIÓN INTERADMINISTRATIVA	3.161	683,0	682,6	0,4	31,8%
PUBLICACIÓN ESPECIAL	6.272	664,9	664,9	0,0	31,0%
BIENES Y SERVICIOS ÚNICOS	2.830	245,2	244,2	1,1	11,4%
CONTRATACIONES CON EMPRESAS PÚBLICAS INTERNACIONALES	15	177,2	177,1	0,1	8,3%
COMUNICACIÓN SOCIAL	3.029	125,4	124,7	0,7	5,8%
REPUESTOS O ACCESORIOS	1.399	85,8	85,6	0,1	4,0%
GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO DE EMPRESAS PÚBLICAS	400	63,8	63,8	0,0	3,0%
OBRA ARTÍSTICA, CIENTÍFICA O LITERARIA	1.486	57,9	57,6	0,2	2,7%
CONTRATACIÓN DE SEGUROS	345	35,2	34,8	0,3	1,6%
ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO	118	7,8	7,7	0,1	0,4%
CONT. DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO	13	1,7	1,7	0,0	0,1%
TRANSPORTE DE CORREO INTERNO O INTERNACIONAL	24	0,6	0,6	0,0	0,0%
TOTAL DEL RÉGIMEN	19.092	2.148,4	2.145,3	3,1	100%

Fuente: SERCOP – SOCE.

Elaborado por: SERCOP – Dirección de Estudios de Contratación Pública. Año 2017.

*Monto total adjudicado (en dólares)
en régimen especial en el año 2018*

Gráfica No. 02

PROCEDIMIENTO	No. PROCESOS	PRESUPUESTO (Millones de dólares)	ADJUDICADO	AHORRO POR REBAJA PRESUPUESTARIA	% DE PARTICIPACIÓN RÉGIMEN ESPECIAL
CONTRATACIÓN					
INTERADMINISTRATIVA	2.792	552,0	549,7	2,3	34,2%
PUBLICACIÓN ESPECIAL	18.566	492,5	492,5	0,0	30,6%
BIENES Y SERVICIOS ÚNICOS	2.389	268,3	267,8	0,5	16,7%
COMUNICACIÓN SOCIAL	2.888	101,0	100,7	0,3	6,3%
GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO DE EMPRESAS PÚBLICAS	191	70,5	70,5	0,0	4,4%
OBRA ARTÍSTICA, CIENTÍFICA O LITERARIA	1.479	54,8	54,8	0,0	3,4%
REPUESTOS O ACCESORIOS	1.065	48,1	48,0	0,1	3,0%
CONTRATACIONES CON EMPRESAS PÚBLICAS INTERNACIONALES	7	9,9	9,9	0,0	0,6%
CONTRATACIÓN DE SEGUROS	250	9,3	9,2	0,0	0,6%
ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO	85	3,8	3,8	0,0	0,2%
TRANSPORTE DE CORREO INTERNO O INTERNACIONAL	34	0,6	0,6	0,0	0,0%
CONT. DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO	7	0,4	0,4	0,0	0,0%
TOTAL ADJUDICADO POR RÉGIMEN ESPECIAL			1.607,9		100%

Fuente:
SERCOP – SOCE.

Elaborado por:
SERCOP – Dirección de Estudios de Contratación Pública. Año 2018.

**Monto total adjudicado (en dólares)
en régimen especial en el año 2019**

Gráfica No. 03

TIPO DE RÉGIMEN	PROCEDIMIENTO	No. PROCESOS	PRESUPUESTO	ADJUDICADO	DIFERENCIA (PRESUPUESTO ADJUDICADO)	% DE PARTICIPACIÓN RÉGIMEN COMÚN
			(Millones de dólares)			
ESPECIAL 21,3%	CONTRATACIÓN INTERADMINISTRATIVA	2.217	395,3	394,9	0,5	30,5%
	BIENES Y SERVICIOS ÚNICOS	1.772	326,8	326,4	0,4	25,2%
	PUBLICACIÓN ESPECIAL	7.129	293,0	293,0	0,0	22,6%
	COMUNICACIÓN SOCIAL	2.234	89,6	89,2	0,4	6,9%
	OBRA ARTÍSTICA, CIENTÍFICA O LITERARIA	1.363	63,4	63,3	0,0	4,9%
	CONTRATACIONES CON EMPRESAS PÚBLICAS					
	INTERNACIONALES	4	54,3	54,3	0,0	4,2%
	REPUESTOS O ACCESORIOS	654	35,2	35,2	0,0	2,7%
	GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO DE					
	EMPRESAS PÚBLICAS	274	34,5	34,5	0,0	2,7%
	ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO	83	2,7	2,7	0,0	0,2%
	TRANSPORTE DE CORREO INTERNO O					
	INTERNACIONAL	36	1,0	0,9	0,0	0,1%
	CONT. DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y					
	DE SEGUROS DEL ESTADO	6	0,3	0,3	0,0	0,0%
	CONTRATACIÓN DE SEGUROS	5	0,2	0,2	0,0	0,0%
	TOTAL ADJUDICADO POR RÉGIMEN ESPECIAL	15.777	1.296,3	1.294,9	-	100%

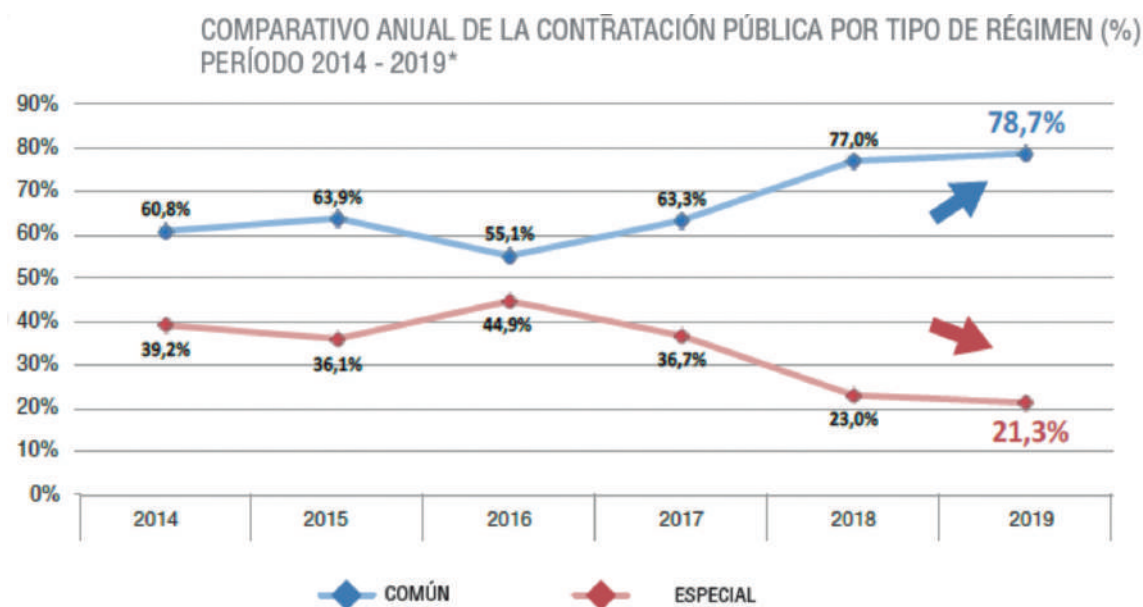
Fuente:
SERCOP – SOCE.

Elaborado por:
SERCOP – Dirección de Estudios de Contratación Pública. Año 2019.

Como se puede observar, los montos adjudicados en dólares de los años analizados, respecto del régimen especial, han disminuido considerablemente. Del año 2017 con un total de monto adjudicado de USD 2.145 millones, al año 2018 a USD 1.607,9 millones, hasta llegar al año 2019 con un total de USD 1.296 millones.

Estas cifras se traducen en un autocontrol del uso y gestión de los recursos públicos. Tanto es así que las entidades públicas han ido paulatinamente disminuyendo el uso de este régimen, conforme se muestra en la gráfica a continuación.

Gráfica No. 04



Fuente: SERCOP – SOCE. Elaborado por: SERCOP – Dirección de Estudios de Contratación Pública. Año 2019.

La gráfica No. 04 se explica al demostrar un decremento del uso del régimen especial en comparación con el régimen común en los años 2016, 2017, 2018 y 2019, año en el cual se encuentra en su menor porcentaje de utilización por las entidades. Esto implica que en el país se ha optado los últimos períodos anuales por un régimen de contrataciones con criterios de selectividad, de concursos

públicos abiertos – no necesariamente licitaciones públicas –, subastas inversas electrónicas, catálogos electrónicos, entre otros, que son de mayor incidencia para un universo amplio de oferentes.

CONCLUSIONES

El uso del régimen especial no puede ser usado como un mecanismo para evitar aplicar procedimientos concursivos, abiertos y selectivos. Este será de uso exclusivo, siempre que el objeto de la contratación responda a una necesidad dominante y obligue a realizar una contratación apartada de los procedimientos

"El uso del régimen especial no puede ser usado como un mecanismo para evitar aplicar procedimientos concursivos, abiertos y selectivos."

comunes, basándose en el objeto de lo que se pretende adquirir.

Como no existe un monto máximo que pueda restringir una contratación de esta naturaleza, se deberá incrementar el monitoreo y control por parte de los órganos de control, como en el caso de Ecuador que le corresponde al SERCOP.

En especial, será necesario reglar esta actividad de la administración pública, mediante una reforma al Reglamento General de la LOSNCP, para que en forma expresa se de-

limiten, primero, criterios de selectividad reales, concretos y efectivos en las contrataciones en régimen especial que les sea aplicable, y segundo, para que se establezcan montos máximos para contratar bajo esta modalidad, y que en el eventual caso que estos montos sobrepasen, se tenga la obligatoriedad de realizar un procedimiento de selección.

La reforma reglamentará el procedimiento precontractual a seguir diferenciando los montos de contratación y los objetos contractuales a ser adquiridos, para así distinguir el uso del régimen, y en especial

los criterios aplicables al *iter contractus*.

Como aspecto fundamental, se deberá priorizar el uso de procedimientos licitatorios públicos y abiertos al conglomerado de proveedores, y restringir el uso de regímenes especiales, siempre que sean montos inferiores y que en base a la conveniencia y oportunidad de la adquisición, sea ventajoso su uso.

Solo así se podrá obtener criterios de eficiencia¹¹, eficacia¹² y economía en las contrataciones gubernamentales¹³.

1. Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 4 de agosto, 2008).
2. Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588 (Quito, 12 de mayo, 2009).
3. Art. 51.- Contrataciones de menor cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos: (...) En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad.
4. Ley de Contratación Pública de 16 de agosto de 1990, publicada el mismo día en el Registro Oficial No. 501, Art. 1 (Quito, Congreso Nacional).
5. Ley de Contratación Pública, de 22 de febrero de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 272, Art. 1 (Quito, Congreso Nacional). Actualmente derogada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
6. Para Solórzano (2017, p. 37) el Giro Específico del Negocio, son las actividades que realiza una entidad Estatal, en cumplimiento del ámbito de competencia y misión, determinadas en la Ley con la que fueron creadas, dichas actividades sirven para ejecutar el cometido del objetivo institucional, por tanto no se enmarcan en estas actividades las de adquisición de bienes activos, pago de nómina, contratación de servicios de transporte, alimentación, del personal, etc.

7. El artículo 6 numeral 29 de la LOSNCP define al Registro Único de Proveedores como: (...) *Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.*
8. El Repertorio de Medicamentos es un catálogo electrónico en el cual constan los fármacos o medicamentos disponibles para que las entidades públicas de salud los adquieran directa y eficientemente, sin necesidad de un procedimiento común, que normalmente conllevaría un lapso aproximadamente entre 30 y 45 días. En asuntos de salud pública es indispensable que este tipo de contrataciones se las realice ágilmente mediante contrataciones directas.
9. Presupuesto General del Estado es la estimación de los recursos financieros que tiene el Ecuador; es decir, aquí están los **Ingresos** pero también están los **Gastos**. El Presupuesto del Gobierno Central (PGC) es la parte del Presupuesto General del Estado (PGE) directamente administrada por el Gobierno y sus instituciones, a través del Ministerio de Finanzas. Concepto tomado del portal web del Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador, última visita 27 de enero de 2020. Recuperado de: <https://www.finanzas.gob.ec/el-presupuesto-general-del-estado/>

Doctrinariamente se lo puede definir como un *documento legal en el cual sistemáticamente y anticipadamente se calculan los ingresos y se autorizan los gastos que habrán de producirse en un Estado en un cierto período de tiempo*. Manuel Matus Benavente, Finanzas Públicas (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959), 220. Citado por Eddy de la Guerra, en la Revista de Derecho Foro, No. 25, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 59.
10. Fuente: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/incremento-de-participacion-de-proveedores-y-uso-eficiente-de-los-recursos-publicos-marcan-la-gestion-del-sercop-en-el-2019/>
11. Leandro Arozamena y Federico Weinschelbaum. *Compras públicas: aspectos conceptuales y buenas prácticas*, Programa ICT4GP, Componente 1, mayo de 2010, p. 40. “La eficiencia se entiende como un ahorro para el Estado tanto de proceso (menos trámites y mejoras en los tiempos) como de precios (al acceder a precios más competitivos).”
12. Martner, Ricardo. *Planificar y presupuestar en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, 2007, p. 76. “Y es que la mejora de la calidad del gasto público implica desde una adecuada priorización de las acciones o de las asignaciones entre las alternativas diferentes (eficiencia en la asignación), desarrollo de acciones que garanticen el acceso a servicios básicos a los más pobres (distribución equitativa), maximización de resultados en el uso de los mismos (eficiencia en la ejecución), logro de metas y objetivos previstos (eficacia en el impacto), entre otros.”

Bibliografía

- Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 4 de agosto, 2008).
- Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588 (Quito, 12 de mayo, 2009).
- Leandro Arozamena y Federico Weinschelbaum. *Compras públicas: aspectos conceptuales y buenas prácticas*, Programa ICT4GP, Componente 1, mayo de 2010.
- Martner, Ricardo. *Planificar y presupuestar en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, 2007.
- Ley de Contratación Pública de 16 de agosto de 1990, publicada el mismo día en el Registro Oficial No. 501, Art. 1 ([Quito] Congreso Nacional).
- Ley de Contratación Pública, de 22 de febrero de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 272, Art. 1 ([Quito] Congreso Nacional). Actualmente derogada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Matus Benavente, Manuel. *Finanzas públicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- Solórzano Durán, Alexandra Isabel. Inaplicabilidad del principio de concurrencia en los procedimientos de Régimen Especial regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito, 2017, 100 p. Tesis (Maestría en Derecho de la Contratación Pública). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador. Portal web: <https://www.finanzas.gob.ec/el-presupuesto-general-del-estado/>
- Portal de Compras Públicas. Portal web: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/incremento-de-participacion-de-proveedores-y-uso-eficiente-de-los-recursos-publicos-marcen-la-gestion-del-sercop-en-el-2019/>



CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES SEGÚN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY NOTARIAL

Christian Vargas Dávalos

Resumen

Dentro de la presente investigación se realizará un análisis de la facultad 29 establecida en el Artículo 18 de la Ley Notarial ecuatoriana vigente (Congreso Nacional del Ecuador, 1966) en la que establece que es una atribución exclusiva de los notarios el “aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores”, podemos indicar que dentro de las atribuciones notariales exclusivas está el constituir sociedades civiles y mercantiles que es en lo que nos vamos a enfocar dentro de la presente investigación.

Abstract

Within this investigation, an analysis of the Faculty 29 established in Article 18 of the current Ecuadorian Notarial Law (National Congress of Ecuador, 1966) will be carried out in which it establishes that it is an exclusive attribution of the notaries to “Approve the constitution or reform of civil and mercantile societies

and other acts related to the life of these, and to officiate the Mercantile Registrar for its registration, when it does not correspond to the Superintendence of Companies and Securities”, we can indicate that within the exclusive notarial Attributions is the Incorporate Societies Civil and Commercial which is what we are going to focus on in the present investigation.

TEMA DOCTRINARIO

Previo a establecer la forma en la que se realiza la constitución de Sociedades Civiles y Mercantiles es importante realizar una distinción entre cada una de ellas y sus diferencias conforme lo establece el artículo 1957 del Código Civil (Congreso Nacional del Ecuador, 2005); un concepto base es que la sociedad “es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan”. Es decir cuando dos personas o más se reúnen para realizar una actividad económica y se comprometen a juntos poner algo para obtener ganancia y repartirla, se habla de una sociedad, compañía, empresa o negocio entre otras.



Para el autor (Vanasco, 2006), en su obra “Sociedades Comerciales”, indica que las sociedades se forman cuando dos o más personas contribuyen entre sí dinero, bienes o trabajo, dentro de la cual llevarán una actividad lícita con la finalidad de ganar dinero, pero también indica que en caso de que fracase la sociedad todos los que la formaron deben soportar las mismas pérdidas, también el autor indica que al formarse las sociedades estas perduran con el tiempo y por eso es que es necesaria que sean reguladas en derecho.

De igual manera podemos indicar lo que establece (Fierro, 1997), en su obra titulada “Sociedades Legislación Conceptos Doctrinas”, realiza un análisis de las sociedades iniciando desde su origen etimológico e indica que las sociedades provienen desde el latín denominado *societas* y nos indica que la sociedad es la reunión de personas las que se encuentran sometidas a una misma ley y también establece que jurídicamente hay varios criterios pero que debemos entender a las sociedades como un acto contractual, o una persona jurídica que es independiente de los socios, es importante tomar en consideración que la sociedad es una persona jurídica pero para que se la constituya como tal se debe realizar un contrato de sociedad, es decir un contrato previo en la que los socios o accionistas se ponen de acuerdo para conformar una persona jurídica.

Dentro de la investigación realizada por (Bedón, 2010), la autora establece a la sociedad como una relación jurídica, dentro de la que se establece un vínculo contractual entre los socios, los mismos que adquieren derechos, obligaciones y responsabilidades, de carácter personal y patrimonial, de esta forma establece que para poder crear una sociedad debe existir de ante mano la voluntad expresa de reunirse, es de esta forma que la sociedad para poder constituirse y subsistir debe estar regida bajo el principio de confianza mutua.

Otra consideración importante es la que establece (Garri-gues, 1979), “La sociedad es un contrato que da origen a una persona jurídica o al menos, a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes”, el au-

- Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.
- Especialista en Derecho Notarial y Registral por el Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Abogado en libre ejercicio profesional.



Christian S. Vargas Dávalos

tor establece a las sociedades como un contrato, y que una vez realizado el mismo pasa a formar una persona jurídica, sin que esta pueda ser modificada de una forma fácil ya que esta posee su propia normativa, con la cual va a funcionar desde el momento de su constitución.

Debemos indicar que el concepto de sociedad no es reciente, existen antecedentes históricos desde la antigua Roma es por eso que el autor (Arangio, 1973), indica que la sociedad en Roma era “un contrato consensual y bilateral, por el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes y trabajo para la obtención de resultados ventajosos para todos”, claramente se puede observar que la conceptualización de las sociedades no ha variado con el tiempo, se ha ido mejorando pero en esencia es la misma concepción, desde la antigua Roma se reunía para poder tener un beneficio.

La forma en la que nace las sociedades establece (Ascarelli, 1951), al indicar que “la sociedad surge con motivo de un contrato, este sin embargo, no se limita a disciplinar las obligaciones entre los socios, sino que crea una organización destinada a realizar una actividad con los terceros; esta organización tiene personalidad jurídica y un patrimonio que, a su vez, es distinto del patrimonio individual de los socios”, es decir la sociedad al ser un contrato que se preestablece entre los socios, no solo regula a estos sino que dentro del contrato se establecen cada una de las cláusulas determinadas para regular la actividad a realizarse, la forma de actuar con terceros, y nos establece que esta unión de socios tiene un patrimonio propio distinto del que posean a título personal los contrayentes.

Según (Piantoni & Quaglia, 1977), establecen que la sociedad es “un contrato por el cual dos o más personas convienen en formar un fondo común, mediante aportaciones que cada una de



ellas deben proporcionar, con el objeto de dividirse los beneficios que de ello puedan resultar”, estos autores hacen referencia a las sociedades únicamente como un contrato, no le dan la personería jurídica que en nuestra legislación se lo ha realizado conforme la norma ha plasmado, pero lo que llama la atención es la forma en la que establece que al reunirse deben proporcionar aportaciones y al final o cuando se generen ganancias estas deben dividirse.

En la investigación realizada por (Moscoso, 2008), indica que “la sociedad jurídicamente hablando, es un contrato consensual, en virtud del cual dos o más seres humanos deciden reunirse para emprender en una actividad conjunta, en donde los réditos o pérdidas que resulten de la misma serán para todos los contratantes”, el autor nacional indica que la sociedad se celebra mediante un contrato el cual debe ser consensuado es decir todos los socios o accionistas deben estar de acuerdo en la actividad que van a realizar, en esta actividad todas las ganancias y pérdidas que se generen serán entre todos los contratantes en igual forma.

Una vez que se ha determinado la conceptualización de las sociedades debemos indicar que en nuestro país se ha hecho una distinción clara de las sociedades y debemos indicar que estas se dividen en Sociedades Civiles y en Sociedades Comerciales estas últimas según el ordenamiento jurídico también son denominadas como Sociedades Mercantiles.

Conforme lo establece el Código Civil Ecuatoriano (Congreso Nacional del Ecuador, 2005), en el artículo 1963, claramente establece la diferencia de las sociedades civiles y mercantiles “La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles”, con este concepto la normativa diferencia entre dos tipos de sociedades se establece que las Sociedades pueden ser Civiles o Comerciales.

Es importante identificar que las Sociedades comerciales son aquellas que se rigen a las reglas establecidas en el Código de Comercio ecuatoriano vigente (Ecuador, 2019), en el artículo 8 se establecen los actos de comercio que rigen en nuestro país y estos son: “Art. 8.- Son actos de comercio para todos los efectos legales: a) La compra o permuta de bienes muebles, con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación

de los mismos; b) La compra o permuta de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; c) La compra o enajenación de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos; d) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales; e) La producción, transformación, manufactura y circulación de bienes; f) El transporte de bienes y personas; g) Las operaciones descritas y reguladas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, sin perjuicio de que las mismas se encuentran sometidas a dicha ley; h) Las actividades de representación, prestadas por terceros, a través de las cuales se colocan productos o se prestan servicios en el mercado; i) Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; j) Las actividades mercantiles realizadas por medio de establecimientos físicos o sitios virtuales, donde se oferten productos o servicios; k) El contrato de seguro; l) Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las

remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; m) El depósito de mercaderías; y, en general, la tenencia de bienes a título oneroso; n) Las actividades de interrelación derivadas de los contratos existentes entre los prestadores de servicios de transporte y sus usuarios; o) El contrato de operación logística; p) La prenda, y otras garantías que se regulen en este Código; q) Las operaciones de crédito; r) La colaboración empresarial cuando está encaminada a realizar actos de comercio; y, s) Otros de los que trata este Código. Se tendrán así mismo como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, con este artículo podemos indicar que si una sociedad a formarse se encuentra inmersa en alguno o varios de los numerales del Artículo 8 del Código de Comercio, esta Sociedad se la debe denominar como Comercial, pero si la actividad a realizarse no está dentro del presente artículo se debe identificar como Civil.

De esta manera identificaremos a las sociedades comerciales y conforme lo establece (Vanasco, 2006), se formaron

a raíz que “un grupo de personas, persiguiendo una finalidad lucrativa y arriesgando su participación, elegían una actividad vinculada a la producción o intercambio de bienes muebles, dinero o mercaderías, regían sus relaciones internas y externas por las normas específicas de los comerciantes”, es decir si la actividad a la que se iban a dedicar era meramente comercial o de intercambio, se podía indicar que es una sociedad comercial y de esta manera el mismo autor distingue la forma en que se va a dar una comercialidad a una sociedad estableciendo reglas para poder distinguir esta sociedades nos indica que la sociedad comercial “queda sujeta al régimen legal comercial”, es decir en caso de conflicto se debe aplicar lo dispuesto por el Código de Comercio y no se aplicará el Código Civil, por ser distinto, también nos indica el autor que “a la sociedad comercial se le aplicarán, en lo que sea compatible con su naturaleza, todas las reglas que el Código de Comercio sanciona para los comerciantes”, de esta forma se deben seguir únicamente los lineamientos detallados en la normativa comercial para su funcionamiento.

Para el autor (Salgado, 1987), las sociedades comerciales son “aquellas que caen bajo las reglas de Código de Comercio, y actualmente, como una segregación de él, la Ley de Compañías”, de esta manera podemos verificar que en nuestro país las Sociedades comerciales son las que se encuentran regidas al Código de Comercio pero debemos considerar que también existen directrices dentro de la Ley de Compañías, para poder catalogarlas como tal.

Tomando en consideración a (Cevallos, 2008), el autor en su obra establece a las sociedades mercantiles o comerciales como aquellas que han sido constituidas con una finalidad de ejecutar negocios que en la normativa jurídica se los establece como actos de comercio, debiendo tomarse en referencia a los actos de comercio señalados con anterioridad según el Artículo 8 del Código

de Comercio ecuatoriano, pero también el autor indica que se debe verificar la normativa conexas tomando como referencia a la Ley de Compañías, la Ley de Mercado de Valores, el Código Monetario, entre otros, de esta manera podemos evidenciar que únicamente las sociedades cuya finalidad es establecerse para realizar actos de comercio se las puede determinar como Sociedades Comerciales o Mercantiles.

Una vez contextualizado las sociedades comerciales o mercantiles vamos a analizar lo que los autores definen como Sociedad Civil y que nuestra normativa legal las diferencia a las comerciales.

La autora (Quezada, 1991), las sociedades Civiles “se constituyen para la explotación de un negocio de modestas miras, para el mejor ejercicio de una profesión liberal, o para la explotación en común de una empresa agraria”, es decir las sociedades civiles se forman de una manera diferente a las comerciales, pues su finalidad no son actos de comercio, sino en el sentido de tener ingresos económicos diferentes y nos pone de ejemplo a los profesionales, o negocios como bares, discotecas, tiendas entre otros, y de igual forma establece que “la sociedad civil se crea en atención a las cualidades personales de los socios y a las relaciones de confianza que entre ellos median, por lo que sólo tiene sentido sus subsistencia en la medida en que dichas condiciones persistan”, de esta forma debemos precisar que para poder constituir una sociedad civil debe existir una relación de confianza, entre los socios o accionistas con los que se va a formar la sociedad, pero en caso de que no perdure dicha relación la sociedad puede continuar su funcionamiento.

Según la investigación realizada por (Moscoso, 2008), establece que las sociedades civiles son “contratos en los cuales dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan, sin

que se dediquen a actos de comercio”, debemos indicar que la conceptualización que realiza el investigador en su tesis vendría a establecerse el mismo concepto entre sociedad civil y comercial con la diferencia que las sociedades civiles no se dedican a realizar actos de comercio, el objeto vendría a ser el mismo, el obtener ganancias producto de la sociedad.

De igual forma según (Salgado, 1987), establece que “Las sociedades Civiles: Son aquellas que caen bajo el campo civil y las rige el Código Civil”, el autor delimita a las sociedades civiles estableciendo que están deben ser regladas únicamente por el Código Civil, de esta manera podemos diferenciar al momento de constituirla, para poder enmarcarla entre sociedad comercial o sociedad civil.

La legislación ecuatoriana en el Código Civil (Congreso Nacional del Ecuador, 2005), determina qué tipo de sociedades tanto civiles como mercantiles se pueden constituir en legal y debida forma es así como el Artículo 1965 define “Art. 1965.- La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima. Es sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo. Es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios se obligan



solamente hasta el valor de sus aportes. Sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones.”

El Código Civil nos establece que tanto las sociedades civiles como las mercantiles, pueden ser definidas como colectivas, en comandita o anónimas; Debemos indicar que las Sociedades Civiles o Comerciales Colectivas se definen como aquellas que los socios pueden administrar la misma por si mismos o por medio de mandatario el Código Civil (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) también establece que “Art. 1967.- Las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto a los cuales regirán las disposiciones relativas a la sociedad en comandita, quedando sujetos

los otros, entre sí y respecto de terceros, a las reglas de la sociedad colectiva”, estableciendo que en las Sociedades Civiles o Mercantiles Colectivas, se puede designar a una o varios socios comanditarios pero los demás socios siguen quedando bajo las disposiciones de la sociedad colectiva.

Debemos indicar de igual forma que el Código Civil (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) establece que “Art. 1968.- Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas”, de esta forma debemos indicar que para poder constituir una Sociedad Civil Anónima debemos verificar las reglas que la Ley de Compañías establece a las Sociedades Mercantiles como tal de esta manera, las sociedades civiles anónimas es-

tán sujetas a las mismas reglas que rigen para las compañías anónimas de carácter mercantil, sin que esto signifique un cambio en su naturaleza. Lo que distingue esencialmente a las mercantiles de las civiles no es la finalidad lucrativa, que la tienen unas y otras, sino el haberse constituido para emprender en operaciones mercantiles las unas y operaciones civiles las otras

"las sociedades son un contrato en el que se establecerá la actividad lícita a la que se van a dedicar, y la única finalidad de reunirse es para obtener réditos económicos, y cada socio o accionista aporta ya sea bienes los que pueden ser muebles o inmuebles"

Una vez que se ha señalado los conceptos y diferenciaciones entre Sociedad Civil y Sociedad Comercial debemos analizar la forma en la que se realiza la constitución de las mismas. En el caso de las sociedades civiles anónimas, estas están sujetas, por mandato de la ley, a las mismas reglas que las compañías anónimas comerciales (Art. 1968 CC) (Doctrina No. 9). Además, hay que tener en cuenta que las compañías de responsabilidad limitada también pueden realizar actos o contratos civiles y dichas sociedades siempre serán mercantiles (Arts. 93 y 94 LC).

Debemos considerar que la Ley Notarial (Congreso Nacional del Ecuador, 1966), en el artículo 18 establece las atribuciones exclusivas que tienen los Notarios, de la siguiente manera "Art. 18.- (Reformado por el num. 1 de la Disposición Reformatoria Décimo Quinta del Código Orgánico General de Procesos, R.O. 506S, 22V2015; y, por el num. 11 del Art. Único de la Ley s/n, R.O. 9136S, 30XII2016). Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes;" y entre esas facultades se encuentra la establecida en el numeral, 29 y establece: "29. (Agregado por el num. 8 de la Disposición Reformatoria Décimo Quinta del Código Orgáni-

co General de Procesos, R.O. 506S, 22V2015). Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores", de esta forma faculta únicamente a los notarios el constituir Sociedades Civiles y Mercantiles, previo a reunir los requisitos básicos que debe solicitar el notario.

El autor ecuatoriano (Martínez, 2016), en su obra Apuntes de derecho Notarial Ecuatoriano, establece que el notario previo a la constitución de las sociedades civiles y mercanti-

les, debe existir una solicitud de constitución en la que deben estar incluidos los estatutos con los que va a funcionar, el notario debe examinar si reúne los requisitos legales de constitución, de inmediato debe elevar a escritura pública, debe aprobar la constitución de la sociedad, debe aprobar la constitución y debe ser suscrita entre los constituyentes y el notario en unidad de acto, de esta forma debe dar fe de lo constituido, debe conferir copias certificadas a los constituyentes y el original debe pasar al protocolo, una vez concluida la constitución el notario debe oficiar al Registro Mercantil para que se inscriba la sociedad constituida ante él.

En conclusión debemos establecer que < tomando en consideración dentro de los bienes muebles al dinero y también aportar actividades de trabajo, tomando en consideración que muchas personas tienen amplio conocimiento en alguna actividad se los incorpora como socios intelectuales.

Se puede concluir que las sociedades mercantiles o comerciales son aquellas que han sido constituidas con la finalidad de ejecutar negocios que en la normativa jurídica se los establece

como actos de comercio, debiendo tomarse en referencia a los actos de comercio señalados en el artículo 8 del Código de Comercio ecuatoriano, pero también se debe verificar la normativa conexas como la Ley de Compañías, la Ley de Mercado de Valores, el Código Monetario, entre otros, de esta manera únicamente las sociedades cuya finalidad es establecerse para realizar actos de comercio se las puede determinar como Sociedades Comerciales o Mercantiles.

Se concluye que las sociedades civiles se forman de una manera diferente a las comerciales, pues su finalidad no son actos de comercio, sino en el sentido de tener ingresos económicos diferentes, se crean en atención a las cualidades personales de los socios y a las relaciones de confianza que entre ellos median, por lo que sólo tiene sentido su subsistencia en la medida en que dichas condiciones persistan, pero en caso de que no perdure dicha relación la sociedad

puede continuar su funcionamiento.

Finalmente debemos concluir que el notario previo a la constitución de las sociedades civiles y mercantiles, debe examinar si reúne los requisitos legales de constitución, elevar a escritura pública, aprobar la constitución, suscribirla conjuntamente con los constituyentes y debe oficiar al Registro Mercantil para que se inscriba la sociedad constituida ante él.

Bibliografía:

- Arangio, V. (1973). *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Depalma.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código de Comercio (2019). Quito.
- Ascarelli, T. (1951). *Principios y problemas de las Sociedades Anónimas*. México D.F: Imprenta Universitaria.
- Bedón, G. (2010). *Clases de Acciones en las Compañías de Capital* (Tesis). Universidad Técnica Particular de Loja, Loja.
- Cevallos, V. (2008). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. Ley Notarial (1966). Quito.
- Congreso Nacional del Ecuador. Código Civil (2005). Quito.
- Fierro, H. (1997). *Sociedades, Legislación, Conceptos, Doctrinas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Garrigues, J. (1979). *Curso de Derecho Mercantil*. México D.F: Porrúa.
- Martínez, J. (2016). *Apuntes del Derecho Notarial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moscoso, L. (2008). *Análisis Jurídico del Contrato de Sociedad Civil, Ventajas y Desventajas al ser un paso previo a la constitución de una compañía* (Tesis). Universidad del Azuay, Cuenca.
- Petit, E. (s. f.). TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Recuperado 2 de julio de 2018, de https://docs.google.com/file/d/0B-Afy3zdwWrGR1hta2JFUEpNdm8/edit?usp=embed_facebook
- Piantoni, M., & Quaglia, A. (1977). *Sociedades Civiles y Comerciales, Estudio Comparativo y concordancias legislativas*. Buenos Aires: Astrea.
- Quezada, C. (1991). *Dosilución de la Sociedad Civil por Voluntad Unilateral de un Socio*. Barcelona: Cometa.
- Salgado, R. (1987). *Nuevo Manual de Derecho Societario*. Quito: Editorial Universitaria.
- Vanasco, C. (2006). *Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Villegas, C. (1995). *Tratado de las Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.



BONOS

ACUERDO CON BONISTAS; LOGRO ECONÓMICO MÁS SIGNIFICATIVO DE ADMINISTRACIÓN MORENO

Prófitas

Ecuador anunció el 03 de agosto de 2020, que ha logrado convencer a una mayoría de inversionistas para que acepten una reestructuración de \$17,38 billones en bonos de deuda soberana. Los términos incluyen una reducción del capital en \$1,54 billones, es decir un 9%; reducción de la tasa de interés promedio a 5,3% desde 9,2% y una prolongación de vencimientos en un promedio de 12,7 años desde 6,1 años, al reemplazar bonos actuales por nuevos, incluido un bono de cupón cero para los pagos de intereses atrasados este año.

El acuerdo refuerza significativamente la posición externa de Ecuador, pues refleja la voluntad de adherirse a los estándares internacionales del mercado financiero, comparándose favorablemente con la prolongada disputa de los tenedores de bonos de Argentina. Lo que debería facilitar un nuevo acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el corto plazo, ya que el mercado comparte la carga financiera de la reestructuración ecuatoriana.

Se trata del logro más significativo de la administración Moreno y particularmente del Ministro Martínez y su equipo económico, luego de varios reveses a iniciativas económicas anteriores. Esto a pesar de un contexto

político local muy retador en que el Ministro Martínez estuvo en riesgo de ser destituido por una Asamblea Nacional en oposición y en que los niveles de aprobación del presidente Moreno alcanzan un solo dígito.

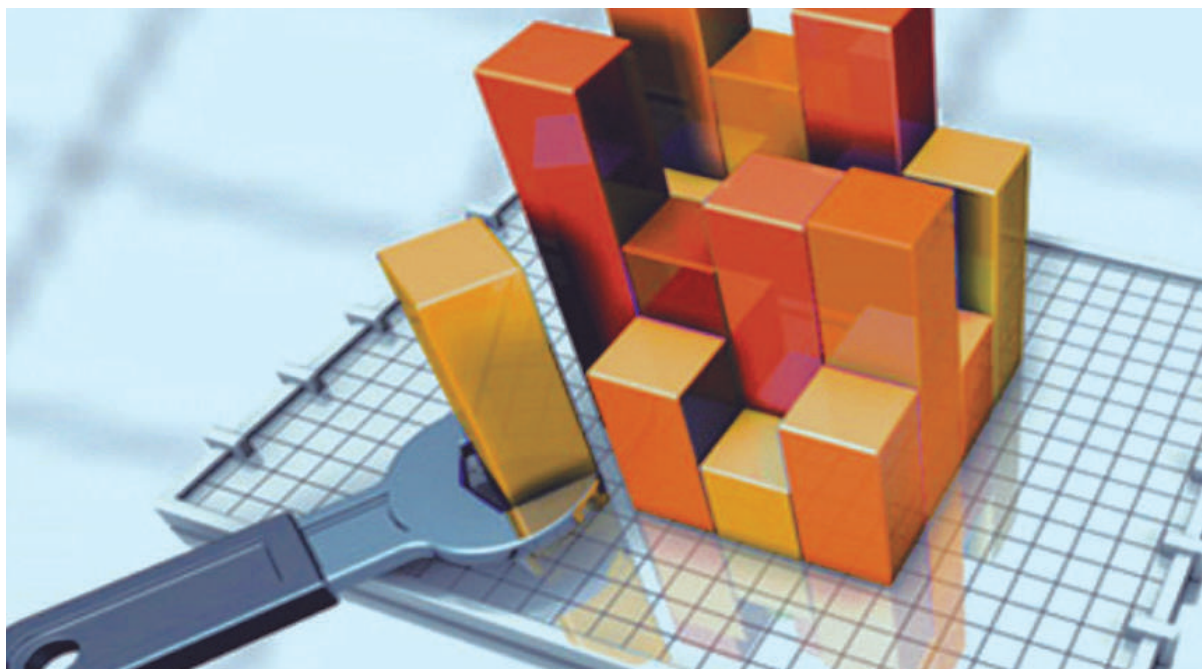
Sin duda, el contexto internacional favoreció el acuerdo. Un cierto consenso global con respecto al significativo impacto de la pandemia de covid-19 en las finanzas de los países del tercer mundo y de aquellos particularmente afectados como Ecuador, permitió al gobierno de Moreno justificar y sostener una propuesta relativamente agresiva frente a los acreedores, a pesar de la oposición de algunos de ellos hasta la semana pasada. Por otro lado, un sólido respaldo por parte del gobierno estadounidense y de los organismos multilaterales de crédito, otorgó legitimidad y “leverage” al equipo ecuatoriano.

Sin embargo, en el corto plazo el acuerdo apenas mejora una pobre situación económica que se habría tornado aún peor si Ecuador dejaba de pagar sus vencimientos externos de este mes, el escenario alternativo más probable. La brecha fiscal de 2020 se reduce marginalmente a cerca del 8% del PIB, lo cual deja al Gobierno altamente dependiente de la financiación externa y el apoyo político de los Estados Unidos y China.

Por otro lado, los términos más favorables obtenidos y la postergación de pagos significativos hacia el futuro, limitan la posibilidad de que actores políticos locales busquen politizar el cumplimiento de obligaciones internacionales por encima de las necesidades internas, especialmente durante la próxima campaña electoral. Al mismo tiempo, vuelve más improbable la reactivación de juicios políticos en contra del ministro Martínez, quien incluso podría dejar el Go-

bierno una vez cumplido uno de sus principales objetivos.

Finalmente, la sostenibilidad a mediano plazo del acuerdo alcanzado con los bonistas y eventualmente de otro con el FMI, está expuesta a los resultados de la elección presidencial del próximo año. Elección en que algunas de las candidaturas más competitivas, son abiertamente hostiles hacia los acreedores externos y particularmente al FMI.




PROFITAS

Es la firma de consultoría líder en el análisis y la gestión del riesgo político en Ecuador. Nuestra misión es ayudar a inversionistas y empresas privadas, locales e internacionales, a capturar las oportunidades y limitar los riesgos que el entorno político produce en los mercados. Somos un grupo de profesionales que combinan los negocios y las ciencias sociales para ofrecer una visión estratégica, objetiva y no-partidista, sobre el impacto de la política en la economía y los negocios.

Para mayor información:
www.profitas.com
info@profitas.com

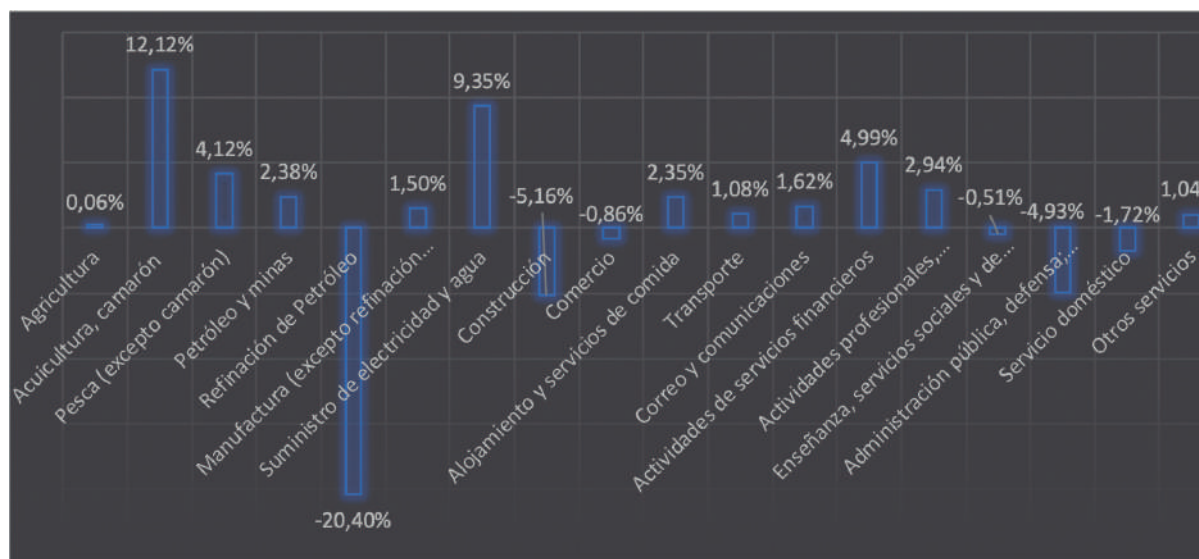
INDUSTRIA ECUATORIANA PRE COVID 19

Eco. Norberto Alexander Apolo

La pandemia del covid 19 ha afectado a todos los sectores de la economía ecuatoriana, sin embargo, no todos los sectores se encontraban en la misma situación antes de la pandemia; por lo que, la forma de reaccionar o resistir ante la crisis económica venidera dependerá de que tan preparado estaba el tejido empresarial en nuestro país ante una situación atípica.

El Gráfico N°1 muestra el crecimiento o decrecimiento real que tuvieron los diferentes sectores de la Industria en el año anterior, se puede observar que los sectores que crecieron en mayor medida fueron: la Acuicultura y Pesca de Camarón (12,12%), el Suministro de electricidad y agua (9,35%), las Actividades de servicios financieros (4,99%); mientras que los sectores que decrecieron en mayor medida fueron: la Refinación de petróleo (-20,40%), la Construcción (-5,16%), la Administración Pública y defensa (-4,93%).

Gráfico N°1: Crecimiento PIB por Industria, año 2019

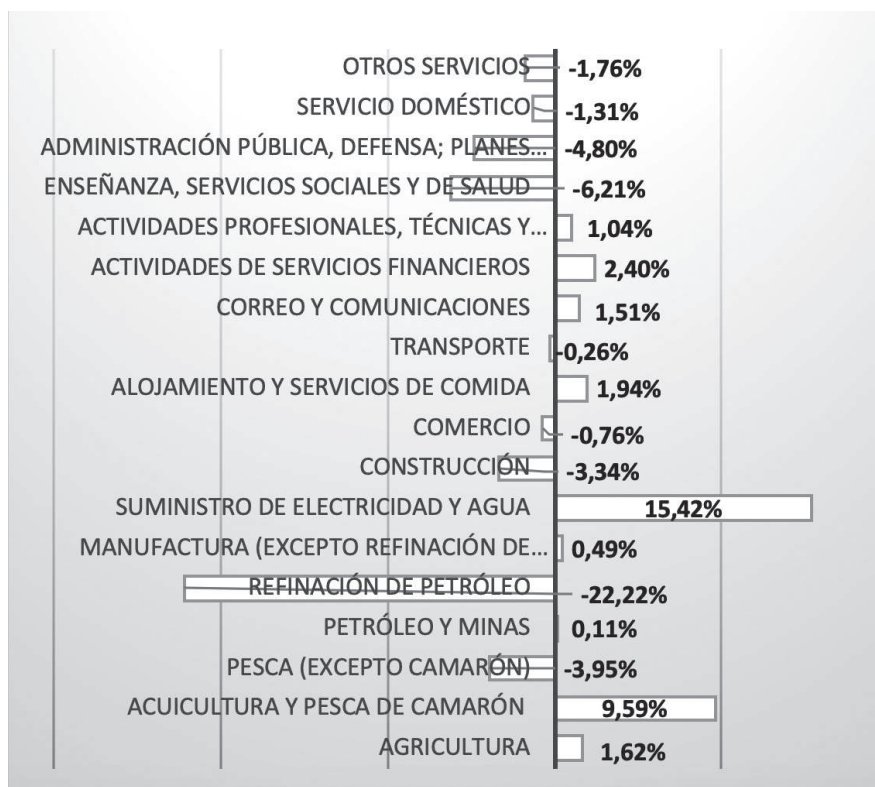


Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Propia

Para conocer la situación de los diferentes sectores de la economía antes de la pandemia, el Gráfico N°2 expresa el crecimiento o decrecimiento real de los sectores, durante el último trimestre del año 2019, en relación al mismo trimestre del año anterior. Los sectores que decrecen son: Servicio Doméstico (-1,31%), Administración pública y defensa (-4,80%), Enseñanza y Servicios Sociales/Salud (-6,21%), Transporte (-0,26%), Comercio (-0,76%), Construcción (-3,34%), Pesca (-3,95%).

Gráfico N°2: Crecimiento PIB por Industria, IV Trimestre 2019



Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Propia

Es importante que el Gobierno genere las políticas adecuadas para brindar liquidez a los sectores que presentaban problemas previos al covid 19, ya que para aquellos sectores será más complicado subsistir, debido a la falta de actividad y consumo que se generó por el confinamiento establecido por las autoridades. Tan solo una política articulada conjuntamente entre el sector privado y el Gobierno, salvará fuentes de trabajo y reactivará la economía de nuestro país.

LEY ORGÁNICA PARA EL ORDENAMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

El 16 de mayo de 2020, la Asamblea Nacional aprobó con 72 votos favorables el Proyecto de Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas. El 15 de junio, el Ejecutivo remitió el veto parcial y 16 objeciones a la Asamblea para su respectivo tratamiento. Finalmente, su publicación por medios oficiales se realizó en el Suplemento del Registro Oficial 253, del 24 de julio.

La presente Ley, reforma al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo. Dentro de los aspectos relevantes, se destaca:

- **Creación de Fondo de Estabilización:** Permitirá garantizar la estabilidad económica y la sostenibilidad de las cuentas públicas y/o la capacidad de la ejecución de egresos en educación y salud. Contendrá los ingresos provenientes de la explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que superen lo contemplado en el Presupuesto General del Estado, una vez aprobado por la Asamblea Nacional.
- **Cobertura del ingreso petrolero y minero:** El ente rector de las finanzas públicas, podrá contratar servicios e instrumentar mecanismos como la adquisición de opciones, seguros, conversión de productos básicos y otros similares, para alcanzar un ingreso mínimo derivado de su comercialización que permita enfrentar la volatilidad de su precio en el mercado y sus potenciales efectos presupuestarios.
- **Reducción deuda pública:** El ente rector de las finanzas públicas deberá reducir progresivamente el indicador de deuda pública y otras obligaciones, hasta el límite establecido en el artículo respectivo, considerando los siguientes límites:

- 57% del PIB hasta el año 2025;
- 45% del PIB hasta el año 2030; y,
- 40% del PIB hasta el año 2032 y en adelante.





- **Modificación del Presupuesto General del Estado:** Para las modificaciones que impliquen un incremento que supere el 5% respecto de las cifras aprobadas por la Asamblea Nacional, el ente rector de las finanzas públicas se sujetará al procedimiento previsto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento.
- **Endeudamiento Público:** Se consideran parte del endeudamiento público las obligaciones no pagadas y registradas de los presupuestos clausurados, así como las deudas contraídas con las entidades de la Seguridad Social ecuatorianas (IESS, ISSFA, ISSPOL).

No se consideran parte del endeudamiento público:

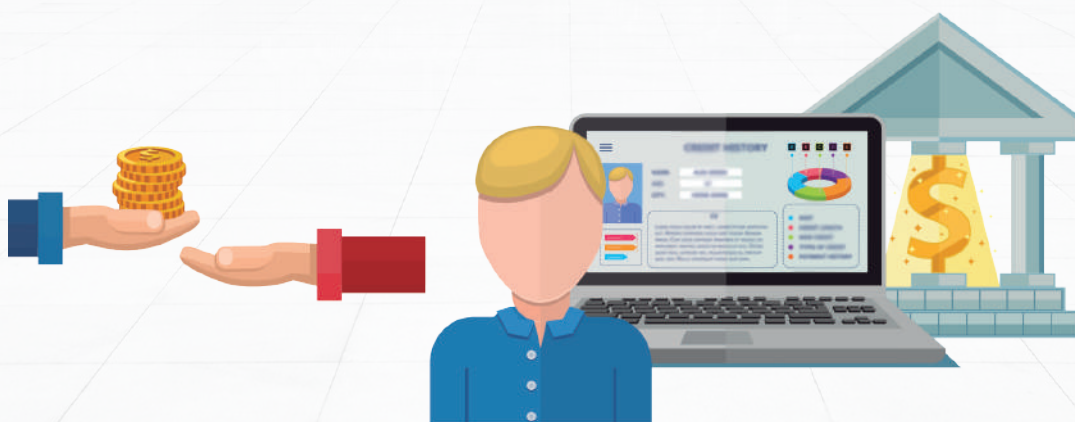
1. Los convenios de pago que contemplen o no costos, cuya entrada en vigencia no provoca de forma inmediata una extinción de las obligaciones ni traspaso de propiedad;
2. Derechos contractuales originados o vinculados a operaciones ordinarias que no requieran garantía soberana;
3. Las obligaciones pendientes de pago que sean canceladas en el mismo ejercicio fiscal de su devengo;
4. Cualquier título valor o nota del tesoro con un plazo de menos de trescientos sesenta (360) días; superado ese plazo, todo título valor constituye parte del endeudamiento público,
5. Para el caso de empresas públicas se excluyen todos los contratos de mutuo del tipo crédito con proveedores que no requieran garantía soberana; y,
6. Si no se requiere garantía soberana, para el caso de banca y las entidades de intermediación financiera públicas se excluyen todas las operaciones que realicen para solventar sus necesidades de liquidez y aquellas destinadas a la intermediación financiera.

Los instrumentos o transacciones señaladas deberán ser reportadas estadísticamente, conforme a estándares internacionales.

- **Notas de Tesoro:** El ente rector de las finanzas públicas, podrá emitir y colocar Notas del Tesoro solamente para administrar deficiencias temporales de caja, hasta el monto que este fije anualmente, que no podrá superar al 8% de los gastos totales del Presupuesto General del Estado.
- **Ingreso permanente y egreso permanente del Sector Público No Financiero y de la Seguridad Social:** Los egresos permanentes se financiarán única y exclusivamente con ingresos permanentes. No obstante, los ingresos permanentes pueden también financiar egresos no permanentes.

Los egresos permanentes se podrán financiar con ingresos no permanentes en las situaciones excepcionales que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia, previa calificación de la situación excepcional, realizada por la o el Presidente de la República.

- **Regla de deuda y otras obligaciones de pago del sector público no financiero y Seguridad Social:** El saldo consolidado de la deuda pública y otras obligaciones no podrá superar el equivalente al 40% del PIB.
- **Adecuación GADs.-** Los Gobierno Autónomos Descentralizados, dentro del año siguiente a la finalización del estado de emergencia por el covid-19, deberán adecuar sus planes de desarrollo y ordenamiento territorial, y ordenanzas. Para la aplicación de intervenciones que requieran planes parciales, se deberá contar con aprobación previa.
- **Pago de patentes municipales y metropolitanas de los ejercicios fiscales de los años 2020 y 2021.-** Los concejos cantonales y metropolitanos podrán autorizar una reducción de hasta el 50% del impuesto y 1.5 x mil sobre los activos totales.



OLVÍDATE: YA NO ERES MI HIJO

Era el año de 1851. Arthur Kavanagh, miembro de la más poderosa aristocracia irlandesa, vivía en la India, y un día recibió una carta desde la lejana Irlanda. Era de su madre. Ella, indignada, le decía: "A partir de hoy no te consideres mi hijo. No recibirás un centavo más. No me preguntes nada. Muérete de hambre. Adiós."

Parecía que el deseo de su madre, que reventaba de ultramillonaria, se iba a cumplir porque Arthur tenía veinte años, apenas treinta chelines en su bolsillo y no tenía a nadie que lo ayudara, porque su hermano, que lo había acompañado en el viaje a la India, acababa de morir. Y algo más grave: Arthur tampoco tenía, desde su nacimiento, ni brazos ni piernas.

Pero a pesar de tal discapacidad, y tener apenas muñones, Arthur era capaz de disparar, de escribir y pintar, de vestirse y alimentarse solo, e inclusive era un avezado jinete.

El crimen de Arthur, que su madre no le perdonaba, era que en el viaje a la India, mientras cruzaba Persia, había sufrido unas fiebres que lo dejaron inconsciente varios días. Y en medio de sus delirios, Arthur soñó que un príncipe persa lo llevaba a su palacio donde bellas mujeres de su harén le salvaban la vida. No. No había sido un delirio. Había sido la realidad. Cuando su madre supo lo del harén, lo desconoció como hijo.

Dicen que la falta de alternativas aclara mucho la mente. Entonces, solo en el mundo, sin dinero ni ayuda familiar, Arthur se arrastró por las calles polvorientas, apoyado en sus muñones, llegó hasta la oficina de correos, y consiguió trabajo: demostró que podía montar a caballo, entregar cartas, y que corría a más velocidad porque pesaba menos que cualquier jinete.



Arthur Kavanagh, aristócrata irlandés que nació sin brazos y sin piernas. Der: residencia familiar

Dos años más tarde murió su padre en Irlanda, y Arthur regresó a reclamar la herencia. Ahora era millonario, de nuevo, llegó a ser el más importante miembro del Parlamento y se casó con una bella chica que tuvo miedo de que sus hijos nacieran con la misma discapacidad.

Existe el rumor de que Arthur, entonces, la llevó por sus extensos latifundios y le mostró siete chiquillos, aquí y allá, y dijo que eran sus propios retoños, perfectamente sanos. Al final, también, tuvo siete hijos en su matrimonio, y en vida repartió sus tierras para campesinos pobres de la región.

Arthur Kavanagh no tenía ni brazos ni piernas, pero sí otros dones, como la fuerza y, sobre todo, la bondad, ausentes en su madre y en muchos humanos del mundo actual.

EN AJEDREZ. SACRIFICIOS Y TENACIDAD. TAMBIÉN RINDEN SUS FRUTOS

1:TC6+
AXC6

2: CC5+
RA5

3: AC7
MATE





DESTACAMOS

Por: Vladimir Zambrano
Departamento de Investigación y Contenido

1

Normas de aplicación de la disposición transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

**Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000044
(R.O. 241, 08-VII-2020)**

Dispone la activación de oficio del plan excepcional de pagos de hasta doce (12) meses, establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, para los contribuyentes que hubieren incumplido con alguna de las cuotas establecidas en la resolución de concesión excepcional de pagos, al 22 de junio de 2020.

2

Reglamento General de la Ley Orgánica de las personas adultas mayores.

**Decreto No. 1087
(R.O. 241-S, 08-VII-2020)**

Su objeto es establecer los lineamientos, directrices y normas para la aplicación de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores y para el funcionamiento, control y seguimiento del Sistema Nacional Especializado de Protección Integral de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, así como establecer los mecanismos para la prevención, atención, protección, restitución y reparación a las personas adultas mayores.

3

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de entidades de seguridad ciudadana y orden público.

**Ley Orgánica s/n
(R.O. 244-S, 13-VII-2020)**

Se establece la derogatoria del Libro III del COESCOP, con todo su articulado que trata sobre el servicio de protección pública y se suprime la Disposición Transitoria Décima Novena.



JULIO 2020

4

Ley Orgánica para el ordenamiento de las finanzas públicas.

**Ley Orgánica s/n
(R.O. 253-S, 24-VII-2020)**

Establece la meta de reducir la deuda pública a 40% del PIB hasta el 2032. También, el Ministerio de Finanzas queda facultado para emitir las directrices de techos o límites presupuestarios globales, institucionales y de gasto de las empresas públicas.

5

Ley para el fortalecimiento y desarrollo de la producción, comercialización, extracción, exportación e industrialización de la palma aceitera.

**Ley Ordinaria s/n
(Registro Oficial 2do. S. 255-2S, 28-VII.2020)**

Tiene por objetivo regular, promover, incentivar, estimular y dinamizar todas las etapas de la cadena productiva de la palmiticultura.

6

Ley reformativa a la Ley de Minería.

**Ley Ordinaria s/n
(R.O. 255-S, 28-VII-2020)**

Tiene por objetivo promover procesos licitatorios transparentes y en condiciones de igualdad de oportunidades, respecto del otorgamiento de concesiones mineras tanto para las empresas privadas y públicas, extranjeras o nacionales.



Síguenos en:



/EdicionesLegalesEcuador



@edle_ecuador



/edle.ecuador



**NUEVAS
PRAXIS**
ACTUALIZADAS

¡ADQUIÉRALAS AQUÍ!

CONTÁCTENOS

Quito: 097 878 4026 / 098 338 2870
Guayaquil: 095 887 1610



edicioneslegales@corpmyl.com



edicioneslegales.com.ec