



“CRÍTICA Y DERECHO”



Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281

p-ISSN 2737-629X

**"Los derechos
individuales y colectivos
como base esencial para
la construcción de una
sociedad sostenible"**

**POSGRADO FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA**

Vol. 5(9)

2024



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
POSGRADO

Crítica y Derecho
Revista Jurídica

VOLUMEN 5 - NÚMERO 9

www.uce.edu.ec
www.uce.edu.ec/web/fjcps
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec



Autoridades

Dr. Patricio Héctor Aurelio Espinosa del Pozo, Ph.D.
RECTOR

Dra. Mercy Julieta Logroño, Ph.D.
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Dra. Myriam Katherine Zurita Solís, Ph.D.
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Dr. Silvio Alejandro Toscano Vizcaíno
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Ramiro García Falconí, PhD.
DECANO (E)

Dra. Solimar Herrera Garcés
SUBDECANA

MSc. Karina Tello Toral, Ph.D(c)
DIRECTORA DEL POSGRADO



Crítica y Derecho
Revista Jurídica Semestral

Enero, 2024
Volumen 5, Número 9
e-ISSN 2737-6281
p-ISSN 2737-629X

EDITOR

Marcelo Remigio Castillo Bustos

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Brenda Guerrero, MSc.
Universidad Central del Ecuador

Dra. Patricio Quispe Donoso
Universidad Central del Ecuador

Dr. José William Pérez
Universidad Cesar Vallejo

Dra. Alba Guadalupe Yépez Moreno
Universidad Central del Ecuador

Dr. Yonar Del Sol Ávila
Universidad de Toluca

Dra. Daniela Camacho Heroldd
Corte Nacional de Justicia

Dr. Javier Andrade Castillo
Universidad San Francisco de Quito

Dr. Luis Felipe Polo
Isima Universidad México

TRADUCTOR

Carlos Wladimir Vilcacundo Yépez

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Consejo de Posgrado
Ciudadela Universitaria Av. América
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec

Quito – Ecuador

2024



Crítica y Derecho
Revista Jurídica Semestral

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>



Editorial

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

Vol. 5 Núm. 9 (2024)

Editor

Marcelo Remigio Castillo Bustos
Universidad Central del Ecuador. Quito-Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-2615-7482>

Considerando las exigencias contextuales, así como los objetivos de la Revista Jurídica Crítica y Derecho, se ha pensado en el dossier *Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible*, como título del Vol. 8 Núm. 9 (2024) que se está presentando en esta publicación.

Se parte de reconocer que la esencia de una sociedad sostenible, sustenta el estricto respeto a los derechos individuales y colectivos. Los derechos a más de garantizar la libertad y la dignidad de cada sujeto, buscan asegurar que el desarrollo social sea en cierta medida armónico. De ahí que la protección de los derechos como: igualdad y libertad se orientan, conjuntamente con otros hacia la potenciación de todas las posibilidades para elevar la calidad de vida de los pueblos.

En ese mismo sentido, la integración de los derechos de la naturaleza como se lo hizo en a través de la Constitución de la República del Ecuador, constituye un ejemplo digno de emular en cualquier otra localidad. De manera similar, los derechos colectivos involucran a los seres humanos, así como al entorno en su amplio sentido y significado. Se aspira que una visión cada vez más amplia de los derechos, posibilitem o den lugar a un desarrollo social sostenible a largo plazo, en términos de igualdad, equidad y justicia.

Por su parte las más adecuadas prácticas corporativas y la gobernanza en el marco de la ética, resultan aspecto esenciales en la construcción de una sociedad justa, equitativa y próspera. Puede asegurarse que, cuando las empresas operan con transparencia y responsabilidad social, no solo se mantienen en el tiempo, sino que, además crecen permanentemente, dada la confianza de sus usuarios y/o clientes.

En ese sentido, se presentan varios trabajos de investigación en un dossier conformado por dos secciones, la Sección Monográfica y la Sección Miscelánea con los mejores trabajos recibidos en el respectivo período. Los seis trabajos seleccionados constituyen importantes aportes al desarrollo del conocimiento en su campo, como se explica a continuación:

Sección monográfica

Fiorella Villacrés Mosquera, estudiante de Northeastern University de los Estados Unidos, en su investigación titulada: *Historia de la Corte Constitucional del Ecuador y el desarrollo de los derechos*, señala que: la evolución de la Corte Constitucional de Ecuador desde su establecimiento en 1945 hasta la constitución de 2008 ha sido crucial para el avance de los derechos humanos en el país. Este estudio investiga el cambio de un sistema de control constitucional difuso a uno más concentrado, centrado en la protección de los derechos fundamentales. Se utilizó una metodología que incluyó revisión histórica, análisis comparativo, estudio de casos y consulta de expertos. Los resultados muestran que la Corte Constitucional ha desempeñado un papel esencial en la defensa de los derechos humanos, emitiendo decisiones judiciales significativas con impacto positivo en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, se identificaron desafíos en la implementación efectiva de las decisiones y en garantizar un acceso equitativo a la justicia. Se concluye que es necesario seguir fortaleciendo el sistema judicial y promoviendo la independencia y la imparcialidad de la Corte Constitucional.

Rodrigo Alejandro Albuja Quintana, funcionario de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria de Ecuador, con el trabajo: *La competencia desleal como limitación al derecho de libre asociación* señala que: La presente investigación mantiene como objetivo realizar un análisis crítico sobre la figura legal de competencia desleal y como esta figura actúa como limitante al derecho de libre asociación en organizaciones de economía popular y solidaria (OEPS) que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con el propósito de visibilizar que los criterios constitucionales emitidos mediante acciones de protección sobre esta materia respecto a competencia desleal, son emitidos sin considerar la naturaleza de estas empresas, la materia especial que las rige, así como sus objetivos y peculiaridades dentro de la económica ecuatoriana y la forma en la que se desarrolla su gestión y funcionamiento, que no son contrarios a los derechos constitucionales fundamentales, sino que reflejan los límites estatales sobre un sector de la economía; para lo cual mediante la investigación documental como técnica del método cualitativo, se analizó la doctrina y legislación nacional y legislación comparada sobre la problemática analizada. Considerando que la naturaleza de este tipo de empresas está concebida para brindar exclusivamente una actividad económica principal y la realización de actividades complementarias que estén directamente relacionadas a la actividad económica principal. Se debe tomar en cuenta que el ejercicio de estas actividades económicas por parte de las OEPS, está cubierto por beneficios tributarios e incentivos a la producción ecuatoriana. En este sentido se analizará una acción constitucional de protección y su apelación, que como resultado refleja una perspectiva legal que afecta la naturaleza de las OEPS, y de lo cual se podría concluir que si se sigue la línea de análisis legal realizado, dichas resoluciones desnaturalizarían los objetivos y ejercicio de actividades este tipo de empresas, sin olvidar las repercusiones y afectaciones tributarias, legales y políticas hacia el interés general, sobrepasando las limitaciones del garantismo del derecho a la libre asociación.

Fernanda Ramírez Álvarez, Teodoro Verdugo Silva, Fabián Cordero Méndez, Víctor Moreno Cuello y Paola Gómez Quito, investigadores de la Universidad de Cuenca, de Ecuador, en el marco del tema: Derechos de la Naturaleza; un análisis jurídico y social a siete comunidades del Azuay; señalan que: el estudio a siete poblaciones de la provincia del Azuay en Ecuador, tuvo el objetivo determinar el conocimiento, actitudes y percepciones de los habitantes de los derechos de naturaleza, la participación ciudadana, control social y si existe vulneración de estos, un análisis jurídico y social, como un elemento necesario para

el efectivo cumplimiento de estos derechos; usando una metodología cualitativa y cuantitativa. Se encontró que la mayoría de poblaciones estudiadas, consideran que conocen los derechos de la naturaleza, cuatro de las comunidades, no conocían que estos derechos se encuentran consagrados en la Constitución, lo que significa que; al no conocer, se genera una limitante para defenderlos. Existe necesidad de educar para proteger y defender estos. Conocer los derechos, es un requisito para la defensa y el apropiamiento de normas y herramientas de participación ciudadana.

Jahir A. Gutiérrez O. y Luz E. Mira O. investigadores de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, con el tema: *Perspectiva general del Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH)*, exponen que el escrito analiza la perspectiva general del monitoreo en las políticas públicas estatales con enfoque basado en derechos humanos de las Naciones Unidas, firmada por los países miembros de manera general. La denominada firma del entendimiento de 2003 ha puesto en evidencia que los fines y funciones del Estado en las políticas públicas estatales, además de ser implementadas y llevadas a seguimiento, evaluación y control, deben ser monitoreados. En esa medida, se hizo exploración sobre lo que implica el monitoreo en el marco de las políticas públicas, a su vez que, de los elementos descriptores del monitoreo al paso de los aspectos que las contienen, al momento en que estas son puestas en marcha en la implementación, las cuales se expresan en herramientas, modelos, instrumentos y técnicas. Ha de reconocerse el papel que han cumplido los Organismos Internacionales derivados de la Organización de las Naciones Unidas como el Banco Mundial (BM) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a su vez que el de Organizaciones No Gubernamentales (ONG), que, en suma, han aunado esfuerzos para poner en evidencia la trascendencia del Monitoreo. Frente a estos elementos de base, el artículo responde en tres frentes precisos como lo son en primer lugar, la revisión jurídica del marco legislativo del monitoreo frente a las políticas públicas estatales; asimismo que, la evaluación del mapa de cierre de brechas a través de estas; para finalmente, lograr que efectivamente el monitoreo, además de dar un dictamen, permita considerar la calidad de dichas políticas. El Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con EBDH, representa uno de los más importantes logros de la gestión, el impacto, los productos y los resultados además de la gerencia pública para cualquier Estado o gobierno, en conjunto con sus niveles de gobierno y del propio sector público frente al monitoreo estatal.

Sección miscelánea

Sandra Alicia Salgado Guzmán, Kathia Luis Gatica, Jesús Hernández García y Alejandro Jurado Salgado, investigadores de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, a través de la investigación titulada: *Relevancia de las mejores prácticas corporativas para las organizaciones en México*, destacan que: el éxito empresarial, se basa en objetivos estratégicos acertados, una cultura corporativa que proteja los valores de la organización, clima organizacional y estilo de gerencia óptimo, todo ello se ve fortalecido mediante la adopción de las Mejores Prácticas Corporativas en las organizaciones, es decir, implementando nuevos modelos, que establezcan reglas prácticas, principios de buen gobierno y códigos que sirvan de guía unificada que permitan de manera gradual y autónoma establecer una estructura orgánica empresarial alineada a la misión, visión, políticas para la gestión y perfilar leyes que pueden impactar a las sociedades mercantiles, civiles y/o asistencia. El objetivo de esta primera etapa de la investigación es dar a conocer la estructura y relevancia de las mejores prácticas corporativas, con alcance en toda organización de carácter mercantil, civil y/o asistencia en México, constituidas como

sociedad para apoyar su institucionalización y permanencia. Metodología: tiene un enfoque cualitativo, métodos descriptivo y documental. Concluyendo principalmente que la implementación de dichas prácticas corporativas en las empresas permitirá encaminarlas a su profesionalización, afianzando e incrementando la posibilidad de participar como sociedad en el sector bursátil mexicano, con los beneficios que esto conlleva; y, Joaquim Goncalves Do Espirito Santo, profesor investigador de la Universidad Autónoma de Madrid, en el marco del tema: *La empresa familiar y su importancia en Ecuador*, destaca que: este trabajo tiene por objetivo analizar a la empresa familiar y su impacto en la economía y en del derecho societario ecuatoriano. En este trabajo hemos podido determinar que la empresa familiar constituye una institución con un alcance central en la economía ecuatoriana y que presenta ciertas ventajas con respecto a otras estructuras de organización. Hemos determinado como resultado, que, en Ecuador, como en el resto del mundo, las empresas familiares son generadoras de riqueza, empleo e innovación. Con base a una metodología de análisis estadístico y doctrinario se ha podido determinar que las empresas familiares en el mundo, y sobre todo en el Ecuador, son el principal motor de la economía y nacen con el propósito de crear nuevos puestos de trabajo y generar patrimonio, pero necesitan fortalecerse y que se establezcan estrategias para sus supervivencia y permanencia. Y en este trabajo llegamos a la conclusión de la gran importancia y los beneficios que genera la empresa familiar como motor impulsor de la economía ecuatoriana y la necesidad del Estado Ecuatoriano de fomentar su continuidad y permanencia en el tiempo.

Todos los trabajos presentados son de interés y relevancia dado que constituyen respuestas a las exigencias contemporáneas. De ahí que, agradezco a los autores que encontraron en la Revista Jurídica Crítica y Derecho la mejor opción para publicar los resultados de sus investigaciones. Asimismo, agradezco al Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, por su apoyo brindado para continuar aportando en el desarrollo del conocimiento en el campo de las Ciencias Jurídicas. Finalmente, agradezco al equipo de trabajo, al consejo editorial y a los revisores científicos internacionales, así como a los lectores de este importante medio de difusión del conocimiento por su preferencia.



Quito, D. M. enero, 1 de julio de 2024

INDICE**Págs.****Sección Monográfica**

Historia de la Corte Constitucional del Ecuador y el desarrollo de los derechos..... 1-13

Fiorella Villacrés Mosquera

La competencia desleal como limitación al derecho de libre asociación..... 14-24

Rodrigo Alejandro Albuja Quintana

Derechos de la Naturaleza: Un análisis jurídico y social a siete comunidades del Azuay..... 25-38

Fernanda Ramírez Álvarez

Teodoro Verdugo Silva

Fabián Cordero Méndez

Víctor Moreno Cuello

Paola Gómez Quito

Perspectiva general del Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH)..... 39-50

Jahir A. Gutiérrez O.

Luz E. Mira O.

Sección Miscelánea

Relevancia de las mejores prácticas corporativas para las organizaciones en México..... 51-65

Sandra Alicia Salgado Guzmán

Kathia Luis Gatica

Jesús Hernández García

Alejandro Jurado Salgado

La empresa familiar y su importancia en Ecuador..... 66-78

Joaquim Goncalves Do Espirito Santo





Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

Historia de la Corte Constitucional del Ecuador y el desarrollo de los derechos

History of the Constitutional Court Of Ecuador and the Development of rights

Fiorella Villacrés Mosquera

Estudiante. Northeastern University. Estados Unidos.

villacres.f@northeastern.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0009-9992-285X>

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.6432>

Recibido: 2024-03-20 / Revisado: 2024-04-18 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01



Crítica y Derecho. Revista Jurídica. Vol. 5(9), (julio - diciembre, 2024). pp. 1-13.

RESUMEN

La evolución de la Corte Constitucional de Ecuador desde su establecimiento en 1945 hasta la constitución de 2008 ha sido crucial para el avance de los derechos humanos en el país. Este estudio investiga el cambio de un sistema de control constitucional difuso a uno más concentrado, centrado en la protección de los derechos fundamentales. Se utilizó una metodología que incluyó revisión histórica, análisis comparativo, estudio de casos y consulta de expertos. Los resultados muestran que la Corte Constitucional ha desempeñado un papel esencial en la defensa de los derechos humanos, emitiendo decisiones judiciales significativas con impacto positivo en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, se identificaron desafíos en la implementación efectiva de las decisiones y en garantizar un acceso equitativo a la justicia. Se concluye que es necesario seguir fortaleciendo el sistema judicial y promoviendo la independencia y la imparcialidad de la Corte Constitucional.

Palabras Claves: Corte Constitucional, derechos humanos, evolución constitucional, control constitucional, independencia judicial.

SUMMARY

The evolution of the Constitutional Court of Ecuador, from its establishment in 1945 until the constitution of 2008, has been crucial for advancing human rights in the country. This study investigates the shift from a diffuse system of constitutional control to a more concentrated one, focused on protecting fundamental rights. A methodology that included historical review, comparative analysis, case studies, and expert consultation was utilized. The results show that the Constitutional Court has played an essential role in defending human rights and issuing significant judicial decisions that positively impact Ecuadorian society. However, challenges were identified in the effective implementation of the decisions and in ensuring equitable access to justice. It is concluded that it is necessary to continue strengthening the judicial system and promoting the independence and impartiality of the Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Court, human rights, constitutional evolution, constitutional control, judicial independence.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional desempeña un rol fundamental en la historia de nuestro país, ejerciendo el máximo control de interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia. Sin ella, el ejercicio diario del poder sería caótico y no habría ningún tipo de control. Los derechos constitucionales, al no estar definidos, serían fácilmente violables, y no habría uniformidad ni estructura del Estado ni garantías básicas.

Es común que los Estados, introduzcan cambios normativos en su carta magna. Algunos países han tenido múltiples constituciones, como Ecuador, que a lo largo de su historia ha contado con veinte constituciones; República Dominicana, con alrededor de treinta y nueve; Bolivia, con diecinueve; mientras que otros como Estados Unidos, México, Japón e Italia tienen solo una constitución que ha sido enmendada varias veces.

Las múltiples constituciones en cada país pueden tener efectos tanto positivos como negativos dentro de sus fronteras y en la comunidad internacional. Según Mago Bendahá, el hecho de que existan múltiples cartas magnas puede reflejar crisis económicas, cambios de régimen, conflictos armados o reorganizaciones territoriales, además de los costos que incurre el Estado (Bendahá, 2008). Sin embargo, también se podría ver desde un punto de vista positivo, puesto que se pueden introducir contenidos ideológicos distintos, mejorar el civismo, lograr una mayor claridad del lenguaje, perfeccionar la democracia y la participación ciudadana, crear estructuras constitucionales más sólidas, y mejorar la incorporación y clasificación de los derechos (Muñoz, 2013).

Ecuador, sin duda, es un país que ha pasado por varios procesos de asambleas constituyentes, como se observa a continuación. Estos procesos han permitido la implementación de nuevos mecanismos, derechos y garantías, así como la eliminación de

instituciones y procedimientos que ahora solo forman parte del pasado jurídico y social, y que anteriormente causaban retrocesos dentro de la sociedad ecuatoriana. Estos cambios han brindado a los ecuatorianos la oportunidad de reflexionar sobre sus aspiraciones colectivas, identidad y valores mediante la deliberación y el consenso sobre los principios fundamentales del desarrollo del país y la convivencia democrática. La reflexión y el debate en torno a estos temas son esenciales para el fortalecimiento de la democracia y la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

La evolución de la Corte Constitucional en Ecuador, reflejada en esta investigación, no solo traza la transformación del país en términos de protección de los derechos fundamentales y el fortalecimiento del Estado de Derecho, sino que también resalta la importancia de instituciones como esta en el desarrollo democrático de la nación.

La historia constitucional de Ecuador es un relato rico y complejo que se extiende desde los primeros intentos de establecer un marco legal hasta la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho. Desde su independencia en el siglo XIX, Ecuador ha experimentado numerosas reformas constitucionales, cada una reflejando los contextos políticos, sociales y económicos de su tiempo. La creación y evolución de la Corte Constitucional, como guardiana de la constitucionalidad y defensora de los derechos fundamentales, ha sido un elemento crucial en este viaje hacia una sociedad más justa, democrática y necesaria para lograr el objetivo de tener población que no sufra de injusticias y que sepa que cuenta con recursos e instituciones creadas para la defensa de sus derechos.

El período inicial de la historia constitucional ecuatoriana estuvo marcado por la inestabilidad política y la lucha por establecer un orden jurídico que reflejara los ideales de la independencia. Durante el siglo XIX, el país vio la promulgación de varias constituciones, cada una seguida por períodos de conflictos y dictaduras. La primera constitución, adoptada en 1830, estableció un sistema de gobierno republicano que no pudo garantizar la estabilidad política debido a las divisiones internas y las rivalidades entre las élites regionales.

A lo largo del siglo XIX y principios del XX, Ecuador continuó experimentando cambios constitucionales en respuesta a las demandas sociales y políticas. La Constitución de 1869 introdujo el sistema presidencialista y el sufragio universal masculino, pero el país aún enfrentaba desafíos persistentes, incluida la influencia extranjera y la inestabilidad interna (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Arts. 16, 52, 54). La inestabilidad política y los golpes de Estado eran comunes, lo que dificultaba la consolidación de instituciones democráticas sólidas.

En el contexto de estas luchas políticas y sociales, la creación de la Corte Constitucional en 1945 marcó un punto de inflexión en la historia constitucional de Ecuador. La Constitución de 1945, aunque breve en duración, sentó las bases para el establecimiento de un sistema de control constitucional en el país. Sin embargo, este período también estuvo marcado por la represión política y la persecución de líderes opositores, lo que puso en tela de juicio la efectividad de las instituciones democráticas en Ecuador.

La transición a una nueva Constitución en 1946 trajo consigo cambios significativos en el sistema de control constitucional. La eliminación del Tribunal de Garantías Constitucionales en favor del "Consejo de Estado" representó un retroceso en el control constitucional, aunque este período también vio avances en la consolidación de instituciones democráticas. La creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1967 fue un paso importante hacia la protección de los derechos fundamentales, aunque su dependencia de la función legislativa limitaba su capacidad de actuar como un verdadero órgano de control judicial.

La Constitución de 1979 marcó un hito en la historia constitucional de Ecuador al establecer un sistema de control más concentrado y priorizar la protección de los derechos fundamentales. Este período también fue testigo de la participación activa de la sociedad civil en el proceso constituyente, lo que reflejaba un mayor compromiso con la democracia participativa y la inclusión de diversas voces en la elaboración de políticas públicas.

La promulgación de la Constitución de 1998 representó otro momento crucial en la evolución de la Corte Constitucional y el sistema de control constitucional en Ecuador. Esta constitución, considerada progresista en muchos aspectos, reconoció los derechos de grupos

marginados como los niños, los indígenas, las personas con discapacidad y las mujeres, lo que reflejaba un mayor reconocimiento de la diversidad y la igualdad en la sociedad ecuatoriana.

Finalmente, la Constitución de 2008 consolidó el papel de la Corte Constitucional como el órgano máximo de control constitucional en Ecuador. Esta constitución, resultado de un proceso participativo y deliberativo por parte de la Asamblea Constituyente, reflejó un compromiso continuo con el fortalecimiento de las garantías individuales y el Estado de derecho en el país. La creación de la Corte Constitucional como un órgano independiente y autónomo marcó un paso importante hacia la consolidación de la democracia y el respeto al Estado de derecho en Ecuador.

En resumen, la evolución de la Corte Constitucional en Ecuador refleja la transformación del país en términos de protección de los derechos fundamentales y el fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de su historia, la Corte Constitucional ha jugado un papel crucial en la protección de los derechos de los ciudadanos y en la consolidación de la democracia en Ecuador. Su establecimiento como el órgano máximo de control constitucional en el país representa un hito en el camino hacia una sociedad más justa, democrática e inclusiva.

Constitución de la República del Ecuador de 1945

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

Antes de la redacción de la constitución de 1945, Ecuador carecía de un congreso considerado como uno de los órganos fundamentales del Estado. La necesidad de una nueva constitución fue sugerida por varios gobiernos, lo que llevó a la convocatoria de una Asamblea Constituyente en 1938. Sin embargo, esta iniciativa no logró entrar en vigor debido a que el cuerpo legislativo fue disuelto en ese momento por la voluntad del presidente Mosquera Nevarez, lo que resultó en la continuidad de la carta magna del año 1906.

Tras la muerte repentina del Dr. Mosquera, se convocaron elecciones en 1940, que llevaron al Dr. Carlos Arroyo al cargo de jefe de Estado. Sin embargo, se acusó de fraude electoral al Dr. Velasco Ibarra, quien era considerado el candidato con mayor preferencia popular. Durante el gobierno del Dr. Arroyo del Río, enfrentó una fuerte oposición, situación que se agravó con la invasión peruana. Este presidente no pudo completar su mandato debido a una revolución que instaló a Velasco Ibarra en el poder. La inestabilidad política y los conflictos territoriales con Perú marcaron este período de la historia ecuatoriana, caracterizado por cambios de gobierno abruptos y una constante lucha por el poder. La falta de continuidad en la administración gubernamental dificultó la implementación de reformas y el desarrollo socioeconómico del país.

La Corte Constitucional nace con la Constitución del año 1945 en Ecuador, una época marcada por grandes crisis políticas, económicas y sociales, reflejadas en la misma y en los movimientos sociales como la Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador y la Confederación de Trabajadores. Esta Constitución duró un año, ya que Velasco Ibarra consideró que era de izquierda y buscó sofocar los movimientos sociales mediante la clausura de medios y la persecución de sus líderes (Ayala Mora, 2008, p. 81). Juan Larrea Holguín añade a esta idea, explicando que el presidente electo declaró el 30 de marzo de 1946, justificando su decisión al afirmar que esa carta magna fomentaba la anarquía, siendo un desajuste entre lo ideado por la ley. (Larrea Holguín, 1979)

En la Constitución de 1945, se establecieron diversas disposiciones: A) se garantizó la representación de las minorías, B) el Congreso Nacional incluyó representación indígena y diputados funcionales, C) se reconoció el derecho de dotar de tierras a quienes no las tuvieran, D) se consagraron los derechos laborales, E) se garantizó el derecho al matrimonio, maternidad y familia, F) se estableció la igualdad y proporcionalidad de los impuestos, G) se reconoció la inexistencia de una religión oficial por parte del Estado, H) se prohibió la prisión por deudas, I) se declaró punible todo tipo de discriminación, J) se estableció la fuerza pública

conformada por las Fuerzas Armadas y la Policía, K) se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, entre otros ámbitos que fueron modificados con esta Constitución.

El Tribunal de Garantías Constitucionales se creó con el propósito de ser una entidad dedicada al control constitucional, con el fin de evitar que esta se vea vulnerada por el ejercicio ordinario del poder. Este tribunal reemplazó al anterior Consejo de Estado, que estaba establecido en la Constitución del año 1938.

La inspiración para la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales provino de corrientes europeas, como la Constitución Española del año 1931, en la cual se estableció un tribunal con funciones similares. De esta manera, se adoptó el sistema europeo de control constitucional y se buscó aplicarlo en Ecuador.

La composición del Tribunal de Garantías Constitucionales incluía: A) El presidente de la Corte Suprema, B) El Procurador General de la Nación, C) Dos ciudadanos escogidos por el Congreso, D) Tres diputados escogidos por el Congreso, E) Un representante designado por los trabajadores, F) Presidente de la Corte Suprema.

Entre los requisitos para ser miembro del tribunal, se estableció que debían ser ecuatorianos por nacimiento, disfrutar de la ciudadanía y tener al menos 25 años de edad. El periodo de duración en el cargo era de 2 años, con la posibilidad de ser reelegidos. En casos de ausencia, los miembros podrían ser reemplazados por suplentes designados. Además, gozaban de inmunidades equivalentes a las de los diputados y todas las garantías correspondientes.

Este organismo del Estado tenía las siguientes facultades con el objetivo de:

A) Velar por la observancia de las leyes y la Constitución, así como proteger las garantías constitucionales, incitando a su inviolabilidad y al respeto al presidente de la República, los tribunales de justicia y las demás autoridades. B) Formular observaciones sobre los acuerdos, decretos, reglamentos y resoluciones que se hubieran dictado con violación a las leyes y, principalmente, a la Constitución. En los casos en que sean aceptadas por los organismos afectados, el Consejo de Estado deberá publicarlas en la prensa y presentarlas al Congreso para su consideración, con el fin de determinar su constitucionalidad. C) Decidir sobre la inconstitucionalidad de los proyectos de ley. D) Suspender la vigencia de una ley, lo cual solo podrá hacerse mediante una petición al tribunal de última instancia o al juez. Si se realiza la suspensión, esta se limitará a los aspectos considerados inconstitucionales y el tribunal de garantías deberá emitir una resolución en un plazo de veinte días desde la recepción de la solicitud. Es importante destacar que si el tribunal de garantías no resuelve en el plazo establecido, el juez aplicará la ley vigente. E) Conocer las quejas presentadas por cualquier persona, jurídica o natural, con respecto al quebrantamiento de la Constitución o las leyes. Deberá preparar la acusación contra el organismo responsable y presentarla al Congreso para su enjuiciamiento. F) Revisar las acusaciones presentadas ante el Congreso y fundamentarlas debidamente. G) Conceder facultades extraordinarias al presidente de la República. H) Ejercer la jurisdicción en lo contencioso-administrativo según lo determine la ley. I) Ejercer las funciones indicadas en la Constitución.

Entre las críticas que se realizan respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales establecido en la Constitución del año 1945, se encuentra el hecho de que la decisión final recaía en el Congreso, como lo establece el artículo 34, inciso 1, que otorga al Congreso la facultad de determinar los aspectos inconstitucionales. Además, el artículo 165 establece que el Congreso debe decidir si una ley, reglamento o decreto es inconstitucional, interpretando la Constitución de manera obligatoria, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema en la unificación de la jurisprudencia. Por lo tanto, se puede concluir que el control realizado por el Tribunal de Garantías Constitucionales carecía de valor hasta que el Congreso decidiera sobre la constitucionalidad de un precepto legal. En este sentido, surge la interrogante sobre cuál sería la finalidad de crear un organismo encargado del estudio de la Constitución si la toma de decisiones dependía en última instancia del Congreso. Además, si el tribunal deseaba suspender leyes consideradas inconstitucionales, debía solicitar la intervención de un tribunal de última instancia o de un juez, lo que demuestra las limitaciones en el

funcionamiento de este organismo. Por lo tanto, se concluye que el control ejercido por la corte era difuso.

Constitución de la República del Ecuador de 1946

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

La Carta Magna de 1945 fue redactada en un contexto de agitación política y social en Ecuador. Este documento, propuesto por el presidente Velasco, fue elaborado en medio de tensiones, disputas y un clima político marcado por atropellos y odiosidades. La redacción de esta carta estuvo influenciada por un ambiente demagógico, donde las rivalidades políticas y las luchas de poder jugaron un papel crucial.

Sin embargo, a pesar de su aprobación inicial, la Carta Magna de 1945 enfrentó una serie de críticas y controversias poco después de su implementación. El propio presidente Velasco, quien había sugerido el documento, desconoció su validez apenas tres meses después de su promulgación. Velasco argumentó que la Carta Magna imponía el caos y no estaba alineada con los principios fundamentales del país.

Uno de los principales puntos de discordia fue la percepción de que la Carta Magna de 1945 había sido redactada de manera apresurada y sin el debido consenso entre las diferentes fuerzas políticas y sociales del país. Se señaló que el proceso de redacción estuvo marcado por exclusiones y decisiones unilaterales, lo que generó descontento y desconfianza en su contenido debido a la rapidez con la que la misma fue redactada y por las exclusiones y decisiones unilaterales, lo cual dejó como consecuencia la falta de inclusividad y diálogo entre las facciones políticas de la época.

Además, se criticaron los excesos demagógicos presentes en el texto, que reflejaban más la voluntad de ciertos grupos políticos que el interés genuino por el bienestar y la estabilidad del país. Estos excesos contribuyeron a socavar la legitimidad y la efectividad de la Carta Magna como marco jurídico para el gobierno y la sociedad ecuatoriana.

Ante estas críticas y el reconocimiento de las deficiencias de la Carta Magna de 1945, se planteó la necesidad de redactar una nueva constitución que abordará de manera más integral los problemas y desafíos del país. Se consideró crucial corregir los errores del pasado y establecer un marco legal sólido que garantizará la estabilidad institucional y el respeto por los derechos fundamentales de todos los ecuatorianos.

La República del Ecuador experimentó una rápida transición hacia una nueva Constitución en 1946, redactada en Quito, la cual introdujo varios cambios significativos. Uno de los cambios más destacados fue la eliminación del Tribunal de Garantías Constitucionales en el año 1946, restableciendo el "Consejo de Estado", que previamente había sido abolido en 1945. Se buscaba así mantener un control de constitucionalidad, aunque la figura del Consejo de Estado era similar al Tribunal de Garantías Constitucionales. Los dos primeros incisos del artículo 146 de las constituciones de 1945 y 1946 revelan la similitud entre ambos órganos, que se mantuvieron intactos. Esta nueva constitución fue considerada mesurada y equilibrada, con menos demagogia que la anterior.

En la formulación de la nueva constitución, se realizaron cambios y se otorgaron nuevas atribuciones al Consejo de Estado, como: A) autorizar al ejecutivo para el ascenso de los grados tenientes, B) autorizar al presidente para hipotecar o enajenar bienes inmuebles fiscales, C) convocar al congreso a sesiones extraordinarias. Estos cambios evidencian un retroceso constitucional al mezclar funciones de observancia constitucional con otras atribuciones que carecen de relación entre sí. Además, se concedió al Ejecutivo la facultad de emitir Decretos Leyes de Emergencia en casos de emergencias económicas, se reconoció el derecho de los padres a elegir la educación adecuada para sus hijos y se mantuvo el laicismo en la educación. (Larrea Holguín, 1979). Es importante recalcar que esta constitución ha sido la que se ha mantenido vigente por mayor tiempo, misma que duro veinte años.

Constitución de la República del Ecuador de 1967

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

La Constitución de la República del Ecuador de 1967 se mantuvo vigente hasta el año mencionado. Esta nueva constitución fue convocada por Clemente Yerovi y designó a Otto Arosemena Gómez como presidente. Introdujo el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual se convirtió en un órgano dependiente de la función legislativa y no funcionaba como una instancia de control judicial (Martínez, 2011, p. 19).

Las atribuciones otorgadas al Tribunal de Garantías Constitucionales en esta constitución eran similares a las de 1945, con la adición de: A) el nombramiento interino en receso del Congreso, siguiendo los requisitos establecidos para los funcionarios cuya designación corresponde a la función legislativa y para aquellos para los que no haya otra forma de elección. B) Dictaminar sobre la celebración de contratos que no cuenten con la aprobación previa del Senado o contratos de cauciones que, debido a su cuantía, requieran una licitación previa. C) Informar al presidente de la república sobre asuntos que él desee o sea necesario consultarle.

En esta Constitución se repite el mismo error que en la del año 1945. En el artículo 257 se establece: "Solo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se susciten sobre la inteligencia de sus preceptos" (Constitución de la República del Ecuador, 1945, Art.257), lo que demuestra cómo el Congreso tenía la potestad de decidir si aceptar o no el control que la corte había realizado previamente.

En cuanto a sus miembros, el Tribunal de Garantías Constitucionales estaría conformado por: A) el presidente de la Corte Suprema, B) un senador elegido por la Cámara del Senado, C) un representante designado por el presidente de la República del Ecuador, D) dos diputados, uno de los cuales representará a la mayoría y serán seleccionados por la Cámara de Diputados, E) el Procurador General del Estado, F) tres ciudadanos elegidos por el Congreso Pleno y que no formen parte del cuerpo legislativo, y G) el presidente del Tribunal Supremo Electoral.

El objetivo de esta estructura es garantizar una representación equitativa y diversa dentro del Tribunal de Garantías Constitucionales, asegurando que diversas ramas del gobierno y sectores de la sociedad civil estén involucrados en la protección y supervisión del orden constitucional. Este diseño busca equilibrar el poder y proporcionar un sistema de controles y contrapesos que promueva la justicia, la transparencia y la estabilidad institucional.

En esta constitución se añadieron requisitos para considerar a personas como ecuatorianas por nacimiento. Además, deberán tener como mínimo 30 años de edad y gozar de sus derechos políticos. Su período durará dos años con la opción a una reelección. Es vital que si han sido escogidos por parte del Congreso, deben representar diferentes tendencias políticas y también a la minoría parlamentaria. (Borja, 2008).

Se consideró que en esta carta magna se introdujeron los intereses privados y la conservación de los privilegios, lo que causó el retroceso del estado militar desarrollista. Sin embargo, de igual forma se avanzó en los derechos económicos y sociales de las cartas magnas previas. Se implementaron reformas agrarias en las cuales el Estado asumía responsabilidad estatal frente a los agentes que se encontraban afectados. Además, se otorgaron concesiones y se dio inicio a la exploración del petróleo.

Constitución de la República del Ecuador de 1979

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

En la Constitución del año 1979, se consideraron dos modelos durante su elaboración: uno basado en la Constitución del año 1945 y otro completamente nuevo. Ambos modelos se

sometieron a consulta popular, resultando ganador el nuevo texto constitucional, considerado más progresivo (Fernando, 2012). Además, esta Constitución condenó la segregación racial, la discriminación y el colonialismo (Borja, 2008, p. 35). Se estableció que la finalidad del Estado era promover el bien común, la paz, la justicia, la seguridad y la honestidad, como principios fundamentales para orientar las acciones gubernamentales y garantizar el desarrollo equitativo y armonioso de la sociedad. Se perfeccionó el sistema de habeas corpus, junto con las apelaciones pertinentes y la disposición de liberar a aquellos que hubieran sido detenidos de forma ilegal. Además, se otorgó el derecho al voto a los analfabetos, ampliando así, la participación en las votaciones y elecciones, permitiendo que los nuevos presidentes sean elegidos por todos los ecuatorianos, no solo por los “cultos” e “ilustrados”.

Antes de la entrada en vigor de la nueva constitución, se llevó a cabo por primera vez en el país un proceso de doble vuelta electoral en el contexto de las elecciones presidenciales. En este proceso, además de elegir al presidente, también se seleccionó al vicepresidente y Jefe de Estado. En la segunda vuelta, Jaime Roldós resultó elegido como ganador y asumió la presidencia de la nación en 1979. Con su elección, la nueva carta magna, aprobada mediante referéndum, entró en vigencia y sirvió como marco legal durante todo el período electoral.

Esta constitución marcó un quiebre significativo con las tradiciones que se mantenían desde 1830. A diferencia de las anteriores, esta fue redactada no solo por legisladores y abogados, sino también por representantes de diversos sectores de la sociedad, lo que reflejaba un enfoque más inclusivo y progresista. Al ser aprobada mediante votación popular, la nueva constitución adquirió una legitimidad social que las previas diecisiete constituciones no poseían. Aunque, se podría argumentar que la constitución de Gabriel García Moreno también fue aprobada por referéndum, las condiciones de los ciudadanos en ese momento eran muy diferentes, ya que se encontraban fuertemente restringidos y limitados en su participación política y social.

Se detallaron con mayor precisión los requisitos para obtener la nacionalidad ecuatoriana para aquellos nacidos en el extranjero, estableciendo la irretroactividad de la ley en relación con la nacionalidad. Además, se mejoraron las garantías constitucionales, reafirmando la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la libertad religiosa y reconociendo derechos fundamentales como el derecho a la vida, vivienda, asistencia médica, alimentación, salud y servicios sociales necesarios. Se hizo mención de la paternidad responsable y se reconoció la libertad de los padres para decidir la cantidad de hijos que deseen tener.

Las garantías de los derechos humanos se proclamaron en la Constitución, y su cumplimiento obligatorio fue reafirmado mediante los tratados internacionales a los que el país estaba suscrito. Esto demostraba el compromiso del Estado con el respeto y la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, alineándose con las normas y estándares internacionales establecidos para tal fin. Se reconoció la responsabilidad del Estado y de los funcionarios en relación con los ciudadanos.

El reconocimiento y protección de los derechos humanos en la Constitución no solo reflejaban un compromiso interno, sino también una alineación con la comunidad internacional. Al adherirse a estos tratados internacionales, Ecuador demostraba su intención de ser parte de una comunidad global que valora y protege los derechos humanos. Este compromiso no solo mejoraba la imagen del país en el exterior, sino que también fortalecía la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Además, se declaró la intangibilidad de los derechos de los trabajadores, lo que impulsó el desarrollo del ámbito laboral. Esta medida era crucial, ya que los derechos laborales son un pilar significativo para el bienestar de los trabajadores y sus familias. Al garantizar estos derechos, el Estado no solo aseguraba condiciones de trabajo dignas, sino que también promovía la justicia social y la equidad en el ámbito laboral. Esto, a su vez, fomentaba un ambiente de estabilidad y productividad económica, beneficiando tanto a los trabajadores como a la economía en general.

Las facultades del Tribunal de Garantías Constitucionales permanecen iguales, como velar por el cumplimiento de la Constitución y formular observaciones sobre decretos, acuerdos y reglamentos que consideren violatorios de la misma. Deben comunicar a la parte competente sus observaciones, y si no son aceptadas, el tribunal las publicará y las presentará a la Cámara Nacional de Representantes para que decida sobre su inconstitucionalidad. Además, el tribunal debe informar sobre todas las quejas formuladas, tanto por personas jurídicas como naturales, en asuntos constitucionales, para que se prepare la correspondiente acusación conforme a la ley penal. También debe notificar a la Cámara Nacional de Representantes para que proceda con el enjuiciamiento cuando sea pertinente.

Sobre los miembros que conforman el Tribunal de Garantías Constitucionales, se mantienen únicamente los puntos A, B, C y G de la constitución del año 1967. A estos se añaden: A) El presidente de la Corte Suprema de Justicia, B) un representante por parte de los trabajadores, así como un representante por parte de las cámaras de producción, C) Dos representantes por parte de la ciudadanía, seleccionados por los colegios electorales, uno de los cuales debe incluir a los prefectos provinciales y el otro a los alcaldes cantonales. Los representantes del Tribunal de Garantías Constitucionales deben tener más de 25 años, y los miembros designados por la Cámara Nacional de Representantes tienen un mandato de 1 año con posibilidad de reelección. En este tribunal, se puede elegir una presidencia y vicepresidencia entre sus miembros.

Este tribunal fue considerado una mezcla de los sistemas simples de control político y del sistema de Hegel. Su principal función es la de suspender leyes, aunque con la aprobación del Congreso. Se ha observado que este tribunal tiene muy pocas atribuciones y que, institucionalmente, es poco visible (Barragán, 1990).

Constitución de la República del Ecuador de 1998

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

En la Constitución del año 1998, expedida en Riobamba el 5 de junio y entrando en vigencia en el mismo año en Ecuador, se encontraba el gobierno interino liderado por Fabián Alarcón tras el golpe de Estado contra Abdalá Bucaram. Esta constitución tuvo una duración de 10 años y fue considerada progresista en materias como el reconocimiento de los derechos de los niños, indígenas, personas con discapacidad, mujeres, entre otros. Se determinó a Ecuador como un Estado de derecho. (Paz, 2008). Durante la redacción de esta carta magna, inicialmente se promovió como una reforma de la Constitución del año 1979. Sin embargo, a medida que avanzaba el proceso, se abandonó esta idea y se decidió convocar a una Asamblea Constituyente. Esta decisión condujo a que la nueva constitución fuera considerada como un documento completamente nuevo, en lugar de una simple reforma de la anterior.

En esta constitución se avanzó en las garantías de los derechos humanos de cuarta y tercera generación, reconociendo a Ecuador como un país multiétnico y pluricultural. Se agregó más información sobre los afroecuatorianos, además de los pueblos indígenas, reconociendo sus derechos a las tierras ancestrales, relaciones comunitarias y formas tradicionales de organización. Se fortaleció la protección al medio ambiente, se estableció la Defensoría del Pueblo y se defendió los derechos de los consumidores. Se abandonó el concepto de las áreas de explotación reservadas al Estado.

En lo que respecta a la materia constitucional, el tribunal de esta época se conformó mediante nueve vocales, los cuales tendrán un período de 4 años con la opción de reelección. Para conformar el Tribunal Constitucional, será vital que cumplan con los siguientes requisitos: A) Tener el título de doctor en derecho, jurisprudencia o ciencias, B) Estar en goce de sus derechos políticos, C) Ser ecuatoriano por nacimiento, D) Haber ejercido con probidad notoria la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un mínimo de 15 años o la profesión de abogado, la judicatura y ser mayor de cuarenta y cinco años.

El proceso de selección de los vocales lo lleva a cabo el Congreso, pero será necesario que se envíen las ternas correspondientes. Deberán enviarse dos ternas por parte de la Corte Suprema de Justicia, las cuales deberán estar fuera de su seno, dos por parte del Congreso Nacional que no ostente la dignidad, dos por parte del Presidente de la República, una por parte del alcalde y los prefectos provinciales, una por parte de los trabajadores y las organizaciones campesinas e indígenas legalmente reconocidas, y una por parte de la Cámara de la Producción, la cual también deberá estar legalmente reconocida. La Corte podrá elegir un presidente y un vicepresidente que durarán 2 años, y si cabe la reelección entre los mismos.

Entre sus funciones está resolver: A) Las demandas de inconstitucionalidad, tanto de forma como de fondo, sobre las leyes, ordenanzas, reglamentos, estatutos, etc., emitidos por los órganos institucionales del Estado. El tribunal podrá suspender parcial o totalmente sus efectos. B) Resolver y conocer sobre las inconstitucionalidades presentadas en los actos administrativos por parte de las autoridades públicas. Si se considera inconstitucional, se procederá a revocar los actos, sin perjuicio de que la autoridad u órgano que los realizó pueda tomar las medidas necesarias para preservar lo constitucional. C) Revisar y conocer las resoluciones que denieguen el amparo y los casos de apelación sobre las acciones de la misma, hábeas data y hábeas corpus. D) Dirimir los conflictos de atribuciones o competencias asignadas según lo establecido en la constitución. E) Dictaminar con base en los tratados, constitución o convenios internacionales, previo a la aprobación del Congreso Nacional. F) Ejercer las atribuciones conferidas por la constitución.

Las demandas de inconstitucionalidad pueden ser presentadas por el Presidente de la República en casos relacionados con leyes, decretos, entre otros. Además, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos o cualquier persona con el respaldo del Defensor del Pueblo pueden presentarlas. El Presidente de la República también puede presentar demandas en casos de objeciones de inconstitucionalidad en el procedimiento legislativo y en relación con la conformidad con la constitución, tratados o convenios. En casos de dirimir conflictos de atribuciones, la inconstitucionalidad puede ser demandada por el Congreso Nacional, el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, los concejos municipales o provinciales.

Una vez que se dicte la inconstitucionalidad, esta se promulgará mediante el Registro Oficial con el fin de dejar sin efecto el acto declarado inconstitucional. Si la orden no se acata en un período de 30 días, se procederá a sancionar al funcionario según lo establecido por la ley. Es importante recalcar que las disposiciones inconstitucionales no tienen efecto retroactivo.

El Tribunal Constitucional de 1998 se consideró un control concentrado debido a que este órgano centraliza el control constitucional y es la única entidad encargada de esta función, sin formar parte del poder judicial (Highton, 2010, p. 109). Se consideró que con esta constitución se inició un proceso gradual de constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que reflejó la verdadera autonomía del Tribunal Constitucional. Se observaron varios aspectos neo constitucionalistas, como la presencia de un juez especializado para la última instancia, avances en las garantías constitucionales y la integración de sistemas internacionales de derechos humanos (Ávila, 2012, p. 32).

Constitución de la República del Ecuador de 2008

Los antecedentes constitucionales y políticos previos a la elaboración constitucional

En la Constitución del Ecuador de 2008, llevada a cabo en Montecristi, la Asamblea Constituyente inició su proceso el 30 de noviembre de 2007 y concluyó el 24 de julio de 2008, con el propósito de sustituir la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998. Este proceso constituyente se desarrolló durante el gobierno de Rafael Correa, y la nueva carta magna fue aprobada mediante referéndum constitucional. Ecuador había pasado por ya cinco procesos electorales, y Rafael Correa ganó en la segunda vuelta en contra de Álvaro

Noboa, obteniendo una votación mayoritaria para que se redactara, después de diez años, un nuevo marco constitucional.

La Constitución del 2008 incluyó importantes disposiciones, entre las que se encuentran 30 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria que anuló la Constitución de 1998, un Régimen de Transición y una Disposición Final. Los nueve títulos que conforman esta Constitución abordan aspectos fundamentales de la organización estatal y los derechos ciudadanos. Estos títulos son: Los componentes constitutivos del Estado, Derechos, Garantías constitucionales, Participación y organización del poder, Organización territorial del Estado, Régimen de desarrollo, Régimen de bienestar, Relaciones internacionales y Supremacía de la Constitución. Cada uno de estos títulos establece principios esenciales y lineamientos que buscan adaptar la estructura y las funciones del Estado a las necesidades contemporáneas del país. .(Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2008).

La elaboración y promulgación de esta nueva Constitución representó un momento crucial en la historia política y jurídica del Ecuador, marcando un cambio significativo en la estructura y los principios fundamentales del Estado ecuatoriano. Esta Constitución modernizó el marco legal del país, reforzando su compromiso con los derechos humanos, la justicia social y la democracia participativa. Además, la inclusión de derechos ambientales y de la naturaleza fue pionera a nivel mundial, demostrando un enfoque sostenible en el desarrollo del país.

Las disposiciones transitorias y el régimen de transición facilitaron una implementación ordenada y efectiva de los cambios, asegurando una transición estable y coherente. En resumen, la Constitución de 2008 sentó las bases para un Estado más inclusivo, equitativo y respetuoso de los derechos de todos sus ciudadanos, representando un hito en la evolución constitucional de Ecuador.

Se implementó la planificación y se garantizaron los siguientes sectores estratégicos, como los recursos naturales no renovables, el transporte, la refinación de hidrocarburos, el patrimonio genético y el espectro electromagnético. Además, se institucionalizó la política estatal en áreas económicas, la política fiscal en cuanto al endeudamiento crediticio, financiero, monetario y tributario. Se reconoció la diversidad de formas de propiedad, tales como estatal, mixta, cooperativa, comunitaria, privada y pública. Se creó la función de transparencia y control social, se regularon las competencias de las funciones del Estado, se implementó la figura de la muerte cruzada y se estableció la reelección presidencial por una sola vez. Asimismo, se reconocieron los derechos al agua, la biodiversidad, los migrantes, los jóvenes, los adultos mayores, las personas con discapacidad, los usuarios y consumidores, así como los grupos minoritarios, entre otros. (Paz, 2008).

Se garantizó también la consulta comunitaria para la explotación de los recursos considerados como no renovables, la propiedad comunal, la conservación de las formas de convivencia y organización, y la conformación de las circunscripciones territoriales.

La Corte Constitucional fue denominada como el órgano de máximo control de interpretación constitucional y administración de justicia, ejerciendo jurisdicción nacional. Su sede se encuentra ubicada en la capital del Ecuador, y la corte goza de autonomía tanto financiera como administrativa, basándose en la ley para determinar los procedimientos y el funcionamiento que le permitan cumplir con sus atribuciones.

Está conformada por nueve miembros, con un periodo de duración de 9 años sin opción a reelección inmediata. Los miembros son renovados por tercios cada tres años. Para ser parte de la Corte Constitucional, se deben cumplir con los siguientes requisitos: A) Tener un título de tercer nivel en derecho, legalmente aceptado en el país. B) Ser ecuatoriano y estar en goce de sus derechos políticos. C) No haber sido parte de ningún partido político durante un periodo de 10 años. D) Demostrar ética y probidad. E) Haber ejercido la profesión de abogado con probidad notoria.

Dentro de esta constitución, se puede observar un enfoque progresista en materia de derechos humanos, participación ciudadana y protección al medio ambiente. Esto podría correlacionarse con el hecho de que la constitución es relativamente nueva y se ha podido

tomar como referencia otras cartas magnas, así como aplicar, principios jurídicos considerados necesarios en el país.

CONCLUSIÓN

La evolución constitucional de Ecuador muestra el compromiso del país con los principios democráticos, la justicia social y la protección del medio ambiente. Desde la independencia, Ecuador ha atravesado diversas etapas de transformación, cada una reflejada en sus constituciones, adaptándose a los valores, necesidades y desafíos de cada época. La creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945 marcó el inicio de un proceso de fortalecimiento del control constitucional y la defensa de los derechos fundamentales.

Un hito decisivo fue la promulgación de la Constitución de 2008, que consolidó un sistema democrático moderno y participativo. Esta constitución, resultado de un amplio proceso de participación ciudadana, estableció principios y derechos fundamentales que han sido esenciales para la protección de los derechos de los ciudadanos y la promoción de un Estado de derecho sólido y transparente. La creación de la Corte Constitucional en 2008 reforzó este proceso, asegurando la supremacía constitucional y el respeto a los derechos fundamentales con autonomía e independencia.

El camino de la evolución constitucional en Ecuador no ha sido lineal. Ha estado marcado por desafíos y obstáculos que han puesto a prueba la fortaleza de las instituciones democráticas y la vigencia del Estado de derecho. Crisis políticas, conflictos sociales y tensiones han sido momentos cruciales que han obligado al país a enfrentar nuevos desafíos y buscar soluciones para fortalecer su tejido democrático. Este proceso ha demostrado la capacidad del país para aprender y crecer a partir de las crisis, reforzando su compromiso con una democracia inclusiva y participativa.

La Constitución de 2008 también destacó por su enfoque en la protección del medio ambiente y los derechos de la naturaleza, siendo pionera a nivel mundial en reconocer y establecer mecanismos para su protección y conservación. Esta visión holística del desarrollo sostenible ha sido relevante para enfrentar los desafíos ambientales del siglo XXI, garantizando un equilibrio entre el desarrollo económico y la preservación del entorno natural. Además, la ampliación de los mecanismos de participación ciudadana ha permitido una mayor inclusión y representatividad en el proceso democrático, fortaleciendo la voz de la sociedad civil en la toma de decisiones políticas.

En resumen, la evolución constitucional de Ecuador refleja un progreso notable en la protección de los derechos fundamentales y el fortalecimiento del Estado de derecho. Aunque el camino ha estado lleno de desafíos, Ecuador ha demostrado su capacidad para adaptarse y crecer, consolidando una sociedad más inclusiva y democrática. La evolución constitucional de Ecuador continúa en constante desarrollo, enfrentando nuevos desafíos y aprovechando las oportunidades emergentes para construir una democracia sólida, participativa y respetuosa de los derechos de todos sus ciudadanos.

REFERENCIAS

- Ayala Mora, E. (2008). Manual de Historia del Ecuador II. Época Republicana. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Bendahán, M. (2008). El sistema constitucional de los países sin constitución (reflexiones sobre estado, sociedad, educación y cultura política). Estudios, 10. Recuperado de <https://n9.cl/s9373>
- Borja, R. (2008). Nueva Constitución. Recuperado de <https://n9.cl/4i5fy>
- Constitución de la República del Ecuador de 1945. (1945). Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador de 1946. (1946). Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador de 1967. (1967). Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador de 1979. Registro Oficial, 800, 27 de marzo de 1979.
- Constitución de la República del Ecuador de 1998. Registro Oficial, 377, 11 de agosto de 1998.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial, 449, 20 de octubre de 2008.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations. (n.d.). Recuperado de <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX FAOC127389/>(<https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX FAOC127389/>)
- Fernando, Á. S. R. (2012). Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/3821>
- Highton, E. I. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. La Justicia Constitucional y Su Internalización, 1. Recuperado de <https://acortar.link/zzKkhK>
- ILDIS. (1990). El Tribunal de Garantías Constitucionales (8.a ed.). Recuperado de https://books.google.com/books/about/El_Tribunal_de_Garant%C3%ADas_Constitucional.html?id=iHlbAAAAIAAJ
- Martínez Molina, D. (2011). Genealogía de la justicia constitucional (1.a ed.). Recuperado de http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Genealogia_justicia_constitucional_1/Genealogia_justicia_constitucional_1.pdf
- Muñoz, J. H. P. (2013). Las ventajas de una nueva Constitución. Dialnet. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4659347>
- Institut de Gouvernance. (2008, noviembre). Visión histórica de las constituciones de 1998 y 2008. Recuperado el 26 de febrero de 2024, de <https://www2.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-449.html>



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

La competencia desleal como limitación al derecho de libre asociación

Unfair competition as a limitation of the right of free association

Rodrigo Alejandro Albuja Quintana

Magister en Derecho Mención Estudios Judiciales. Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Ecuador.

rodrigoalbuja@yahoo.com

<https://orcid.org/0000-0001-6012-348>

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.6161>

Recibido: 2024-03-15 / Revisado: 2024-04-10 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01



Crítica y Derecho. Revista Jurídica. Vol. 5(9), (julio - diciembre, 2024). pp. 14-24.

RESUMEN

La presente investigación mantiene como objetivo realizar un análisis crítico sobre la figura legal de competencia desleal y como esta figura actúa como limitante al derecho de libre asociación en organizaciones de economía popular y solidaria (OEPS) que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con el propósito de visibilizar que los criterios constitucionales emitidos mediante acciones de protección sobre esta materia respecto a competencia desleal, son emitidos sin considerar la naturaleza de estas empresas, la materia especial que las rige, así como sus objetivos y peculiaridades dentro de la económica ecuatoriana y la forma en la que se desarrolla su gestión y funcionamiento, que no son contrarios a los derechos constitucionales fundamentales, sino que reflejan los límites estatales sobre un sector de la economía; para lo cual mediante la investigación documental como técnica del método cualitativo, se analizó la doctrina y legislación nacional y legislación comparada sobre la problemática analizada. Considerando que la naturaleza de este tipo de empresas está concebida para brindar exclusivamente una actividad económica principal y la realización de actividades complementarias que estén directamente relacionadas a la actividad económica principal. Se debe tomar en cuenta que el ejercicio de estas actividades económicas por parte de las OEPS, está cubierto por beneficios tributarios e incentivos a la producción ecuatoriana. En este sentido se analizará una acción constitucional de protección y su apelación, que como resultado refleja una perspectiva legal que afecta la naturaleza de las OEPS, y de lo cual se podría concluir que si se sigue la línea de análisis legal realizado, dichas resoluciones desnaturalizarían los objetivos y ejercicio de actividades este tipo de empresas, sin olvidar las repercusiones y afectaciones tributarias, legales y políticas hacia el interés general, sobrepasando las limitaciones del garantismo del derecho a la libre asociación.

Palabras Claves: competencia desleal, organizaciones de economía popular y solidaria, comercio justo, incentivos estatales, desvirtualización.

ABSTRACT

The objective of this research is to carry out a critical analysis of the legal figure of unfair competition and how this figure acts as a limit to the right of free association in popular and solidarity economy organizations (OEPS) that are under the control of the Superintendence of Economy Popular and Solidarity, with the purpose of making visible that the constitutional criteria issued through protective actions on this matter unfair competition, are issued without considering the nature of these companies, the special matter that governs them, as well as their objectives and peculiarities in the Ecuadorian economy and the way in which its management and operation is developed, which are not contrary to the fundamental constitutional rights, but rather reflect the state limits about a sector of the economy; For which, through documentary research as a technique of the qualitative method, the doctrine and national legislation and comparative legislation on the analyzed problem were analyzed. Considering that the nature of this type of company is designed to exclusively provide a main economic activity and the performance of complementary activities that are directly related to the main economic activity. It should be taken into account that the exercise of these economic activities by the OEPS is covered by tax benefits and incentives for Ecuadorian production. In this sense, a constitutional protection action and its appeal will be analyzed, which as a result reflects a legal perspective that affects the nature of the OEPS, and from which it could be concluded that if the line of legal analysis carried out is followed, said resolutions would denature the objectives and exercise of activities of this type of companies, without forgetting the tax, legal and political repercussions and effects on the general interest, surpassing the limitations of the guarantee of the right to free association.

Keywords: unfair competition, popular and solidarity economy organizations, fair Trade, state incentives, devirtualization.

INTRODUCCIÓN

La competencia desleal es una figura que actualmente resulta tomar un papel muy importante en organizaciones de economía popular y solidaria, pues es de interés general para este tipo de empresas que buscan realizar sus actividades económicas bajo una estructura diferente a las que mantienen las compañías, con un régimen de gobierno más horizontal, privilegiando al ser humano, su trabajo y subsistencia sobre el lucro. La importancia de la forma de aplicación de la competencia desleal no solo está reflejado en la necesidad que tienen este tipo de empresas para su ejercicio económico y la forma de ingreso de nuevos miembros, sino que resulta ser de gran interés para la economía ecuatoriana; propósito reflejado en los incentivos tributarios, y estímulos dentro de las contrataciones públicas, sin embargo podría concebirse como una limitación al derecho de libre asociación, para lo cual se analizará la normativa ecuatoriana respecto a la estructura que mantiene esta figura, y los problemas que trae la desvirtualización de esta figura desde el ámbito judicial, que afecta a la naturaleza que mantienen las organizaciones de economía popular y solidaria.

También se analizará los incentivos que mantienen por parte del estado este tipo de organizaciones, tanto tributarios como en materia de contratación pública, pues el fin que buscaba el estado para implementar estos incentivos, es acrecentar la producción nacional mediante la economía popular y solidaria, esto reflejado en políticas públicas que mantienen como objetivo el crecimiento del valor agregado dentro de un mercado libre de comercio.

Se debe considerar que en Ecuador la materia de economía popular y solidaria se va consolidando como un nuevo paradigma económico, al que existía, respecto de este tipo de organizaciones registradas y constituidas en su mayoría bajo los parámetros de la entonces Ley de Cooperativas, que fue sustituida con la promulgación en el registro oficial de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria (LOEPS) en el año 2011.

La figura de competencia desleal dentro de la materia de economía popular y solidaria, al ser un tema ligeramente desarrollado por la doctrina ecuatoriana, es necesario que se amplíe bajo estándares de análisis crítico que brinden un horizonte claro dentro de su aplicación, tomando en cuenta que existen 16.351 organizaciones de economía popular y solidaria registradas con corte a 25 de febrero de 2024 conforme estadísticas de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS) (2024).

Este desarrollo teórico sobre la figura de competencia desleal servirá para que exista una mejor seguridad jurídica en la aplicación de los parámetros de esta figura en el ingreso de socios, asociados y/o miembros a este tipo de empresas, sino que sirve como límite a los beneficios que brinda el estado en la promoción del incentivo a la producción ecuatoriana, de igual manera este desarrollo teórico servirá como parámetro para la lucha contra la corrupción en el otorgamiento de los referidos beneficios estatales.

Con estos parámetros se realiza un análisis crítico sobre la resolución de una sentencia y su apelación, dentro de la cual se desvirtualiza la figura de competencia desleal y su aplicación en organizaciones de económica popular y solidaria, empresas y compañías.

Derecho a la libre asociación en organizaciones de economía popular y solidaria y sus primeras consideraciones para su ingreso.-

El estado ecuatoriano garantiza a las personas el derecho a asociarse en cualquier organización, cuando los intereses de la persona se alineen a los objetivos, visiones, misiones y vínculos que busque la referida organización. En el Ecuador, existe un gran catálogo de objetivos que buscan las organizaciones tanto de económica popular y solidaria así como de organizaciones sociales, gremiales, religiosas, profesionales y económicas.

Por lo cual es necesario tomar en cuenta las siguientes referencias normativas superiores, es así que la Constitución de la República del Ecuador CRE, en su artículo 66 reconoce y garantiza el derecho a la libre asociación voluntaria, precepto que guarda concordancia con lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se señala: "Art. 20.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (...)". Y así mismo con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos que resalta que: “Art. 22.- 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses (...)”, pilares fundamentales tanto nacionales como internacionales que consolidan el derecho a la libre asociación.

Uno de los objetivos que buscan las OEPS es la voluntad de ingreso, esta voluntad puede ser escrita o verbal, sin embargo para efectos legales, se recomienda que sea escrita y que la persona que va ingresar tenga claro las atribuciones, deberes y responsabilidades que va a tener si es aceptado su ingreso a la OEPS; puesto que en la mayoría de veces cuando una persona ingresa en una organización, ya se está comprometiendo legalmente a las disposiciones de la mayoría de socios, que casi siempre son reflejados en resoluciones emitidas por una Asamblea General de socios, de ahí que es importante que la persona que vaya a pertenecer a una organización, independientemente del tipo, este alineado a los objetivos que se busca en dicha organización.

No debemos olvidar que si bien las OEPS son empresas, su estructura es diferente y sujeta a una ley especial, dentro de la cual se deja claro que no existe una relación de dependencia laboral, sino que cada socio es dueño y solidariamente responsable en la toma de decisiones, así como los efectos que la organización genera como producto de las responsabilidades, por lo tanto no existe un sueldo fijo establecido, y la distribución del trabajo está sujeto a la autogestión.

Sin embargo se debe tomar en cuenta que al ser un proyecto que se está empezando a construir, al primer día no se va a tener un rédito, la mayor parte del dinero en los primeros años que resulte producto del trabajo de los socios, se debería destinar a la reinversión para la propia organización como lo es la compra de maquinaria, compra de instrumentos para brindar el servicio, compra de bienes para prestar el servicio, inversión en marketing e inversión en educación y capacitación de los socios; otro porcentaje se destinará a gastos administrativos, entre los que se puede encontrar contratación de personal, alquiler de oficinas, contratación de servicios de limpieza y mantenimiento, y por último un porcentaje para el sustento de los socios.

De lo expuesto se podría deducir, que la forma de dependencia laboral a un empleador resulta ser más sencilla, ya que no existen tantas obligaciones administrativas pues estas son asumidas por los dueños de la empresa, sin embargo lo que se puede mencionar es que cada forma de empresa tiene su característica, y por lo tanto es necesario reflexionar antes de solicitar ingresar a alguna, por ejemplo, en las OEPS, conforme lo explicado no existe la figura de jefe y empleados, entre socios y directivos; por lo tanto esta forma de trabajo es necesario considerarla que se transforma en un trabajo semiautónomo, que no reconoce por ejemplo, pagos de decimos, que normalmente tienen los trabajadores dentro de una empresa con estructura que mantiene un fin de lucro, ya que los fines que buscan las OEPS es el privilegio del trabajo y del ser humano como sujeto y fin de su actividad por sobre la aportación y el lucro así como la acumulación de capital conforme lo expone el artículo 1 de la LOEPS.

Por lo tanto, si se menciona que es un trabajo semiautónomo, de emprendimiento, que genera producción y servicios nacionales, estos se transforman en valores agregados al comercio ecuatoriano; que en este ámbito se aperturan como una brecha estatal en la aportación a dichos valores dentro de la economía, los cuales se visibilizan en la contratación pública; este nuevo mercado de contratación que se crea con la entrada en vigencia de la CRE de 2008, se ve reflejado en contrataciones especiales para estas OEPS, como por ejemplo, las ferias inclusivas; sin embargo el ejercicio de la inclusión de las OEPS dentro del comercio trae sus retos, entre los cuales se destaca que en la mayoría de contrataciones, se solicita que los socios, estén afiliados al IESS, pues lo que se busca por parte del estado es lo que en la actualidad se puede llamar lucha contra el dumping social.

Mireia Llobera Vila (2015), clara que el dumping social, es una figura ha sido utilizada como opresión social en las contrataciones de servicios dentro de estrategias desleales en busca de precios inferiores en la contratación, que lleva a aceptar condiciones laborales comparativamente inferiores, por lo cual dentro de una contratación pública siempre se va exigir la responsabilidad de cobertura de salud reflejado en la obligación de los socios de la

OEPS a afiliarse al IESS, en estos casos, la afiliación resulta ser voluntaria obligatoria, para cubrir el requisito para poder contratar con el estado.

Subsecuentemente para ser parte de una OEPS, el socio debe considerar que su rédito será destinado a parte del crecimiento de la organización, al emprendimiento y nuevas formas de prestar el bien o servicio, que en un futuro pueda ser que mantenga un crecimiento en la producción de la organización, y del cual será necesario mantener un tiempo destinado para la toma de decisiones que se realiza mediante una forma de gobierno horizontal como lo es la Asamblea General.

Competencia desleal en organizaciones de economía popular y solidaria.-

El derecho a la libre asociación puede verse limitado por otros derechos de interés general, constituidos en el marco de un interés público; promoviendo mediante políticas de precios, la protección de la producción nacional, pues lo que se busca es evitar las prácticas de acaparamiento como el monopolio y el oligopolio privado, prácticas que forman parte de la competencia desleal, conforme el artículo 335 de la CRE. Este concepto de competencia desleal se consolida en materia de economía popular y solidaria con lo determinado en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria que conceptualiza a la figura de competencia desleal de la siguiente manera: “Art. 11.- Competencia desleal.- Los miembros, asociados y socios, bajo pena de exclusión, no podrán competir con la organización a que pertenezcan, realizando la misma actividad económica que ésta, ni por sí mismos, ni por intermedio de terceros.”.

Guardando concordancia con lo determinado en el Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, que señala: “Deposición general Segunda.- Los integrantes de las organizaciones amparadas por la ley, incurrirán en competencia desleal, cuando tengan la calidad de socios, accionistas, administradores, arrendatarios, apoderados de socios o accionistas de empresas privadas con idénticos fines.”.

Conforme lo expuesto si bien se visibiliza la existencia del derecho a la libre asociación, este mantiene limitaciones con el derecho de las personas a una competencia justa y de libre mercado; en este sentido Hugo Aravena (2010) nos menciona que:

No obstante lo anterior, y como hemos dicho, los Derechos Fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias. (Aravena, 2010, pp. 168)

Más aun cuando podríamos estar hablando de dobles subvenciones de mismos incentivos estatales que se brinda a una misma persona perteneciente a dos organizaciones que se dedican a la misma actividad económica, ya que estos incentivos estatales deben guardar parámetros de equidad e igualdad. Por lo cual es necesario establecer la naturaleza que mantienen las OEPS, que conforme el artículo 1 de la LOEPS son organizaciones económicas que realizan actividades productivas, de servicios y bienes manteniendo con principal fin, al ser humano sobre el lucro.

De lo señalado se puede concluir que las organizaciones de economía popular y solidaria son empresas especializadas de tipo determinado las cuales están relacionadas directamente con una actividad económica principal que realizan con el fin de la satisfacción de necesidades y la generación de ingresos para sus integrantes. Por lo tanto si existiere un socio que es integrante de una organización de económica popular y solidaria y quiere pertenecer a otra organización o empresa privada que brinda la misma actividad económica, estaría incurriendo en competencia desleal, ya que se estaría vulnerando el derecho de igualdad, equidad y comercio justo dentro de incentivos estatales y libre competencia.

Cecilia Beyries y Lorena Pintos (2008) dentro del análisis respecto de las cooperativas de trabajo constituidas en Argentina, señalan sobre la figura de competencia desleal en este tipo de empresas diciendo:

Que, por lo tanto, un tipo asociativo basado en valores trascendentes de solidaridad, es así desvirtuado para aprovechar su estructura formal, situación ésta que permite obtener ventajas impositivas, eludiendo además las obligaciones para con la seguridad social,

generándose una evidente competencia desleal respecto de las empresas comerciales que brindan servicios similares. (Beyries y Pintos, 2008, pp. 3)

Bajo la misma línea en Tribunal Supremo Español en aplicación de la legislación española (2009) señala sobre la competencia desleal en sociedades de responsabilidad limitada estableciendo:

El Tribunal Supremo, estimando el recurso, fija como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal establecida en el art. 65 se infringe mediante la creación por parte de los administradores, sin la autorización de la sociedad, otra con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses. (Tribunal Supremo Español, 2009, pp. 1)

Regina Ingrid Díaz Tolosa (2007) adiciona el análisis de la competencia desleal con la visión de la legislación chilena y el deber de lealtad y conflicto de intereses, señalando que:

se presenta como una derivación del deber de lealtad el deber de no competir con la sociedad que se administra, fundado ello en la buena fe y usos mercantiles, y en la obligación de evitar conflictos de intereses con la sociedad anónima administrada, a fin de respetar el deber de lealtad y de proteger como es debido el interés de la sociedad; se hace una somera comparación con otros tipos de sociedades mercantiles, que incluyen la prohibición de competencia por parte de los socios de la misma, para finalizar con algunas reflexiones en torno a la responsabilidad de los directores derivada de la competencia desleal con la sociedad que administran. (Díaz Tolosa, 2007, pp. 87)

De los criterios señalados es claro que la competencia desleal se crea como herramienta que limita a la libre asociación y vela por un derecho de igualdad dentro del comercio justo.

Incentivos para organizaciones de la economía popular y solidaria.-

En las organizaciones de economía popular y solidaria se debe tener en cuenta muchos factores, entre los cuales podemos diferenciar que por realizar actividades que se entiende que originan producción nacional por ende valor agregado, el estado brinda un cobijo y resguardo mayor que a otros tipos de producción, lo cual se convierte en aportaciones a la deuda social, así como en inyección de capital al mercado ecuatoriano, de ahí que podemos ver reflejos dichos incentivos como obligaciones dentro de la agenda política del estado, aquello establecido en los artículos 284, 304 y 334 entre otros de la CRE, que señalan que la política económica y comercial tendrá como objetivo principal el incentivo a la producción nacional y fortalecimiento al aparato productivo para la generación del valor agregado dentro de los productos nacionales.

Más aun cuando el estado busca contratar algún servicio, bien o consumo, pese a que la priorización y naturaleza de la contratación pública es la búsqueda del mejor precio y calidad, la CRE en su artículo 288 establece excepciones dentro de los procesos contractuales como criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad priorizando la producción nacional especialmente la que viene de las OEPS.

Estas peculiaridades, son traducidas en beneficios estatales, que dan una mayor priorización al consumo nacional. Otros de los incentivos estatales figuran dentro del ámbito tributario, por ejemplo cuando una OEPS, compra materias agropecuarias al por mayor para luego ser vendidos a sus socios, esta interacción entre la OEPS y su socios es considerada como acto solidario, por lo tanto no está sujeto a una tributación conforme lo determina el artículo 5 de la LOEPS.

De lo expuesto los actos denominados económicos solidarios no están sujetos a tributación, pues se entiende que son gestiones que las OEPS realizan para sus socios, con el fin del crecimiento de la organización que genera producción nacional, entre estos actos, pueden constar desde la compra de insumos, adquisición de bienes muebles e inmuebles hasta la realización de actividades complementarias directamente relacionadas a la actividad principal, para ser beneficiario de estos incentivos se debe tomar en cuenta que no solo la organización debe estar bajo el control de la SEPS, sino que debe constar registrado en el Registro Público, conforme lo determinado en el artículo 6 de la LEOPS, que señala:

Art. 6.- Registro.- Las personas y organizaciones amparadas por esta Ley, deberán inscribirse en el Registro Público que estará a cargo del ministerio de Estado que tenga a su cargo los registros sociales. El registro habilitará el acceso a los beneficios de la presente Ley.

Disposición que guarda concordancia con lo establecido en el Reglamento a la LOEPS que determina:

Art. 136.- Certificación de cumplimiento de obligaciones.- Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, para acceder a los beneficios que les otorgue la legislación nacional, acreditarán su inscripción en el Registro Público correspondiente y adjuntarán una certificación de encontrarse activas y en cumplimiento de sus obligaciones, obtenida en la Superintendencia.

Actualmente esta atribución y responsabilidad lo mantiene el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria el cual el cual recibió la delegado con las referidas atribuciones mediante acuerdo ministerial 004, de 20 de enero de 2020, expedido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Estos beneficios tributarios también mantienen limitaciones por ejemplo lo determinado en el artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno que menciona:

Art. 9.- Exenciones.- Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: (...) 19.- Los ingresos percibidos por las organizaciones previstas en la Ley de Economía Popular y Solidaria siempre y cuando las utilidades obtenidas sean reinvertidas en la propia organización. (...) 20.- Los excedentes percibidos por los miembros de las organizaciones previstas en la Ley de Economía Popular y Solidaria, conforme las definiciones del numeral anterior.

De igual manera algunos incentivos más como los determinados en el artículo 10 numeral 24 sobre deducción de gastos, y artículo 19 sobre obligaciones de mantenimiento de contabilidad dentro del régimen tributario.

Comercio justo.-

El comercio justo es un objetivo que tiene el estado contemplado en el artículo 304 numerales 5 y 6 y sobre la eficacia del mercado con el comercio justo dispuesto en el artículo 336 de la CRE y que está construido para evitar los monopolios y oligopolios conforme el artículo 335 de la carta magna, pues en este ámbito también lo que se trata de buscar es la igualdad de condiciones y equidad, por ejemplo, si una persona natural perteneciera a dos a mas organizaciones productivas que mantienen la misma actividad económica, de alguna manera estaría monopolizando el mercado dentro de la misma línea de producción.

Más aun la competencia desleal está sujeta no solo a los parámetros de comercio justo, equidad, eficiencia e igualdad, sino cuando se genera este tipo de actos los mismos vulneran el bienestar general al momento ejercer estas prácticas desleales que pueden estar reflejadas en cualquier forma de la actividad económica, conforme lo determina la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado en su artículo 26.

Más aun la propia Corte Constitucional dentro del análisis realizado antes de la publicación de la Ley Orgánica Reformatoria de Diversos Cuerpos Legales, para el Fortalecimiento, Protección, Impulso y Promoción de las Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, Artesanos, Pequeños Productores, Microempresas y Emprendimientos mediante Dictamen No. No. 2-23-OP/23, de fecha 30 de marzo de (2023), aclara que:

88. De esta manera, de acuerdo con lo establecido en el mismo artículo, una de las formas en las que el Estado interviene es para definir una política económica que proteja a la producción nacional y elimine prácticas de competencia desleal. Lo indicado, se fortalece pues, al tener la República del Ecuador una economía popular y solidaria, de conformidad con el artículo 283 de la CRE, el Estado no debe solo velar por una competencia leal, sino una competencia en igualdad de condiciones para los medianos y pequeños productores, que permitan al país desarrollar su producción nacional. Por lo expuesto la limitación que el Estado ejerce al derecho de libre asociación no contraviene los preceptos constitucionales.

Análisis de la competencia desleal y su desvirtualización cuando se sigue un proceso judicial.-

Con el fin de identificar el problema legal respecto a la desvirtualización de la figura competencia desleal en organizaciones de economía popular y solidaria, se analizó el desarrollado legal seguido en un proceso judicial, que se detalla a continuación:

Nº de juicio: 04243202300014.

Tribunal sustanciador: TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN TULCÁN, PROVINCIA DEL CARCHI

En el referido juicio se señala en su parte pertinente:

“(…) de allí que, es por demás evidente que de la propia Ley, se derivan las condiciones o circunstancia bajo las cuales una persona en alguna de las calidades descritas, incurre en la figura de competencia desleal y radica en la obligación (o garantía) de no realizar por sí mismos o a través de terceros, la misma actividad económica; debiéndose comprender (por lógica y concepto gramatical), que la expresión “lo mismo” lleva implícito la significación de “igual” o “idéntico” (...) por lo que, previo a “negar” el registro del accionante como socio de la cooperativa “XXXXXXXX” cuya atribución es a la vez una obligación de la SEPS; dicha entidad estaba en el deber de examinar, determinar y justificar por qué a su criterio, la actividad económica de “transporte de pasajeros en buses urbano” que brinda la Cooperativa “XXXXXXXX” es igual, idéntica, exacta o la misma que “transporte de pasajeros en buses interprovincial”, ejercicio argumentativo y legal que en la causa sub júdice no ha ocurrido; esto, sin perjuicio de que no existe o no se verifica tal circunstancia, pues a criterio del Tribunal se trata de dos actividades distintas partiendo de la simple definición de “urbano” como “perteneciente o relativo a la ciudad” (RAE) frente a “interprovincial”, entendido como aquello “que se produce o tiene lugar entre dos o más provincias””(énfasis fuera de texto)

Esta concepción por parte del tribunal, conlleva a que los socios/asociados de alguna organización de económica popular y solidaria puedan pertenecer a otra organización de economía popular y solidaria, compañía o empresa que mantengan la misma actividad económica pero que difiera la actividad económica en la ejecución de la misma, por ejemplo dentro del caso puesto a análisis, existen 2 cooperativas de servicios de transportes, que conforme lo determinado en el Artículo 2 de la LOEPS, una organización para ser contemplada como de economía popular y solidaria su objeto social principal debe ser la realización de actividades económicas en este caso es de servicios, estableciendo la normativa una conexión entre objeto social y la realización de la actividad económica, que en el caso de las cooperativas de transportes referidas es en la Cooperativa XXXXXXXX, la prestación del servicio de transporte en la modalidad interprovincial de pasajeros y encomiendas con eficiencia y responsabilidad, con la conducción de choferes profesionales, en vehículos tipo bus, y en la Cooperativa XXXXXXXX, es la prestación del servicio de transporte en la modalidad de urbano con eficiencia y responsabilidad, con la conducción de choferes profesionales, en vehículos tipo bus.

Para lo cual se debe considerar lo determinado en el artículo 11 de la LOEPS que establece:

“Art. 11.- Competencia desleal.-Los miembros, asociados y socios, bajo pena de exclusión, no podrán competir con la organización a que pertenezcan, realizando la misma actividad económica que ésta, ni por sí mismos, ni por intermedio de terceros.” (énfasis fuera de texto)

Siendo correcta la interpretación del tribunal en decir: “de no realizar por sí mismos o a través de terceros, la misma actividad económica; debiéndose comprender (por lógica y concepto gramatical), que la expresión “lo mismo” lleva implícito la significación de “igual” o “idéntico””.

Sin embargo es necesario aclarar que la norma si hace referencia a la existencia de una clase (modalidad) dentro del grupo servicios; para lo cual el artículo 23 de la LOEPS establece:

“Art. 23.- Grupos.- Las cooperativas, según la actividad principal que vayan a desarrollar, pertenecerán a uno solo de los siguientes grupos: producción, consumo, vivienda, ahorro y crédito y servicios.

En cada uno de estos grupos se podrán organizar diferentes clases de cooperativas, de conformidad con la clasificación y disposiciones que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.” (énfasis fuera de texto);

Dentro de lo cual la normativa señala y resalta que existen según la actividad principal un grupo servicios dentro del tipo de Cooperativas.

En tanto a la clase (modalidad), el artículo 83 del Reglamento a la LOEPS, determina:

“Art. 83.- Definición y clases.- Son las constituidas para prestar el servicio de transporte de personas o bienes, por vía aérea, terrestre, fluvial o marítima. No se podrán constituir sin el permiso de operación respectivo.” (énfasis fuera de texto)

Bajo la misma línea el artículo 117 del Reglamento a la LOEPS, en su parte pertinente señala:

“Art. 117.- Federaciones.- Las federaciones son los organismos de representación a nivel nacional e internacional, de las unidades económicas populares, organizaciones comunitarias, asociaciones EPS y cooperativas.

(...) En el caso de cooperativas de transporte el término clase se asimila al término modalidad señalado en la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.” (énfasis fuera de texto)

De lo analizado las referidas cooperativas mantienen la siguiente similitud dentro de su actividad económica:

Sector de organización: Cooperativo

Tipo de organización: Cooperativa

Grupo de organización: Servicios

Clase de organización: Transporte

Subclase de organización: Terrestre de pasajeros

El juez sustanciador dentro de la sentencia no analiza que la modalidad si bien el Reglamento a la LOEPS, menciona que se asimila a la clase, son términos que se utilizan por cada institución pública, es decir el termino clase en materia de economía popular y solidaria y el termino modalidad en materia de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y que son aplicables bajo sus atribuciones y competencias de diferente manera.

Siendo que el artículo 83 del Reglamento a la LOEPS, si identifica que se determina por clase, y que pese a que en los estatutos sociales conste la modalidad, esta es aplicable en materia de Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la clase está definida por el propio reglamento a la LOEPS, y en las referidas cooperativas la actividad económica es idéntica, es decir:

Sector de organización: Cooperativo

Tipo de organización: Cooperativa

Grupo de organización: Servicios

Clase de organización: Transporte

Subclase de organización: Terrestre de pasajeros

Finalmente no se puede mencionar que no existe normativa expresa respecto a la definición de clase en materia de economía popular y solidaria, y que el término modalidad solo es aplicable respecto de las competencias que mantenga el ente de control en materia de tránsito. Conforme lo expuesto si existe competencia desleal.

En tanto a la fundamentación que se emite por parte de este organismo de control dentro del servicio de ingreso de socios se debe considerar que el proceso de ingreso de socios por parte de la SEPS se encuentra totalmente automatizado, dentro del cual el representante legal mantiene acceso a los servicios electrónicos, proceso que esta simplificado conforme la Ley para la Optimización y Eficiencia de trámites Administrativos y actualmente no produce un acto administrativo.

Esta resolución judicial fue apelada ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, la cual expone:

“(…) la negativa a registrarle como socio de la Cooperativa Expreso Tulcán, vulneran el derecho a la seguridad jurídica y la igualdad formal, material y no discriminación; y, asociarse y desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva? (…)

Para responder a esta interrogante, se debe observar que el servicio que prestan está relacionado a un específico territorio; así la Cooperativa "Frontera Norte", su radio de acción, que además es limitado, corresponde a un servicio de transporte de pasajeros en el área urbana, es decir en la ciudad de Tulcán; de su parte en el caso de la Cooperativa "Expreso Tulcán", dicho servicio de transporte y encomiendas lo efectúa a nivel interprovincial con rutas y frecuencias debidamente legalizadas y aprobadas (Tulcán – Quito – Santo Domingo) que constan en el contrato de operación de la misma, por tanto no puede llegar a configurarse la condicionante de competencia desleal. (énfasis fuera de texto)

Lo antes definido por el tribunal no es una disposición determinada en normativa, ni como disposición de la SEPS, en este caso mediante una acción e protección se está legislando, por lo cual de esta manera no solo se está desnaturalizando la concepción de lo que constituyen las OEPS, sino que se está desvirtualizando la figura de la acción de protección.

DISCUSIÓN

El término Gobierno Corporativo, parece estar restringido al ámbito de unas cuantas empresas que participaban en los mercados de valores, con el paso de los años ha ido ganando terreno hasta ocupar un lugar preponderante en la alta dirección de las organizaciones, se ha entendido que su aplicabilidad va más allá de un cumplimiento regulatorio y que realmente genera valor cuando las prácticas se implementan acorde a las necesidades legales y, sobre todo, operativas de cada empresa, por lo tanto, toda buena práctica es una recomendación que impacta la cultura de la sociedad, teniendo como tendencias cambiar la venta por la renta, la búsqueda de la equidad de talento que transforma, sobre la equidad de género o el emprendimiento social hacia el emprendimiento corporativo y la responsabilidad social empresarial .

Las exigencias actuales de organismos nacionales e internacionales en los temas de competitividad empresarial en México obligan a toda sociedad, preservar su permanencia en el tiempo, debido a que promueven el crecimiento económico, desarrollo social, generan riqueza, empleo y bienestar en el país. Por lo que son necesarias las mejores prácticas corporativas y su adhesión a las mismas, ya que permiten contar con lineamientos internos, estructuras horizontales o planas que, a su vez, apoyan una gestión eficiente, crean valor y beneficio para los accionistas que aportan el capital, así como, mayor protección y confianza para inversionistas minoritarios, con lo que se puede encauzar la participación de mayor número de sociedades en el sector bursátil mexicano.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. En A. Constituyente, Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.
- Naciones Unidas (1948): Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.
- Naciones Unidas (1966): Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General.
- Ecuador. Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria [2011] (R.O. 444)
- Ecuador. Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria [2012] (R.O.S. 648)
- Ecuador. Ley de Régimen Tributario Interno [2004] (R.O. S. 463).
- Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado [2011] (R.O. S. 555).
- Aravena, H. T. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. En H. T. Aravena, Las limitaciones a los derechos fundamentales (pág. 168). Chile: Estudios Constitucionales.

- Civil, T. S.-S. (mayo de 2009). Diario del Derecho. Obtenido de <https://acortar.link/aCjnby>
DICTAMEN No. 2-23-OP/23, No. 2-23-OP (Corte Constitucional 30 de marzo de 2023).
- PINTOS, C. M. (diciembre de 2008). Sistema Argentino de Información Jurídica. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/cecilia-beyries-contratacion-estatal-cooperativas-trabajo-dacc080111-2008-12/123456789-0abc-defg1110-80ccanirtcod#>
- Solidaria, S. d. (25 de Febrero de 2024). Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Obtenido de <https://data.seps.gob.ec/#/dashboards/analytics/1/17>
- Tolosa, R. I. (2007). Deber de los Administradores de no Competir con la Sociedad Anónima que Administran. *Revista de Derecho*, 87.
- Vila, M. L. (2015). Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: La senda abierta hacia la sentencia bundesdruckerei. *Revista de Derechos Sociales*, 89-88.



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

Derechos de la Naturaleza; un análisis jurídico y social a siete comunidades del Azuay

Rights of Nature; a legal and social analysis in seven Communities of Azuay

Fernanda Ramírez Álvarez

Máster en Negocios y Administración. Analista de Proyectos de Investigación del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Cuenca. Ecuador.

fernanda.ramireza@ucuenca.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-0719-9502>

Teodoro Verdugo Silva

Doctor en Derecho. Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca. Ecuador.

teodoro.verdugo@ucuenca.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-3984-0467>

Fabián Cordero Méndez

Master. Docente de la Facultad de Economía de la Universidad de Cuenca. Ecuador.

fabian.cordero@ucuenca.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-1717-6737>

Víctor Moreno Cuello

Master. Gestor Acceso y Admisión a Másteres Oficiales Universidad de Sevilla. España.

vmoreno3@us.es

<https://orcid.org/0009-0009-0893-7950>

Paola Gómez Quito

Socióloga. Asistente de Investigación en la Universidad de Cuenca. Ecuador.

paola.gomez@ucuenca.edu.ec

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.6335>

Recibido: 2024-03-20 / Revisado: 2024-04-17 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01



RESUMEN

El estudio a siete poblaciones de la provincia del Azuay en Ecuador, tuvo el objetivo determinar el conocimiento, actitudes y percepciones de los habitantes de los derechos de naturaleza, la participación ciudadana, control social y si existe vulneración de estos, un análisis jurídico y social, como un elemento necesario para el efectivo cumplimiento de estos derechos; usando una metodología cualitativa y cuantitativa. Se encontró que la mayoría de poblaciones estudiadas, consideran que conocen los derechos de la naturaleza, cuatro de las comunidades, no conocían que estos derechos se encuentran consagrados en la Constitución, lo que significa que; al no conocer, se genera una limitante para defenderlos. Existe necesidad de educar para proteger y defender estos. Conocer los derechos, es un requisito para la defensa y el apropiamiento de normas y herramientas de participación ciudadana.

Palabras Claves: conflictos medioambientales, debate, derechos de la naturaleza, derechos ciudadanos, participación social.

ABSTRACT

The study in seven communities in the province of Azuay in Ecuador, had goal of determining the knowledge, attitudes and perceptions of populations of rights of nature, citizen participation, social control and if there are infringement of this, a legal and social analysis, an element necessary for effective compliance of this rights, using a methodology qualitative and quantitative. It found that the majority of populations researching, considers that they know about rights, four of the communities do not that these rights are enshrined in the Constitution, it is meaning that they do not know, is generate a limiting for reach the defense it. There is necessity to educate for protect and defend it. To know the rights, as a requirement of the defense for the appropriation of the norms and participation tools, as a citizen.

Keywords: environmental conflicts, debate, rights of nature, rights of citizen, social participation.

INTRODUCCIÓN

Ecuador aparece como el país con los peores indicadores ambientales relativos en América del Sur, las medidas que se intentan para impedirlo o compensar sus efectos, son insuficientes (Ghione & Lorieto, 2011); pese, a que la Constitución del Ecuador del 2008 tiene novedades, la determinación normativa de la naturaleza como sujeto de derechos, lo que convierte al Ecuador en el primer país del mundo en asignarle esa categoría jurídica a la naturaleza (Simón Campaña, 2013).

De la mano del reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, se han ampliado y reconfigurado los derechos de participación, siendo uno de los ejes primordiales en cuanto a la generación de políticas públicas (Navas, 2016). Estos, señala Noguera & Navas (2016) se pueden manifestar como mecanismos de democracia directa, como se expresa en los mecanismos de participación que están al nivel de los Gobiernos Autónomos

Descentralizados, entre los cuales se destaca, la silla vacía, observatorios u otros. No obstante, no se ha observado la participación mediante la consulta previa, prelegislativa, ambiental o popular en cuanto a los derechos de la naturaleza en su vinculación con el derecho al medio ambiente y las comunidades, pueblos y nacionalidades.

El presente artículo nace de un proyecto de investigación científica, y analizó los derechos de participación como elemento necesario para el efectivo cumplimiento de los derechos de la naturaleza, mediante una metodología cualitativa y cuantitativa. Y se levantó una línea base, que pretende generar más estudios de un grupo de investigación, que tiene el objetivo de generar reflexión para alcanzar equilibrio entre la sociedad, estado y mercado, en respeto con la naturaleza.

Derechos de la Naturaleza

En 2022 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró el acceso a un "medio ambiente limpio, saludable y sostenible" como un derecho humano universal, necesario para el pleno disfrute de sus derechos y condiciones mínimas para la dignidad humana.

La naturaleza o Pacha mama, es todo este engranaje de componentes y funciones se sustenta en los ciclos y mantiene procesos evolutivos, cuyo fin es la consecución y el mantenimiento de la vida, es un solo organismo, donde forman parte de ella varios componentes, cada uno con funciones específicas y complementarias (Morales, 2012, p. 23.). Que la Constitución del Ecuador la reconociera en el 2008 a la naturaleza como sujeto de derechos es un proceso de evolución gradual, dentro del derecho. Los derechos de la naturaleza engloban diversos aspectos del desarrollo humano, para que se produzca en el sentido más favorable posible, se necesita de la preservación de la naturaleza, lo que obligaría a generar diversos mecanismos que contribuyan a protegerla, para cuidar todas las formas de vida y recursos que ella alberga, lo que consecuentemente también se asocia con la preservación de la vida humana. Actualmente, los derechos de la Naturaleza carecen de fuerza jurídica obligatoria, se espera evidentemente, que se incorporen herramientas que permitan la protección efectiva y el involucramiento de la participación ciudadana para así hacerlo (Naranjo, 2016). Es de aquí la necesidad de reflexionar sobre el cuidado de la naturaleza, y que en la realización de actividades productivas se atenta contra la integridad de la naturaleza, cada vez más estamos expuestos a perder el entorno natural y con esto las graves consecuencias. En la medida que se reconozcan los derechos de la naturaleza, el hombre asegura su supervivencia y un mejor porvenir (Centeno L. , 2019)

El reconocimiento constitucional no ha logrado parar los ecocidios en el país ni restaurar integralmente los daños que se cometen a diario contra la naturaleza. Los defensores de los derechos de la naturaleza tampoco están protegidos, por el contrario, están perseguidos y sienten constantemente el acoso del Estado y de las industrias que presionan para opacar su lucha para proteger sus territorios (Verdescopio, 2024). Se debe precisar que, los derechos de la naturaleza son derechos de relevancia en el ordenamiento jurídico de la sociedad, por cuanto alberga los distintos tipos de especies y recursos que dan origen a la vida y a la subsistencia de los seres humanos. Se reconoce a la vida como el bien jurídico superior en este Estado de Derechos y de justicia, el cual debería garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la naturaleza como sustento vital de todos los ciudadanos en el Ecuador.

Por lo que se hace preciso apelar a la participación ciudadana, en defensa de los territorios, no existen cambios, sin la participación de la organización social (Sagot, 2018). Dentro del marco jurídico, esta normado, *toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza* (Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza, 2022). *El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema partiendo del reconocimiento de la norma y que los derechos de la naturaleza son vulnerados*, mediante la participación ciudadana se deberían buscar la justicia de los derechos de la Pacha Mama (Centeno, 2019).

Cosmovisión andina de la Pacha Mama

Ecuador es el país más mega diverso del mundo, en relación con su territorio (Burneo, 2009). Los Derechos de la Naturaleza tienen de referente fundamental la comprensión

de la Naturaleza en el mundo indígena, resaltando el trato sinonímico que la Constitución Ecuatoriana da a la naturaleza o Pachamama, analiza las relaciones sociedad-naturaleza que coexisten según Grefa (2021), donde han tenido lugar sucesivas movilizaciones ciudadanas frente a problemas de la destrucción de áreas naturales o los efectos negativos de proyectos extractivistas (Gudynas, 2009). Desde la cosmovisión andina, indígena que parte de la convivencia con la naturaleza que representa a una madre proveedora de vida y de alimento, probablemente la más importante, pues es la madre de todo lo que crece en ella y a su vez hay una conciencia de esta como parte de un sistema integral, proveedora se le respeta, no es un objeto, sino un sujeto que interactúa con el yo, no es alteridad absoluta ni se le ve como una oposición entre el ser que la habita y sus ideales de vida, sino, parte de ellos mismos. Para muchas cosmovisiones indígenas la madre tierra es el sujeto con el que se establecen diálogos permanentes de cuyo resultado, somos testigos, se construyen complejas construcciones culturales e identidades históricamente ecológicas, en una sociedad en la que todo vive las relaciones se hacen entre sujeto y sujeto (Martínez, 2010)

Esta narrativa nos ha brindado un mayor entendimiento de las raíces sobre los conflictos socioambientales, las estrategias de defensa y resistencia de las comunidades, y las propuestas que germinan dentro de los movimientos de resistencia, enfocado en los movimientos, comunidades y organizaciones de la sociedad civil que se han movilizadado a distintas escalas para resistir el despojo de sus territorios, la privatización y la contaminación de sus recursos, la precarización de sus vidas y la criminalización de sus luchas. Su lucha va más allá de una simple defensa de la naturaleza virgen y de lo ecológico, al buscar un proceso transformador que refleje las acciones colectivas de la sociedad para enfrentar los retos de interacción entre los ecosistemas natural y social que este momento histórico plantea (Martínez, 2010). El punto de partida de estas reflexiones lo constituye la interculturalidad, como una aproximación epistemológica de entendimiento de los objetos de protección de la naturaleza y construcción de la paz (Restrepo, 2020).

Si es evidente que el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza, tienen su origen en la cosmovisión andina de la Pacha mama, el Estado ecuatoriano se ha transformado en las dos caras de una moneda: por un lado, se convirtió en pionero del reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto jurídico; y, por otro lado, ha colocado al extractivismo y explotación de los recursos naturales como eje de su futuro económico (Grefa, 2021). La perspectiva utilitarista, se enfoca en el valor utilidades (Acosta & Martínez, 2009). Estos casos en términos de conflictos socioambientales provocados por el encuentro conflictivo de dos distintas visiones de la naturaleza y del manejo de los recursos naturales, tomando en cuenta la política pro-extractivista del Gobierno Ecuatoriano (Kunh, 2011).

Conflictos socio-ambientales

Los conflictos socio-ambientales y territoriales constituyen un tipo particular de conflicto social. Cabe aclarar que, si bien desde nuestra perspectiva lo ambiental incluye indefectiblemente lo social, consideramos necesario en esta investigación resaltar el carácter "socio ambiental", para que lo social tenga visibilidad y se logre revalorizar el aporte fundamental que las ciencias sociales pueden realizar para abordar este tipo de temáticas.

Por conflicto socio-ambiental se entiende a debates y disputas que enfrentan a diversos actores institucionales e intersectoriales en el ámbito local, nacional y

supranacional ante las amenazas que vulneran la calidad de vida de las personas en la relación sociedad naturaleza. Wagner (2010) afirma que los conflictos socio ambientales son conflictos sociales y políticos, ya que implican luchas de poder, generalmente asimétricas, en torno a recursos naturales. Estos se plantean en términos de controversias derivadas de formas diversas, y a veces antagónicas, de valorización de la naturaleza y de sus servicios y de diferentes valores, racionalidades e intereses en relación con la naturaleza (Valverde, et al., 2015).

En este sentido, es de importancia entender al conflicto identificando a los actores que interactúan, sus lógicas que modifican el ambiente y el territorio, mediado por distintos instrumentos (legales, institucionales, planes, entre otros), es importante conocer algunas características de los actores involucrados, las empresas, los gobiernos, El Estado y los movimientos ambientales involucrados en cada caso. En tanto conflicto social, los conflictos socio-ambientales tienen un carácter procesual. Es a lo largo de dinámicas de interacción (cooperativa o conflictiva), generación de alianzas y adhesión a valores, que se generan disputas en torno del control de bienes comunes y recursos, acerca de la contaminación, o más globalmente, sobre el poder de generar o imponer ciertas definiciones de realidad (Acosta, 2011). En otras palabras, los conflictos se estructuran simultáneamente en torno de intereses y de valores. El propio proceso conflictivo constituye los agentes, posibilitando la formación de nuevas identidades, inexistentes al inicio del proceso (Valverde, et al., 2015).

La falta de explicaciones y respuestas desde instancias políticas o jurídicas quizás sea una de las razones por las que la ciudadanía ecuatoriana, en general, continúa defendiendo el ambiente y la naturaleza por medio de las formas tradicionales de reivindicación de los derechos (Vernaza & Mustelier, 2022). Los conflictos socio ambientales relacionados con políticas (neo) extractivistas en torno a la tierra, el agua y los bosques en América Latina están en auge. Este auge es una respuesta directa a la expansión feroz de la extracción de minerales, hidrocarburos, energía renovable y productos agroindustriales que está viviendo el continente durante las últimas décadas. A su vez, representa una denuncia a los impactos locales generados por esta expansión. La extracción lleva a varias formas de despojo, desposesión, contaminación y sacrificio de comunidades, cuerpos y naturaleza no-humana que habitan las áreas donde se practica (Van Teijlingen & Dupuits, 2021)

El Estado, participación ciudadana y conflictos socio ambientales

El Estado es el espacio más complejo en donde se desarrolla la confrontación con las comunidades por realizar proyectos territoriales divergentes (Carpio, 2018). Los conflictos socio ambientales del Ecuador están relacionados con la dependencia del país en las materias primas, pero que hoy por hoy son atizados por el modelo intervencionista estatal y los procesos de acumulación regionales y globales (Martínez, 2010). El Estado; además, es el espacio más importante donde desarrollar el debate a nivel ideológico, y también influye mayormente en el nivel formativo y en el nivel operacional. En ese sentido, la falta de institucionalidad e instrumentos jurídicos para la protección efectiva de la naturaleza dan a pensar que en su momento no existió un desarrollo del debate planteado (Morales, 2013).

El modelo neo-extrativista impuesto en el Ecuador, a pesar de contar con una Constitución garantista de los derechos de la naturaleza. La matriz productiva, basada en la explotación minera, la construcción de centrales hidroeléctricas, y la extracción de petróleo es la continuidad del viejo modelo de exportación de materias primas que implica una re-primarización para acomodarse en el mercado de los

commodities. La construcción de represas hidroeléctricas, que tiene como fin la venta de electricidad y el impulso a la siderurgia, conducen a la desaparición de la selva amazónica en los siguientes 40 años. La modernidad no considera a la naturaleza como sujeto de derechos, todo lo contrario, la usa en beneficio del desarrollo al estilo occidental, frente a una economía que podemos llamar sacrificial se tiene como única manera de resistir a la organización y la lucha de las comunidades que hacen revertir las concesiones mineras en áreas de alta sensibilidad ambiental, el caso en el Azuay del proyecto minero en la comunidad de Río Blanco, parroquia de Molleturo (Astudillo, 2018).

Pese a que se establecieron una serie de derechos a la madre naturaleza, la más importante, sin duda, es que todas las personas tienen la obligación de velar y proteger sus derechos, convirtiéndose en verdaderos guardianes de su integridad, por cuanto, a pesar de los esfuerzos realizados por los Gobiernos Autónomos Parroquiales, por los Gobiernos Autónomos Municipales, por Gobiernos Autónomos Provinciales y por diferentes organizaciones, esto no se logra alcanzar (Morales, 2013).

Simultáneamente, han surgido desde la sociedad novedosas estrategias de resistencia y defensa territorial (Gudynas, Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi, 2011). Ante la arremetida de megaproyectos mineros, hidroeléctricos y petroleros, los movimientos sociales e indígenas han apostado por apelar a la plurinacionalidad y los Derechos de la Naturaleza, como una forma de aplicar desde la sociedad lo que no puede quedar exclusivamente a cargo del tutelaje del Estado: la defensa de los sentidos locales y comunitarios de territorio y naturaleza. La posibilidad de recurrir a defender los Derechos de la Naturaleza (Grefa, 2021). Como herramienta de defensa territorial ha promovido la activación de redes campo-ciudad y de alianzas locales, regionales e internacionales que dan cuenta de la multi-escala local-nacional-global de los movimientos de justicia ambiental y del carácter inter-escalar de las intervenciones territoriales (Van Teijlingen & Dupuits, 2021). Desde el enfoque del conflicto, la participación ciudadana de los sectores de la sociedad que solicitan un acceso a la toma de decisiones públicas que los afecten, crea tensiones con el poder instituido; y en ocasiones también se visibilizan disputas con aquellos actores que representan al conjunto de la sociedad civil en el proceso político (Pérez, 2019). Esto debido a la falta de institucionalidad estatal eficaz y eficiente que proteja los derechos económicos, sociales, culturales, los derechos de la naturaleza y comunidades. La protección de estos derechos está subordinada a la prioridad política que el gobierno concede a la promoción y el crecimiento de las actividades extractivistas en el país, la mayor parte de las cuales se están asentando en las tierras y territorios campesinos e indígenas del país, que a la vez constituyen zonas de una importante biodiversidad. De igual modo, se evidencia que no son suficientes los mecanismos de consulta y participación ciudadana eficientes, se debe propender a que incluyan la licencia social de las comunidades locales (campesinas, indígenas y urbanas) las cuales deberían ser adecuadas y oportunamente informadas sobre los impactos negativos de la instalación de operaciones extractivistas en sus territorios. A esto se une el carácter ineficiente de los mecanismos de fiscalización, aplicación y control ambiental en todo el país, sumando a la galopante corrupción en todos los niveles del Estado (Chicaiza, 2009).

Participación ciudadana

Los derechos de la naturaleza engloban el desarrollo humano, para que se produzca en el sentido más favorable, se necesita de la preservación de la naturaleza (Álvarez, 2018). Los derechos de participación surgen del accionar social, del activismo, de las protestas, de la organización de sujetos que buscan la mejora en sus condiciones de vida al incidir en la vida social y política de un país, que reconoce a la Pacha mama o madre tierra como la generadora de toda existencia a quien le deben respeto bajo una forma de convivencia equilibrada (Arteaga, 2018).

Asumir la conservación, expresada en la Constitución a la naturaleza como sujeto de derecho, es clave para la permanencia en el planeta, de la especie humana y mantener una calidad de vida aceptable (Cáceres, 2023). Este tipo de derecho representa también un deber de inmiscuirse en la vida política, para su correcto ejercicio dirigido al respeto de los derechos de la naturaleza.

MÉTODOS Y MATERIALES

El enfoque metodológico de esta investigación es de tipo mixto, que incluye el uso de herramientas cuantitativas y cualitativas. Es un estudio observacional, descriptivo y analítico. Se utiliza un muestreo no probabilístico, ya que la selección se realizó por conveniencia, en base en la muestra que representa en promedio el 10 por ciento de cada comunidad, la encuesta, instrumento de investigación será validada en una prueba piloto incluyendo preguntas que incluyan indicadores para conocer, el nivel de educación ambiental.

Para la obtención de datos se utilizó una metodología participativa para acercarse a las comunidades con el objetivo de obtener información de primera mano de los actores sociales, y población involucrada, permitiendo que los participantes se apropien del tema y desde sus experiencias propias, generar nuevos conocimientos, cumpliendo el objetivo de esta investigación, utilizando talleres participativos y metodología de observación participante durante el proceso de investigación. “La sistematización como investigación participativa” Alfonso Torres Carrillo presenta un panorama de la sistematización como investigación participativa que está surgiendo en América Latina y se presenta una metodología que busca comprender y promover prácticas de transformación social (Paño, Rébola, & Suárez, 2018).

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Partiendo de la premisa, que, para la defensa de los derechos de la naturaleza, es vital la participación ciudadana organizada para defender a la naturaleza de las agresiones de las empresas o de los Estados. La exigibilidad de estos derechos se debe dar en los ámbitos sociales, políticos y legales. Para poder revisar y analizar la problemática social que genera el incumplimiento de los Derechos consagrados en la Constitución ecuatoriana sobre los Derechos de la Naturaleza y las garantías de participación, se estudió a 7 poblaciones de la provincia del Azuay con el objetivo de analizar jurídica y socialmente los derechos de participación en relación con los derechos de la naturaleza en el Ecuador, la defensa y garantía de los mismos.

Santa Marianita

Chaucha

San Sebastián- Sigsig

Soldados

Cañaribamba

Shumiral

Cochapata

De acuerdo a los resultados obtenidos en base a la encuesta realizada, se obtuvo los siguientes resultados:

Parte fundamental de la defensa de los derechos de la Naturaleza, como se ha dicho previamente, es la participación ciudadana, y para esto, la ciudadanía debe estar organizada, entendiendo que es una poderosa herramienta para que colectivamente puedan defender los Derechos que constan en la Constitución, es por eso que se partió con esta pregunta para conocer la situación en este aspecto en las 7 poblaciones estudiadas. Con un total de 303 encuestas en base a la muestra, se obtiene que de las 7 comunidades encuestadas, en sola una (Soldado), sus habitantes pertenecen a una organización social, mientras que en las otras 6 no pertenecen a una organización social sus habitantes.

Para defender los Derechos, se los debe conocer previamente, siguiendo con el análisis se consultó, si consideran que conocen sobre los derechos de la naturaleza, de las cuales 6 de ellas indicaron que si conocen sobre los Derechos que goza la Naturaleza; sin embargo, una de las 7 comunidades correspondiente a la comunidad de San Gabriel, considera que no conocen los derechos de la Naturaleza.

En este apartado se explica más profundamente ¿Cuál es el alcance de los derechos de la naturaleza? La Naturaleza tiene derechos propios. Tiene derecho a existir y perdurar, a florecer en el tiempo, a mantener sus ciclos vitales y evolutivos. Tiene el derecho a tener guardianes. Los Pueblos y colectivos son y han sido los custodios de la naturaleza. Han conservado y enriquecido la biodiversidad, con conocimiento profundo sobre los rituales sagrados de la vida.

Consecuentemente y siguiendo la misma línea de análisis, los miembros de una comunidad como parte de su responsabilidad son los llamados a proteger los derechos de la naturaleza y en esto se legitima plenamente su resistencia y oposición a cualquier actividad que la destruya. La defensa de la naturaleza es a la vez local, nacional y global, con base en la solidaridad, y el respeto. Los derechos de la naturaleza deben ser parte de la concepción misma del modelo de desarrollo. En el caso particular de la Comunidad de Soldados en donde existe un conflicto socio ambiental, la comunidad está bien organizada puesto que se oponen a la construcción de un proyecto hidroeléctrico que perjudicaría a sus habitantes, el bio corredor turístico y varios emprendimientos en los márgenes del río Yanuncay, según manifestaron sus habitantes.

De las siete comunidades estudiadas, cuatro de ellas, que corresponden a: Cochapata, San Gabriel, Soldados, Santa Marianita, desconocían que la Constitución del Ecuador del 2008 le da derechos a la Naturaleza, mientras que Shumiral, San Sebastián, Cañaribamba si lo conocían.

En este punto es importante contrarrestar con la información analizada, la mayoría de las poblaciones investigadas consideran que si conocen sobre los derechos de la Naturaleza; sin embargo, cuatro de ellas no conocían que estos Derechos se encuentra en la Constitución del 2008, al no conocer este aspecto de suprema relevancia en lo jurídico y en lo social, se genera una limitante para poder alcanzar la defensa y garantía de estos derechos, tomando en cuenta que los derechos han sido fruto de procesos revolucionarios, luchas sociales y el trabajo de base social. El Derecho no es "norma y solo norma" como afirmara en su Teoría Pura del Derecho Hans Kelsen, sino que está impregnado de todo elemento social, político y cultural, económico y también de valores morales y de conducta en una sociedad determinada, sin obviar que la creación normativa es a la vez resultado de las luchas y logros sociopolíticos de clases, grupos y sectores sociales representados (Mendez, 2011); no es menos importante, indicar que parte fundamental del uso efectivo de los mismos, es conocerlos, para la garantía de su cumplimiento; es por eso que se considera importante, partir de una línea base el conocimiento que tienen las comunidades de los derechos de la Naturaleza, para así, propiciar el ejercicio de los derechos de participación de las ciudadanas

y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos, y demás formas de organización lícitas, de manera protagónica. Propiciar la democratización de los Derechos de la Naturaleza, se consolida una herramienta para que las personas que se sientan afectadas en las comunidades de nuestros territorios puedan de manera legítima y legal, hacer uso de sus derechos. La población encuestada de las 7 comunidades tomadas de muestra, considera que los derechos de la Naturaleza ayudan a la protección de la Pacha mama dando respuestas unánimes en las 7 comunidades.

De acuerdo al orden jurídico de los derechos de la naturaleza, si se cumple o no en su comunidad y que se consideran los más importantes, que constan en la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 71, 72, 73, 74.

Art. 71. Respeto a los elementos de los ecosistemas.

Art. 72. El derecho a la restauración de la naturaleza. No introducción de especies exóticas que dañen los ecosistemas.

Art. 73. El derecho al respeto integral de la existencia de la naturaleza

Art. 74. Que las poblaciones usen los recursos para beneficiarse en el marco de un Buen Vivir

Sin duda una problemática repetitiva en las comunidades, es el Derecho a la Restauración de la naturaleza, el derecho a la reparación. Más allá de la sustitución o limpieza de aquellas condiciones que afectan a las comunidades humanas. En la medida en que se ocasiona daños a la naturaleza, comprendiendo todas sus formas de vida y especies, se deteriora el entorno y se reducen la cantidad de recursos que permiten sostener la vida humana y de otras especies en el planeta (Acosta, 2008). La naturaleza debe ser reparada, debe recuperarse su estructura y lograr que los ecosistemas puedan funcionar y mantener las condiciones de vida de todas las especies. Sobre esto, se encontró que los encuestados de las 7 comunidades consideran que el Estado, no ha implementado políticas públicas para proteger los derechos de la naturaleza en las poblaciones que han sido tomadas de muestra para el estudio y con esto, considera; que existen conflictos socio ambientales, por el uso de los recursos naturales en sus comunidades.

Los Procesos de Participación social son un mecanismo de democracia directa a través de los cuales, las comunidades y colectivos pueden activar estrategias de gestión ambiental, permitiendo a la ciudadanía involucrarse en proyectos, obras y actividades que por su impacto puedan llegar a generar un riesgo tanto para la naturaleza así como para la calidad de vida de los involucrados. La participación ciudadana encuentra su fundamento en el Art. 398 de la Constitución de 2008 como una forma de derecho de participación ejercida a través de la consulta a la comunidad, de toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente. Para que un proceso de consulta ambiental se realice de manera apropiada y bajo los estándares constitucionales y convencionales deben brindar información amplia y oportuna, conducente a que la comunidad pueda pronunciarse sobre las decisiones o autorizaciones estatales, estos procesos deben ser efectivos y oportunos, previos a la toma de decisiones. Deben tener una participación, en el marco de un verdadero debate, de manera oportuna y participativa, garantizado el carácter de previo y la buena fe. En las 7 comunidades todas consideran que, es importante la participación de la comunidad en la protección de los derechos de la Naturaleza, y consideran que las comunidades están organizadas, para defender los derechos de la naturaleza, obteniendo resultados unánimes que así lo resaltan. Es importante investigar sobre el cuidado de la Pacha mama y los derechos, construyendo las mejores estrategias para su defensa. En las siete poblaciones, la mayor participación ciudadana de los mecanismos que se prevé en la Constitución, recae en Audiencias públicas, Asambleas, Consulta popular, Consulta ambiental, siendo estas las que más conoce las poblaciones encuestadas.

Los territorios investigados, en Cañaribamba, Cochapata, San Gabriel, Santa Marianita, Soldados, consideran que existe una relación armónica entre el desarrollo económico y los derechos de la naturaleza; mientras que la Comunidad de Shumiral y San Sebastián no consideran que existe una armonía entre el desarrollo y la Naturaleza. Finalmente, las 7 comunidades tomadas de muestra del estudio, consideran que las

actividades que se pueden ejecutar de forma responsable, no afectaría a los derechos de la naturaleza, son el cambio del uso del suelo y actividades económicas.

CONCLUSIONES

La falta de conocimiento de los derechos, en los territorios, no ha sido una restricción para exigir el cumplimiento de los derechos de la naturaleza en las poblaciones estudiadas, desde la cosmovisión andina que, se tiene sobre la Pacha mama o madre tierra, la cual es dadora de vida y requiere ser cuidada. La población encuestada, considera que los derechos de la naturaleza ayudan a la protección de la Pacha mama. Consideran que, es importante la participación de la comunidad en la protección de los derechos de la Naturaleza y se considera que si están en las comunidades organizados para defender los derechos de la naturaleza, en cuanto a formación y capacitación, se indica que existen necesidades en torno a la materia de protección de la naturaleza. Las 7 comunidades tomadas como muestra para el estudio, han considerado que es importante investigar sobre el cuidado de la Pacha mama, construyendo las mejores estrategias para su defensa. Todas las comunidades indicaron que sienten que el Estado en todos sus estamentos (nacional, provincial, local y parroquial), no han ejercido acciones en defensa y protección de los Derechos de la Naturaleza.

En las 7 comunidades estudiadas, existen conflictos socio-ambientales, por el uso de los recursos naturales. Pese a esto la mayoría de comunidades estudiadas consideran que existe una relación armónica entre el desarrollo económico y los derechos de la naturaleza y en todas consideran que se pueden ejecutar de forma responsable, para no afectar a la naturaleza.

La sociedad entendida como resultante de la vinculación: contenedor que se expresa por lo institucional y normativo; y, contenido que significa la matriz de relaciones que configuran la cultura política, económica y social de un pueblo; demanda, para una transformación sostenible en el tiempo de la conjunción correspondiente entre las plataformas institucionales y las baterías normativas, con la cultura dinámica que marca el ritmo de las relaciones cotidianas de sus integrantes, un ejercicio que no vincule estos elementos reproduce un sistema de relaciones asimétricas y de transición inconclusa. La investigación da cuenta de la existencia de las condiciones base necesaria para emprender la transformación de la sociedad: voluntad política para construir las condiciones y conciencia ciudadana para levantar los compromisos y comportamientos.

De la observación reflexiva, pasando por el diálogo, la deliberación y el debate, que nos convocan a procesos de aprendizaje experiencial, colocando la educación y la transferencia de conocimientos como el motor fundamental de transformación social, este documento nos propone experiencias concretas de aprendizaje.

Finalmente, este estudio abre la oportunidad para en base a los resultados presentados trabajar más profundamente en la investigación de los derechos de la naturaleza, al conocer que en las comunidades existen conflictos socio ambientales, se tiene la precepción en todas las poblaciones investigadas que el Estado, no ha implementado políticas públicas para proteger los derechos de la Naturaleza en su población, y con estas premisas, urge la necesidad de investigar sobre el cuidado de los derechos de la naturaleza, construyendo las mejores estrategias para su defensa, concluyendo, que la normativa existente no es suficiente, además de la falta de conocimiento de los habitantes de las poblaciones investigadas, lo cual podría suponer que es más factible la vulneración de los derechos de la Naturaleza por los diferentes proyectos.

REFERENCIAS

- Acosta, A. (2011) La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, páginas 479 al 485
- Acosta, A. (2014) Los Derechos de la Naturaleza como fundamento para otra Economía BioRed de Biodiversidad de Bonn, 8
- Acosta, A., & Martínez, E. (2009) Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora. Quito. Abya Yala
- Alvarez, S. (2018) Extractivismos, modo de vida imperial y violencia papeles de relaciones ecosociales y cambio global, páginas 5 al 11
- Arteaga, A. (2018) La naturaleza como sujeto de derechos, diez años después. Congreso Internacional Universitario de Bioética, páginas 14 al 35 Cuenca. Universidad del Azuay
- Astudillo, J. (2018) Propuestas alternativas a la minería en Río Blanco, Ecuador. Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, p.p.139-151
- Ávila Santamaría, R. (2010) El derecho de la naturaleza: fundamentos. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Boada, M., & Zahonero, a. (1998) Medio ambiente: una crisis civilizadora. La magrana.
- Bravo Velásquez, E. (2014) La biodiversidad en el Ecuador. Abya Yala.
- Brei, A. (2013). Rights & Nature. Journal of agricultural and environmental ethics.
- Burdon, P. (2011). The Rights of Nature: Reconsidered. University of Adelaide Law School.
- Butchart, S. H., Walpole, M., Collen, B., Van Strien, a., Scharlemann, J. P., Almond, R. E. & Carpenter, kK. E. (2010) Global biodiversity: indicators of recent declines. Science.
- Caceres, J. (2023). Aportes y retos de la transdisciplinariedad para la conservación en el marco de los derechos de la naturaleza. En V. Solano, F. Ramirez, J. Caceres, A. Martinez, & L. Brito, Derechos de la Naturaleza Análisis jurídico y social de los Derechos de la Naturaleza en la provincia del Azuay. Defensa y garantía de estos. p.p. 54. Cuenca: UCuencaPress.
- Cardinale, B. J., Duffy, E., Gonzalez, A., Hooper, D. U., Perrings, C., Venail, & Kinz. A. P. (2012). Biodiversity loss and its impact on humanity. Nature, 486 (7401), 59.
- Carson, R. (2016). Primavera silenciosa: edición y traducción de Joandomènec Ros. Editorial Crítica.
- Carpio, P. (2018). Pueblos y comunidades frente a la encurcijada extractivista. El caso ecuatoriano. Papeles de las relaciones ecosociales y cambio global.
- Centeno, L. (2019). La Tutela Judicial Efectiva de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador a partir de la promulgación de la Constitución de 2008. Guayaquil: UEES.
- Chale, T. (22 de April de 2021) Columbia Climate School, Climate Earth and Society. Obtenido de State of Planet
- Chicaiza, G. (2009) ¿Estado Constitucional de Derechos? Informe de Deerechos Humanos 2009. Quito: Abya Ayala.
- CLAES. (2010). Cambio climático,biodiversidad y políticas ambientales. Tendencias en ambiente y desarrollo en América del Sur.
- CLAES Centro Latinoamericano Ecología Social. (2010). Tendencias Emergentes, cambio climático, biodiversidad y políticas ambientales.
- CLAES, 2010. Ambiente y desarrollo en América del Sur 2009 al 2010. Tendencias y emergentes en cambio climático, biodiversidad y políticas ambientales. Montevideo: CLAES (Centro Latino Americano de Ecología Social).
- Cruz, I., Bajaña, L., & Morales, M. (2022). Derechos de la naturaleza en Ecuador. Universidad Y Sociedad, 14 (S2), páginas 351 al 357.
- Estupiñán, Liliana, Storini, C., Martínez, R., & De Carvalho, A. (2019). La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Bogotá: Unilibre.
- Fontaine, G. (2018) Explaining public accountability deficit in extractive policies: The Ecuadorian ase. The Extractive Industries and Society, páginas 190 al 200.

- Galiano, G., Morfi, C., Bravo, I., & Marriot, G. (2023). Citizen Participation: essential foundation of democracy in Ecuador. *Revista UniAndes*.
- Ghione, S., & Lorieto, V. (2011) *Red Peruana por una Globalización con Equidad. Situación ambiental de América del Sur*.
- Global Alliance for the Rigths of Nature. (28 de november de 2022) *Global Alliance for the Rigths of Nature*.
- Greene, N. (2018) *Derechos de la naturaleza, cambio climático y pueblos indígenas. Conferencia internacional de biodiversidad. Cuenca*.
- Grefa, C. (2021) *Derechos de la naturaleza y extractivismo minero: una evaluación de las contradicciones en Ecuador. Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*.
- Guayasamin, J., Vandegrift, R., Policha, T., Encalada, A., Greene, N., Rios Touma, B., et al (2021) *Biodiversity Conservation: Local and Global Consequences of the Application of "Rights of Nature" by Ecuador. Neotropical Biodiversity*.
- Gudynas, E. (2009) *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. Revista de Estudios Sociales*.
- Gudynas, E. (2018) *Extractivismos: el concepto, sus expresiones y sus múltiples violencias. Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, páginas 61 al 70*.
- Gudynes, E. (2011) *Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir despues de Montecristi . Quito*.
- Guy Peters, B., Fontaine, G., & Mendez, J. (2018) *Substance and Methods in the Comparative Study of Policy Change. Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practices, páginas 133 al 141*.
- Hidalgo, A., Guillén, A., & Deleg, N. (2014) *Antología del pensamiento indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay. Cuenca: Universidad de Cuenca*.
- Karmen, A. (1992) *Who's against Victims' Rights The Nature of the Opposition to Pro victim Initiatives in Criminal Justice. HeinOnline*.
- Kauffman, C., & Martin, P. (2016). *Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why Some Ecuadorian lawsuits Succeed and Others Fail. World Development, páginas 130 al 142*.
- Kotzé, L., & P., V. (2017) *Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador. Transnational Environmental Law*.
- Kunh, R. (2011). *No todo lo que brilla es oro, conflictos socio ambientales alrededor de dos proyectos de minería a gran escala en el Ecuador. Quito: Universidad Andina*.
- Lalander, R. (2014) *Rights of Nature and the Indigenous Peoples in Bolivia and Ecuador: A Straitjacket for Progressive Development Politics? Iberoamerican Journal of Development Studies, Vol. 3, No.2, páginas 148 al 172*.
- Lindig, R. (2017) *Ecología de restauración y restauración ambiental. Ciudad de México: UNAM*.
- Martínez, E. (2010) *Pachamama y Sumak Kawsai. ADG N Libros*.
- Mendez, Y. (2011) *El derecho y su correlación con los camboios en la sociedad. Derecho y Cambio Social*.
- Mesa, E. (2018) *Cosmovisiones y Prácticas Ancestrales de los pastos para construir la paz regional. Tendencias Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño, páginas 215 al 240*.
- Morales, M. (2013). *Derechos de la Naturaleza en la Constitución Ecuatoriana. Justicia Ambiental, páginas 77 al 80*.
- Naranjo, M. (2016). *Derechos de la Naturaleza y la Gestión de la Defensoría del Pueblo. Quito. FLACSO*.
- Nash, R. F. (1989) *The Rigths of Nature. a history of enviromental ethics*.
- Navas, M. (2016) *"La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi". En M. Le Quang (ed.), La Revolución Ciudadana en escala de grises avances, continuidades y dilemas, Quito*.

- Noguera, A y Navas, M. (2016) Los nuevos derechos de participación en Ecuador. ¿Derechos constituyentes o constitucionales?, 19. 92 Cuevas, Derecho a la Participación.
- Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza. (2022). Vademécum Jurídico sobre los derechos de la naturaleza. Fase I: Derechos de la Naturaleza en la Corte Constitucional del Ecuador. Quito.
- Paño, P., Rébola, R., & Suárez, M. (2018) Procesos y Metodologías Participativas Reflexiones y experiencias para la transformación social. CLACSO.
- Pérez, M. (2019). La participación ciudadana de los movimientos socioambientales en América Latina. *Rev. Colom. Soc.*, páginas 135 al 156.
- Prieto, J. (2013) Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito. Corte Constitucional del Ecuador.
- Quizhpe, C. (2019) La commoditización de las subjetividades: la minería en la provincia del Azuay, Ecuador y los casos de los proyectos Río Blanco y Loma Larga. Quito. FLACSO.
- Ramírez, F. (2023) Derechos de la Naturaleza o Pachamama: conflictos socioambientales; un análisis jurídico y social en 7 comunidades del Azuay. En V. Solano, F. Ramírez, A. Martínez, & L. Brito, *Derechos de la Naturaleza*. Cuenca.
- Raftopoulos, M. (2017) Debates contemporáneos sobre conflictos socioambientales, extractivismo y derechos humanos en América Latina. *Revista Internacional de D*, páginas 387 al 404
- Renée A. Irvin, J. S. (2004) Citizen Participation in Decision Making: Is It Worth the Effort? *Public Administration Review*.
- Restrepo, A. (2020) Interculturalidad, Protección de la Naturaleza y construcción de paz. Rosario: Universidad de Rosario.
- Sagot, A. (2018) Los Derechos de la Naturaleza, una visión jurídica de un problema paradigmático. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, páginas 63 al 102.
- Simon Campaña, F. (2013) Derechos de la naturaleza: ¿innovación transcendental, retórica jurídica o proyecto político? *Iuris Dictio*, páginas 9 al 38.
- Solano, V., Ramírez, F., Martínez, A., & Brito, L. (2023). *Derechos de la Naturaleza. Análisis jurídico y social de los Derechos de la Naturaleza en la provincia del Azuay. Defensa y garantía de éstos*. Cuenca. UCuencaPress.
- Svampa, & M. (2019). Neo extractivism in Latin America Socio environmental Conflicts, the Territorial Turn, and New Political Narratives. *Politics and Society in Latin America*.
- Thezá Manriquez, M. (2011) La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política. *Polis*, páginas 479 al 48
- Tanasescu, M. (2013) The rights of nature in Ecuador: the making of an idea. *International Journal of Environmental Studies*, páginas 846 al 861.
- Towards sustainable land use: identifying and managing the conflicts between human activities and biodiversity conservation in Europe. *Biodiversity & conservation*, 14(7), páginas 1641 al 1661.
- Valenzuela, O. (16 de julio de 2020) Obtenido de Participación Ciudadana en el Sector Ambiental.
- Valladares, C., & Boelengs, R. (2017) Extractivism and the rights of nature: governmentality, 'convenient communities' and epistemic pacts in Ecuador. *Enviroments Politicals*, páginas 1015 al 1034.
- Valverde, A., Camarero, G., Ordoñez, S., Partucci, H., & Bojanich, L. (2015). *Conflictos Socioambientales y Territoriales: propuestas teórico metodológicas para su abordaje*. Buenos Aires. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales.
- Van Teijlingen, K., & Dupuits, E. (2021) Estrategias comunitarias frente a conflictos socioambientales: más allá de la resistencia. *Íconos*, páginas 7 al 16.
- Vela, D., & Torres, N. (2021). Consultation in Ecuador: Institutional Fragility and Participation in National Extractive Policy. *Latin American Perspectives*, páginas 172 al 191.
- Velilla, M. A. (2002). *Manual de iniciación pedagógica al pensamiento complejo*. París Unesco. Páginas 80 al 90.

- Verdescopio, E. (18 de junio de 2024) Frente ambiental. Obtenido de <https://frentealambiente.com/derechos-de-la-naturaleza/>
- Vernaza, G., & Mustelier, D. (2022). Los derechos de la naturaleza desde la mirada de los jueces en Ecuador. *Revista IUS*.
- Vitousek, P. M., Ehrlich, P. R., Ehrlich, A. H., & Matson, P. A. (1986) Human appropriation of the products of photosynthesis. *Bioscience*, 36(6), páginas 368 al 373.
- Yoautt, R. (2017) Personhood and the Rights of Nature: The New Subjects of Contemporary Earth Politics. *International Political Sociology. LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*.
- Young, J., Watt, A., Nowicki, P., Alard, D., Clitherow, J., Henle, K., & Niemela, J. (2005)



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

Perspectiva general del Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH)

Perspective of Monitoring State Public Policies with a Human Rights-Based Approach (HRBA).

Jahir A. Gutiérrez O

PhD en Administración Pública. Candidato a doctor en Estudios Políticos y Jurídicos- Investigador Asociado en el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación Jurídico Social de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia.

jagutier@tdea.edu.co

<https://orcid.org/0009-0003-2029-6435>

Luz E. Mira O.

Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Derechos Humanos, Democracia y Derecho Internacional. Investigadora Asociada en el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Decana Facultad de Derecho y Ciencias Forenses del Tecnológico de Antioquia IU

luz.mira@tdea.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-8686-0519>

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.5927>

Recibido: 2024-03-24 / Revisado: 2024-04-20 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01



RESUMEN

El escrito analiza la perspectiva general del monitoreo en las políticas públicas estatales con enfoque basado en derechos humanos de las Naciones Unidas, firmada por los países miembros de manera general. La denominada firma del entendimiento de 2003 ha puesto en evidencia que los fines y funciones del Estado en las políticas públicas estatales, además de ser implementadas y llevadas a seguimiento, evaluación y control, deben ser monitoreadas. En esa medida, se hizo exploración sobre lo que implica el monitoreo en el marco de las políticas públicas, a su vez que, de los elementos descriptores del monitoreo al paso de los aspectos que las contienen, al momento en que estas son puestas en marcha en la implementación, las cuales se expresan en herramientas, modelos, instrumentos y técnicas. Ha de reconocerse el papel que han cumplido los Organismos Internacionales derivados de la Organización de las Naciones Unidas como el Banco Mundial (BM) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a su vez que el de Organizaciones No Gubernamentales (ONG), que, en suma, han aunado esfuerzos para poner en evidencia la trascendencia del Monitoreo. Frente a estos elementos de base, el artículo responde en tres frentes precisos como lo son en primer lugar, la revisión jurídica del marco legislativo del monitoreo frente a las políticas públicas estatales; asimismo que, la evaluación del mapa de cierre de brechas a través de estas; para finalmente, lograr que efectivamente el monitoreo, además de dar un dictamen, permita considerar la calidad de dichas políticas. El Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con EBDH, representa uno de los más importantes logros de la gestión, el impacto, los productos y los resultados además de la gerencia pública para cualquier Estado o gobierno, en conjunto con sus niveles de gobierno y del propio sector público frente al monitoreo estatal.

Palabras Claves: Calibración, Evaluación, Política del estado, Política gubernamental, Política pública.

ABSTRACT

The document analyzes the general perspective of monitoring in state public policies with a human rights-based approach of the United Nations, signed by the member countries in a general manner. The so-called signing of the 2003 understanding has made it clear that the purposes and functions of the State in state public policies, in addition to being implemented and carried out for monitoring, evaluation and control, must be monitored. To that extent, an exploration was made of what monitoring implies in the framework of public policies, in turn, from the descriptor elements of monitoring to the aspects that contain them, to the moment in which they are implemented. in implementation, which are expressed in tools, models, instruments, and techniques. The role played by International Organizations derived from the United Nations Organization such as the World Bank (WM) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OCED) must be recognized, as well as that of Non-Governmental Organizations (NGO), which in short, have united efforts to highlight the importance of Monitoring. Faced with these basic elements, the article responds on three precise fronts, such as, firstly, the legal review of the legislative framework for monitoring state public policies; Likewise, the evaluation of the gap closing map through these; to finally ensure that monitoring, in addition to giving an opinion, allows the quality of said policies to be considered. The Monitoring of State Public Policies with EBDH represents one of the most important achievements of management, impact, products, and results in addition to public management for any State or government, in conjunction with its levels of government and itself. public sector versus state monitoring..

Keywords: Calibration, Evaluation, State policy, Government policy, public policy.

INTRODUCCIÓN

Es recurrente el esfuerzo hecho para con la evaluación de las políticas públicas de los Estados expresadas en políticas, programas, planes o proyectos a escala global, como

Perspectiva general del Monitoreo de las Políticas Públicas Estatales con Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH)

epicentro de la perspectiva gerencial de los Estados. No obstante, en los últimos años, el monitoreo ha venido acompañando a esta etapa de la evaluación con la idea de observar, verificar o precisar la información que surge de dicha evaluación. Bajo dicha expresión, el artículo plantea precisamente exponer la relevancia del monitoreo desde el marco jurídico, el cierre de brechas basadas en la evidencia, a su vez que, de la calidad de las políticas públicas estatales, con la idea de que se convierta en un importante campo de trabajo interinstitucional tras lo cual fortalecer la cadena de valor que se genera en el marco de las políticas.

El Monitoreo, se representa como el ejercicio que acontece bajo la interacción entre el seguimiento, la evaluación y el control, es decir, que se puede considerar que el Monitoreo es el equivalente o el igual de estos últimos. Advertidos que en los 90s ejercicios como el Sistema Nacional de Gestión por Resultados y el Sistema de Evaluación sobre Gobernabilidad (SIGOB) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en los 90s, serían los primeros ejercicios en adherirse a los procesos de Monitoreo que luego de materializar la firma de entendimiento común pasaría a traslaparse con la disposición del seguimiento, evaluación, control y posterior monitoreo que sin parar generaría otros recursos provenientes de diferentes fuentes y Organismos Internacionales de la ONU. La ONU, se ha encargado de que las herramientas, instrumentos, metodologías y técnicas derivadas de estas ONG y de los Organismos Internacionales tuviesen asiento en los países. De las Rules of Law se destacan sus cuatro (4) componentes, a la hora de evaluar el papel de los gobiernos frente a los compromisos adquiridos con los ciudadanos, siendo estos, los vinculados con el acceso a la justicia, el gobierno abierto, la rendición de cuentas y la resolución de conflictos. En tanto, los Mapas de Brechas Basadas en la Evidencia, recogen desde distintas fuentes, con el ánimo de reconocer la naturaleza del problema y sobre todo del aporte que desde diferentes se hacen. para resolver problemas de naturaleza económica, natural o social entre otros a través de dichas brechas y, como con la interacción de diferentes actores estas tienden a crecer aún más y/o reducirse con la acción de estos. El Índice de Calidad de políticas Públicas (ICPP) creado por la OCDE, viene precedido igualmente por el marcador de las buenas prácticas exitosas dispuesto por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que constituyen la base de la visión inglesa sobre la forma de entender las políticas públicas desde la evidencia, tal vez, compulsada por el comportamiento conductual sujeto de las políticas o de empujones que recrean estos frente a lo que llaman los economistas incentivos u optimizadores e incluso condiciones de neutralidad de los que se espera una reacción. Tanto la OCDE como el BID, propugnan la idea que las políticas públicas más que replicables, pueden ser estudiadas como ejercicios considerados evidencia o línea base para reproducir versiones similares en otros espacios y, así, reducir la incertidumbre o incerteza que se genera en su construcción. La estructura del artículo, obedece inicialmente a la consideración de cada uno de los puntos planteados en las Rules of Law, para luego, hacer lo propio en cuanto al propósito de los Mapas de Brechas de Cierre Basadas en la Evidencia (MBE) a la par que, sobre el papel que cumple el ICPP de la OCDE similares a las buenas prácticas del BID, entre otras, metodologías que posibilitan la idea en la cual las políticas públicas con EBDH, pueden ser corregidas en el tiempo sí ello lo amerita y, que hace parte del propio proceso de mejoramiento a tiempo que toda apuesta debe recorrer y, que en anteriores años, era considerado un exabrupto la intervención en estas. Es fundamental formar para el seguimiento, evaluación y control acompañados de manera trascendental con el monitoreo, dado que debe prevalecer entre ellos un lenguaje transversal (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005).

1. Marco jurídico para el desarrollo del monitoreo de las políticas públicas estatales.

En este aparte se abocó a reunir de manera complementaria los elementos que hacen parte del marco jurídico para con el desarrollo del monitoreo de las políticas públicas estatales (Fink,2016). En primer lugar, se relacionó el ámbito de la justicialidad con el del acceso a la justicia y la resolución de conflictos, seguido como segundo, de la rendición de cuentas con el gobierno abierto. El primero, atiende la comprensión de las políticas y el derecho a la hora de obtener los instrumentos legislativos pertinentes para que los ciudadanos puedan acceder

a la justicia y resolver sus conflictos. En tanto el segundo, la rendición de cuentas tiene como propósito permitir que las cifras, datos e información del Estado sea realmente pública y pueda ser medible (Confederación Sindical Internacional, 2015). La justicialidad, sería una de las aristas que promovió el activismo judicial en distintos países toda vez que, no era coherente para la población en general los principios de la constitución política con los lineamientos jurídicos plasmados en los derechos. En esencia, se consideraba que se estaba hablando de dos fenómenos distintos, uno arraigado en los preceptos del texto constitucional llamado a proveer orden institucional del Estado – Nación y el otro, amparado en una serie de legislaciones y normas dispuestas a regular o imponer el accionar de los sujetos entre las diferentes instancias e instituciones del Estado – Nación, pero que en nada y aún en su disparidad, no resolvían los problemas estatales (Molina, 2017). En la misma dirección, se considera que al no tener claridad sobre como la justicia podría resolver los problemas de la sociedad, era de esperarse que los conflictos no se resolvieran e incluso se acrecentaran. En esta medida, el positivismo exegético podría ser el señalado de responsabilidad frente a este suceso, toda vez que las normas prescritas abundaban en conductas ya previstas, pero que en ningún caso o en poco de ellos, respondían a las transformaciones presentadas en la sociedad o en las propias constituciones, toda vez, que seguía el abuso de las directivas judiciales denominadas cortes o jueces, por encima de la fundamentación política, que establecerían la ruta para resolver los problemas.

El Acuerdo de Viena (1993) en la ONU (2013), en el que se identificaron los derechos como base del desarrollo humano, sería la antesala para que se acercara aún más el trabajo entre la política y el derecho, en la medida en que las propuestas de mejora por el bien común tendrían como reducto la legislación, pero tendrían como validador a la constitución política de los países. Por ende, se pasó de una política que dejaba que la ley resolviera lo aprobado en la constitución a permitir que esta última guíase a la política para que se tomarán decisiones de política pública más que en derecho en constitución política, haciendo que ésta última pasará a convertirse en variable exógena o independiente de la ley en la que en adelante la legislación estaría en función de la constitución, de ahí, el asomo del denominado activismo judicial dado que los poderes más que velar por sus encargos deben hacerlo al unísono por la constitución política (Jiménez, 2007). La rendición de cuentas se interpretó en principio como un asunto de contabilidad nacional presupuestal o de relación entre presupuestos y resultados o impactos esperados, totalmente ajeno a lo que implica una rendición de cuentas con los libros abiertos como es la que propugna la rendición por fuera de los preceptos de los libros de cuenta cerrados de la formación contable del que solo aspiraban a conocer el contenido de información los involucrados. Aquí se trata de un conjunto de herramientas con las cuales poner a disposición de la población el manejo de las actividades, políticas, programas, proyectos y subprogramas a revisión general con la idea que además de hacer observancia a las expectativas esperadas, saber y conocer la manera como estos se estaban logrando en los que la población tendría objeción, voto o propósitos, en la medida que podrían incidir igualmente en los impactos y resultados esperados de los Estados. La apertura de bases de datos, fuentes información con las respectivas cifras y datos a su vez, con la evaluación hecha por las entidades de orden gubernamental y del sector público dispondrían con acceso abierto a cualquier público el contenido con información completa sobre la conducta o desempeño logrado por cada una de los organismos, entidades e instituciones del Estado. El gobierno abierto, consiste precisamente en poner en evidencia sí lo planteado desde el Estado dialoga con lo observado, planteado o recibido por la población en la medida de concebir que la gestión pública no termina con el papel realizado por el Estado en la materia, sino en el recibo que esta tiene de la sociedad. Se expresa de antemano que, la población en general también podría obtener su propia maqueta de información con sus respectivas cifras y datos e incluso con la disposición de métodos, metodologías y programas software con los cuales poner en evidencia, sí lo arrojado por la información pública es recíproca a lo obtenido por los distintos actores de la sociedad. En esa medida, no sólo se trata de obtener información del Estado, sino que ésta bajo el gobierno abierto, puede ser igualmente evaluada, controvertida o recíproca, toda vez que, se trata precisamente de que se tenga la mayor y mejor fidelidad de lo que se hace en el Estado y,

que mejor manera que los propios actores hiciesen seguimiento de la información estatal (Peixoto,2016). El cúmulo de elementos dispuestos para el cumplimiento de las reglas o de la juridicidad de la justicia, se consideran como uno de los elementos más destacables en cuanto a la observancia y revisión de las acometidas del Estado con referencia a las políticas públicas, toda vez que, a medida que se ejecuta lo planteado se deben dar cuentas en el camino para saber o entender cómo actuar en el momento que se requiera, pasando de la cultura de la planeación a la cultura de la acción cuando se requiera ajustar, corregir o redirigir un proceso que inicia, está mal conducido o posiblemente no terminaría bien, de ahí la valía de las Rules of Law que también representa un importante instrumento para los organismos anticorrupción o de control dispuestos en los países como mecanismos igualmente de prevención durante la gestión (Ángel,2013). La juridicidad del derecho o el cumplimiento de las reglas jurídicas, sigue siendo un instrumento de aplicación en el ámbito estatal del gobierno y del sector público, tiene como referente conceptual desde el contexto privado al compliance compuesto por el riesgo jurídico y reputacional consistente en las prácticas contractuales y de manejo de los recursos públicos entre diferentes actores de la sociedad que promovidos por la ley sarbaness – oxley (2002) en los Estados Unidos y el Informe Winter en la Unión Europea (Azofra,2003), que estarían enfocadas en la lucha en contra el terrorismo vinculado con la corrupción del sector público y privado, que terminaría por desvelar, sí efectivamente las acciones cometidas en distintos campos, se hace bajo la debida diligencia o dentro de la legalidad. Sí bien los Estados están expuestos a múltiples agendas de política pública estatal de orden internacional y nacional conforme a las obligaciones que sobre ellos obligan las constituciones políticas. Ha de reconocerse que existen diferencias entre dicha concepción con las referentes al corte gubernamental o transversal, en la medida que los gobiernos deben resolver problemas de Estado cuando están al frente del poder, en tanto, a los Estados les corresponde dar cuenta a través de la línea de tiempo, en la medida, que independiente a la forma de gobierno que conduzcan a los Estados, estos últimos, están expuestos a implicaciones que son de largo plazo y que no son fácilmente reemplazables por acciones gubernamentales, a pesar que estas son envolventes de los Estados a la larga.

Es de aclarar que, existen diferencias entre las políticas públicas estatales de las gubernamentales. Las primeras, a cargo por lo general de los Estados, quienes tienen como propósito el llevar a cabo los propósitos generales contemplados en los fines del Estado como la defensa, la justicia, la protección a la frontera internacional, la seguridad nacional entre otros ámbitos de la relación Estado - Nación. En tanto, las políticas públicas gubernamentales, obedecen al desarrollo de las funciones económicas, relaciones y sociales que generan los gobiernos de turno al frente de los Estados con el ánimo de llevar a cabo sus planes de desarrollos o programas de gobierno como políticas públicas. No obstante, la mezcla de ambas, gubernamentales y estatales, se dan con el cierre de brechas, para solventar los requerimientos o necesidades que tiene la población en general.

En conveniencia, para con el desarrollo de las propuestas sobre monitoreo de las políticas públicas desde los distintos organismos internacionales han venido desarrollando propuestas metodológicas apostadas en las buenas prácticas, las evidencias exitosas, la calidad de las políticas públicas estatales y gubernamentales de la mano con las relacionadas con el cumplimiento de las normas, a su vez que de los objetivos globales que comprometen la vida humana en el planeta e incluso, para la incorporación de instrumentos que hagan posible una sociedad global más justa a través de los MBE.

2. Mapas de cierre de brechas a partir de la evidencia de las políticas públicas estatales.

Los Mapas de Cierre de Brechas basados en la evidencia, responden al interés inicial planteado por el Estado Británico, para destacar que lejos de las convergencias o discrepancias que se presentan en el accionar de lo público por parte de los Estados, es la línea de base tomada desde las fuentes externas a cualquier interés particular, en la que se reconoce sí efectivamente los distintos tipos de accionar de los estados logran impactar y permear la realidad de los ciudadanos. Es decir que, si bien se consideran las fuentes oficiales

y del sector privado a la hora de tomar referencia frente al monitoreo de las políticas públicas estatales, el reconocer la información tomada desde los grupos de impacto es mucho más relevante o consecuente con la idea de verificar sobre la efectividad de estas (Sutcliffe y Court, 2006). A su vez que para con ello, establecer los mecanismos de coordinación, concurrencia, subsidiariedad y cierre de brechas con las que los Estados y las entidades que lo componen, pretenden resolver las disparidades Inter temporales entre los recursos desembolsados por distintas fuentes desde el orden nacional y el gasto territorial – descentralizado efectivamente ejecutado, con lo cual se espera que efectivamente, además de identificar las brechas que los distancian, los mecanismos e instrumentos políticos y fiscales para procurar políticas públicas con las cuales no solo cerrar dichos espacios, sino el de incentivar la apuesta a mejoras en el tiempo que conlleven a una especie de mecanismo de independencia de ambos frentes de recursos desde los que se pueda evidenciar la capacidad de los territorios para hacerse cargo de sus obligaciones territoriales, procurando con ello, el no desgaste de los recursos centrales y con el paso del tiempo un menor esfuerzo fiscal que redunde en condiciones óptimas para el Estado central y los descentralizados conforme a su capacidad de pasar del recibo de recursos a generar los propios, con la misma puntuación que el Estado central, pero con la plena claridad de no solo independizarse de los flujos estáticos centrales, sino con la capacidad de recrear mejoras en el tiempo que los lleven a posiciones de privilegio en cuanto a la generación de recursos, eficiencias propias y resultados prometedores en el largo plazo. Al paso, de proponer una hoja de ruta con la cual comprender, establecer, implementar y hacer seguimiento de los mecanismos que se requieren para que la procura de los mejores usos del gasto territorial descentralizado, sea una réplica en los entes territoriales descentralizados, partiendo de la involucración de departamentos o municipios modelos con los cuales poder tener punto de partida como marco de evidencia empírica con los cuales exponer, que si bien es una apuesta para todos, es más que justo, promover la idea inicial de que los llamados a hacer parte de dicho proceso son los departamentos y municipios solventes, para luego, hacer igual ejercicio en los mismos que estén en condiciones de equilibrio mediano o mediático y, que tienen dificultades para sostener equilibrios en cuanto al manejo de los gastos territoriales – descentralizados y que a las puertas de algunos años requerirían además de esta intervención, todo el andamiaje institucional para evitar que caigan en niveles de insostenibilidad e insolvencia con los cuales no sólo pueden llegar a perder su categoría, sino que no tengan más salida de hacer ajustes mucho más profundo y terminen por abocarse a ajustes que puedan contravenir la apuesta por la determinación de un equilibrio Inter temporal entre ambos, y finalmente, a los departamentos y municipios que requieren ya un esfuerzo superior por sus condiciones magras y débiles que los llevan no solo a buscar iniciativas de esta naturaleza, sino a buscar fórmulas para que revisen en definitiva que brechas son insalvables y en cuales es importante hacer un esfuerzo relevante para apostarle a alguna mejoras. Dado su alcance, permite demostrar que tiene la capacidad de diferenciar las políticas públicas del orden estatal de las de corte gubernamental. No obstante, requiere de estas últimas para poder tener trascendencia y visibilidad, dado que se surte de estas últimas para considerar si tienen un alcance superior al gubernamental, necesario para refrendar los compromisos del Estado – Nación. En cuanto a las metodologías, como segunda fuente de información, se recurre a la capacidad analítica, de estudio y modulación que poseen los Laboratorios, Observatorios y Tanques de Políticas Públicas a través de los cuales se intenta tomar evidencias, resultados y propuestas de los centros dedicados a la formulación, evaluación y monitoreo de las Políticas públicas. En cada una de ellas, se revitaliza la esencia de la primera, segunda y tercera hélice de la relación entre el sector público, privado y académico o científico, en cuanto a los espacios en donde se genera conocimiento desde los campos de estudio de las políticas públicas. Seguido de ello, igualmente se tendría en cuenta la proyección de estas por la vía de la sociedad civil y el trabajo de campo, como cuarta y quinta hélice de conocimiento. La consulta a los centros de políticas públicas tendría el propósito de revisar a manera de información secundaria las que podrían ser del orden Estado-Nación, y más aún, conocer la orientación de las políticas públicas de corte gubernamental, metodologías que juegan un papel crucial para la interacción que requiere la línea de base.

La Línea de Base de las Políticas Públicas con Enfoques de Estado Nación, tiene como premisa el estructurar una base datos con la cual establecer los metadatos, índices, e indicadores a la par que los parámetros y variables, para hacer seguimiento inicial, durante y al finalizar el objetivo planteado por las políticas públicas del orden Estado-Nación. Parte del reconocimiento general del tema de política pública por la vía del entorno o del contexto, luego, pasa a la fase de evaluación y medición, para finalmente, desplegar una batería de bases de datos con los cuales poder no sólo mejorar las políticas públicas en la marcha, sino dejar datos e información para las que vienen. Es fundamental aprehender a formular, implementar y seguir a las políticas públicas y de paso, adentrarse en los procesos de monitoreo institucional que estas dispensan.

En suma, el liderazgo del BM; del BID; la OCDE y la ONU, al tomar bandera todos ellos de las directrices de política pública internacional (BIRF-BANCO MUNDIAL, 2018) han exacerbado el interés por materializar los enfoques de estas desde el Estado-Nación en consecuencia de los relacionados con los Gobiernos Nacionales (Sánchez, 2016). En el caso de los Estados, ello implica precisamente postular la línea de base de los enfoques de políticas públicas desde el orden del Estado-Nación a la par que, los enfoques de política pública de corte gubernamental, con los firmes propósitos de adherirse a las directrices emanadas de dichos organismos, buscando complementariedad entre los enfoques y para refrendar el contrato social del Estado-Nación, que ha sido varias veces expuesto como relación fallida o en proceso de construcción (Vallés, 2000).

La elaboración de las políticas públicas hace parte de las competencias de formación de todo ámbito profesional. La información incompleta, la incertidumbre, el caos y los riesgos han generado problemas en la gestión estatal, la perspectiva empresarial, los requerimientos sociales y la observancia internacional, que no logran desmarcarse con la legislación. La política pública, ha entrado para reducir dichas dificultades, haciendo más sólido el orden constitucional y al ámbito legislativo y de paso, sus impactos y resultados. Es fundamental, reconocer el orden complejo, resiliente y de procesos que albergan las políticas públicas desde las guías y los enfoques, de paso; las metodologías que hacen posible que las políticas públicas tengan vigencia, a su vez que, las cifras, datos e información para que sean sostenibles.

El análisis complejo como resiliencia y la misma aventura de los procesos constituyen las fuentes y paradigmas que hacen posible conformar los elementos sobre los cuales sopesar inicialmente la revisión de temáticas con fines de políticas públicas. Tienen en particular, la obligación de considerar el problema a atender a través de políticas públicas, y de convertirse en fuentes y paradigmas para dar base, fundamento y piso a la naciente política pública, que, no obstante, tiene como tutela a las guías desde las cuales son revisadas. Dicha triada, se convierte en el norte, la orientación y transformación que debe tener la política pública con el paso del tiempo, sin embargo, sirven precisamente para atender a cabalidad el ciclo o transito que deben cumplir las políticas públicas en tanto aciertos o fallas que arrojan.

Es el componente metodológico el que permite desarrollar por completo a las políticas públicas a sabiendas de las metas, propósitos o valores que se buscan. En este frente, el análisis multicriterio, el Data Panel, el Designing Process y la Metodología del Marco Lógico o secuencial, se exponen como los principales marcos metodológicos sobre los cuales dar cuenta del tipo de política pública que se aspira promover. Entre ellas, prevalece una amplia ventaja, en tanto complementariedad y observancia complementaria, razón por demás que el manejo de una u otra, atraen elementos propios de las otras metodologías entre sí. En esencia, podría decirse, que, sí bien tienen intencionalidades específicas entre ellas más que diferencias, prevalece el interés de convertirse en herramientas de trabajo entre ellas.

La avanzada en la formulación, implementación, seguimiento y monitoreo referido a las políticas públicas genera fluidez en la medida con que se cuentan con cifras, datos, información, figuras, mapas y metadatos con los cuales dar línea para que las políticas públicas además de ser fiables y viables tengan explicación y fluidez propia, en aras de que efectivamente cumpla el propósito de refrendar a la constitución y acompañar a la legislación. La continuidad en el tiempo de las políticas públicas no es suficiente para su éxito, como todo

proceso, estas deben cumplir un ciclo, dado que en ningún caso estas ni terminan reemplazando los fines o funciones del Estado, la constitución o la ley, pero en aras de la eficacia y la eficiencia, terminan siendo la manera más accesible para hacer cumplir al Estado.

El Mapa en cualquier dimensión también hace parte de la galería de elementos con los cuales arrastrar criterios. Es una de las metodologías generales bajo la cual todos tienen representación y fácil explicación en la medida de la ubicación espacio lugar en el que recaen los actores, participantes y sujetos cuando se trata de evidenciar temáticas de cara a las políticas públicas desde los mapas. En este contexto, el enfoque territorial tiene gran presencia y trascendencia a la hora de formular la política pública con el enfoque citado, en tanto, que la problemática o política pública, debe tener en cuenta dicho terreno con respecto al ordenamiento, la planeación o la consolidación de obras. Por ello, es que no se puede descartar en ningún caso el aporte de insumos para la consumación de estas.

El conjunto de temáticas sobre las cuales se hará explicativo lo aquí planteado de manera introductoria pasa por la siguiente estructura: 1. El Orden complejo, resiliente y de procesos que alberga la formulación, implementación, seguimiento y monitoreo institucional de las políticas públicas; 2. La interacción metódica y metodológica a través de las cuales se plasman las políticas públicas y el monitoreo institucional; y 3. La configuración de cifras, datos, información, figuras, mapas y metadatos a través de los cuales las políticas públicas cumplen su ciclo. Ha de recordarse la no militancia ni rivalidad de las políticas públicas, dado que se trata como si fuesen de bienes comunes o bienes de naturaleza pública, aunque no de manera pura, como si se tratan bienes que aun corresponden a intereses del Estado como la soberanía o límites.

Sobre el grueso de las metodologías agrupadas para analizar las políticas públicas, se conciben estas como mecanismos inyectores y de filtros. para entender con mayor amplitud lo que implica el compromiso de las políticas públicas estatales con las gubernamentales cuando de manera conjunta deben dar cuenta de las acciones de los gobiernos y de los Estados para con los compromisos internacionales. En este sentido, es de señalar que las obligaciones que adquieren los países como los distintos gobiernos son de naturaleza global y tienen la suerte de ser evaluados de organismos encargados del monitoreo de los países como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la propia OCDE.

3. Índice comparativo de la calidad de las políticas públicas estatales desde la OCDE.

La OCDE, conocida como el club de las buenas prácticas o de los países ricos, gracias al interés de irrigar políticas exitosas entre los Estados miembros y terceros interesados con respecto a cómo mejorar la relación Estado – Ciudadano, representa la hoja de ruta a la cual adhirió el Estado colombiano para cerrar brechas en distintos sectores y procurar un Estado de gobierno abierto o que sirve, superando la apuesta por la Nueva Gerencia Pública (NGP). En este caso, se trata de plasmar el alcance de la modulación que en materia política y jurídica deben cumplir los Estados para poder cumplir a dicho club, sopesando claro está, la realidad política y jurídica que caracteriza al país, a su vez, que la distancia entre lo que debe hacerse o el ideal y lo que efectivamente podría cumplir el Estado colombiano para con dicho acuerdo con dicho organismo.

Es conocida la apertura hecha por el Organismo para que países con bajas o pocas posibilidades de acceso a la OCDE tuviesen acceso, en un claro hecho por democratizarlo en un escenario de pérdida de credibilidad, fuerza y transferencia de estos para con el mejor bienestar del orden internacional. Dicha apertura, no solo abrió camino para que se pensara en la posibilidad para que el Estado en Colombia considerase la posibilidad de acceso a la OCDE, incluso, países de Europa Oriental también fueron alentados para hacer parte de dicho organismo como en América Latina en el caso de Brasil. Este hecho, refleja una especie de flexibilización o relajamiento de los requisitos, evento que expone la necesidad de revisar en principio los elementos iniciales que hacían imposible en su momento para que países como los mencionados entrasen a dicho Club, ahora admitidos en sí, y que de ellos aún bajo

sus condiciones, podrían darse políticas públicas que tuviesen igual o más calidad que los observados en los países OCDE.

El punto de referencia para el caso colombiano pasó por el puente que para el efecto cumplieron Chile y México en calidad de facilitadores, mediadores o si se quiere filtros, para que la hoja de ruta para Colombia se presentará a rigor conforme a los términos de referencia de la OCDE que, a pesar de la flexibilidad en sus bases políticas y jurídicas, habría de cumplir con los nuevos lineamientos. Es por esto, que es importante hacer revisión de la estructura presentada por Chile y México como referentes a los cuales acudió el Estado colombiano, a su vez que, del papel y las referencias cumplidas por este último para sacar adelante la posibilidad de ser considerado en la OCDE, con el compromiso de presentar requisitos iniciales para ser tenido en cuenta, además, de permitir la revisión del ámbito político y jurídico, para luego recibir ajustes y recomendaciones.

Lo político y jurídico, han sido los criterios más cuestionados por parte de la OCDE a la hora de pasar revista a la manera como se atienden a los diversos comités que el Estado colombiano admitió como base para entronizar los lineamientos que en materia de buenas prácticas, códigos de buena conducta o cierre de brechas propugna el Estado en Colombia a su vez que en materia de observación, monitoreo o regulación para sacar varios sectores hacia mejores opciones. Por ello, el tema se centra en poder identificar los grados de modulación política y jurídica a la que está expuesto el Estado colombiano para refrendar los acuerdos y comités de la OCDE, sino que en efecto se evidencie que efectivamente los cambios políticos y jurídicos podrían favorecer las condiciones del país, en aras de no solo refrendar al club, sino al contrato Estado – Nación con la sociedad. De ello, se derivarían todo un paquete de iniciativas de políticas públicas del BID y la OCDE en el que frente a este último se establecieron comités enfocados en diversos temas de contratación pública, servicios públicos, gobernabilidad entre otros, así como para el caso de la ONU se acogieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), además de los criterios de gobernanza del Banco Mundial, haciendo salvedad que todos estos metadatos son complementarios entre sí, es decir, que manera conmutativa podrían atenderse dicho paquete de iniciativas.

En correspondencia a las prerrogativas de las acciones afirmativas, de las discriminaciones positivas o de la teoría de los grupos sociales, surge el interés por el concepto de autodeterminación con la idea igualmente de reconocer además de estos la presencia de pluralidades, hecho que reivindica la idea que los derechos están plagados de visiones pluralistas, tanto de lo político como de lo jurídico, escenario que de igual manera corresponde al EBDH, cuya tendencia recoge los avances generales logrados, pero también, deja espacio para tener en cuenta hechos antes no considerados en su andamiaje por carecer de representación o mayorías (Sañudo y Sánchez, 2014). Es la autodeterminación, uno de los tantos principios que viene generando providencias jurídicas para poder acoplarlos, entenderlos y ponerlos en práctica en las políticas públicas por intermedio de la legislación para refrendar el sentido básico de las constituciones que en la mayoría de los países se cimentan bajo los criterios de la diferencia. No obstante, la regla de la mayoría dispuesta en los procesos electorales o la propia consagración jurídica al hacerse general o para todos de igual manera, restringía que aparecieran procesos relacionados con la autodeterminación de asociaciones, etnias o grupos como el refrendado en el Convenio 169 de la OIT de 1993 en (OIT,2014), sobre el reconocimiento de los pueblos que derivaría en la consulta previa y la autodeterminación de ello a través de jurisdicciones específicas (Gargarella y Curtis,2009). Al elevar a nivel jurisdiccional grupos que posterior a las reformas constitucionales de los 90s obedecían a una estructura homogénea que en nada los representaba, se rompieron preceptos relacionados con el sentido de la democracia al indicar de quien ganaba mandaba y los que perdían pasaban al ostracismo. La realidad es, que cuando interactúa la autodeterminación con las políticas públicas y el EBDH, la intención radica precisamente en contener o tener presente a todos los distintos grupos y no a grupos en general, irrumpiendo con los elementos de análisis planteados en su momento por Arrow (1949,1951) en los 50s del siglo 20, en cuanto a las restricciones del Estado para dar respuesta a todos (Anchaluisa,2013).

La autodeterminación, se justifica a través de la acción o disposición de ciudadanos, grupos, individuos o sujetos que no están incorporados, medidos o reglados por la regla de la mayoría comúnmente patrón característico de las decisiones en países denominados democráticos. Ayuso (2020), destaca precisamente que lejos de la concepción de las votaciones en las cuales las mayorías representativas son las que ganan dejando por fuera a los perdedores, ya no hace parte del EBDH desde las políticas públicas, en la medida en que todos caben tanto los beneficiados por la regla de la mayoría como de los que no se sienten representados por dichas masas, enfatizando entonces, que las políticas públicas son para todos (Tortora,2015).

No solamente, se trata de recomponer el papel de grupos diferenciados, discriminados o aislados por algún tipo de condición particular. Se trata de abrir el espacio para que estos grupos puedan tener sus propias políticas públicas de carácter grupal, organizacional o sectorial con la idea de extender la capacidad de respuesta de las políticas públicas en la medida en que prevalecen grupos que por su naturaleza exigen una mirada particular, hecho que reivindica la idea que las reglas de la mayoría tienen problemas democráticos y que por ende el asomo de políticas públicas particulares tienen el propósito de llenar el espacio de grupos que están ubicados bajo los principios de la autodeterminación (Yarza,2011), caracterizada por el respeto a la diferencia pero trabajando precisamente para que ella se mantenga (García,2015).

Más que la revisión a una consideración moral de reivindicar las luchas de grupos en particular o el reconocimiento de posturas ideológicas ha de recordarse que el principio de la generalidad no radica en atender realidades comunes ni equilibrios generales sino de entender que aun por fuera de las tendencias centrales de ideas comunes existen ideas especiales o individuales que son igualmente parte de la generalidad dado que uno de los principios de la ley es que esta sea general, pero dejando a un lado la visión naturalista e incluso la positivista (Bourdieu & Teubner, 2000), se trata de una autodeterminación compleja en la que las políticas públicas y el EBDH, deben dar respuesta, de allí que, si se continúa con las generalizaciones naturales o positivistas, no se tiene en cuenta a la autodeterminación (Sañudo y Sánchez,2014).

Es la intención de observar las políticas públicas con EBDH, para quienes quedan por fuera de ellas, y que, por ende, deben superar la relación de suma cero del individualismo metodológico de quien gana es porque alguien pierde o desde otra óptica es la que indica que la regla de las mayorías no tendría en cuenta los grupos minoritarios o perdedores que quedarían fuera del juego, acá la intención es que hacer con los grupos que no se sintiesen acogidos o representados. De allí que, la autodeterminación conlleva precisamente a que se haga reflexión de los principios constitucionales a través de la legislación puedan tener en cuenta a los grupos que se autodeterminan y solicitan tener un marco de referencia de las acciones del Estado en disintos frentes.

Conclusiones.

El uso de los métodos de diseño experimental como el no experimental, permiten elevar el carácter científico o dinámico de las políticas públicas, en igual medida que del ámbito aplicado y/o contingente cuando se trata de analizar su desempeño. En cuanto a las metodologías de Análisis de Impacto Multicriterio; el Designing Process; El Marco Lógico, el Panel Data y las Técnicas Econométricas sirven como material probatorio con los cuales sacar adelante a las políticas públicas en la medida en que se requiera la revisión de sus principios, ajustes en las medidas o correctivos de choque para que estas puedan lograr sus cometidos.

Es de esperar que por cuenta de la incorporación de los criterios planteados por el BID, la OCDE y la ONU en el marco de la elaboración, formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas, pueden asimismo resolverse los problemas de información, de regulación y de los propios sistemas en los que debe desempeñarse, igualmente, las políticas públicas para reducir incertidumbre, enfocar aún más los agentes y fuentes sobre las que emprenderán las propuestas sectoriales, para finalmente, lograr

demostrar que en todo el cumulo de políticas públicas debe prevalecer la articulación, su financiación, la modulación y los productos con las cuales evidenciar que están fueron factibles, medibles y viables.

De alguna manera con la autodeterminación, se recoge la idea que la constitución política puede ser categorizada a través de micro constituciones a la medida de cada grupo poblacional, dado que para los constitucionalistas pos-positivistas las constituciones realmente deben dar cuenta de los requerimientos de la población, dejando a un lado el simbolismo característico de sus preceptos, para convertirlos en escenarios reales para estos. Por ello, la autodeterminación implica el desgaste incluso de los elementos generales de la constitución política y reclama frente a ello, un trabajo constante en la que la constitución se convierte en una herramienta de trabajo para todos los actores y criterio al que debe apelarse cuando un grupo no se siente representado. Por ende, no se puede considerar que el Activismo Judicial es malo, cuando refrenda a la constitución.

Agradecimientos.

Artículo derivado del proyecto de investigación “Características y Determinantes del Mercado Laboral del Jurisconsulto(a) de una Institución Universitaria Tecnológica desde el Derecho Internacional Privado (DIPr); La Industria Legal (IL) y los Resultados de Aprendizaje (RA)” Acta N°1 del 26 de enero de 2023 206001287 del Grupo de Investigación Jurídico Social, Categoría B del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias) de Colombia, en la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia de la mano con la Facultad de Derecho y Ciencias Forenses. DIRECCIÓN: CALLE 78B NO. 72A - 220 MEDELLÍN - COLOMBIA – SURAMÉRICA. <https://www.tdea.edu.co>

Referencias bibliográficas.

- Anchaluisa Shive, C. (2013). El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Línea Sur*, 115–133.
- Ángel J., R. (2013). El pluralismo del constitucionalismo internacional. *Anuario español de derecho internacional*, 29 (1), 61-109.
- Arrow, K.J. (1951). *Social Choice and Individual Values*. New York, Wiley.
- Arrow, K.J. (1949). "On the use of winds in flight planning", *Journal of Meteorology*, 6 (2), 150–159.
- Ayuso Torres, M. (2020). *Autodeterminación problemas jurídicos y políticos*. Marcial Pons, 1ª ed.
- Azofra, F. (2003). El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa. *Actualidad Jurídica Uriá & Menéndez*, (4), 31-44. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1035/documento/art02.pdf?id=2009&forceDownload=true>
- BIRF – BANCO MUNDIAL (2018). *Sobre incertidumbre y cisnes negros. ¿Cómo lidiar con riesgo en América Latina y el Caribe? Informe Semestral – oficina del Economista jefe regional*.
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Confederación Sindical Internacional (2015). *Cooperación al Desarrollo & Educación*. Bd du Roi Albert II 5, 1210 Bruselas, Bélgica, En: www.ituc-csi.org/post-2015-development-framework, 1-2.
- DNP (2019). *Guía metodológica para la construcción de Mapas de Brechas de Evidencia*. Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas. https://sinergia.dnp.gov.co/Paginas/Internas/Evaluaciones/Mapas_Brechas_Evidencia.aspx
- Fink, J. W. (2016). *Law, politics, and the creation of public policy: How the two can come together and create better public policy*. Graduate Theses and Dissertations. 15699. <https://lib.dr.iastate.edu/etd/15699>

- García Jaramillo, L. (2015) ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? una perspectiva desde el constitucionalismo democrático? *Revista da Faculda de Direito – UFPR*, 60(2), 67-95 DOI:10.5380/rdfufpr.v60i2.41005
- Gargarella, R. (2017). Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27 (1), 109-129. DOI: 10.26851/RUCP.27.5
- Gargarella, R. (2014): “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, columna de opinión publicada en el *Diario El País de España*, el 20 de abril de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.htm
- Gargarella, R., y Courtis, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes componentes. *Políticas sociales*. SWE/07/001 y SWE/07/003. S E R I E. Se elaboró con recursos de los programas CEPAL/Asdi
- Jiménez Benítez, W. G. (2007). El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. *Civilizar*, 7 (12), 31-46.
- Ley Sarbanes-Oxley (30 de julio de 2002). Cuyo título oficial en inglés es Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. Es una ley federal de Estados Unidos también conocida como la Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista, aunque también es llamada SOx, SarbOx o SOA
- Llinás Restrepo, C., & Currea Moncada, D. (2018). Judicialización de la política: control de constitucionalidad y principios democráticos en conflicto. *Univ. Estud.*, (18), 11-36.
- Molina Peláez, S.M. (2017). ¿Qué busca el Estado con una política pública? *Dinámica de las políticas públicas y los valores entre las instituciones estatales IUSTA*, (46), 63-84.
- OIT (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. 130 p.
- ONU (2013). La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993. Publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas
- Peixoto Batista, J. (2016). Perspectivas jurídicas de las relaciones internacionales: el constitucionalismo, la fragmentación y el pluralismo jurídico en debate. *Tla-Melaua*, Nueva Época, 9 (39), 132-151.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005). Manual de políticas públicas en acceso a la justicia para América Latina y el Caribe.
- Sánchez Trujillo, M.G. (2021). Conceptos y propuestas metodológicas para la investigación jurídica y política. Tirant lo Blanch. 1ª edición.
- Sánchez Cubides, P. A. (2016). Dimensiones de la política. *Revista Principia Iuris*. 13 (26), 193-212.
- Sañudo Pazos, M.F., y Sánchez Cárcamo, R. (2014). Enfoque basado en derechos humanos. Guía para su uso en incidencia política y políticas públicas. Editorial Universidad Javeriana. 1ª edición.
- Sutcliffe, S. y Court, J. (2006). Herramientas para Diseñadores de Políticas Públicas en Países en Desarrollo. Programa de Investigación y Políticas Públicas en Desarrollo- 111 Westminster Bridge Road, Londres, Instituto de Desarrollo en Países Extranjeros, 1-53.
- Tórtora Aravena, H. (2015). Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *ARAVENA, Revista de Derechos Fundamentales*, (13), 109-133.
- Vallés, J. (2000). Las políticas públicas: En ciencia política, una introducción. Barcelona: Ariel Ciencia Política.



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

Relevancia de las mejores prácticas corporativas para las organizaciones en México

Relevance of best corporate practices for organizations in Mexico

Sandra Alicia Salgado Guzmán

Doctora en Derecho. Catedrática Facultad de Contaduría Pública. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

sandra.salgado@correo.buap.mx

<https://orcid.org/0000-0001-7341-7999>

Kathia Luis Gatica

Catedrática Facultad de Contaduría Pública. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

kathialg@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0833-1974>

Jesús Hernández García

Doctor en Ciencias de la Educación. Catedrático Facultad de Contaduría Pública. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

master7@live.com.mx

<https://orcid.org/0009-0000-9385-9612>

Alejandro Jurado Salgado

Licenciatura en Derecho. Estudiante de la Facultad de Derecho. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

alejandro.jurado@alumno.buap.mx

<https://orcid.org/0009-0003-6327-5095>

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.6825>

Recibido: 2024-03-18 / Revisado: 2024-04-22 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01



RESUMEN

El éxito empresarial, se basa en objetivos estratégicos acertados, una cultura corporativa que proteja los valores de la organización, clima organizacional y estilo de gerencia óptimo, todo ello se ve fortalecido mediante la adopción de las Mejores Prácticas Corporativas en las organizaciones, es decir, implementando nuevos modelos, que establezcan reglas prácticas, principios de buen gobierno y códigos que sirvan de guía unificada que permitan de manera gradual y autónoma establecer una estructura orgánica empresarial alineada a la misión, visión, políticas para la gestión y perfilar leyes que pueden impactar a las sociedades mercantiles, civiles y/o asistencia. El objetivo de esta primera etapa de la investigación es dar a conocer la estructura y relevancia de las mejores prácticas corporativas, con alcance en toda organización de carácter mercantil, civil y/o asistencia en México, constituidas como sociedad para apoyar su institucionalización y permanencia. Metodología: tiene un enfoque cualitativo, métodos descriptivo y documental. Concluyendo principalmente que la implementación de dichas prácticas corporativas en las empresas permitirá encaminarlas a su profesionalización, afianzando e incrementando la posibilidad de participar como sociedad en el sector bursátil mexicano, con los beneficios que esto conlleva.

Palabras Claves: prácticas corporativas, organización, principios de buen gobierno, institucionalización, permanencia.

ABSTRACT

Business success is based on successful strategic objectives, a corporate culture that protects the values of the organization, organizational climate and optimal management style, all of which are strengthened through the adoption of Best Corporate Practices in organizations, that is, by implementing new models that establish practical rules, principles of good governance and codes that serve as a unified guide that gradually and autonomously establish an organic business structure aligned with the mission, vision, policies for management and outline laws that can impact commercial, civil and / or assistance societies. The objective of this first stage of the research is to make known the structure and relevance of the best corporate practices, with scope in every organization of mercantile, civil and/or assistance character in Mexico constituted as a society to support its institutionalization and permanence. Methodology: it has a qualitative approach, descriptive and documentary methods. The main conclusion is that the implementation of these corporate practices in the companies will allow them to be professionalized, strengthening and increasing the possibility of participating as a company in the Mexican stock market sector, with the benefits that this entails.

Keywords: corporate practices, organization, principles of good governance, institutionalization, permanence.

INTRODUCCIÓN

Las buenas prácticas corporativas se basan en el Código de Principios y Mejores Prácticas Corporativas, en él se encuentran los conceptos básicos y la estructura del gobierno corporativo (Corporate Governance) de las organizaciones, producto de las exigencias en un mundo global. Las mejores prácticas corporativas son un conjunto de recomendaciones encaminadas a fortalecer la gestión organizacional, que deben implementarse de manera paulatina y sistematizada, son un factor para el cumplimiento preciso de las funciones de dirección de las sociedades que buscan su consolidación e incluso su sucesión.

La evolución de la política - económica en el mundo generó la necesidad a nivel internacional, de que las sociedades que cotizan en bolsa, sean gestionadas adecuadamente y con transparencia, dando origen al buen gobierno de las empresas, base para el funcionamiento de los mercados, favoreciendo la credibilidad, estabilidad, crecimiento y por ende valor, así mismo, las exigencias de transparencia, buenas prácticas, responsabilidad en el comportamiento empresarial de los accionistas y de la sociedad, disminuye las debilidades

de las organizaciones y abre la oportunidad de estructuras inteligentes basadas en planes y dirección estratégica, con políticas corporativas, mecanismos de control, apego a marcos normativos (compliance) y adecuada sinergia entre los órganos de gobierno de las empresas (Consejo de Administración, Junta Directiva y Accionistas).

Gobierno Corporativo, es un concepto necesario para la sostenibilidad y crecimiento de las empresas. Estados Unidos adopta una nueva Ley de Responsabilidad Corporativa "Sarbanes-Oxley", con la finalidad de recobrar la confianza de los inversionistas. Así mismo la Bolsa de New York y Nasdaq, establecieron requisitos de "listing" dirigidos a mejorar el gobierno de las sociedades inscritas, en el cual manifestaban su compromiso de velar por mantener la estabilidad en los mercados bursátiles. (Núñez et al., 2009, pp. 14-15)

En países como Brasil, Argentina y México, al tener el mayor porcentaje de sociedades inscritas en los mercados americanos, inician el cumplimiento de los estándares del gobierno corporativo establecidos por las plazas bursátiles, aun cuando la legislación nacional en estos territorios no esté armonizada con dichas prácticas. (Finanzas, 2004). Cabe mencionar que México fue uno de los países líderes en la difusión y consolidación del Gobierno Corporativo, con aportes del sector privado y público. Asimismo, la Comisión Bancaria y de Valores encabezó reformas que hicieron que México tuviera un marco regulatorio acorde a principios internacionalmente aceptados en materia de gobernabilidad societaria. Estos principios se encuentran contemplados en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Sociedades de Inversión. (Instituto Mexicano de Ejecutivos en Finanzas A.C, 2004, pp. 17-29)

La actualidad de este proyecto radica en que, en una economía global donde existen una serie de normas establecidas, que formulan no solo organismos nacionales, sino mundiales como la OCDE, las sociedades mercantiles, civiles y/o asistencia, tienen que adaptarse a ellas, lo que hace significativo dar a conocer a las empresas los beneficios de utilizar las mejores prácticas corporativas. (OCDE, 2004). Sin embargo, los cambios del entorno modifican las formas empresariales, a partir de 2020 las empresas son reguladas por la cultura de valores y el trabajo en equipo, lo que exige de nuevos modelos, además de conocer el impacto de las mejores prácticas corporativas para las organizaciones de carácter mercantil, civil y/o asistencia, apoyando así su institucionalización, permanencia y así cumplir con lo establecido en las leyes antes mencionadas.

Como se observa en México, la estabilidad de toda organización resulta vulnerable al enfrentar radicales cambios de carácter societario, legal, económico – financiero, fiscal, político, tecnológico y social, por lo que se tiene claro que una propuesta de inversión representa capital de riesgo, eligen su mercado, buscan estrategias de crecimiento, los competidores exigen reinventarse continuamente, cambios del entorno, entre otros., todo ello modifica las formas empresariales.

MÉTODOS Y MATERIALES

El enfoque es cualitativo; con método documental ya que dentro de esta primera etapa de investigación se considera la revisión específica del Código de principios y mejores prácticas corporativas, de libros, revistas y páginas web sobre el tema en estudio; descriptivo porque bajo diversas aristas tiene como objetivo referir a la población estudiada como lo son las organizaciones constituidas como sociedad en México, según los datos planteados se determina las tendencias entre las mismas; el enfoque epistemológico de tipo racional en función de que las prácticas corporativas son normas de carácter internacional y nacional aplicadas bajo coherencia y lógica científica.

RESULTADOS

El escándalo contable de Enron, generó incertidumbre en los mercados desarrollados. Cayeron una a una las compañías, a causa de las bonificaciones exorbitantes a los ejecutivos, la revelación de información inexacta o confusa al

mercado, o por los conflictos de interés de sus juntas directivas. (Instituto Mexicano de Ejecutivos en Finanzas A.C., 2004, pp. 17-29) Así es como Tyco, Adelphia y World com, causaron nerviosismo en Wallstreet e hicieron recordar al mundo económico y a los inversionistas institucionales que el Gobierno Corporativo, es un concepto necesario para la sostenibilidad y crecimiento de las empresas, lejos de ser una moda.

La influencia de los principios de gobierno corporativos modernos del Reporte Cadbury, y de los principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), fueron adoptados por el mercado de valores, a través de la Ley de Mercado de Valores, vigente a partir de enero de 2006, en donde se incluyen nuevas figuras jurídicas como la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI), misma que se crea con la finalidad de incrementar la participación de las empresas medianas en el mercado de valores, representando un escalón intermedio entre la sociedad mercantil común y una sociedad anónima bursátil. La Sociedad Anónima Bursátil (SAB) es una readaptación de la sociedad emisora de acciones, que propone un régimen de condiciones más claras, incluyendo principios rectores de la responsabilidad de los miembros del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles “deber de diligencia” y “deber de lealtad”, conteniendo el derecho de minoría y obligaciones de revelación al público inversionista. (Cadbury, 1992, pp. 16-18)

Código de mejores prácticas corporativas

En los últimos años se ha hecho patente la importancia del gobierno corporativo en las sociedades, la OCDE publicó la primera versión de los principios de gobierno corporativo G-20-OECD, sobre esta base, las naciones más avanzadas han revisado y actualizado su código para incorporarlos, en México, se retoman éstas recomendaciones a propuesta de organismos internacionales considerando las características de las sociedades mexicanas, como valores, cultura, su estructura societaria y la importancia que pueden tener ciertos socios o asociados en su gobierno y en su administración. (Consejo Coordinador Empresarial, 2018, p. 08)

Conviene destacar, que las recomendaciones del código van dirigidas y son aplicables a todas las sociedades, sean de carácter civil, mercantil o de asistencia social. Sin distinguir su tamaño, su composición accionaria o si cotizan o no en el mercado de valores. Esta característica nos distingue entre la mayoría de los códigos que existen en el mundo. (Consejo Coordinador Empresarial, 2018, p. 09)

La CCE, para reflejar adecuadamente el contenido del código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo, por razones de precisión modificó el término visión estratégica por el de rumbo estratégico; incluyendo el principio de conducción honesta y responsable de la sociedad; contemplando una mejor práctica para la prevención y solución de controversias entre los accionistas y/o entre los consejeros; recomendando la incorporación de la mujer en la integración del Consejo administrativo, la selección, contratación, evaluación y compensación de los consejeros y la elaboración de un acuerdo familiar para su representación en los órganos de gobierno. Los contenidos del código publicado por el CCE, incluyen los principios de integridad y ética empresarial. Se propone a los empresarios, socios, inversionistas, consejeros, funcionarios, asesores, académicos e interesados en el tema, apoyar en la difusión e implementación de estas recomendaciones a las emprendedoras y pequeñas y medianas empresas, quienes podrán beneficiarse con estas medidas, mismas, que les permitirán institucionalizarse y fortalecerse para competir en una economía abierta, preservar su inversión. (Consejo Coordinador Empresarial, 2018)

Beneficios de las mejores prácticas corporativas

Los beneficios a las sociedades son la institucionalización, transparencia de sus operaciones y revelación adecuada de información confiable; impactando en su competitividad en el mundo global; acceder a fuentes de financiamiento en condiciones propicias; tener procesos

de sucesión estables y permanencia, beneficiando a socios o asociados y terceros interesados. (Consejo Coordinador Empresarial, 2018, p. 12)

Rol de las Sociedades en México

Al igual que la experiencia internacional de Estados Unidos y el Reino Unido, el desarrollo de Gobierno Corporativo en México ha estado ligado al desarrollo de su mercado de valores. Aun cuando las primeras operaciones bursátiles en México datan de 1880 y la primera bolsa aprobada en 1887, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado que nuestro país desarrollo la vida democrática de la empresa. Una característica indiscutible de la realidad jurídica mexicana es que la democratización de la empresa y mejoramiento del gobierno corporativo han sido consecuencia o suceso contemporáneo a la democratización de las instituciones políticas del país

Cabe mencionar que las prácticas corporativas han sido debatidas por el sector empresarial y la doctrina de la experiencia de la OCDE, y aportan información complementaria a la Ley General de Sociedades Mercantiles. Las sociedades, tienen el papel central de promoción del desarrollo económico y el progreso social de nuestro país; son el motor del crecimiento y tienen la responsabilidad de generar riqueza, empleo, bienestar social, infraestructura, bienes y servicios. (Consejo Coordinador Empresarial, 2018) La conducción honesta y responsable, el desempeño, la eficiencia y la permanencia de las sociedades son de interés público y privado, por lo tanto, el gobierno corporativo debe ser una de las prioridades en la agenda nacional.

Estructura del Código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo

Dicho código está integrado por 8 capítulos, el primero relativo a la Introducción; y los siguientes siete relacionados a Conceptos de Gobierno Corporativo, Asamblea de Accionistas, Consejo de Administración, Función o Comité de Auditoría, Función de Evaluación y Compensación, Función de Finanzas y Planeación y la Función de Riesgo y Cumplimiento, que se presentan en 60 denominadas mejores prácticas. A continuación, se menciona la estructura del código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo:

Capítulo 1. Establece necesidades y características de las sociedades mexicanas, origen y estructura.

Capítulo 2. Conceptos y forma en las que las sociedades deben ser dirigidas y controladas.

Capítulo 3. Actuación formal de la Asamblea de Accionistas, órgano supremo y su transparencia, así como, medidas de protección a accionistas mayoritarios y minoritarios.

Capítulo 4. El Consejo de Administración es quien define el rumbo estratégico, vigila la operación y aprueba la gestión.

Capítulo 5. Comité de Auditoría, Control interno y Estados Financieros.

Capítulo 6. Políticas de evaluación y compensación, encaminadas a la sucesión.

Capítulo 7. Políticas de inversión – financiamiento y presentación de presupuesto anual.

Capítulo 8. Administración y control de riesgos (societarios, financieros, legales, contractuales, estratégicos de contingencia). (Larrea, 2009, p. XII).

Figura 1

Estructura del Código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo



Nota: Elaboración propia, con base en CCE, 2018.

Se propone que el código publicado por el CCE, que incluye los principios de integridad y ética empresarial, los empresarios, socios, inversionistas, consejeros, funcionarios, asesores, académicos e interesados en el tema, apoyen en la difusión e implementación de estas recomendaciones a los emprendedores, así como a las pequeñas y medianas empresas para beneficiarse con estas medidas, las que les permitirán institucionalizarse y fortalecerse para competir en una economía abierta y preservar su inversión.

Instituto mexicano de mejores prácticas corporativas (IMMPC)

El IMMPC como organismo mexicano que impulsa la investigación, y el desarrollo y la promoción de las mejores prácticas corporativas, funge como un referente para los empresarios, consejeros directivos de las compañías mexicanas y extranjeras, Y constituí un soporte estratégico enfocado hacia el desarrollo sustentable.

Centro de Investigación y Desarrollo (CID)

Es una plataforma de investigación Integrada por diversos especialistas, instituciones, firmas, asociaciones empresariales, universidades y centro de investigación en diversas materias, que tienen como objeto contribuir a la identificación, estudio promoción y divulgación de las metodologías y/o preceptos reconocidos como mejores prácticas corporativas, así como la relación coherente y efectiva que existe entre ellas, en beneficio de la comunidad académica y empresarial. (IMMPC, 2022)

Figura 2
Modelo de Gestión Empresarial



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://acortar.link/NLbnS4>

Como se observa en la figura anterior, se trata de una guía de adopción de las prácticas corporativas que tiene como eje rector el Gobierno Corporativo, resaltándole como la más eficiente, al ofrecer sostenibilidad económica y consolidar las bases del desarrollo sustentable de nuestras organizaciones. En CID del IMMPC, se impulsa el proyecto de investigación “Encuesta de Gobierno Corporativo Edición México 2022”, a través del diseño de un instrumento que se divide en categorías de estudio tales como:

1. La representatividad de las empresas familiares en México.
2. La formalización legal del Consejo de Administración o su operatividad como Consejo Consultivo.
3. Cómo se integra y la participación de la mujer.
4. Los principales comités de apoyo y la integración de los Consejeros Independientes.
5. Los rangos de remuneración de los consejeros y las bases de evaluación
6. El enfoque del Consejo, su aportación de valor, así como los retos y oportunidades del modelo.

Según el presidente del Consejo, el objetivo de esta iniciativa es conocer la alineación al modelo de Gobierno Corporativo que tienen las pequeñas, medianas y grandes empresas para poder reenfocar los esfuerzos de promoción y lograr que sea adoptado como parte de esta nueva cultura empresarial. Los resultados tienen como propósito atender las áreas de oportunidad que puedan potenciar el crecimiento y desarrollo de las empresas en México. Con esta iniciativa ratificamos nuestra misión para desarrollar y promover una cultura de investigación que sirva como instrumento de innovación empresarial que contribuya a la sostenibilidad de nuestras organizaciones y de la economía. (IMMPC, 2022)

Bajo este contexto y con la finalidad de sustentar la aportación de esta investigación se retoma el cuestionario realizado por IMMPC comprendido de 41 preguntas, ordenadas en 15 apartados, la encuesta fue en línea y autoadministrada. Las preguntas están relacionadas en forma directa con los principios y las prácticas de GC. La aplicación de los cuestionarios se desarrolló en un solo momento en el periodo que comprende los meses de abril a junio de 2022, participaron en ella 315 empresarios, accionistas, consejeros independientes, consultores y directivos de

igual número de empresas de diferentes tamaños, sectores de actividad económica, públicas y privadas, y con sede en las principales regiones económicas del país.

Figura 3
Posición de la organización



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En IMMPC (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Información de primera mano ya que el 44.4% encuestados son accionistas, sucesores y propietarios interesados en la institucionalización y permanencia de sus organizaciones.

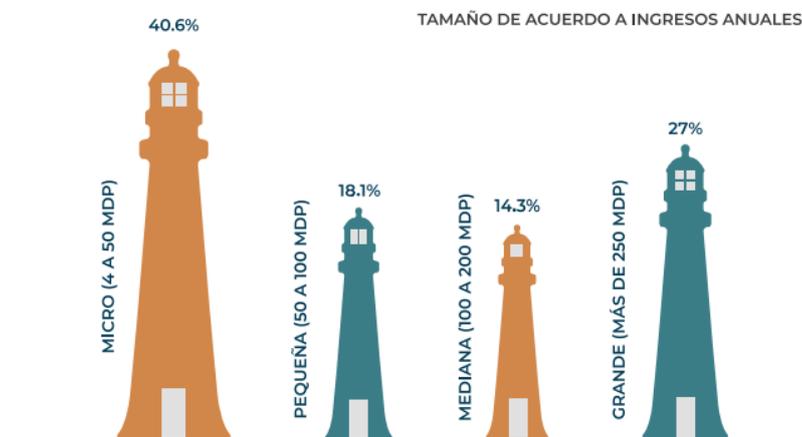
Figura 4
Tipo de empresas



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En IMMPC (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Cabe señalar que la muestra es representativa en virtud de que comprende 25 Estados y 52 ciudades de las que tienen mayor participación empresarial; de los diversos sectores económicos siendo de servicios y comercio el 96.59% seguido de empresas manufactureras en un 1.5% de la muestra.

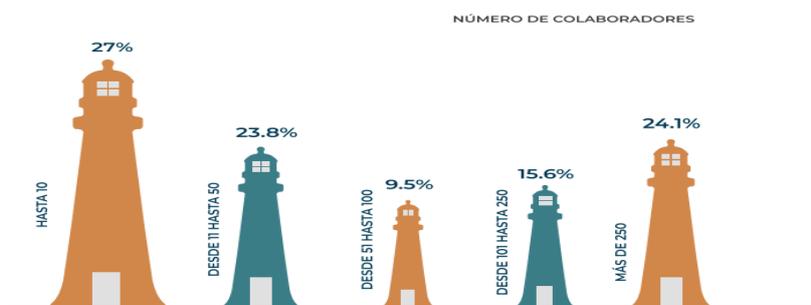
Figura 5
Tamaño de acuerdo a ingresos anuales



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC (GC-MX2022)*. Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Respecto de su tamaño la microempresa con un 40.6% y el 27% correspondiente a las grandes empresas, la sumatoria de la participación de la pequeña y mediana empresa arroja 32.4%, porcentajes relevantes a nivel nacional.

Figura 6
Número de colaboradores



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC (GC-MX2022)*. Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://acortar.link/NLbnS4>

Se percibe una clara congruencia entre el tamaño de la empresa por ingresos y el número de trabajadores: se demuestra que los porcentajes más representativos están en la microempresa con 10 empleados que representa el 27% y las grandes empresas con más de 250 empleados representa 24.1%; se subraya que el bloque intermedio corresponde a las empresas de entre 10 y 100 empleados con participación en la muestra de 60.3%, con la finalidad de dar una visión pertinente de esta conformación en México.

Figura 7
Empresas familiares



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC (GC-MX2022)*. Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Se enfatiza este punto ya que las buenas prácticas corporativas exigen la representación de la familia mediante un integrante en el consejo de administración, la cultura empresarial mexicana tiene un amplio margen en la constitución de empresas familiares y la necesidad de una correcta postura ante el proceso sucesorio.

Figura 8
Administración a través de un Consejo



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC (GC-MX2022)*. Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Existe correlación directa entre el tamaño de la empresa por ingresos y el número de trabajadores, el 48.6% de las empresas medianas y grandes se administran a través de un consejo de administración y el 51.4% restante carecen del mismo aun cuando son las que requieren de mayor profesionalización para su proceso de permanencia y consolidación. Sin embargo, respecto de este mismo cuestionamiento la formalización legal de su consejo reporta que del 48.6% de los encuestados que menciona contar con un Consejo de

Administración, el 58.2% afirma que su Consejo tiene responsabilidad legal (es decir solo las grandes empresas), mientras tanto, el Consejo Consultivo 41.8% sin responsabilidad legal.

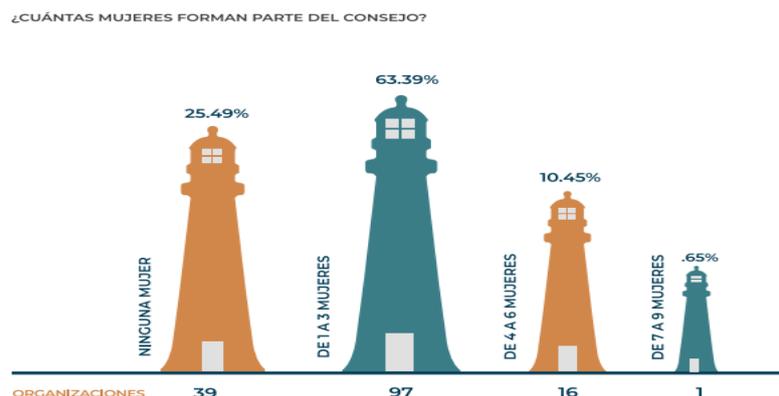
Figura 9
Número de consejeros

No. CONSEJEROS	PATRIMONIALES	INDEPENDIENTES	RELACIONADOS
NINGUNO	7.8%	5.38%	34.64%
DE 1 A 3	39.21%	42.48%	52.28%
DE 4 A 6	43.79%	39.21%	9.8%
DE 7 A 9	1.8%	6.53%	2.61%
MÁS DE 10 CONSEJEROS	5.2%	6.53%	.65%
LA TOTALIDAD DEL CONSEJO	1.8%	0%	0%

Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

El Consejero Patrimonial (accionista) dentro del Consejo de la empresa, aporta principalmente su *expertise* y el conocimiento a profundidad de la empresa; Los Consejeros Relacionados, pueden llegar a ser directivos, clientes, proveedores, asesores o prestadores de servicios, la tabla muestra presencia representativa de los mismos dentro de los Consejos de las empresas mexicanas y el Consejero Independiente (CI) que son aquellos que no son Accionistas, no están vinculados con el equipo de dirección y cuentan con una visión objetiva, imparcial, libre de conflictos de interés personal, patrimonial o económico y que aportan su experiencia, capacidad y prestigio profesional en el desarrollo sustentable de las empresas.

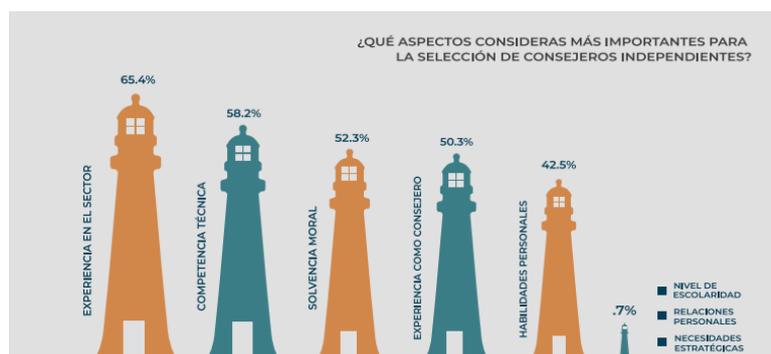
Figura 10
Mujeres en el Consejo



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Se observa que el 74.49% de las empresas que cuentan con un Consejo tienen presencia de la mujer, cabe mencionar que las buenas prácticas corporativas recomiendan la incorporación de la mujer en el consejo de administración de toda organización.

Figura 11
Aspectos para la selección de consejeros independientes



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Se observa que para la selección de los consejeros independientes se consideran competencias técnicas tanto como personales. En este mismo cuestionario se revela la periodicidad de las sesiones de consejo siendo el más representativo el trimestral.

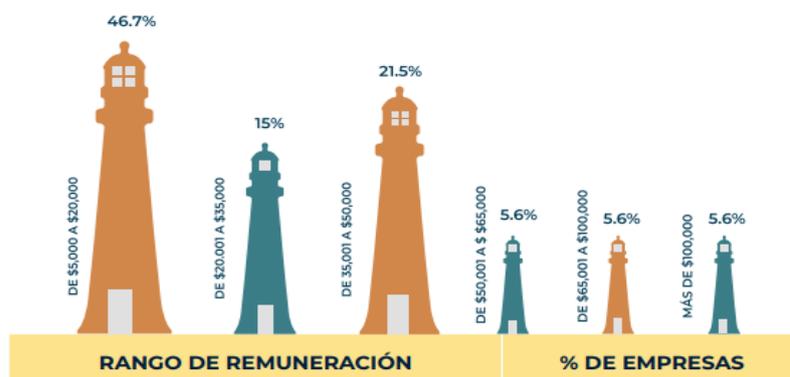
Figura 12
Participación de los Comités en el Consejo

COMITÉ	PARTICIPACIÓN EN EL CONSEJO
COMITÉ DE AUDITORÍA	72.5%
COMITÉ DE FINANZAS Y PLANEACIÓN	51%
COMITÉ DE COMERCIAL Y MARKETING	36.3%
COMITÉ DE RIESGOS	33.3%
COMITÉ DE EVALUACIÓN Y COMPENSACIÓN	28.4%
COMITÉ DE PRÁCTICAS SOCIETARIAS	23.5%
COMITÉ DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO	21.6%
*OTROS	20%

Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

De las organizaciones que cuentan con Comités de Apoyo en el Consejo, el de mayor participación es el Comité de Auditoría con un 72.5%, seguido en representatividad por el Comité de Finanzas y Planeación con un 51%, como se observa el enfoque es económico -financiero, además, son presididos por un Consejero Independiente, con una participación del 56.9%, este dato comprueba el papel relevante del consejero dentro de los Comités de Apoyo.

Figura 13
Remuneración de los consejeros



Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En IMMPC (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Las empresas trabajan de manera honorífica con sus consejeros, sin embargo, cuando se remunera, el rango más recurrente es de \$5,000 a \$20,000 pesos, con representatividad del 46.7%, además, en cuanto a la periodicidad de la remuneración se considera por sesión.

Figura 14
Temas del Consejo

TEMAS QUE ATIENDE EL CONSEJO	% DE EMPRESAS
A. APROBAR Y DAR SEGUIMIENTO AL PLAN ESTRATÉGICO	80.4%
B. APROBAR Y DAR SEGUIMIENTO AL PRESUPUESTO OPERATIVO	69.3%
C. APROBAR Y DAR SEGUIMIENTO AL PRESUPUESTO DE INVERSIÓN	57.5%
D. APROBAR LA INFORMACIÓN FINANCIERA Y DAR SEGUIMIENTO A LOS INDICADORES	75.8%
E. APROBAR LA GESTIÓN DEL DIRECTOR GENERAL Y DE SU EQUIPO DIRECTIVO	60.1%
F. APROBAR LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, EL SISTEMA DE EVALUACIÓN Y COMPENSACIONES	43.1%
G. GARANTIZAR LA EXISTENCIA Y DIFUSIÓN DE UN CÓDIGO DE ÉTICA	37.9%
H. GARANTIZAR QUE LA EMPRESA CUMPLA CON LAS DISPOSICIONES LEGALES Y NORMATIVAS	46.4%
I. GARANTIZAR LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA DE DENUNCIA ANÓNIMA	20.8%
J. GARANTIZAR LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA DE CONTROL INTERNO	45.1%
K. GARANTIZAR LA EXISTENCIA DE MECANISMOS PARA LA IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE RIESGOS	40.5%
L. APROBAR LA ESTRATEGIA COMERCIAL Y MARKETING	35.3%
M. GARANTIZA LA EXISTENCIA DE PLANES DE CONTINGENCIA Y RECUPERACIÓN	27.5%
N. COORDINA LOS TRABAJOS DEL AUDITOR EXTERNO	29.4%
Ñ. COORDINA LOS TRABAJOS DEL AUDITOR INTERNO	28.8%

Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En IMMPC (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Los principales temas que atiende el consejo son aprobar y dar seguimiento al plan estratégico con un 80.4%, aprobar la información financiera y dar seguimiento a los indicadores con un 75.8% y aprobar y dar seguimiento al presupuesto operativo 69.3%, se confirma el enfoque financiero como actividad preponderante del consejo.

Figura 15

Retos de los consejeros

PRINCIPALES RETOS	% DE EMPRESAS
CRECIMIENTO (MAYORES UTILIDADES)	34.64%
CONSOLIDAR EL GOBIERNO CORPORATIVO	18.30%
REDISEÑO DEL MODELO DE GESTIÓN	16.33%
PROFESIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA	12.41%
DISMINUIR COSTOS	9.8%
CAPACITACIÓN	3.53%
ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO	3.26%
NO TIENE OBJETIVOS	1.95%

Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Dentro de los principales retos está el incremento de las utilidades lo que representa un 34.64%, sin embargo, en el siguiente escalón se encuentra el consolidar el gobierno corporativo con un 18.30% esto muestra la oportunidad el reconocimiento a la necesidad de promover e implementar las prácticas corporativas para fomentar la sostenibilidad de las empresas mexicanas.

Figura 16

Motivos para no adoptar el Gobierno Corporativo

MOTIVOS PARA NO ADOPTAR EL MODELO DE GC	% DE ORGANIZACIONES
DESCONOZCO EL MODELO DE GC	29.52%
FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN	16.50%
NO ES NECESARIO	15.87%
INVERSIÓN	14.28%
TEMOR AL CAMBIO	12.72%
EL TAMAÑO DE LA EMPRESA	11.11%

Nota: IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En *IMMPC* (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://n9.cl/x8ugvn>

Por último, se reflexiona los motivos para no adoptar el modelo de gobierno corporativo a pesar de todos los beneficios fundamentados con los cuestionamientos anteriormente analizados, observando que el principal es el desconocimiento del modelo, es decir, las recomendaciones que se proponen en el código de principios y buenas prácticas corporativas, no han sido divulgadas de manera accesible a todos los sectores empresariales y en consecuencia la falta de profesionalización conlleva a considerarlo innecesario y costoso sin

importar el beneficio, sin duda, la promoción de dicho tema para romper el paradigma, resulta unos de los grandes retos.

DISCUSIÓN

El término Gobierno Corporativo, parece estar restringido al ámbito de unas cuantas empresas que participaban en los mercados de valores, con el paso de los años ha ido ganando terreno hasta ocupar un lugar preponderante en la alta dirección de las organizaciones, se ha entendido que su aplicabilidad va más allá de un cumplimiento regulatorio y que realmente genera valor cuando las prácticas se implementan acorde a las necesidades legales y, sobre todo, operativas de cada empresa, por lo tanto, toda buena práctica es una recomendación que impacta la cultura de la sociedad, teniendo como tendencias cambiar la venta por la renta, la búsqueda de la equidad de talento que transforma, sobre la equidad de género o el emprendimiento social hacia el emprendimiento corporativo y la responsabilidad social empresarial.

Las exigencias actuales de organismos nacionales e internacionales en los temas de competitividad empresarial en México obligan a toda sociedad, preservar su permanencia en el tiempo, debido a que promueven el crecimiento económico, desarrollo social, generan riqueza, empleo y bienestar en el país. Por lo que son necesarias las mejores prácticas corporativas y su adhesión a las mismas, ya que permiten contar con lineamientos internos, estructuras horizontales o planas que, a su vez, apoyan una gestión eficiente, crean valor y beneficio para los accionistas que aportan el capital, así como, mayor protección y confianza para inversionistas minoritarios, con lo que se puede encauzar la participación de mayor número de sociedades en el sector bursátil mexicano.

REFERENCIAS

- Cadbury, A. (1992). *The financial aspects of corporate governance*. Burgess Science Press. pp.: 16-18. Obtenido de: <https://www.ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf>
- Consejo Coordinador Empresarial. (2018). *Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo*. Consejo Coordinador Empresarial. <https://cce.org.mx/2021/05/10/codigo-de-mejores-practicas-de-gobierno-corporativo/>
- Instituto Mexicano de Ejecutivos en Finanzas A.C. (2004). *El Gobierno Corporativo en México*. IMEF.
- IMMPC [Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas]. (2022). Encuesta Gobierno Corporativo, edición México 2022. En IMMPC (GC-MX2022). Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas. <https://www.cid.immpc.org.mx/post/resultados-egc-2022>
- Johnston, D. (2004). *"White paper" sobre gobierno corporativo en Latino América*. OCDE.
- Larrea, G. (2009). *Apuntes de Gobierno Corporativo*. Porrúa.
- Núñez, G., Oneto, A., & Mendes de Paula, G. (2009). *Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina*. Cepal. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/da2f4ee6-e073-4204-a28e-d5a1a768e7ac/content>



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Los derechos individuales y colectivos como base esencial para la construcción de una sociedad sostenible

La empresa familiar y su importancia en Ecuador

The family business and its importance in Ecuador

Joaquim Goncalves Do Espirito Santo

Doctor en Derecho Privado. Investigador. Universidad Autónoma de Madrid. España.

joaquim.goncalves.espiritosanto@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-8692-6868>

<https://doi.org/10.29166/cyd.v8i9.6020>

Recibido: 2024-03-24 / Revisado: 2024-04-15 / Aceptado: 2024-05-16 / Publicado: 2024-07-01 12



Crítica y Derecho: Revista Jurídica. Vol. 5(9), (junio - diciembre, 2024). pp. 66-78.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar a la empresa familiar y su impacto en la economía y en del derecho societario ecuatoriano. En este trabajo hemos podido determinar que la empresa familiar constituye una institución con un alcance central en la economía ecuatoriana y que presenta ciertas ventajas con respecto a otras estructuras de organización. Hemos determinado como resultado, que, en Ecuador, como en el resto del mundo, las empresas familiares son generadoras de riqueza, empleo e innovación. Con base a una metodología de análisis estadístico y doctrinario se ha podido determinar que las empresas familiares en el mundo, y sobre todo en el Ecuador, son el principal motor de la economía y nacen con el propósito de crear nuevos puestos de trabajo y generar patrimonio, pero necesitan fortalecerse y que se establezcan estrategias para sus supervivencia y permanencia. Y en este trabajo llegamos a la conclusión de la gran importancia y los beneficios que genera la empresa familiar como motor impulsor de la economía ecuatoriana y la necesidad del Estado Ecuatoriano de fomentar su continuidad y permanencia en el tiempo.

Palabras Claves: empresa familiar, continuidad, derecho societario, institucionalismo, costes de agencia, costes de transacción.

ABSTRACT

This work aims to analyze the family business and its impact on the economy and corporate law in Ecuador. In this study, we have been able to determine that the family business constitutes an institution with a central scope in the Ecuadorian economy and presents certain advantages compared to other organizational structures. As a result, we have determined that, in Ecuador, as in the rest of the world, family businesses are generators of wealth, employment, and innovation. Based on a methodology of statistical and doctrinal analysis, it has been possible to determine that family businesses worldwide, and especially in Ecuador, are the main engine of the economy and emerge with the purpose of creating new jobs and generating wealth, but they need to strengthen and establish strategies for their survival and continuity. In this work, we conclude the significant importance and benefits that the family business generates as a driving force of the Ecuadorian economy and the need for the Ecuadorian State to promote its continuity and permanence over time.

Keywords: family business, continuity, corporate law, institutionalism, agency costs, transaction costs.

INTRODUCCIÓN

En Ecuador la empresa familiar supone el 70% sobre el total de las empresas y dan trabajo a millones de personas. En Ecuador se estima que existen 2,5 millones de empresas familiares (Espinoza, Salinas, Camino-Mogro y Portalanza, 2021). Entre las empresas de carácter familiar que hay en Ecuador, muchas de ellas son medianas y grandes (Espinoza, Salinas, Camino-Mogro & Portalanza, 2021). Tal como expondremos en este trabajo, la empresa familiar es una fuente vital de la economía de cualquier país, por lo tanto, dicho estereotipo está muy lejos de la realidad. La empresa familiar es el instrumento empresarial dominante en la organización económica de la mayoría de los países en donde existe una economía de mercado (Matías y Franco, 2020). Los resultados de ciertas estadísticas y estudios empíricos demuestran la importancia económica de la empresa familiar en este sentido (INEC, 2022). El resultado de la actividad que desarrolla la empresa familiar viene generando en la sociedad un considerable impacto económico y contribuyendo a la creación de fuentes de “valor” (trabajo para empleados y riqueza para sus propietarios) (Kotlar, De Massis, Fang y Frattini, 2014).

En la mayoría de los sistemas económicos de libre mercado la empresa familiar representa un porcentaje muy alto del total de las empresas, siendo un importante instrumento generador de riqueza. Se estima que “las empresas familiares crean empleo para cien (100) millones de personas a nivel mundial (Jaskiewicz, Combs y Rau, 2015). El veinticinco por

ciento (25%) de las cien (100) primeras empresas del planeta son familiares (Jaskiewicz, Combs y Rau, 2015). La empresa familiar constituye el sesenta por ciento (60%) del total de las empresas del mundo.

Por su parte, en Ecuador, representan el 91% del total de empresas privadas formales de la economía ecuatoriana, genera un ochenta por ciento (80%) del empleo privado y un sesenta y cinco por ciento (65%) del PIB (Espinoza, Salinas, Camino-Mogro & Portalanza, 2021). Un setenta por ciento (70%) de las mil (1.000) mayores empresas de Ecuador son de carácter familiar. (INEC, 2022). En Latinoamérica la empresa familiar constituye el ochenta por ciento (80%) de todas las empresas (Galve y Salas, 2003) Las compañías más importantes del mundo son o tuvieron su origen en una empresa familiar. Tal es el caso de: Ford, Walmart, Fiat, Benetton y Zegna, Peugeot, BMW y Thyssen (Tamayo y Salazar, 2022).

La empresa familiar también se caracteriza por ser una organización empresarial eficiente, pues los costes de transacción y de agencia que genera son muy reducidos, casi nulos (Biosca, 2003).

La empresa familiar se caracteriza por la interacción entre tres sistemas clave: la propiedad, la empresa y la familia. Esta interrelación, donde las mismas personas a menudo son miembros de la familia, propietarios y gestores, requiere la conciliación de intereses diversos. Esta dinámica contribuye a que las empresas familiares sean generalmente más eficientes que las no familiares, al reducir los costos de transacción y de agencia. Este trabajo explora las características distintivas de las empresas familiares en términos de propiedad, gestión y analiza sus ventajas y desventajas en comparación con las empresas no familiares.

1. Trascendencia económica de la Empresa Familiar

La empresa familiar tradicionalmente ha sido entendida como una organización empresarial de poca importancia en la economía ecuatoriana y se ha creado la idea de que la empresa familiar no genera ingresos suficientes, que no emplea a mucha gente y que no es un mecanismo apropiado para enriquecerse. Sin embargo, la empresa familiar, muy por el contrario, produce una contribución substancial a la economía de tres (3) maneras significantes: 1) produciendo ingresos; 2) generando empleo; y 3) sustento y acumulación de riqueza para sus propietarios (DeMoss, 2003) La red empresarial de las economías de mercado se nutre de los negocios familiares. La realidad demuestra que de las cien (100) primeras empresas ecuatorianas por volumen de facturación, veinticinco (25) son familiares (KPMG Encuesta), y a nivel mundial constituye el veinticinco por ciento (25%) de las primeras cien (100) empresas del mundo (i.e. Ford, Walmart, Marriot, Milton, Microsoft, etc.) (U.S. Bureau of Census, 2021).

El pasado y el presente de la económica mundial no se puede entender si no se tiene en cuenta el importante papel jugado por la figura de la empresa familiar, ya sea, que esté estructurada como una entidad unipersonal o societaria. En este sentido, en Ecuador, las empresas familiares han representado siempre un porcentaje muy alto del total de empresas. Contribuyen de manera substancial al nivel de ocupación y creación de empleo y, por supuesto, a la creación de riqueza. La importancia creciente de estas empresas en el mundo, tanto a nivel económico como social, hace que en muchos sectores se haya convertido en motores del tejido empresarial.

1.1. Datos económicos de la Empresa Familiar

- Datos a nivel Mundial

El sesenta por ciento (60%) de las empresas del mundo son familiares. A nivel mundial, el treinta y cinco por ciento (35%) de las quinientas (500) empresas con mayor facturación (Fortune's 500) son familiares (EY Family Business Index, 2023). En la economía mundial, la empresa familiar genera empleo para cien (100) millones de personas y representa el veinticinco por ciento (25%) de las cien (100) primeras empresas del mundo (por ejemplo, Ford, WalMart, Microsoft, Marriott, Hilton, etc.) (Trigo y Amat, 2000).

- Datos a nivel europeo

En Europa su peso en el PIB y en el índice de empleo gira en torno al sesenta y cinco por ciento (65%). En la Unión Europea hay unas diecisiete (17) millones de empresas familiares, lo que representa el sesenta por ciento (60%) del total. Emplean a cien (100) millones de personas. Por lo que se refiere al Reino Unido, de las ocho mil (8.000) compañías más grandes, el setenta y seis por ciento (76%) son familiares. En Alemania se ha estimado que entre el cincuenta por ciento (50%) y el sesenta por ciento (60%) de sus mil (1.000) mayores empresas son familiares. En Europa podemos encontrar ejemplos como Hennes and Mauritz, Fiat, Hermes, Heineken, Grupo Wallenberg, Ermenegildo Zegna, Salvatore Ferragamo, Benetton, Peugeot, BMW y Thyssen (Trigo y Amat, 2000).

- Datos en Estados Unidos de América

En Estados Unidos generan entre el 40% y el 60% del PIB y el 50% del empleo. El 70% de los quince millones de negocios en los Estados Unidos son familiares, cubren el 50% de todos los salarios pagados y representan el 40% del PNB. La tercera parte de las empresas que aparecen en la revista Fortune dentro de las quinientas más grandes, son propiedad familiar o están controladas familiarmente (Cohn, 1992). Así, dentro de las compañías norteamericanas hay casos como Bechtel, Levi Strauss, Marriott, S.C., Jonson, New York Times, Washington Post y otros.

- Datos en Latinoamérica y en Ecuador

El ochenta por ciento (80%) de las empresas latinoamericanas son familiares. En Latinoamérica podemos encontrar ejemplos como el Grupo Macri, el Grupo Carvajal, el Grupo Luksik, el grupo Pérez Companc, o Televisa (Trigo y Amat, 2000).

En Ecuador las empresas familiares representan el 91% del total de empresas privadas formales de la economía ecuatoriana, las cuales generan el 65% del Producto Interno Bruto (PIB) y el 60% del empleo. En Ecuador las empresas familiares realizan el 60% del total de las exportaciones (INEC, 2020). El 20% de las mil empresas más grandes son familiares, constituyendo la columna vertebral de la economía ecuatoriana. Emplean a más de ocho millones de personas y aportan dos tercios del PIB (Espinoza, Salinas, Camino-Mogro & Portalanza, 2021).

1.2. Mantiene a las familias alejada de la pobreza

En lo referente a la distribución de ingresos, se ha determinado que la empresa familiar mantiene a las familias fuera de la pobreza, aun a pesar de todo el riesgo patrimonial que asumen los propietarios de las empresas familiares. Los propietarios de las empresas familiares tienen menos posibilidad de ser pobres. En los Estados Unidos menos del 1% de las familias que poseen una empresa familiar son pobres (siendo el nivel de pobreza general el de un 11% (U.S. Bureau of Census, 2021).

Generalmente, el procedimiento es que el padre de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos en la actividad comercial haciendo que éstos formen parte de la actividad empresarial, la cual antes era desarrollaba por él como comerciante o empresario individual. Los miembros de la familia entrarían a formar parte de la explotación del negocio lográndose así una garantía de subsistencia y de seguridad económica en la familia.

1.3. Controlan la riqueza mundial y genera rendimientos

La empresa familiar es la base de la economía mundial. En Ecuador, por ejemplo, la mayor parte del tejido empresarial en Ecuador está formado por empresas cuya propiedad pertenece a una o varias familias vinculadas (Espinoza, Salinas, Camino-Mogro & Portalanza, 2021). Las familias que son propietarias de una empresa familiar controlan una porción sustancial de la riqueza de una nación. Los propietarios de empresas familiares poseen mucho más ingresos y activos que los que posee el promedio de la población, llegando a determinarse

que en media poseen el doble de ingresos y activos que los otros miembros de la población. Claramente, la empresa familiar es una parte importante de cualquier economía nacional.

Las empresas familiares tienen un enorme impacto en la economía, incluso mucho más que la propia agricultura (pero de manera contradictoria, en la mayoría de los gobiernos de los países no hay un departamento público que se dedique a la empresa familiar, pero si hay un Ministerio de Agricultura). Es que, incluso, el sector agrícola está dominado, por la empresa familiar, la mayoría de las explotaciones son empresas de tipo familiar (Heck y Stafford, 2019). Un ejemplo de la poca importancia que políticamente se le ha dado a la empresa familiar, es que a pesar de que la empresa familiar genera más ingresos, que la actividad agrícola, los Gobiernos poseen ministros o departamentos que manejan la materia agrícola de manera exclusiva, pero ningún Estado ha constituido una agencia pública para el manejo desarrollo de la empresa familiar (Demsetz, 1983).

Las organizaciones empresariales familiares presentan mejores índices de rendimiento por el hecho de que sus administradores no buscan únicamente maximizar su propio beneficio. En cambio los directivos no familiares, suelen dirigir sus actuaciones para conseguir su propio beneficio, por ejemplo incrementar su salario o promocionar a puestos superiores, esperando recompensas monetarias y beneficios tangibles por sus esfuerzos (Daily y Dollinger, 1993), mientras que los propietarios de la empresa familiar intentan maximizar los valores de la organización o su utilidad, y no tanto los beneficios personales (Daily y Dollinger, 1993) Por lo tanto, en las empresas no familiares habrá una serie de costes derivados de la supervisión que deben ejercer los propietarios sobre los directivos para que cumplan el objetivo de generar rendimiento. Esta situación no ocurre en el caso de aquellas empresas en donde la propiedad y la gestión recaen en la misma persona, tal como ocurre en las empresas familiares.

El argumento según el cual la empresa familiar resulta más eficiente que la no familiar, se basa en tres (3) ejes:

- (a) La no separación de propiedad y control, consigue la desaparición de los costes de controlar a los directores (agentes).
- (b) La existencia de una alineación de intereses, pues coinciden en la misma persona la propiedad de la empresa y la gerencia. En este caso, los costes de agencia se minimizan al no existir disparidad de intereses entre las partes, entre agente y principal.
- (c) Las relaciones especiales que se dan en este tipo de empresas, conlleva que el gerente (miembro familiar) actúe no sólo a su favor sino también a favor de los propietarios (los cuales son miembros de su familia).

La empresa "familiar" es más eficiente que la "no familiar" ya que los costes de agencia son mínimos.

1.4. Participación en sectores productivos característicos

Otro aspecto interesante de la incidencia de la empresa familiar en la economía de un país es su nivel de participación en los distintos sectores productivos. Además de una presencia casi generalizada en las explotaciones de carácter agrícola, suelen estar muy implantadas en los sectores de servicios, especialmente en los de comercio de minoristas, restauración, hotelero, talleres de reparación y concesionarios de automóviles, transportes y distribución.

En los sectores industriales las empresas familiares se hallan implantadas en el sector de la alimentación, y en aquellos en que se depende de la fabricación de un producto con un mercado específico, fruto del ingenio del fundador de la empresa, como los de perfumería, farmacéutico, alimentario, vitivinícola, etc. (DeMoss, 2003). El impacto económico de la empresa familiar es muy importante. Tanto es así, que se ha determinado que la empresa familiar domina en ciertos sectores económicos como son las ventas al mayor y al detal (DeMoss, 2003).

1.5. Generan empleo

No cabe duda sobre la enorme importancia de la empresa familiar en lo que se refiere a la creación de empleo (Galve y Salas, 2003). El hecho de que sean más estables que el resto

de las empresas hace que éstas puedan garantizar el empleo a sus trabajadores. La participación de los miembros de la familia en la administración ofrece una ventaja comparativa, en especial en los períodos de recesión, en el sentido de que pueden soportar mejor los ajustes de nómina. Las empresas familiares contribuyen en Ecuador con cerca del 65% al PIB y con el 80% del empleo y en más del 60% en Comercio Exterior. Justamente porque este tipo de empresa tiene un tejido muy extenso y fuerte (Banco Central del Ecuador, 2022).

Por otro lado, la empresa familiar supera en eficiencia, productividad, al resto de empresas. Por ejemplo, la empresa familiar en situaciones de turbulencia y crisis se ve más favorecida; es menos vulnerable a los ciclos y tiene más capacidad para encontrar nichos de mercado (Trigo y Amat, 2000).

1.6. Constituyen el germen de la sociedad cotizada

La empresa familiar constituye el germen de las grandes empresas cotizadas. El crecimiento de la empresa familiar parece a primera vista ser una estrategia de gran riesgo. No obstante, algunas empresas familiares han tomado la decisión de crecer y las mismas han sido exitosas. Se puede crecer sin que se pierda el carácter familiar. Entonces parece válida esa frase que dice: ¡You have to be small before you are large!

2. Características de la Empresa Familiar

La empresa familiar posee características o rasgos propios que la distinguen de las otras empresas. Se puede concluir que las empresas familiares son sociedades con una fuerte cohesión entre los socios, que tienen relaciones de parentesco en grados muy próximos, son generalmente sociedades cerradas porque contienen cláusulas estatutarias que limitan la libre transmisión de la participación en el capital social, tanto por actos inter vivos como mortis causa (Lora-Tamayo, 1980).

Las empresas familiares en Ecuador, al igual que en otros lugares, poseen características particulares y ofrecen beneficios únicos. A continuación, analizaremos las características más resaltantes de la empresa familiar según nuestra consideración.

2.1. Concentración de la propiedad en un grupo familiar

La empresa familiar se caracteriza porque, generalmente, la propiedad de la empresa se encuentra concentrada en un grupo familiar. A medida que se produce el cambio generacional la propiedad se divide en más ramas o grupos de parentesco. La participación decisiva de la empresa está en manos del grupo familiar.

La propiedad en la empresa familiar está habitualmente más concentrada que en las no familiares. Constituye generalmente la mayor parte de su patrimonio personal, y, por razones tanto utilitaristas como afectivas, los propietarios suelen mantener dicha propiedad durante períodos relativamente prolongados de tiempo.

En las grandes empresas, sus integrantes suelen cambiar con cierta frecuencia, y las nuevas políticas que lleguen a establecer los nuevos integrantes toman un tiempo considerable. En una empresa familiar todos tienen perfectamente definidas sus labores y obligaciones con un alto grado de conocimiento de las mismas. Además, existe una preocupación con respecto al buen conocimiento de la empresa y a la calidad de los productos o servicios que produce o presta la empresa al público en general. El conocimiento profundo de la empresa, de sus capacidades y medios de producción, unido a una estructura organizativa estable son característicos de la empresa familiar.

2.2. Participación de la familia en el gobierno y gestión de la empresa

En la empresa familiar la familia participa en el gobierno y/o en la gestión de la empresa. La empresa familiar posee una forma particular de ejercicio del poder económico, pues los principales propietarios son miembros de una misma familia. Quien ejerce el poder es el jefe de una familia, de modo que en sus decisiones empresariales se entrecruzan los intereses

familiares (DeMoss, 2003). En la empresa familiar, existe la presencia de un mayor sentido de integración y pertenencia a un grupo, con una cultura empresarial y motivación superiores al resto de empresas. Los socios no son meros inversores, sino auténticos partícipes interesados en, la marcha del negocio (Otero, 1995).

La empresa familiar se caracteriza generalmente por el trabajo de sus miembros (Mato, 2002). Los propietarios dedican parte importante de su tiempo a trabajar en la empresa, como directores o miembros del órgano de administración. Las empresas familiares en Ecuador reflejan fuertes lazos familiares y culturales. La importancia de la familia y la tradición puede influir en la gestión y toma de decisiones.

Existe una vocación de continuidad, esto es, existe el interés de que la actividad empresarial siga siendo ejercida por los sucesores, con la consecuente transmisión de los valores empresariales propios de la familia. La presencia e incorporación de la segunda generación de descendientes en la empresa constituye una manifestación clara de la intención de que la empresa continúe en manos de la familia. Lo que diferencia especialmente a la empresa familiar de las empresas no familiares es su vocación de continuidad como empresa familiar. Efectivamente, una de las principales características de la empresa familiar es el deseo de sus fundadores y sucesores de que la propiedad y la gestión de la empresa se mantenga en manos de la familia. Las empresas no familiares carecen de cultura y de continuidad. Podemos decir que son sólo económicamente eficientes aquellas empresas familiares en donde esté presente el elemento de continuidad, pues en ellas se observará que los costes de agencia y de transacción son muy bajos, son casi cero.

2.3. Bajos costes de agencia y de transacción

La empresa familiar se caracteriza por bajos costes laborales. El hecho de que varios miembros de la familia trabajen en la empresa le confieren al negocio familiar una cierta flexibilidad en el aspecto laboral. Igualmente, los empleados de una empresa familiar poseen principios y valores arraigados (DeMoss, 2003).

Por otro lado, los miembros de la familia que trabajen en el negocio familiar no se consideran trabajadores, por carecer de los elementos de ajenidad, subordinación y de dependencia, propias de la relación de contrato individual de trabajo.

En vista que la propiedad de la empresa familiar y su administración están bajo las mismas manos, esto es, bajo los miembros de grupo familiar, esto hace que no existan costos de agencia ni de transacción por concepto de control de las actividades de los administradores por parte de los propietarios de la empresa. Por tanto, otra nota característica de la empresa familiar con respecto a las empresas no familiares está en el hecho de que en la empresa familiar las relaciones entre las personas más influyentes, es decir, los propietarios y los altos directivos, son muy diferentes a las que se dan en las empresas no familiares. Son unas relaciones que cubren más aspectos familiares que los puros aspectos contractuales del trabajo, pues son relaciones entre padres e hijos, entre hermanos, entre cónyuges, entre cuñados, entre tíos y sobrinos, y están marcadas por las relaciones afectivas propias de la familia.

En los sistemas societarios no familiares se aprecia la existencia de conflicto de intereses entre los propietarios y los directivos. Y una cosa que puede afectar los costes está determinado por el hecho de que recursos productivos estén, ya sea, bajo el control del administrador o de los propietarios. Ambos grupos maximizan sus respectivas funciones de utilidad, existen buenas razones para pensar que el agente no actuará siempre en el sentido deseado por los propietarios (Jensen y Meckling 1976).

En las relaciones de agencia, el principal y el agente incurren en costes de vigilancia y de compromiso (Jensen y Meckling 1976). Los dos componentes básicos de la teoría de la agencia son la divergencia de intereses entre el principal y el agente, y, por tanto, el posible conflicto de objetivos entre las partes; y la incertidumbre o información asimétrica que poseen los interesados.

Cuando tenemos una empresa familiar y el directivo y propietario son la misma persona se produce una eliminación de costes de agencia debido a que las relaciones de

agencia se suprimen en este caso y, por lo tanto, se obtienen una serie de ventajas que el resto de las empresas no familiares no tienen. La empresa dirigida por una familia contribuye a superar las dificultades para supervisar a los directivos, pues las personas comparten vínculos de parentesco entre los que controlan la propiedad de la empresa y los que asumen responsabilidades de dirección. La empresa familiar es una organización donde la propiedad y el control de la empresa están concentrados en las mismas personas, que son además quienes trabajan en la empresa (Fama y Jensen, 1983). La empresa familiar sería así la antítesis de la separación entre propiedad y control. Bajo esta premisa, en la empresa familiar se evita los costes de agencia (principalmente de supervisión).

En vista que en la empresa familiar existe un control de la propiedad por parte de un grupo familiar, esto trae como consecuencia, que la administración va a reflejar esa misma composición estructural que existe a nivel de la propiedad. La estructura familiar puede permitir una mayor flexibilidad y adaptabilidad a los cambios, ya que las decisiones pueden tomarse de manera más rápida y directa. Esto conlleva, que los conflictos o disputas entre los encargados de la gestión y los propietarios son casi nulos. Esta situación desde el punto de vista económico resulta ser de gran eficiencia, pues los costes de agencia que podrían generar los posibles roces o conflictos en la relación entre propietarios y administradores, es cero o casi cero.

Por tanto, en la empresa familiar los costes de agencia son mínimos debido a que la divergencia de intereses entre propietarios y gerentes, el potencial riesgo moral y el oportunismo, que surgen cuando propiedad y control están separados, no se manifiestan. (Daily y Dollinger, 1993). Esto es, existe una alineación de las actitudes del propietario y del directivo en cuanto al crecimiento de oportunidades y riesgos, de tal manera que se compensan y por lo tanto disminuyen los costes de vigilar, controlar y llegar a acuerdos con otras personas para que realicen un determinado trabajo (Fama y Jensen, 1983). Así, el propietario se ahorra todos esos costes, que pueden derivar en desventajas para la firma, ya que ambos puestos son ocupados por una misma persona, pudiendo prescindir del mantenimiento de mecanismos de gobierno internos que lleven a cabo ese exhaustivo control.

Finalmente, cabe señalar que los miembros familiares tienen una mayor visión de futuro que otros miembros no familiares, lo cual se suma a lo anterior, conduciendo a ventajas en cuanto a la vigilancia y disciplina relativa a las decisiones de agencia (Fama y Jensen, 1983).

2.4. Genera lealtad, alta rentabilidad y capacidad de reacción

Las empresas familiares suelen basarse en valores compartidos, transmitidos de generación en generación. Esto puede contribuir a la cohesión y estabilidad a largo plazo.

La perspectiva a largo plazo es común en las empresas familiares, ya que el objetivo muchas veces es mantener el legado familiar y asegurar la continuidad generacional. El desarrollo de líderes dentro de la familia puede ser una característica distintiva y valiosa.

Por otro lado, al existir sinergia entre el órgano administrativo y los propietarios, en vista que forman parte de un grupo familiar, no será necesario establecer pautas obligatorias de actuación entre ambos órganos ni será necesario incurrir en costes para controlar las obligaciones de lealtad de la administración con la sociedad. Una acción desleal del administrador en una sociedad familiar (siendo miembro de una familia) constituye una acción desleal contra sí mismo al ser el mismo parte de la familia que posee la empresa). Por lo tanto, independiente de las reglas de conducta leal que se impongan en los estatutos o en la ley, las partes siempre van a alcanzar el resultado más eficiente, en vista que las transacciones de control, vigilancia e información, se llevaran a cabo sin ningún coste (por ser la administración y la propiedad una misma entidad).

La lealtad de los hijos, que los lleva a trabajar por la empresa sin mediar contrapartida económica, mejora el potencial de crear riqueza de la empresa familiar frente a la no familiar. Las normas y valores propios de la familia van a influir intensamente en la conducta de los agentes de la empresa familiar.

De la misma forma, al coincidir la propiedad y la gestión en la misma persona o grupo de personas los costes de transacción que derivan del proceso de comunicación, de información, de control y vigilancia entre los propietarios y los gestores también sería cero o casi cero.

La empresa familiar, como un caso concreto de gobierno familiar, es una institución que puede ofrecer ventajas comparativas a la hora de minimizar los costes de producción y los costes de transacción que resultan de la producción y el intercambio.

El principal postulado de la economía de los costes de transacción es que, por razones de eficiencia, los agentes valoran las alternativas institucionales disponibles para el gobierno de la producción y el intercambio y elegirán aquella que ofrece mejores resultados en términos de minimizar costes. La empresa familiar no solo minimiza los costes de producción asociados, sino también todos aquellos costes relacionados con las transacciones inherentes al proceso (vigilancia, control, comunicación, información, compensación, etc.).

Una de las características esenciales de la empresa familiar, "la coincidencia entre propiedad y gestión, y la búsqueda de la rentabilidad a largo plazo" (Cuesta, 2001), y destaca que la rentabilidad es un objetivo primordial de la empresa familiar mientras que las empresas transnacionales se enfocan en la estabilidad, la dimensión y el poder del grupo, siendo marginal y a veces más un instrumento para conseguir estos objetivos, la rentabilidad. La estructura misma de la empresa familiar demuestra el interés de los propietarios por la rentabilidad a mediano y largo plazo. Asimismo, es una nota característica el hecho de que en la empresa familiar se suele invertir las ganancias en la ampliación del negocio, lo cual hace que existan menos costes financieros relacionados con la inversión.

Finalmente, cabe señalar que al ser los costes de agencia y de transacción muy reducidos en la empresa familiar, se producirá como consecuencia un ahorro en gastos, permitiendo así una conservación de los ingresos producidos por la empresa familiar. En la empresa familiar, debido a que la propiedad está concentrada, y los propietarios con frecuencia han asumido el compromiso de aumentar el valor de la empresa para transmitírsela a sus sucesores, la preocupación por la rentabilidad a medio y largo plazo tiende a ser más importante que en las sociedades de capital disperso.

3. Ventajas de la Empresa Familiar

Además de las características antes señaladas, existen varias ventajas de llevar a cabo una actividad económica a través de la figura de la empresa familiar. A continuación, analizaremos el contenido de algunas de estas ventajas.

3.1. Compromiso de los miembros de la Empresa

En la empresa familiar imperan los principios de compromiso, orgullo, lealtad, confianza, interés por el negocio y aceptación de la autoridad. Los integrantes de las empresas familiares se identifican con el proyecto empresarial, lo sienten suyo y por lo tanto muestran un alto grado de interés y compromiso para que resulte exitoso. Ellos ven comprometido en la empresa familiar su propio bienestar económico. La empresa familiar tiene importantes fortalezas, las cuales están basadas en los principios de unidad y compromiso (Gallo, 1995).

Una ventaja es el mayor compromiso de los integrantes del grupo familiar con la empresa debido a sus propios vínculos de parentesco.

El hecho de que los integrantes de la empresa familiar sean personas conocidas entre sí, genera un vínculo de confianza muy estrecho entre ellos. La confianza entre los miembros de la familia puede ser más sólida que en empresas no familiares, lo que facilita la colaboración y la toma de decisiones.

3.2. Flexibilidad en la Administración

Las empresas familiares son mucho más flexibles que las no familiares en vista que poseen una menor burocracia gerencial, pues en la dirección de la empresa predomina los integrantes familiares.

La estructura de gestión más plana y la toma de decisiones más ágil son beneficios asociados a las empresas familiares, lo que puede ser ventajoso en entornos comerciales dinámicos.

Generalmente las empresas familiares son de pequeño o mediano tamaño, asimismo, se caracterizan por el hecho de que entre sus miembros existe un gran nivel de confianza. Estas dos circunstancias hacen que se tomen con rapidez las decisiones, en particular en caso de presencia de problemas. Entonces, otra de las ventajas de la empresa familiar consiste en la agilidad en la toma de decisiones.

3.3. Orgullo de la Empresa Familiar

La empresa familiar posee una cultura especial, con valores que típicamente incluye un gran respecto por el individuo, confianza y empatía. (Silverstein y Gellene, 1997) La herencia y el legado es una herramienta tan importante que ciertos especialistas de mercadeo han inventado un pasado para sus productos. Por ejemplo, el fabricante de vehículos Nissan ha emitido ciertos comerciales en donde aparecen actores ancianos actuando como fundadores originarios de la compañía, a pesar de que dicha compañía fue creada por una decisión gubernamental producto de la II Guerra Mundial (Silverstein y Gellene, 1997).

3.4. Autoridad Única

La existencia de una autoridad única, el jefe familiar y fundador de la empresa, genera cohesión y orientación a largo plazo y un liderazgo claramente identificado y que transmite seguridad tanto interna como externamente. La comprensión, cohesión y armonía entre los miembros de la familia impulsan la eficiencia y facilitan las relaciones informales.

La cultura empresarial en una empresa familiar a menudo se basa en valores familiares, creando un ambiente único y distintivo que puede ser atractivo tanto para empleados como para clientes.

3.5. Afecto al proyecto empresarial. Entrega a un ideal

La cultura corporativa suele ser una fuente de ventaja competitiva. Su naturaleza la hacen resistentes al cambio. El altruismo contribuye a la eficiencia productiva, ya que al haber lealtad entre los miembros se reducen los costes de agencia. El afecto bajo los que se desenvuelven las relaciones entre las personas que mantienen vínculos de parentesco estimulan los sentimientos altruistas, de manera que se mejora la eficiencia de las actividades en común, sin necesidad de utilizar costosos sistemas de supervisión.

Los miembros de la familia suelen identificarse profundamente con el negocio, lo que puede traducirse en un mayor compromiso y dedicación.

3.6. Conocimiento y formación son un asunto de familia

La preocupación por preservar el negocio para las generaciones futuras puede contribuir a la estabilidad a largo plazo de la empresa. Por tanto, una de las ventajas de la empresa familiar es que los miembros que forman parte de la gestión y administración empresarial han sido entrenados desde el propio seno de la familia. Es un entrenamiento que lleva a cabo el fundador de la empresa y los demás miembros del grupo familiar y que se extiende por un largo período de tiempo. Esta formación desde el grupo familiar genera valores de lealtad en la empresa y aprecio a una cultura empresarial. La lealtad hacia la familia constituye una norma de conducta promovida en la empresa familiar.

En la empresa familiar existe una inquietud en relación al conocimiento en profundidad de la empresa. El alto conocimiento de la empresa, de sus áreas y sistemas de producción, así como sus fortalezas y debilidades confieren a la empresa familiar una gran ventaja. El dueño tiene, generalmente, mayor conocimiento de la empresa y su entorno, mayor capacidad de sacrificio y aguante, y, sobre todo, mayor amor e ilusión por su empresa que cualquier otro ejecutivo externo.

El conocimiento unido a una estructura organizativa estable son características de la empresa familiar. Las ventajas de la familia para incentivar a los miembros de la familia para adquirir dicho conocimiento surgen en primer lugar por los derechos que tienen reconocidos quienes trabajan en la empresa (miembros de la familia) sobre los bienes de la familia.

3.7. Maximizar los beneficios privados de los socios

El primer objetivo de toda empresa es maximizar la riqueza de los socios explotando de forma intensiva sus fuentes de producción. Por tanto, el objetivo de la empresa familiar, como toda empresa, es la de maximizar los beneficios privados de los socios. Entre las vías que ofrece la empresa familiar para maximizar la riqueza empresarial están: reduce costes de transacción y de agencia.

Las empresas familiares no son solamente instrumentos para la creación de valor a través de la eficiencia, sino que también es una estructura que disminuye los costes, en especial costes de agencia y costes de transacción. Los integrantes del grupo familiar tratan de exigir de sus miembros y empleados el más alto esfuerzo, como si la empresa fuese un asunto de familia, es por ello que existe una negociación a la entrega. La confianza entre los miembros genera una comunicación eficaz. La reputación del apellido familiar se pone en juego si la actividad empresarial no se desempeña apropiadamente. Y los sacrificios personales serán compensado con el fortalecimiento de la empresa familiar en el mercado.

CONCLUSIONES

Las páginas anteriores dan cuenta de las aportaciones que desde el análisis económico del derecho ayudan a comprender mejor la institución de la empresa familiar. Para ello se realiza un primer repaso sobre el efecto que la empresa familiar tiene sobre la economía de la mayoría de los países y su contribución en la generación de valor, tanto en la generación de empleo como en la producción de dividendos para sus propietarios.

Además, vimos en este trabajo que las empresas familiares tienen ciertas características propias que las diferencian de las empresas no familiares. Una de esas diferencias fundamentales es que en las empresas familiares los costes de agencia y de transacción son extremadamente bajos y es esto lo que las hace económicamente más eficientes y rentables que las empresas no familiares. Asimismo, observamos que la empresa familiar presenta grandes ventajas con respecto a las empresas de otro tipo.

Las empresas familiares en Ecuador, al igual que en otros lugares, poseen características particulares y ofrecen beneficios únicos.

Las empresas familiares en Ecuador se caracterizan por un fuerte arraigo cultural, reflejando sólidos lazos familiares y tradiciones que influyen en su gestión y toma de decisiones. Esta estructura permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad, facilitando respuestas rápidas a los cambios. Los valores compartidos entre generaciones contribuyen a la cohesión y estabilidad a largo plazo. El proceso de sucesión es crucial, destacándose el desarrollo de liderazgo dentro de la familia como un aspecto distintivo. Además, estas empresas suelen tener un compromiso a largo plazo, enfocándose en mantener el legado familiar y asegurar la continuidad generacional.

Asimismo, hemos visto en este trabajo que las empresas familiares se benefician de una serie de particularidades distintivas que contribuyen a su éxito y sostenibilidad a largo plazo. La preocupación por preservar el negocio para futuras generaciones fomenta una estabilidad duradera. La confianza sólida entre los miembros de la familia facilita la colaboración y la toma de decisiones, que es más ágil gracias a una estructura de gestión más plana. La cultura empresarial única, basada en valores familiares, crea un ambiente atractivo para empleados y clientes. La profunda identificación de los miembros de la familia con el negocio se traduce en mayor compromiso y dedicación. Además, estas empresas suelen estar arraigadas en la comunidad, contribuyendo significativamente al desarrollo económico local y generando empleo sostenible.

Es importante destacar que, aunque las empresas familiares en Ecuador y en otros lugares pueden disfrutar de estos beneficios, también enfrentan desafíos únicos, como la

gestión de conflictos familiares, la sucesión y la separación entre asuntos familiares y empresariales. La comprensión de estas características y desafíos es fundamental para el éxito a largo plazo de una empresa familiar.

Por tanto, con base a lo anterior, se puede concluir lo siguiente: a) Las empresas familiares son instituciones económicas vitales para las economías de todos los países, en especial para la economía ecuatoriana. b) La empresa familiar constituye un factor fundamental para ciertos factores de la economía, tales como son las ventas al detal y al mayor, y la actividad agrícola. c) Las empresas familiares son mucho más flexibles que las grandes empresas, en vista que poseen una menor burocracia gerencial. d) Las empresas familiares tiende a ser exitosas en la explotación de nichos de mercado y de productos, las empresas familiares están libres a lo fuertes niveles de competencia en estas áreas.

Es vista de los beneficios que genera la empresa familiar, nuestra recomendación es el estimular el crecimiento y la prosperidad de la empresa familiar en Ecuador. Esto implica abordar diversos aspectos, desde la gestión interna hasta la adaptación a los cambios en el entorno empresarial.

Para asegurar el éxito y la sostenibilidad de las empresas familiares, es esencial desarrollar un plan estratégico nacional que contemple metas a corto, mediano y largo plazo, incluyendo la expansión, diversificación y entrada en nuevos mercados. Fomentar una cultura de innovación y mantenerse al tanto de las tendencias del mercado mediante la adopción de nuevas tecnologías es crucial para mantener la competitividad. Invertir en la formación y desarrollo del talento, tanto de los miembros de la familia como de empleados clave, asegura que el personal esté preparado para enfrentar desafíos. Profesionalizar la gestión mediante la contratación de profesionales externos puede aportar experiencia valiosa, especialmente durante el crecimiento significativo. Mantener una gestión financiera eficiente, implementando buenas prácticas contables y control de costos, es fundamental para la estabilidad económica. Establecer políticas claras de gobierno corporativo ayuda a prevenir conflictos y facilita una toma de decisiones eficiente. Construir redes y alianzas estratégicas abre oportunidades de colaboración y crecimiento. Finalmente, planificar la sucesión de manera clara y bien comunicada es esencial para una transición generacional suave y sin conflictos.

Al aplicar estas estrategias, las empresas familiares en Ecuador pueden fortalecer su posición en el mercado y enfrentar los desafíos cambiantes, asegurando su sostenibilidad a largo plazo.

REFERENCIAS.

- Banco Central del Ecuador. (2017). Cuentas Trimestrales Nacionales del Ecuador Boletín N° 98.
- Biosca Doménech (2003). Empresa y Familia. Problemas y Soluciones. Barcelona, Gestión 2000. 38-58.
- Cuesta López, José Valeriano (2001) Mecanismos Jurídicos para la defensa de la Empresa familiar. Valencia. Edit. OPVI. 22.
- Daily, E. M.; Dollinger, M. J. (1993) An empirical examination of ownership structure in family and professionally managed firms. *Family Business Review*, vol. v, n° 2, summer. 117-136.
- DeMoss Stetson, Michelle (2021) The Holistic Model: Destroying Myths and Creating Value in Family Business” Stetson University. Edit. Grez McCann. Florida, USA. The Family Business Center. 91.
- Demsetz, H. (1983) The structure of ownership and the theory of the firm. *Journal of Law and Economics*. vol.26, 375-390.
- Espinoza, C., Salinas, A., Camino-Mogro, S. & Portalanza, A. (2021). Empresas familiares en Ecuador. Policy Report. Ecuador. Universidad Espiritu Santo.
- EY and University of St. Gallen (2023) Family Business Index.
- Fama, E. F.; Jensen, M.E. (1983): Separation of ownership and control. *Journal of Law and Economics*, vol. 26. 301-325.

- Gallo, Miguel Ángel. (1995). Etapas en el desarrollo de la empresa familiar. Madrid. Seminario de la UIMP dirigido por Víctor Garrido de Palma, Civitas, 57 y 58.
- Galve Gorritz, Carmen y Salas Fumas, Vicente. (1995) Propiedad y eficacia de la empresa familiar. Teoría y evidencias empíricas. Madrid. Fundación BBVA, 71-90.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - INEC (2022). Encuesta a Empresas. Encuesta Estructural Empresarial. <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/encuesta-a-empresas/>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2020). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU). Instituto Nacional de Estadística y Censos. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/enemdu-septiembre-2020/>
- Jaskiewicz, P., Combs, J. G. y Rau, S. B. (2015). Entrepreneurial legacy: Toward a theory of how some family firms nurture transgenerational entrepreneurship. New York. Journal of Business Venturing, 30(1), 29-49.
- Jensen, M. E.; Meckling, W. H. (1976): Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. New York. Journal of Financial Economics. N° 3, p. 305-360.
- KPMG Encuesta (2020) Encuesta global de empresas familiares de STEP Project. Global Consortium y KPMG Private Enterprise.
- K.Z. Heck, Ramona y Stafford, Kathryn (2019) The Vital Institution of Family Business: Economic benefits Hidden in Plain Sight, Florida, USA. Edit. Grez McCann, 86.
- Kotlar, J., De Massis, A., Fang, H., and Frattini, F. (2014). Strategic reference points in family firms. Small Business Economics, 43(3), 597-619.
- Lora-Tamayo Rodríguez, I (1980) La forma anónima y su adaptación a la pequeña y mediana empresa. Madrid. Edit. AAMN, 22-23.
- Matías, C., y Franco, M. (2020). The role of the family council and protocol in planning the succession process in family firms. Journal of Family Business Management. 108-109.
- Mato Rodríguez, José Luís (2002) Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar. Senado. 213.
- Mike Cohn, (1992) Passing the Torch, Succession, Retirement and Estate Planning Family-Owned Business, USA. McGraw-Hill. 123.
- Otero Lastres, J.M. (1995) La Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima Familiar, en La empresa familiar ante el Derecho. Madrid. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. 258.
- Tamayo Salazar, A. K. (2022). Análisis del emprendimiento exportador ecuatoriano. [Tesis de pregrado, Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE.] <http://repositorio.espe.edu.ec/handle/21000/29444>
- Trigo, Joaquín y Amat, Joan M. (2000) Problemática de la Empresa Familiar y la Globalización." Madrid. Fundación para el Análisis de los Estudios Sociales. 100 -101.
- U.S. Bureau of Census (2021). Statistical Abstract of the United States: (119th edition) Washington, DC; U.S. Government Printing Office.
- Williamson, O. E. (1989) Las instituciones económicas del capitalismo. Fondo de Cultura Económica, México, Free Press. 29.

REVISTA JURÍDICA CRÍTICA Y DERECHO

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

SÍNTESIS DE LAS POLÍTICAS, NORMAS DE PUBLICACIÓN Y SISTEMA DE ARBITRAJE PARA LA EVALUACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos postulados con miras a publicación en la Revista Jurídica Crítica y Derecho se regirán por las siguientes normas

- a. Los artículos serán originales, inéditos y no haberse postulado para publicación en otras revistas. Se reciben artículos en idioma español, que sean el resultado de investigaciones o experiencias profesionales de los autores.
- b. Los artículos se alinearán al Campo de la Ciencias Jurídicas en base a las temáticas planificadas por el Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
- c. Los artículos deben ajustarse a las normas de publicación de esta revista.
- d. La extensión de los artículos adaptados al formato de publicación, serán de un mínimo de 10 y un máximo de 15 páginas.
- e. Los artículos se revisarán, mediante el sistema URKUND, como un mecanismo para determinar su originalidad.
- f. Los artículos serán evaluados internamente, para determinar el cumplimiento de las normas editoriales y decidir la pertinencia de enviarlo a revisión externa.
- g. El Consejo Editorial se reserva el derecho de realizar cambios superficiales y aquellos de carácter editorial.
- h. Los artículos se ajustarán a las normas APA 7ma. Edición a partir de marzo de 2020 a excepción de aspectos particulares especificados de la Revista Jurídica Crítica y Derecho.
- i. Los artículos que se ajusten a las normas establecidas adquirirán el estatus de "recibidos" lo cual, será notificado a los autores, por el contrario, serán devueltos.
- j. Los artículos "recibidos" serán presentados al consejo editorial, de cuyo dictamen, dependerá el sometimiento a revisiones en base al sistema de doble par evaluador externo ciego, como requisito ineludible para ser "Aprobados" o "Rechazados".
- k. Si el dictamen de los evaluadores por pares es de "Aprobado con cambios", se comunicará a los autores para que cumplan tal dictamen en un plazo no mayor a diez (10) días laborables, respetando el formato establecido y las normas de publicación.
- l. Si el dictamen de los evaluadores por pares es de "Rechazado", se comunicará a los autores, mediante correo electrónico dirigido al contacto principal.
- m. El Consejo Editorial se reserva el derecho a decidir sobre la publicación de los artículos, así como el número y la sección en la que aparecerán.
- n. La Revista Jurídica Crítica y Derecho, es independiente con respecto a los autores y sus trabajos sometidos a revisión, por tanto, comunicará el dictamen final de los evaluadores en un tiempo no menor a tres (3) meses, señalando además fecha probable de publicación.
- o. La Revista Jurídica Crítica y Derecho, recibe artículos en idioma español en función de sus 2 convocatorias al año. Los autores propondrán sus artículos originales en formato Word, mediante el correo electrónico fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec Debe conocerse que al menos el 60% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la Universidad Central del Ecuador
- p. Los artículos propuestos para publicación en la Revista Jurídica Crítica y Derecho estarán conformados por una de las siguientes estructuras:

Artículos originales	Otros artículos
<ul style="list-style-type: none">- Título, nombres completos de autor (es) y filiación.- Resumen (objetivo, alcance, metodología, resultado, conclusión) y Palabras Claves (4-7) (Abstract and Keywords)- Introducción generalidades, análisis del tema, objetivo.- Metodología- explica cómo se hizo la investigación.- Resultados- presentación de datos experimentales.- Discusión – análisis de resultados versus estado del conocimiento.- Agradecimientos (Opcional)- Bibliografía	<ul style="list-style-type: none">- Título, nombres completos de autor (es) y filiación.- Resumen (objetivo, alcance, metodología, resultado, conclusión) y Palabras Claves (4-7) (Abstract and Keywords)- Introducción generalidades, análisis del tema, metodología, objetivo y línea argumentativa.- Desarrollo.- Conclusiones.- Referencias Bibliográficas



Crítica y derecho

Revista Jurídica Semestral

Revista de divulgación Científica en el Campo de las Ciencias
Jurídicas

Vol. 5(9)



Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Consejo de Posgrado
Ciudadela Universitaria y Av. América
fjcps.criticayderecho@uce.edu.ec

Quito – Ecuador
2024

