

# Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 14 / Diciembre 2020



FACULTAD DE  
DERECHO

- Las TIC como medio para emitir publicidad engañosa sobre la COVID-19
- Libertad de expresión y periodismo en la doctrina de la corte IDH  
Actualizar los postulados de la OC-5/85
- Derecho a la privacidad y operaciones de inteligencia en Ecuador
- Buenas prácticas de gobierno abierto a nivel municipal en Ecuador
- El teletrabajo y su aplicación en la emergencia de la COVID-19  
Los desafíos y oportunidades en torno a su regulación



*Cálammo*

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

*udla*

# CRÉDITOS

## UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho

### RECTOR

Gonzalo Mendieta

### VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León Mendoza

### DECANA

Alexandra Vela

### DIRECTOR ACADÉMICO

José Gabriel Terán

### DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

### COORDINADORA EDITORIAL

Lydia Andrés

### COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD. Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Patricia Alvear, PhD. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

### COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

### CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

### TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

### TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Helena Carbonell, PhD.

### DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas  
Contacto: 3201 171

### PERIODICIDAD

Semestral

### DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:  
calamo@udla.edu.ec

### DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

### ISSN IMPRESO

1390-8863

**Cálamo 14:** Los artículos que conforman el número 14 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

El Décimo cuarto número de nuestra revista es el segundo en ser publicado bajo las particulares circunstancias que nos ha impuesto la pandemia. Todas las esferas de nuestra sociedad se han visto afectadas, y el ámbito educativo en general y el universitario, en particular, han sido desafiados de manera integral.

En este número acogemos distintos aportes que nos invitan a pensar sobre las implicaciones de la pandemia en nuestras vidas, sobre valores fundamentales como la libertad y sobre la injerencia de las tecnologías de la información y la comunicación.

Iniciamos la sección de dossier con el artículo de Iván Ávalos, quien nos invita a pensar la problemática de la publicidad engañosa que puede ser articulada por el Estado a propósito del Covid-19. Desde otro ángulo, dialoga con este primer texto la propuesta de Franco Hessling, acerca de la necesidad de actualizar la doctrina en temas de libertad de expresión y su aplicación al periodismo. Completa este conjunto el artículo de Martín Tamayo sobre la relación difícil entre el derecho a la privacidad y la interceptación de comunicaciones digitales durante operaciones de inteligencia en Ecuador.

Desde el frente político, Diego Cevallos ve en la implementación de formatos de gobierno abierto en los gobiernos locales, una oportunidad para que el ciudadano se empodere en los procesos de toma de decisiones.

Por último, Diego Echeverría analiza la naturaleza del teletrabajo en época de pandemia, expone los riesgos que el mismo implica para la salud de las personas y subraya la falta de protección de derechos por parte del Estado ecuatoriano frente a esta modalidad laboral.

La sección de ensayos abre con la propuesta de Rosana Granja, quien nos invita a reflexionar sobre

las implicaciones jurídicas del *homeschooling*, realidad a la que los padres se ven confrontados como consecuencia de la suspensión de clases presenciales en los centros educativos. En esta misma línea de análisis, de las implicaciones de la pandemia en nuestra forma de vida, el aporte de José Burneo reclama el derecho a la desconexión como una garantía para la salud de los trabajadores.

En esta ocasión el número cuenta con dos entrevistas; la primera, realizada por Lorena Naranjo a la especialista en derecho informático Laura Nahabetián, destaca la importancia de la protección de datos personales y aclara los campos de acción posibles para garantizarlos. La segunda entrevista, realizada por Diego Jadán al filósofo ecuatoriano Marcelo Vásconez, nos permite hacer un alto y reanudar una reflexión profunda sobre conceptos clave de la filosofía del derecho.

Por último, acogemos con mucha satisfacción la reseña realizada por Roberto Lara sobre el libro *El agente* de José Gabriel Terán, segundo número de la colección *Estudios jurídicos* de UdlA ediciones.

Desde Cálamo, cerramos este 2020 con la convicción de que generar conocimiento, abrir espacios de debate y propiciar la reflexión, son las herramientas con las que podemos contribuir con la sociedad en esta difícil etapa. Reiteramos a la comunidad nuestra permanente invitación a participar en nuestra revista y dialogar con nuestros autores y editores.

Alexandra Vela Puga  
Decana de la Facultad de Derecho  
Universidad de Las Américas

## Dossier

- LAS TIC COMO MEDIO PARA EMITIR PUBLICIDAD ENGAÑOSA SOBRE LA COVID-19 ..... 6  
Iván Avalos
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PERIODISMO EN LA DOCTRINA DE LA CORTE IDH  
Actualizar los postulados de la OC-5/85 ..... 19  
Franco Hessling
- DERECHO A LA PRIVACIDAD Y OPERACIONES DE INTELIGENCIA EN ECUADOR ..... 35  
Martín Tamayo
- BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO ABIERTO A NIVEL MUNICIPAL EN ECUADOR ..... 51  
Diego Cevallos
- EL TELETRABAJO Y SU APLICACIÓN EN LA EMERGENCIA DE LA COVID-19  
Los desafíos y oportunidades en torno a su regulación ..... 65  
Diego Echeverría

## Ensayos

- *HOMESCHOOLING* EN ÉPOCA DE COVID-19: IMPLICACIONES JURÍDICAS ..... 84  
Rosana Granja
- LA RELACIÓN LABORAL Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN ..... 97  
José Burneo

## Entrevistas

- LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD  
CON RESPONSABILIDAD  
Entrevista con Laura Nahabetián ..... 110  
Lorena Naranjo
- VALORES, LIBERTAD Y REPUBLICANISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA  
Entrevista con Marcelo Vásquez Carrasco ..... 116  
Diego Jadán-Heredia

## Reseña

- EL AGENTE: CLAVE DE CONFIANZA DEL PROCESO EMPRESARIAL ..... 124  
Roberto Lara

**DOSSIER**

*Handwritten signature in gold ink.*

## LAS TIC COMO MEDIO PARA EMITIR PUBLICIDAD ENGAÑOSA SOBRE LA COVID-19

### THE ICT AS WAY TO EMIT MISLEADING ADVERTISING ABOUT COVID-19

### AS TIC COMO MEIO PARA EMITIR PUBLICIDADE FALSA SOBRE O COVID-19

*Iván Avalos\**

Recibido: 06/08/2020

Aprobado: 18/11/2020

#### Resumen

A causa de la pandemia mundial debido al COVID-19, las personas necesitan mayor información de aquella que requieren habitualmente, de tal manera que el Estado constantemente hace uso de las TIC para comunicarse con los ciudadanos sobre el avance de la enfermedad, así como las acciones que se ejecutan para hacer frente a esta. El artículo analiza si la publicidad emitida por el Estado está en la obligación de adecuarse a los lineamientos de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Se concluye que ella debe abstenerse de expresar contenido abusivo y engañoso, debido a que este puede provocar que las personas, en base a la errónea información que reciben, realicen actividades que potencialmente puedan afectar su propia salud, a más de que se violenta el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz.

**Palabras clave:** Proveedores; Consumidores; Información engañosa; Información abusiva; Información veraz

#### Abstract

Due to the global pandemic caused by COVID-19, people need more information than they usually require. The State constantly uses ICT to communicate with citizens about the development of the disease as well as the actions taken to combat it. This article analyzes if the information issued by the State has to be in accordance with the guidelines

of the Organic Consumer Defense Law. If such is true, the government should abstain from expressing abusive and misleading content, ricking people carry out activities that may affect their health. It is also argued that the right of citizens to receive truthful information is violated.

**Key words:** Providers; Consumers; Misleading Information; Abusive Information; Truthful Information

#### Resumo

Devido a pandemia mundial ocasionada pelo COVID-19, as pessoas precisam de mais informação, com relação as que requerem de maneira habitual, de tal modo, que, o Estado constantemente utiliza as TIC como meio de informação aos cidadãos sobre o avanço da doença, assim como sobre as ações que se executam para afrontar a pandemia. O artigo analisa se a publicidade emitida pelo Estado deve se adequar aos lineamentos da Lei Orgânica de Defesa do Consumidor. Se conclui que ela deve se abster de expressar abusivo e enganoso, devido a que a que estes podem provocar que as pessoas, que se baseiam na informação errónea que recebem, realizem atividades que potencialmente possam afetar sua saúde, além de que existe uma violação ao direito do cidadão de receber uma informação verídica.

**Palavras chave:** Provedores; Consumidores; Informação engañosa; Informação abusiva; Informação verídica

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; maestrante en argumentación jurídica y litigación oral por la misma universidad. Se interesa por la investigación jurídica y ha publicado artículos en diferentes revistas académicas del Ecuador, sobre todo en el ámbito constitucional y de la argumentación jurídica. Entre sus publicaciones, destacan “La afectación al derecho humano a recibir información veraz causada por los políticos en sus campañas electorales”, que recibió una mención de honor en el Premio Internacional Juan Larrea Holguín; y un capítulo sobre la tutela de libre competencia en *Apuntes de Derecho de libre competencia*. Correo electrónico: ivanro41@hotmail.com



## INTRODUCCIÓN

Varios años atrás, es seguro que la comunicación entre el Estado y sus mandantes era mucho más compleja de lo que lo es en la actualidad<sup>1</sup>. Las propuestas de campaña para elegir a uno u otro candidato, las acciones que realiza el gobierno, e inclusive los decretos y la normativa vigente, no eran de fácil acceso para la ciudadanía. Este fenómeno se debe sobre todo a que, hoy en día, a diferencia de épocas pasadas, la tecnología de punta está presente, en mayor o menor medida, en cada uno de los hogares, de forma que, al utilizar nuestro teléfono celular, laptop o prender la televisión, tenemos disponible una gran cantidad de información.

El uso de las tecnologías de la información y comunicación es ampliamente aprovechado por el Estado, más aún en este tiempo en que el mundo entero enfrenta una pandemia; razón por la cual, es necesario que se informe constantemente a las personas sobre medidas de prevención, nuevos casos de contagios, decretos ejecutivos que regulan la conducta, políticas públicas, etc.

Una de las formas en que el Estado entrega información a la ciudadanía es mediante la publicidad, que puede definirse como “un proceso que se sirve de los medios de comunicación masiva con la finalidad de dar a conocer un bien, servicio, o informar con diversos objetivos” (Lopez 2013, 118). Debido a que la publicidad en torno al COVID-19 contiene información

relevante para la salud de las personas, es generalmente seguida y obedecida por la ciudadanía. Por lo que se esperaría que el Estado vele por remitir información veraz; pero lamentablemente, muchas de las veces se difunde publicidad engañosa, abusiva y que induce al error.

En este sentido cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿es posible considerar a los ciudadanos como consumidores y al Estado como proveedor de respuesta, de tal manera que su relación sea normada por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor? De ser afirmativa la respuesta a esta pregunta, salen a la luz otras interrogantes: ¿la publicidad difundida por medio de las TIC es únicamente emitida por empresas con ánimo de obtener un rédito económico al persuadir al consumidor, o el Estado también emite publicidad?; ¿se perjudica algún derecho de las personas en el caso de que el Estado difunda publicidad errónea en torno al Covid-19?

Para contestarlas, el presente artículo se desarrolla de manera que, en un primer apartado, se abordarán los asuntos concernientes al Estado como proveedor de bienes y servicios públicos, para posteriormente tratar la publicidad estatal social, luego la publicidad engañosa y abusiva en torno al COVID-19, después el uso de las TIC en la publicidad y, por último, se analizará el derecho de las personas a recibir información veraz.

### ¿POR QUÉ SÍ EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y POR QUÉ NO EL DERECHO ADMINISTRATIVO?

Inmediatamente después de leer las primeras líneas de este trabajo aparece una inquietud relevante que merece ser absuelta. Esto se debe a que el considerar a la relación existente entre el Estado y los ciudadanos respecto a la prestación de un servicio y la

publicidad de éste ha sido generalmente tratado por medio del Derecho Administrativo, mas no en base al Derecho del consumidor; una forma de proceder que resulta bastante novedosa y poco usual.

<sup>1</sup> Aún es común escuchar relatos de las personas de edad avanzada que viven en el Ecuador, quienes recuerdan que, cuando eran niños, había avionetas que rápidamente sobrevolaban el espacio aéreo de las ciudades y dejaban caer a propósito una gran cantidad de volantes donde se especificaban las propuestas de campaña de los candidatos a la presidencia de la República. Esta era quizá la única forma de publicidad electoral.

La sociedad que conforma el hombre está protegida por medio del complejo funcionamiento estatal, que limita el accionar de los ciudadanos mediante una normativa de obligatorio cumplimiento que resguarda y protege a las personas, cuyo objetivo es dotarle de, por lo menos, un mínimo bienestar. Consecuentemente, el Estado administra, dirige, coordina, planifica y organiza a las instituciones con el fin de que brinden servicios públicos de libre acceso para los ciudadanos. Al respecto, Eduardo Soler manifiesta:

Todos empleamos la palabra Administración para demostrar la idea de servicio, de aplicación de medio a fin; administrar es obrar, quiere decir actividad, supone movimiento. [...] Así, decimos administrar una medicina al acto de hacérsela tomar a un enfermo; administrar una finca a la serie de actos para conservarla y hacerla producir. [...] Se aplica a todos los órdenes la vida; y así, no solo decimos administrar una finca, sino también administrar los sacramentos, administrar justicia, etc. (Soler 2015, 47)

En suma, el Estado administra la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas, y, de esta manera, ejerce la administración pública, que se constituye “por todas las entidades públicas [...]”; y finalmente, los gobiernos autónomos descentralizados, que se integran con las municipalidades, consejos provinciales, juntas parroquiales, distritos metropolitanos, regiones y la circunscripción territorial especial de las provincias amazónicas”<sup>2</sup> (Pérez 2020, 39).

Pues bien, en tanto el Estado ejerce la administración pública, es necesario que su potestad –el *imperium*– esté limitada, enmarcada o condicionada por medio de la normativa; la cual, a pesar de ser creada por el propio Estado, busca que su accionar se vea guiado por la ciencia jurídica y que, como consecuencia, respete los derechos fundamentales de los habitantes. De esta manera, las instituciones estatales prestarán su servicio siempre en con miras a amparar a las personas. Para lograrlo, entra en vigencia el Derecho administrativo, que, en suma, es “aquella rama del derecho

público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra esta” (Gordillo 2013, 115).

Se puede colegir que corresponde al Derecho Administrativo entrar en acción cuando, entre otros casos, los servicios públicos son brindados a los ciudadanos de manera deficiente, de forma que van en desmedro de los derechos de los habitantes. Por lo tanto, esta rama del Derecho podría ser accionada una vez que el servicio público haya sido ya prestado, mas no cuando se realiza la publicidad relativa a dicho servicio.

A título de ejemplo, cuando el Estado, a través de medios de comunicación tales como las redes sociales, radio y televisión, hace publicidad en torno a la COVID-19 y a la salud pública, el Derecho Administrativo aún no puede entrar en acción. Pero, si un ciudadano acude a beneficiarse del servicio de salud pública y en el hospital al que asiste es atendido de muy mala forma, sí es posible echar mano del Derecho Administrativo.

A más de esta interrogante previamente absuelta, resulta en igual forma relevante interpretar el primer artículo de la Ley de Comunicación, que establece el motivo por el que se pretende utilizar a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, mas no la Ley Orgánica de Comunicación en torno al tema de la publicidad emitida por el Estado sobre la COVID-19. Para aclarar esto, basta con la declaración: “Esta ley tiene por objeto desarrollar, proteger, promover, garantizar, regular y fomentar, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos en los instrumentos de derechos humanos y en la Constitución de la República del Ecuador” (Ley Orgánica de Comunicación, artículo 1).

En este sentido, es necesario vislumbrar qué es lo que comprende el derecho a la comunicación, entendido como aquel que protege al marginado en la esfera pública y le dota de la posibilidad de disfrutar de la libertad de palabra (Aguirre 2013, 64). En suma, la Ley Orgánica de Comunicación busca normar a los comunicadores o quienes informan a los ciudadanos,

<sup>2</sup> Dicha constitución de la administración pública corresponde específicamente a eventos que hoy suceden en el Ecuador. Cada uno de los diversos países conforma la administración pública de una manera distinta.

sean profesionales o no, de manera que vean limitado su accionar conforme los derechos de los ciudadanos<sup>3</sup>. Pero no regula la relación existente entre el proveedor de bienes y servicios y los consumidores;

por cuanto, a pesar de que el proveedor también comunica al efectuar publicidad, no lo hace por el mero hecho de comunicar, como sí lo hace un medio de comunicación.

## EL ESTADO COMO PROVEEDOR DE BIENES Y SERVICIOS

Desde los postulados de Rousseau, contenidos en su libro *El contrato social*, sabemos que las personas, en su necesidad de vivir en sociedad, buscan constantemente convivir de manera pacífica con los demás. Para conseguirlo se ven obligadas a entregar cierta parte de sus libertades al Estado, ya que éste tiene la fuerza y poder suficiente para administrar la sociedad, de tal manera que se logre una convivencia tranquila. Ahora bien, el Estado, para efectuar la mejor administración, requiere de la creación de normas, que deben ser de obligatorio cumplimiento por los ciudadanos; y también, tiene el deber de solventar las necesidades, al menos las básicas, de sus administrados.

En este sentido, el Estado brinda servicios para satisfacer los requerimientos elementales de los ciudadanos, por ejemplo, construye la infraestructura necesaria para dotar de agua potable a las familias, edifica hospitales para atender a los ciudadanos, fabrica puentes y carreteras que permiten la movilidad de las personas, entre otras. Así pues, es innegable que el Estado se convierte en proveedor de aquellos bienes y servicios públicos.

Por su parte, los ciudadanos son los consumidores, de tal manera que pasan a ser la parte más débil de esta relación jurídica proveedor-consumidor; ya que no están en la capacidad de elegir entre diversos bienes y servicios, por cuanto algunos de estos son ofertados únicamente por el Estado. La ciencia jurídica está en la obligación de crear herramientas que protejan a aquella parte más débil. Por ejemplo, en el derecho laboral, el empleado tiene siempre más protección

frente al empleador. Igual sucede en cuanto a la normativa referente al consumidor, quien debe estar jurídicamente blindado ante el proveedor. Al respecto, Carlos Tambussi sostiene que:

Los derechos del consumidor, al igual que los derechos humanos, tuvieron origen en la necesidad de hacer valer el respeto a la persona frente al creciente poder del Estado y del mercado, en la creencia efectiva y con base fáctica que de no oponerse derechos fundamentales a esos factores de poder, la debilidad del ciudadano aislado se transforma en indefensión y abandono. (Tambussi 2014, 95)

En definitiva, proveedor es “toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por los que se cobre precio o tarifa” (Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, artículo 2).

En consecuencia, el cobro, ya sea de precio o tarifa, es un aspecto fundamental para que una persona, natural o jurídica, pueda ser considerada como proveedora. La tarifa puede ser definida “[...] como la contraprestación que los usuarios pagan por la disposición de un servicio público o de interés público, prestado por una entidad estatal, un concesionario o cualquier otra modalidad admisible para el marco regulatorio aplicable” (Laborde 2016, 105). Mientras que el precio se refiere a la contraprestación que el consumidor paga en razón de beneficiarse de un bien o servicio<sup>4</sup>.

3 Inclusive la Ley Orgánica de Comunicación establece el derecho a recibir información de calidad; pero lo hace bajo la perspectiva del ámbito meramente comunicacional, dando directrices a los medios de comunicación para que la audiencia disfrute de tal derecho; y deja de lado a la relación proveedor-consumidor, la cual es normada por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

4 En realidad, la doctrina hace un análisis más amplio sobre la diferencia entre precio y tarifa; pero, para efectos del presente trabajo, la disimilitud general realizada es suficiente.

## ¿ES EL ESTADO EMISOR DE PUBLICIDAD O SIMPLEMENTE INFORMA A LOS CIUDADANOS?

Una vez que ha quedado claro que el Estado es proveedor de bienes y servicios públicos, y la ciudadanía en general es el consumidor de estos, es momento de dilucidar el modo en que el Estado da a conocer tales bienes y/o servicios a las personas.

Varias son las formas en que el Estado logra mantener una comunicación directa con sus mandantes. Una de ellas es la cadena nacional, donde los principales representantes de las funciones del Estado se dirigen a las personas gracias a los medios de comunicación masiva. Otra consiste en las diversas entrevistas que son efectuadas por canales de radio, televisión e internet. A más de estas formas de comunicación, también se hace presente la publicidad.

A breves rasgos, la publicidad es aquella forma de comunicación en la que el emisor intenta que todas las personas receptoras del mensaje efectúen una acción determinada, como adquirir un producto, comprar un servicio, visitar determinado lugar, hacer o dejar de hacer una cosa, entre otras<sup>5</sup>. La publicidad es “el arte de convencer a los consumidores” (Bassat 2009, 33).

Consecuentemente, la publicidad puede también dirigirse no exclusivamente a un ámbito comercial, o, dicho de otro modo, no solo persigue generar un rédito económico, sino que también busca lograr un cambio en la actitud y comportamiento colectivo. Se trata de la publicidad social, entendida como “[...] la actividad comunicativa de carácter persuasivo, pagada, intencional e interesada que sirve, a través de los medios publicitarios, a causas concretas de interés social” (Alvarado 2012, 266).

Actualmente, a diario se cuenta con una gran cantidad de publicidad referida al COVID-19, especialmente a las formas de prevención de esta enfermedad, como,

por ejemplo, el correcto lavado de manos y el distanciamiento social, o al número de contagios que día tras día se incrementa. Evidentemente, esta publicidad no busca generar algún rédito comercial o que el ciudadano adquiera un bien o servicio, sino que, muy por el contrario, pretende generar un cambio en el comportamiento de los ciudadanos, sin dejar de ser una publicidad o propaganda.

Los políticos son quienes más uso hacen de la publicidad social; en la actualidad, sobre todo a aquella que hace referencia a la COVID-19. Al respecto, el presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, públicamente ha manifestado, por todos los medios de comunicación, que el coronavirus tiene una gran parte de ficción o fantasía (Infobae 2020). Al hacer estas declaraciones, posiblemente influyó negativamente en los cuidados que debían tener quienes entonces dejaron de tomar las debidas precauciones para enfrentar el virus<sup>6</sup>. En el mismo sentido, el presidente de México, Manuel López Obrador<sup>7</sup>, manifestó que no es necesario dejar de abrazarse a causa del coronavirus, que dicha muestra de afecto no provoca daño alguno (La Vanguardia, 2020). De igual manera, con dichas declaraciones publicitadas en todos los medios de comunicación y redes sociales, el presidente pudo haber influenciado para que los mexicanos hagan caso omiso del distanciamiento social. Donald Trump también restó total importancia a los efectos de la COVID-19, e incluso llegó a calificar como una farsa a las alarmas que emitían diferentes personajes alrededor del mundo y dentro de los EE.UU. Tiempo después se vio en la necesidad de cambiar su discurso al verse obligado a enfrentar la difícil situación que aun atraviesa el país norteamericano (La Vanguardia 2020).

Ejemplos como los que se acaban de exponer existen en el mundo entero. También en Ecuador han sido

5 Generalmente, se diferencia entre publicidad y propaganda. La primera hace referencia específicamente a bienes y servicios ofertados por el Estado; la segunda tiene que ver con el ámbito de la comunicación que se da entre empresas con el ánimo de incrementar sus ganancias, y los consumidores.

6 A fecha 17-V-2020, Brasil era el cuarto país con más contagios a nivel mundial, pues superaba inclusive las cifras presentadas por Italia y España. Varios periodistas han atribuido el brote a las declaraciones efectuadas por políticos que restaban importancia al virus.

7 El presidente mexicano apareció en distintos lugares del país, en el afán de dar abrazos y saludar fraternalmente con todo ciudadano que se le acercaba; actitud que fue evidentemente muy criticada en el ámbito internacional.

varios los funcionarios que, por decir lo menos, han publicitado, sobre todo en redes sociales, comentarios desatinados acerca de la COVID-19 y, de este modo, han suprimido información relevante, modificado datos o dicho verdades a medias. Pero una de las publicidades más erróneas fue la efectuada por el Estado el 4 de mayo de 2020, cuando se informó a los ciudadanos, por medio de una imagen detallada, que los casos confirmados de COVID-19 eran 31.881; mientras al día siguiente se dijo que los casos confirmados eran 29.420. Dicha información fue difundida por la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias.

Respecto a este último ejemplo, es necesario aclarar que el cambio en las cifras, sobre todo en el número de personas contagiadas, ha sufrido varias modificaciones, entre otras causas, debido a la forma en que los casos positivos se contabilizaban. En efecto, inicialmente se consideraban contagiados a todos quienes daban positivo al examen efectuado por medio de las pruebas rápidas, mientras que, más tarde, se decidió

tomar en cuenta únicamente a las personas que se conocía estaban contagiadas del virus mediante las pruebas PCR. Según la página web del Grupo Faro (2020), las infografías generadas por la Secretaría de Gestión de riesgos, con el fin de dar a conocer la situación de la COVID-19 a la ciudadanía, han sufrido nueve reformas respecto a la contabilización de datos.

A diario, el Estado emite publicidad que rápidamente se vuelve viral<sup>8</sup>, en la cual se informa sobre los nuevos casos confirmados del virus, detallados por provincia, las personas fallecidas a causa de la enfermedad y sobre quienes, después de hacerse el respectivo examen, han dado un resultado negativo. Cometer errores en dicha publicidad como el que se acaba de exponer, ya sea por falta de mecanismos adecuados para una correcta contabilización o por modificar reiteradamente la forma de procesar datos, provoca directa o indirectamente que los ciudadanos se relajen, al pensar que tal vez los contagios han disminuido y que, por lo tanto, el virus está siendo correctamente tratado. ¿Fue aquella una publicidad engañosa o abusiva que induce a error?

## LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y ABUSIVA SOBRE LA COVID-19

La normativa que regula la conducta que nace de la relación proveedor-consumidor en el Ecuador determina que publicidad abusiva es:

Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. (Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Artículo 2)

Lo primero a resaltar en torno a este articulado es que, en su parte inicial, existe una disyunción incluyente, debido a que pueden considerarse como una publicidad abusiva ya sea una modalidad de información

o una comunicación comercial, o ambas a la vez. Por consiguiente, a pesar de que el Estado no realiza propiamente una comunicación comercial, ya que no vende directamente bienes o servicios tal como sí lo hace, por ejemplo, un almacén de electrodomésticos, si puede emitir publicidad engañosa, ya que informa constantemente al ciudadano.

Esta publicidad, denominada abusiva por no ser del todo falsa ni desinformativa, encuentra su fundamento en elementos inconvenientes o inmorales que perjudican otros derechos de los consumidores o provocan efectos adversos a la sociedad en general (Stiglitz 2001). La publicidad estatal, que cometió un error en cuanto a las personas infectadas de COVID-19, claramente pudo haber sido uno de los causantes para que los consumidores (ciudadanos) se comporten de tal

<sup>8</sup> Toda la información vertida en la actualidad, inclusive aquella de cariz político y la publicidad correspondiente, puede rápidamente ser vista por un importante grupo de personas a nivel mundial, gracias a las TIC. Evidentemente, su uso representa una gran ventaja; pero en ciertos momentos, por el contrario, llega a causar serios inconvenientes, sobre todo a quienes cometieron un error en su publicidad.

manera que afecten su derecho a la salud, al inobservar y dejar de aplicar protocolos y recomendaciones para evitar el virus<sup>9</sup>.

En cuanto a la publicidad engañosa, la ley la define como:

Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes, o directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor. (Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, Artículo 2)

Doctrinariamente, la denominación de publicidad engañosa ha abarcado el conjunto de situaciones que representan un peligro para el consumidor (Gómez 2008, 270). “Para calificar como engañosa a la publicidad no tiene que versar el engaño sobre la totalidad de la correspondiente comunicación publicitaria” (López de Lema 2018, 101). Es decir, hace falta simplemente que el Estado, mediante su publicidad, induzca a error

a los ciudadanos (consumidores), debido a que, total o parcialmente, el contenido de dicha publicidad sea contrario a las condiciones reales. En consecuencia, la publicidad en la que el Estado cambió el número de personas contagiadas en días seguidos es, a más de publicidad abusiva, también engañosa.

A fin de ejemplificar la publicidad engañosa, recordemos las declaraciones del embajador de Ecuador en España, Cristóbal Fernando Roldán, para RTVE noticias, sobre la grave situación de Guayaquil, donde, por obra de las redes sociales, se podían observar en todo el mundo fotos y videos de cadáveres que yacían en las calles, aparentemente debido a la COVID-19 y a la falta de atención eficaz en las clínicas y hospitales, ya colmados de pacientes. Roldán afirmó que aquellos muertos eran producto de una tradición ecuatoriana en la que se acostumbra velar por dos o tres días a los familiares fallecidos<sup>10</sup>. Al igual que los demás ejemplos propuestos, estas declaraciones en televisión contienen información que dista de la realidad, razón por la cual, inducen a error al ciudadano, así como provocan que su salud se vea seriamente comprometida al minimizar el severo daño que provoca el virus.

## EL USO DE LA TIC EN LA PUBLICIDAD

Los proveedores de bienes y servicios buscan que su publicidad llegue al mayor número posible de personas, un logro que, en la actualidad, es mucho más fácil de conseguir. En el pasado, los políticos debían recurrir a las cadenas radiales para que su voz fuera escuchada por los ciudadanos; era imposible la transmisión de imágenes y era impensable informar por medio de videos.

Más tarde, con el auge de la televisión, la publicidad lograba llegar a más personas, aunque dicho aparato tecnológico, en sus inicios, era de acceso exclusivo para quienes mantenían una economía privilegiada. Las grandes y poderosas cadenas televisivas eran las

únicas que contaban con la tecnología suficiente para hacer llegar videos hasta el consumidor. Más tarde, el internet apareció y se convirtió en una herramienta de gran utilidad para el mundo entero; la transformación global se debe, en gran medida, al internet y a la globalización (Calderón y de Alba 2010, 211).

Al parecer, hoy en día, los emisores de publicidad deben hacer un esfuerzo menor para que su información llegue a más personas. En efecto, las tecnologías de la comunicación e información como el internet, con su gran cantidad de información, están presentes en casi todos los aparatos modernos y en la generalidad de actividades que a diario realizamos. Por ejemplo, los

<sup>9</sup> El Estado ha creado la página web denominada [coronavirusecuador.com](http://coronavirusecuador.com), en la que, a diario, se pueden encontrar cifras actualizadas sobre el virus.

<sup>10</sup> Declaraciones como éstas han abundado últimamente. Inclusive hubo un funcionario del gobierno quien aseguró que no existen cadáveres desaparecidos en Guayaquil, sino que sus familiares no saben dónde se encuentra el cuerpo.



celulares inteligentes, las tabletas y laptops están siempre conectados a la red, de forma que estamos expuestos a mucha publicidad, a pesar de que esa no sea esa siempre nuestra intención<sup>11</sup>.

Pese a la relevancia que aún mantienen medios clásicos como la radio, la televisión y el periódico, hoy prima el impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (Holgado 2017, 459). La ciencia jurídica debe efectuar un adecuado ordenamiento para toda la actividad relacionada con internet y el ciberespacio. Al respecto, Carrillo sostiene lo siguiente:

[Se] requiere un planteamiento global y coherente sobre la base de un análisis previo de esta realidad y de los condicionantes y presupuestos que impone y que la diferencian de otros espacios sujetos a regulación. La amenaza cibernética supone un cambio de paradigma porque es diferente, completamente deslocalizada, insuficientemente apreciada y de naturaleza estructural. La conflictividad ciberespacial se manifiesta, asimismo de un modo singular, en la cibercriminalidad, el ciberespionaje, el ciberterrorismo y la ciberguerra, diferenciándose de sus homólogos no virtuales y difuminándose los límites entre esas diversas categorías. El ciberespacio impone, también, la necesidad de abordar ciertos cambios en los modelos de organización interna e internacional. (Robles 2016, 1)

A más de los problemas que este autor determina que surgen a causa de internet y del ciberespacio, la publicidad se ve también envuelta en estos inconvenientes que el Derecho debe normar. Un ejemplo tiene que ver con las redes sociales, en las cuales se incluyen imágenes, videos, spots y hasta juegos, e inclusive se interactúa de tal forma que se obtiene un cambio en la actitud o emoción de receptor del mensaje (Estrella y Sánchez-Martín 2011, 474).

El *spot* publicitario es una especie de mensaje corto y breve, emitido en cualquier medio de comunicación,

que tiene rasgos eminentemente persuasivos y agresivos, y es utilizado específicamente por el político que tiene un canal de comunicación directo con el ciudadano. El *spot*<sup>12</sup> generalmente resalta cierta información o, por el contrario, la oculta, siempre para buscar el beneficio del político (Díaz y Alba 2016).

La nota característica o más sobresaliente de la publicidad emitida por medio de las TIC es la gran posibilidad que tiene la propaganda de ser rápidamente difundida a gran escala; hacen falta solo unos cuantos minutos para que la información se difunda por medio de Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube y redes sociales y aplicaciones de todo tipo. Esta es una ventaja para toda persona que quiera emitir un mensaje; pero puede también convertirse en un dolor de cabeza para quienes, después de haber subido información a internet, se arrepienten de haberlo hecho, porque es posible que tal información ya haya sido vista por un gran número de personas.

Las redes sociales han adoptado elementos y características de los medios de comunicación tradicionales, pero también han implementado nuevos e innovadores aspectos que, sin duda, traen consigo formas distintas de interacción (Campos 2008).

Un claro ejemplo es que el presidente de Ecuador, Lenín Moreno, escribió el día 27 de mayo de 2020, en Twitter, que había tenido un diálogo con Ángela Merkel en búsqueda de que Alemania brinde ayuda al Ecuador. Para ello, adjuntó una imagen en la que se pudo observar a la política alemana en la pantalla de la computadora del presidente. Pero esta imagen no correspondía a un diálogo, sino, más bien, parecía una de las tantas fotografías que existen en el internet de la afamada política. Seguramente, al darse cuenta de su error, el presidente borró inmediatamente esta información; no obstante, recibió una gran cantidad de burlas a nivel local e internacional. Acontecimientos como estos demuestran que las redes sociales no son simples herramientas tecnológicas para el intercambio de mensajes, sino que se han convertido en auténticos

11 Por ejemplo, cuando ocupamos nuestra laptop con el fin de realizar algún trabajo e ingresamos a internet, es imposible escapar a la publicidad, que aparece sin que la aceptemos.

12 Dicho *spot* publicitario es muy utilizado sobre todo en tiempos de campaña electoral, cuando al político le interesa resaltar sus aspectos positivos y minimizar sus debilidades.

medios masivos de comunicación (García, del Hoyo y Fernández-Muñoz 2014, 36).

La Constitución del Ecuador vigente desde el año 2008 contempla, en su artículo 18, que todas las personas tienen derecho a recibir información veraz

sobre los hechos y acontecimientos de interés general. En base a esta norma de rango constitucional, todo tipo de información que se dirija a las personas, en cualquier soporte que se encuentre, tanto en medios tecnológicos como en medios clásicos, debe ser veraz.

## EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS A CONTAR CON INFORMACIÓN VERAZ

El neoconstitucionalismo o simplemente constitucionalismo, como también se lo conoce, ha sido fuente de grandes debates, discusiones y aproximaciones académicas y doctrinarias, sobre todo en los últimos tiempos. La razón es que dicha corriente idealista ha pasado a ser parte fundamental en el ordenamiento jurídico de varios países del mundo. En definitiva, los cimientos básicos del neoconstitucionalismo son: la rigidez y supremacía constitucional, la garantía según la cual es posible hacer respetar la normativa de la Constitución mediante un control de su vigencia<sup>13</sup>, y la interpretación flexible del contenido de su contenido (Bustamante 2011). En este sentido, los derechos fundamentales que constan en la parte dogmática de la Constitución adquieren una relevancia especial; y uno de ellos es el derecho a la información.

Para comprender de manera más adecuada y pertinente el derecho a la información, es necesario entender inicialmente, por lo menos de una manera escueta, qué es la información. Por información debe entenderse el conjunto de datos que tengan relevancia en cualquier ámbito, jurídico, político, comercial, científico, etc., que han sido compilados por alguien para que luego sean transmitidos y/o receptados por varios sujetos, y que suele tener el fin principal de que la persona receptora del mensaje realice una acción determinada (Avalos 2020, 49).

Ahora bien, la información está protegida por el derecho a la información, que puede ser definido como aquella rama del Derecho Público que pretende

estudiar las normas, alcances y limitaciones de la relación que se da entre los medios de comunicación, Estado y los receptores del mensaje, así como también estudia la libertad de expresión (Villanueva 2008); y “... es de tanta relevancia en la sociedad contemporánea como el derecho a la educación” (Nogueira 2000, 327). Varios instrumentos internacionales de derechos humanos contemplan al derecho a la información como un derecho humano; inclusive la tan afamada Declaración Universal de Derechos Humanos, cuerpo legal que es estudiado hasta nuestros días a pesar de haber sido creado en 1948, que habla de este derecho en su artículo 19.

El ser humano, tanto en la actualidad como desde el inicio de sus días, necesariamente debe contar con información para poder vivir plenamente, razón por la cual, otorgar la calidad y jerarquía de derecho humano a la información es de mucha relevancia. Y la Constitución vigente en el Ecuador manda que la información que va a ser entregada al ciudadano adopte por lo menos algunas cualidades elementales; estas son: veracidad, verificación, oportunidad, contextualización, pluralidad y ausencia de censura previa (artículo 18).

En razón de que toda la normativa del sistema jurídico debe estar acorde a la Constitución, la Ley Orgánica de Derecho al Consumidor se relaciona directamente con el derecho a la información y desarrolla también la prohibición de que se emita publicidad engañosa y abusiva, tema que ya fue tratado anteriormente.

<sup>13</sup> Entre ellos se encuentra el control difuso proveniente de la famosa sentencia de los EE.UU. *Madison vs Marbury*, y el control concentrado que tiene como principal precursor a Hans Kelsen. Cabe señalar que, sobre todo en países de Latinoamérica, se han implementado controles mixtos.



En cuanto a la veracidad de la información, veraz es un término que va de la mano con verdad, y “se dice de alguien que es veraz cuando de forma constante expresa la verdad” (Azurmendi 2005, 10). La propia Constitución nos da ciertas pistas mediante las cuales es posible determinar cuándo la veracidad en la información debe ser más estricta. Efectivamente, es posible que cierto tipo de información que llega al ciudadano, ya sea por medio de publicidad o por cualquier otra forma, no merezca una veracidad del todo rígida<sup>14</sup>; por ejemplo, es evidente que la información vertida en programas de televisión de farándula no exige total veracidad.

La Constitución manda que todos los elementos que necesariamente deben estar presentes en la información, incluida la veracidad, se deben garantizar. A breves rasgos, un acontecimiento de interés general es aquel suceso o hecho relevante para una gran cantidad de personas. Por ejemplo, las elecciones políticas son un caso de interés general, ya que representan importancia para un gran número de ciudadanos. Es también un evento relevante todo lo referente a los subsidios en el país, la salud del presidente de la república, la declaratoria de guerra con otro país, etc. En todos estos casos, la información debe ser especialmente veraz; mientras que información de otro tipo, que no presente un interés general, sí pudiera, eventualmente, mentir al ciudadano.

El acontecimiento de interés general más relevante de todos es aquel que tiene que ver con la salud de todas las personas, como es evidentemente el caso de la COVID-19, que es altamente contagioso y afecta a cualquier ser humano. Por lo tanto, la información referente a este virus, y en definitiva a todo el ámbito de la salud, debe ser totalmente veraz.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que la salud es un derecho fundamental y, en consecuencia, todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos (Hontangas 2016, 65). De conformidad con la OMS, “la salud es el goce máximo de bienestar, que comprende tanto la acción de conservación para evitar y prevenir la enfermedad, como la acción de restablecimiento para recuperar la calidad de una vida digna” (Quintero 2011, 78). En palabras más sencillas, el derecho a la salud protege al ciudadano de dos formas:

- a) El Estado está en la obligación de efectuar las acciones necesarias para que las personas tengan un acceso eficaz y de calidad a todos los servicios para salvaguardar la salud. Esta forma de protección se presenta *ex post*, ya que se efectiviza una vez que el ciudadano ha contraído una enfermedad.
- b) El Estado debe hacer todo lo necesario para prevenir enfermedades. A diferencia de la primera forma en la que se presenta el derecho a la salud, esta tiene efectos *ex ante*, debido a que pretende evitar el acaecimiento de padecimientos.

En suma, de todas las tesis expuestas, se puede colegir que, cuando el Estado vierte información errónea, engañosa y abusiva en torno al COVID-19, no sólo contraviene el derecho de los consumidores, que son los ciudadanos, sino que también violenta el derecho a la información. Y es que el hecho de no adecuar el contenido del mensaje que llega a las personas a la exigencia de veracidad provoca, correlativamente, una afeción al derecho a la salud; pues, en este caso, el Estado evade su deber de actuar de forma tal que ayude a informar de manera adecuada sobre las pre-enfermedades.

<sup>14</sup> Sería una utopía esperar que el Estado, mediante la función judicial, y esta a su vez mediante la tutela judicial efectiva, garanticen la verdad en todos los ámbitos de la información. Por este motivo existen normas específicas como la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, que regula temas especiales y desarrolla más a fondo el Derecho fundamental a la información consagrado en la Constitución.

## CONCLUSIONES

El Derecho Administrativo puede ser activado cuando la prestación de un servicio público, como el de salud, ha sido prestado de manera que afecte los derechos de los ciudadanos; pero, si se trata de la publicidad que el Estado efectúa mediante los medios de comunicación y las TIC, le corresponde entrar en acción a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

El Estado, en su calidad de proveedor de bienes y servicios hacia los ciudadanos, que son en definitiva los consumidores, emite una gran cantidad de publicidad, que no necesariamente debe ceñirse a buscar netamente un interés o beneficio económico, ya que el mero hecho de pretender que el receptor del mensaje efectúe cierta acción o cambio de actitud le dan la calidad propiamente de publicidad. Esta es la publicidad social altamente utilizada por los políticos sobre todo en la actualidad, cuando con ella se intenta que las personas modifiquen su conducta diaria, de manera que utilicen mascarillas, se laven las manos constantemente, y demás medidas.

Se considera publicidad abusiva a aquella que, a pesar de no ser del todo falsa, contiene elementos que tienen la plena capacidad de perjudicar algún derecho del receptor del mensaje; mientras que publicidad engañosa es aquella que, al no contemplar en su contenido todos los aspectos que se apeguen lo más posible a la realidad, inducen a las personas a cometer errores. Por lo tanto, la publicidad que el Estado ha efectuado alrededor de la COVID-19, específicamente aquella infografía proveniente de la Secretaría de Gestión de Riesgos en la que se modificó en días seguidos el número de contagiados, al no contener todos los elementos que se ceñían a la verdad, fue una publicidad engañosa,

pues provocó potencialmente que los ciudadanos cometieran errores.

Las TIC se han convertido en una herramienta que brinda una gran ayuda al emisor de publicidad, entre ellos el Estado; pero a más de presentar ventajas, también acarrea problemas, que deben ser regulados por medio de la ciencia jurídica. Uno de esos problemas es la publicidad. Esta, en base al internet, inmediatamente alcanza a un gran número de personas. Consecuentemente, entra en vigencia el derecho a la información, entendido como una rama del Derecho Público que se encarga del estudio de las relaciones existentes entre medios de comunicación, Estado y ciudadanos, y también analiza los límites de la libertad de expresión.

En cumplimiento del derecho a la información, el contenido de la publicidad que se encuentra en cualquier tipo de soporte, es decir ya sean medios clásicos como el periódico y/o radio, o medios modernos como las redes sociales, debe apegarse lo más posible a la verdad, de tal manera que el ciudadano receptor del mensaje que es fruto de la publicidad no se vea afectado.

La veracidad en la información debe ser más rígida en el caso de los acontecimientos de interés general; innegablemente la referente al COVID-19 representa un hecho relevante para todos los ciudadanos, por lo que debe ser especialmente veraz. El Estado ha inobservado tanto el derecho a la información como los derechos de los consumidores, al publicitar información errónea sobre el virus y sus efectos negativos; de esta manera ha provocado que la salud de los ciudadanos se vea seriamente comprometida.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, Mari. 2012. «La Publicidad Social: concepto, objeto y objetivos». *Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación* vol. 1: 265-284.
- Avalos, Iván. 2020. «La afectación al derecho humano a recibir información veraz ocasionado por los políticos en sus campañas electorales». *Ius Humani* vol. 9: 45-60.
- Azurmendi, Ana. «De la verdad informativa a la “información veraz” de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información». *Comunicación y Sociedad* vol. 18: 9-48. Consultado el 25-V-2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2001947>
- Bassat, Luis. 2009. *El Libro Rojo de la Publicidad*. Barcelona: Editorial de Bolsillo.
- Bustamante, Colón. 2011. *Nueva Justicia Constitucional*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Calderón, Carmen, y Felipe de Alba. 2010. «¿Qué hacer con internet? Algunos elementos de discusión sobre su impacto, penetración y futuro». *Revista de Investigación* vol. 34: 211-236. Consultado el 22-V-2020. [https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1010-29142010000300011&lng=es&tlng=es](https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1010-29142010000300011&lng=es&tlng=es)
- Campos, Francisco. 2008. «Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales». *Revista Latina de Comunicación Social* vol. 11: 277-286. Consultado el 19-V-2020. <https://www.redalyc.org/pdf/819/81912006023.pdf>
- Díaz, Oniel, y Miguel Alba. 2016. «El uso estratégico de la publicidad política de ataque en la elección federal intermedia de 2015 en México». *Revista Mexicana de Opinión Pública*: 33-49. Consultado el 3-V-2020. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2448-49112016000200033](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112016000200033)
- Estrella, Rodrigo, y Lourdes Sánchez-Martín. 2011. «Publicidad en internet: Nuevas vinculaciones en las redes sociales». *Vivat Academia* vol.14: 469-480.
- García, María, Mercedes del Hoyo, y Cristóbal Fernández-Muñoz. 2014. «Jóvenes competidos en la red: El papel de las redes sociales en la participación social activa». *Revista Científica de Educomunicación* vol. 21: 35-43. Consultado el 15-IV-2020. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15831058005>
- Gómez, Carlos. 2008. «Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa». *Estudios de Derecho* vol. 65: 259-287. Consultado: 13-V-2020 y 28-III-2020. [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11558/1/GomezCarlos\\_2008\\_FundamentosProteccionConsumidor.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11558/1/GomezCarlos_2008_FundamentosProteccionConsumidor.pdf)
- Gordillo, A. 2013. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Argentina: FDA.
- Holgado, María. 2017. «Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral». *Teoría y Realidad Constitucional* vol. 40: 457-485. Consultado el 1-V-2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6273573>
- Hontangas, Julián. 2016. *El derecho a la salud en el deporte*. Madrid: Reus.
- Laborde, Marcelo. 2016. «Tarifas Públicas. Su Contralor por El Tribunal de lo Contencioso Administrativo». *Revista de Derecho Público* vol. 25: 105-120. Consultado el 15-V-2020. <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/49/archivos/Laborde49.pdf>
- López de Lerma, Jesús. 2018. «La protección constitucional del consumidor frente a la publicidad engañosa». *Methados Revista de Ciencias Sociales* vol. 6: 94-107.

- López, David. 2013. «La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa». *Revista Boliviana de Derecho* vol. 16: 117-137. Consultado el 1-VI-2020. [file:///C:/Users/Avalos/Downloads/Dialnet-LaPublicidadDeslealEnLaCompetenciaEnElAmbitoDigita-4788627%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Avalos/Downloads/Dialnet-LaPublicidadDeslealEnLaCompetenciaEnElAmbitoDigita-4788627%20(2).pdf)
- Nogueira, Humberto. 2000. «El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y EE.UU.». *Ius Et Praxis* vol. 6: 321-404. Consultado el 14-V-2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2273419>
- Perez, Efraín 2020. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: CEP.
- Quintero, Diana. 2011. *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Robles, Margarita. 2016. «El ciberespacio: Presupuestos para su ordenación jurídica-internacional». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 7: 1-43. Consultado el 12-V-2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5619976>
- Soler, E. 2015. *Derecho Administrativo*. España: Athenaica Ediciones Universitarias.
- Stiglitz, Gabriel. 2001. *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*. Buenos Aires: La Roca.
- Tambussi, Carlos. 2014. «Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos». *Lex: Revista de la Facultad de Derecho de y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* vol. 12: 89-112. doi: 10.21503/lex.v12i13.38
- Villanueva, Ernesto. 2008. *Derecho de la información*. Quito: Ciespal.
- Normativa**
- Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 449, 20/10/2008.
- Ley Orgánica de Defensa al Consumidor*. 2000. Ecuador: Congreso Nacional. Registro Oficial 116, 10/07/2000.
- Ley Orgánica de Comunicación*. 2013. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial 22, 25/06/2013.

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PERIODISMO EN LA DOCTRINA DE LA CORTE IDH  
Actualizar los postulados de la OC-5/85**

**FREEDOM OF SPEECH AND JOURNALISM IN THE JURISPRUDENCE OF THE IACHR  
Update the Reasoning of AO-5/85**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E JORNALISMO NA DOTRINA DA CORTE IDH  
Atualizar os postulados da OC-5/85**

*Franco Hessling\**

Recibido: 02/10/2020

Aprobado: 20/11/2020

**Resumen**

El presente trabajo consta, primero, de una genealogía sobre la libertad de expresión, en que se recorre su tradición liberal a partir de las similitudes y diferencias entre las influencias británicas y estadounidenses. Tras su consagración como derecho y tras revelarse su vínculo con la democracia liberal, se arriba a su reconocimiento como derecho humano. Se revisan someramente las definiciones sobre la libertad de expresión en los sistemas Universal, Interamericano y Europeo de Derechos Humanos. Se profundiza particularmente en el SIDH y en la interpretación que hace la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH sobre la colegiación de los periodistas. Por último, se sugiere que, a la luz de las problemáticas actuales vinculadas a la libertad de expresión y al ejercicio periodístico, se hace insoslayable una actualización de la doctrina.

**Palabras clave:** Libertad de expresión; Opinión Consultiva 5/85; Colegiación de periodistas; Derechos humanos

**Abstract**

This article presents a freedom of expression genealogy, starting by the liberal tradition and the similarities and differences between British and USA influences. After knowing its relationship with the angle-saxon liberal democracy, it has been recognized as a fundamental human right. This paper approaches the definitions constructed by the universal human rights protection system, the Interamerican System, and the European System. These are observed considering philosophical issues of freedom of expression. Special emphasis is put on the Advisory Opinion 5/85 of

the IACHR regarding the compulsory membership in an association prescribed by law for the practice of journalism. Finally, I suggest that it is necessary a new Advisory Opinion about of freedom of expression and journalism to update its doctrine.

**Key words:** Freedom of expression; Advisory Opinion 5/85; Compulsory membership in an association of journalists; Human rights

**Resumo**

O presente trabalho consta, primeiro de uma constata, primeiro, de uma genealogia sobre a liberdade de expressão, em que se percorre sua tradição liberal a partir das semelhanças e diferenças entre as influências britânicas e estadunidenses. Depois de sua consagração como direito e depois de revelar seu vínculo com a democracia liberal, se chega ao seu reconhecimento como direito humano. Se verificam continuamente as definições sobre a liberdade de expressão nos sistemas Universais, Interamericano e Europeu de Direitos Humanos. Aprofunda-se particularmente o estudo sobre o SIDH e a interpretação do Parecer Consultivo 5/85 da Corte IDH sobre a inscrição dos jornalistas. Por último, se sugere que, à luz das problemáticas atuais vinculadas à liberdade de expressão e ao exercício jornalístico, se faz indispensável uma atualização da doutrina.

**Palavras chave:** Liberdade de expressão; Parecer Consultivo 5/85; Inscrição de jornalistas; Direitos humanos

\* Licenciado en Ciencias de la Comunicación y docente de la Universidad Nacional de Salta. A poco de obtener su título de especialista en Derechos Humanos. Docente universitario y de nivel medio. Además, se dedica al periodismo gráfico desde hace más de diez años, ámbito en el que se desempeñó como redactor, cronista, columnista y editor. Es autor del ensayo "La Virgen del Cerro de Salta. Refundar el mito". Actualmente es columnista de un diario salteño. Correo electrónico: francodavidhess@gmail.com / hesslingherrafranco@hum.unsa.edu.ar

## ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Las primeras referencias sobre libertad de expresión (en adelante, LdE) provienen de Inglaterra, en particular de la Declaración de Derechos de 1689, en la que se reconoce la LdE en relación con el ejercicio parlamentario, como forma de protección para los legisladores para que pudieran opinar sin amenazas de sanciones (una idea que se convertirá con el tiempo en la inviolabilidad parlamentaria).

En cuanto al vínculo con medios de producción concretos, las primeras discusiones también provienen del ámbito inglés, por los aportes de John Milton relativos a la regulación de la imprenta, una novedad en la Inglaterra del siglo XVII. En ese entonces, el *common law* estableció que las publicaciones impresas debían someterse a una revisión previa para obtener una licencia. Milton publicó en 1644 (Climent Gallart 2016) la obra *Areopagítica*, en la que hace una sentida defensa de la libertad de impresión. La obra en sí constituía una materialización de su posición crítica de aquella *common law*, ya que Milton la imprimió sin tramitar licencia.

Jonh Looke fue otro de los críticos de la censura previa a impresiones, aunque él se basaba en fundamentos más pragmáticos, entre otros, en el mercado en auge que representaba la imprenta (Climent Gallart 2016). Inhibir ese ascenso significaba privarse de los beneficios económicos que podía traer el rubro naciente. ¿Por qué entorpecer esa prosperidad que se avizoraba para la imprenta?

En Inglaterra, nuevas discusiones se suscitaron cuando el derecho legislado apuntó a que el Estado pudiera intervenir en publicaciones que considerase “libelos”. Tal decisión generó expresiones de rebeldía en periódicos londinenses.

Del lado oeste del Atlántico, el antecedente directo de relación entre LdE y libertad de prensa en la constitución de un orden social moderno se da primeramente en los Estados Unidos de América. Fue Thomas Jefferson, en pleno siglo XVIII, quien vinculó de modo directo la LdE con la proliferación de periódicos, los

cuales debían funcionar sin depender del control de los Estados -es el germen de la idea de la prensa como “cuarto poder”- (Climent Gallart 2016). Y es que, por aquellos tiempos, pensar en la libre circulación de ideas por fuera del establecimiento y estabilidad de periódicos impresos era no menos que ciencia ficción. De allí que, para Jefferson, la LdE y la libertad de prensa sean prácticamente las dos caras de una misma moneda. A más periódicos, más LdE, y a mayor LdE, una más sólida democracia.

Conviene también mencionar como antecedente de la LdE a la Constitución de Cádiz de 1812. Aunque dicho texto se consagró como marco moderno de la monarquía española, representó una apuesta de los liberales ibéricos por la unidad entre el imperio y sus colonias americanas. De hecho, en su redacción participaron cinco parlamentarios americanos. Entonces, las influencias de la Constitución de Cádiz en América fueron diversas, aunque en un mismo sentido emancipador (Carles Montory 2017). En su artículo 371 dice esa Constitución que “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. Por tal motivo, la carta gaditana fue la primera referencia jurídica hispana a la LdE.

Si retomamos la tradición anglosajona, habría que añadir los aportes de John Stuart Mill y los doctrinarios norteamericanos de principios del siglo XX, quienes completaron el recorrido previo a la consagración de la LdE como derecho humano. Mill (2010) sigue la línea de defensa de la LdE que desarrollan Milton y Jefferson, al hacer hincapié en la importancia del individuo como sujeto protegido de la forma de gobierno liberal. En su famoso ensayo “Sobre la libertad” postula que la libertad de opinión y de ideas es central para una sociedad libre. En él esgrime que las ideas, aunque sean falsas, se tornan importantes para la construcción social. Y aunque sean verdaderas, nunca están completas, de allí que no sean admisibles censuras previas de ninguna clase, para ningún tipo de



idea. En el capítulo “Sobre la individualidad como uno de los elementos del bienestar”, el filósofo defiende la individualidad vinculada a la libertad de opinión en la medida en que ésta es una manera de evitar la “tiranía de la mayoría” (concepto de Tocqueville citado por Mill, 2010). Esa definición revela la desconfianza con la que los europeos de entonces veían a la naciente democracia de Estados Unidos de América.

En otro fragmento de ese capítulo, Mill trae a colación los aportes de Wilhelm Von Humboldt, quien “señala dos condiciones necesarias para el desarrollo humano, pues se precisan también para hacer que los hombres sean distintos unos de otros: a saber, la libertad y la variedad de situaciones” (2010, 133). Mill agrega que “la segunda de estas dos condiciones se verifica cada día menos en nuestro país. Las circunstancias que rodean a las diferentes clases e individuos, y que moldean sus caracteres, se vuelven cada día más parecidas” (2010, 134). Y en ese punto se distancia de Jefferson, ya que el europeo considera que los medios de comunicación tienen gran responsabilidad en ese proceso de homogeneización que anula la individualidad, elemento fundamental para el bienestar social.

Esa disidencia entre Mill y Jefferson puede signarse como una síntesis de las divergencias en las concepciones sobre los medios de comunicación entre las tradiciones liberales europea y norteamericana<sup>1</sup>. Sin ahondar en el tema, retomemos los aportes de la

doctrina estadounidense a los debates en torno a la LdE. A principios del siglo XX, algunos votos particulares primero y después unos fallos del Tribunal Supremo darían una interpretación más extensa de la LdE y, así, se sentaron bases sobre las cuales se concibe todavía hoy la idea de la LdE como derecho humano (Climent Gallart 2016).

Entre los juristas de aquel Tribunal destacan Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis. El primero acuñó la noción de “libre mercado de ideas”, que bien puede ser leída como una conjunción entre la LdE y la libertad de prensa, tal como las analizaba Jefferson. Por otra parte, a partir del voto de Holmes, puede deducirse que las ideas racionales y de carácter emancipador de los Estados modernos con respecto a los modelos de gobierno medievales acarrearán una prevalencia de la mirada mercantil e individualista. Brandeis, por su parte, participó con un voto particular (caso *Whitney vs. California*, 1927) que, al aludir a la LdE, se refiere a la dimensión individual, económica y política en cuanto elementos imprescindibles de la democracia, pero agrega que solo a través del ejercicio pleno de la LdE se garantizan situaciones de estabilidad social. En algún sentido, esa idea es heredera del planteo de Montesquieu sobre frenos y contrapesos al poder del Estado. Frenos y contrapesos al interior de la estructura de los gobiernos, pero también a través de instituciones sociales, como los medios de comunicación.

## CONSAGRACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO HUMANO

Su consagración estuvo entre los cimientos primigenios del Sistema Universal de Derechos Humanos, ya en la Declaración Universal que se formalizó el 10 de diciembre de 1948 en París, a través de la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fue una de las primeras acciones resonantes de la floreciente Organización de las

Naciones Unidas (ONU). La tensa paz que advino tras la II Guerra Mundial puede serle atribuida, en parte, al funcionamiento de la ONU. Uno de los primeros sesgos de que la paz que venía a robustecer la ONU estaba atirantada fue el debate para volcar esa Declaración en un instrumento más operativo a nivel jurídico, como un Pacto. Finalmente fueron dos y se concretaron

<sup>1</sup> Por ejemplo, en los estudios sobre Ciencias de la Comunicación vinculados a los medios, se distingue el modelo europeo y el modelo norteamericano de medios. El primero, volcado a fomentar los medios públicos y con fuerte intervención del Estado, mientras que el segundo deja exclusivamente en manos privadas el desarrollo de medios de comunicación.

prácticamente veinte años después de la Declaración: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Es importante destacar que, entre los aliados, predominaban las ideas liberales de Occidente. El socialismo de Oriente era visto, no sin fundamentos, como un régimen dictatorial, persecutorio y asfixiante para los habitantes no alineados con el régimen. Al nuevo Occidente, encabezado por los Estados Unidos de América, le sentó bien, desde sus orígenes, una pose que adopta todavía hasta hoy en más de una ocasión: disimular con mayor decoro las atrocidades. De allí la importancia de un pacto fundante propio y, por el contexto de Guerra Fría, surgieron dos instrumentos a partir de la Declaración.

Antes de los pactos, cuando apenas se había formado la ONU, se le encomendó al Consejo Económico y Social que trabajara en una declaración de principios, y éste, a su vez, encomendó a la Comisión de Derechos Humanos que elaborara un anteproyecto de carta de derechos humanos. En la comisión de redacción y corrección del documento, que luego sería la Declaración de 1948, hubo predominancia de Estados de tradición liberal occidental, tal como lo demuestra el propio sitio oficial de la ONU -amén de la primera oración de la siguiente cita-:

La Comisión de Derechos Humanos estaba integrada por 18 miembros de diversas formaciones políticas, culturales y religiosas. Eleanor Roosevelt, la viuda del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, presidió el Comité de Redacción de la Declaración. Junto a ella se encontraban René Cassin, de Francia, quien redactó el primer proyecto de la Declaración, el Relator de la Comisión, Charles Malik, del Líbano, el vicepresidente, Peng Chung Chang, de China, y el director de la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas, John Humphrey, de Canadá, quien preparó la copia de la Declaración. Pero de todos ellos, Eleanor Roosevelt fue sin duda la gran impulsora de la aprobación de la Declaración.

La preeminencia de aquellos Estados con sesgo liberal en la comisión redactora hizo que la LdE se hiciera explícita ya en aquel 1948. En el artículo 19 de la Declaración se consigna: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esa definición del derecho en cuestión estuvo influenciada por toda la tradición liberal, especialmente por las últimas elaboraciones doctrinarias que aceptaban que debían circular ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio. Era la perspectiva que había quedado plasmada por los jueces disidentes del máximo tribunal norteamericano; por ejemplo, en los casos *Abrams vs. United States* y *Whitney vs. California*.

Como si hicieran falta más argumentos para dejar sentado que la LdE se insertó en el Sistema Universal de Derechos Humanos desde la tradición liberal, especialmente la anglosajona, la enunciación del derecho aparece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR -sigla en inglés-), aquel que expresó la voluntad de la superpotencia de Occidente en aquellos años de Guerra Fría.

También en su artículo 19no, el ICCPR plantea una primera ampliación significativa de los alcances de la LdE, ya que establece “deberes y responsabilidades especiales” y eventuales situaciones en las que se podrían imponer “ciertas restricciones”. En este artículo se hallan implícitamente los principios de legalidad y proporcionalidad<sup>2</sup>. Por otra parte, se vuelve diáfana una de las tensiones que marca los alcances de la LdE: el contrapeso con el derecho al honor y a la intimidad.

Siendo puntillosos con la línea cronológica, antes de ese artículo 19 del Pacto firmado en 1966, la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) había recogido la LdE como derecho y le había impreso algunas de esas dimensiones que la Declaración

<sup>2</sup> En referencia a los mecanismos que luego se fueron acordando para aceptar en qué ocasiones una limitación a la LdE constituye una restricción justificada.



de 1948 no había apuntado. Además, el artículo 10 de la Convención Europea introdujo aspectos que el sistema universal, con hegemonía del liberalismo norteamericano, no establecía, como la posibilidad de que los Estados intervengan en el otorgamiento de permisos para usar el éter o imprimir periódicos,

tanto como la importancia de “recibir” información como complemento del mismo derecho que defiende la expresión y difusión. Así se deduce del primer párrafo de ese artículo, al tiempo que en el segundo ya se apuntalan los aspectos que luego, en 1966, el ICCPR vendría a ampliar.

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Una veintena de años después de que la ONU estableciera ese plexo de normas de rango internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA) celebró la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sellada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, país que actualmente es sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Faundez Ledesma 2003). Ese instrumento fue ratificado por Argentina recién en marzo de 1984, sin hacer salvedades, y este país reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión y de la Corte interamericanas creadas luego del pacto firmado en Costa Rica. Este y otros tratados, entre ellos los anteriormente citados -salvo por la Convención Europea-, forman parte del bloque constitucional argentino desde la reforma de 1994.

En dicha Convención se hace la más amplia mención a la LdE (Faundez Ledesma 2004), que se ha planteado hasta el momento en algún instrumento internacional. Entre otras cosas, en el Pacto de San José de Costa Rica, se proscriben no sólo situaciones de censura previa, sino también vías de censura indirecta, que pueden relación con el accionar de un Estado, y también con coacciones desde el sector privado (artículo 13 de la Convención Americana).

En el artículo 13 se añade también la cuestión de los espectáculos públicos como formas de LdE, al tiempo que se hace explícita la prohibición de ejercerla en favor de la propaganda que haga apología de la guerra, el racismo, la discriminación por opción religiosa o el odio nacional.

El tipo de violencia simbólica contra la mujer -que, por ejemplo, en Argentina está legislado en el artículo

quinto de la Ley 26.485- podría encuadrarse en una forma de odio y, por tal motivo, merece especial mención. La misoginia, si bien no consta explícitamente en este ni en ningún otro de los instrumentos de derechos humanos que hasta aquí hemos analizado, también representa una incitación a la violencia. Por lo tanto, ese tipo de expresiones también deberían ser limitadas si se hace una interpretación ampliada de las pautas establecidas por el artículo 13.

En el pacto no sólo se extienden los apuntalamientos del artículo específico que aborda la LdE (art. 13), sino que se añade otro artículo que resulta fundamental para el ejercicio democrático de esa prerrogativa. Además, el pacto habilita una instancia de resolución práctica de conflictos entre LdE y derecho al honor (art. 11 del mismo instrumento). Se trata del derecho a la réplica, contenido en el artículo 14 del Pacto de San José, que establece que quien se sienta afectado o quien haya sido nombrado en alguna publicación, estará facultado para hacer sus descargos por el mismo medio.

Esos aditamentos al desarrollo de la LdE en textos jurídicos han valido la consideración de muchos autores que señalan al SIDH como la institución que le dio el más amplio abordaje (Loreti y Lozano 2014). Tal vez este hecho se deba a la situación particular de los países de la región, tal como testimonia el ex Juez de la Corte IDH, Pedro Nikken, quien formó parte de los magistrados que emitieron la Opinión Consultiva de 1985 (OC-5/85) sobre la colegiación del periodismo, reconocida como la primera interpretación desarrollada sobre el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. “La libertad de expresión es uno de los derechos más ultrajados por la democracia latinoamericana,

por lo tanto, pensamos que era una buena ocasión para fijar un estándar sobre esa relación radical que existe entre libertad de expresión y la democracia”, señala Nikken (en informe de la OEA, 2017).

Por sus aportes a la reflexión acerca de los alcances, y sobre todo acerca del concepto de “los límites a los límites” de la LdE, la OC-5/85 es ineludible. Plantea en su párrafo 50:

El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas.

Esa apreciación es ratificada por Loreti y Lozano en el Prefacio de la Revista Voces en el Fénix, de octubre de 2015:

El marco jurídico, los principios y la jurisprudencia provistos por el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos lo consagran como el más generoso en materia de libertad de expresión. Al reconocer la doble dimensión de este derecho -individual y social-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir las propias creencias o informaciones, y reafirmó que cada acto de comunicación implica simultáneamente las dos dimensiones. (Loreti y Lozano 2015, 7)

El reconocimiento de esa doble dimensión de la LdE -individual y social- está dado en el párrafo 30 de la OC-5/85. El detalle sobre cada una de esas dimensiones se detalla en los párrafos siguientes de la OC<sup>3</sup>.

La OP-5/85 reafirmó en varios pasajes<sup>4</sup>, algunos más explícitos que otros, el vínculo cercano que hay entre el ejercicio pleno de la LdE y la forma de gobierno democrática; también recuperó la tradición anglosajona de la noción, aunque la complementó con las miradas de la Europa continental sobre el rol del Estado, más intervencionista y regulador que en el prisma de los norteamericanos.

En la América Latina de entonces, mediados de 1980, la democracia era un anhelo que empezaba a tener un casi imperceptible sabor a conquista, puesto que algunos países empezaban a dejar atrás las cruentas dictaduras que la historiografía luego reveló como parte del Plan Cóndor pergeñado por los Estados Unidos de América. -Ecuador recuperó la democracia en el 79, Bolivia en el 82, Argentina en el 83 y Uruguay, apenas unos meses antes de la Opinión Consultiva 5/85- (Pasten 2006).

Bajo los parámetros establecidos en esta Opinión Consultiva de la Corte IDH, se montaron las interpretaciones posteriores rubricadas en los fallos que dieron lugar a la jurisprudencia interamericana en la materia (Asdrúbal Aguiar 2007).

Sin embargo, los fallos que reseña como jurisprudencia el ex juez de la Corte IDH, Asdrúbal Aguiar, comienzan luego de otros dos hechos trascendentales en el SIDH: la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la posterior Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, elaborada por la relatoría. Así lo reseña Santiago Cantón, primer

3 Dicen esos párrafos: “31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que además comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De ahí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dedican profesionalmente a ella”.

“32. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

4 Entre otros, en el párrafo 69: “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

relator que tuvo el ente, quien además resalta otro instrumento, el Informe sobre Desacato, de 1994<sup>5</sup>:

El camino iniciado por la Corte permitió que, con posterioridad a la OC-5/85, en otras tres ocasiones, la CIDH haya tenido la oportunidad de resaltar la importancia del derecho a la libertad de expresión: el Informe sobre Desacato, la creación de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión y la Declaración de Principios de Libertad de Expresión. Estas cuatro instancias de defensa, dentro del SIDH, configuran los pilares que sostienen una red de defensa hemisférica, que a lo largo de las décadas ha contribuido significativamente al fortalecimiento de nuestras democracias. (OEA 2017, 25)

La Relatoría fue creada en las postrimerías del siglo XX. Cantón describe así el contexto en que surgió:

El origen de la Relatoría fue un diálogo en octubre de 1997, entre el presidente de EE.UU., Bill Clinton, y el presidente de Argentina, Carlos Menem, en donde a raíz de los ataques contra periodistas, Clinton sugirió la creación de una institución especial encargada de vigilar la libertad de expresión en las Américas. Si bien inicialmente no estaba decidida la forma que debería tener dicha institución, la CIDH rápidamente tomó la iniciativa, y con base en su propia experiencia y sus mandatos, anunció la creación de la Relatoría. Varias organizaciones de derechos humanos y de defensa de la libertad de expresión apoyaron la iniciativa, que rápidamente obtuvo un apoyo inequívoco por parte de todos los gobiernos de las Américas, durante la

Cumbre celebrada en Santiago de Chile en abril de 1998. (OEA 2017, 24)

En enero de 1997, el fotoperiodista argentino José Luis Cabezas fue ultimado, su cadáver apareció calcinado y con dos disparos en la cabeza, dentro de un auto. Las negociaciones internacionales del presidente Menem para pasar por paladín de la LdE le servían para exculparse y dar una señal a sus detractores locales, quienes con mayor o menor compromiso lo apuntaban como responsable, por acción o por omisión, del asesinato de Cabezas. Por su parte, la Declaración aludida anteriormente fue aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del año 2000. Consta de trece principios que clarifican estándares mínimos de interpretación del artículo 13 de la Convención, ya que, hasta entonces, los parámetros venían dados solo por informes de la Comisión u opiniones consultivas de la Corte.

En los principios de la Declaración quedan claros algunos componentes del hoy en día llamado derecho a la información o a la comunicación (Loreti y Lozano 2014). El principio tercero, por ejemplo, da lugar al *habeas data*. El cuarto añade el derecho a acceder a la información pública, en manos del Estado, salvo expresas excepciones que deben estar pautadas por ley interna. El octavo principio estipula el derecho a la reserva de fuentes de los comunicadores sociales. El décimo introduce la noción de interés público y el décimo segundo pauta que deben evitarse los oligopolios y monopolios en los medios de comunicación, debido a que atentan contra la diversidad y pluralidad que amerita toda democracia.

## PRINCIPALES DEBATES Y PROBLEMÁTICAS ACTUALES

Entre las aristas álgidas alrededor de la LdE se encuentran la tensión con el derecho al honor y a la intimidad, la regulación sobre los medios masivos de

comunicación, la idea del interés público, la relación con la práctica periodística y la irrupción de internet. A continuación, se hace una breve síntesis sobre cada

5 Es interesante señalar que ese informe vino luego de una solución amistosa que se logró en el caso del periodista argentino Horacio Verbitsky, quien demandó al Estado nacional debido a que lo había condenado penalmente por “desacato” bajo el entonces vigente artículo 244 del Código Penal Argentino. No está de más resaltar que el 10.º principio de la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión estipula que “la protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario o figura pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público”. Propender a la suspensión de las sanciones penales, como la figura del desacato, fue una impronta que vino en el SIDH luego del caso de Verbitsky.

uno de esos puntos y, además, sobre las mujeres, la infancia y la juventud, como actores sociales invisibilizados o violentados por discursos mediáticos misóginos o adulto-centristas.

### Tensión con el derecho al honor y a la intimidad

Probablemente sea una de las tensiones más confusas de todo el retículo normativo de los derechos humanos. Ambos son derechos humanos de la tradición liberal, que tuvo la hegemonía en la redacción de los primeros instrumentos internacionales, y ambos son considerados desde esa óptica occidental como elementales para la democracia.

Conviene citar algunos de los documentos de la “protección hemisférica” que menciona Cantón (OEA 2017) para ilustrar bajo qué encuadres oscila la balanza que equilibra la convivencia entre estos dos derechos humanos. Traigamos a colación el primer inciso del segundo párrafo del artículo 13 de la Convención Americana y el principio décimo primero de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. El primero impone que uno de los motivos que habilitan responsabilidades ulteriores es el “respeto de los derechos y la reputación de los demás”, mientras que el otro considera que “los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”. Es decir, se prioriza la protección del derecho a la intimidad siempre que no se trate de un funcionario o figura pública, casos en los que se amplía la necesidad de conocer sus actos.

A nivel de jurisprudencia de la Corte IDH, se hace insoslayable traer a colación el caso *Kimel vs. Argentina*, por el que se emitió el fallo el 2 de mayo de 2008. A partir de esa sentencia, el Estado rioplatense modificó las consideraciones sobre calumnias e injurias en su Código Penal, al aclarar que “en ningún caso configurarían delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas” (art. 109 del Código Penal de la Nación Argentina).

Como parte de esa balanza que equilibra el derecho a la intimidad y al honor con la LdE cabe añadir una reciente figura que ha sido desarrollada sobre todo en

Europa: el derecho al olvido en internet. Dicha prerrogativa puede ser leída como una extensión, por ámbito de aplicación y por interpretación, del *habeas data*. La posibilidad de sacar de los motores de búsqueda información sensible, errónea o personalísima puso por encima el derecho al honor y la intimidad con relación a la dimensión social (“recibir información”) de la LdE. En Argentina, el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc*, en octubre de 2014, acogió dicha figura en favor de la demandante.

### Regulación de los medios de comunicación masiva

Las empresas vinculadas a la comunicación masiva, particularmente los medios de comunicación del siglo XX, ya desde la OC-5/85 fueron considerados especiales, en tanto parte de su trabajo se fundamenta en garantizar un derecho humano. En su párrafo 34, la Opinión Consultiva expresa:

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

Esa perspectiva se ratifica en el décimo segundo principio de la Declaración. Otros antecedentes de la Corte IDH, como los casos *Granier* y otros vs. Venezuela y *Ivcher Bronstein vs. Perú*, demuestran que, a veces, la regulación del Estado en el mercado de medios fue entendida como una violación a la LdE antes que como

una manera de garantizar pluralidad y diversidad de empresas y emprendimientos de comunicación social.

### El “interés público”

Se ha mencionado la especial consideración que pesa sobre los funcionarios públicos al momento de poner sobre la balanza su derecho a la intimidad. La definición sobre qué abarca la idea de “funcionario público” resulta más precisa que la de interés público, dado que este último no está determinado por una decisión de la mayoría, como las elecciones, ni por un señalamiento de algún representante popular, como un decreto. El interés público no se vota ni se determina por decreto.

El décimo principio de la declaración subraya que “las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público”, aunque no determina qué alcance tiene tal rango. La OC-5/85 apenas esboza la cuestión del interés público, aunque sólo para referirse a las restricciones a la LdE que, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, no solo deberían ser útiles, racionales u oportunas, sino que también deben estar orientadas a “satisfacer un interés público imperativo”.

Precisamente, en la jurisprudencia de la Corte Europea podemos encontrar más precisiones sobre los alcances del interés público. En particular, en los casos *Axel Springer AG vs. Alemania* y *Von Hannover vs. Alemania*, ambos con sentencia el 7 de febrero de 2012. El primero constó en el proceso iniciado por el propietario de una empresa editorial, Springer, quien denunció que su derecho a la LdE (art. 10 de la Convención Europea) había sido violado por la justicia nacional, debido a que ésta había favorecido a un actor televisivo que demandó a la empresa por una publicación en la que se informaba que él había sido detenido por llevar cocaína. El segundo caso fue a la inversa: una familia real, los Von Hannover, reclamó hallarse desprotegida por los tribunales alemanes, en tanto estos no prohibían la publicación de imágenes suyas, de modo que, así, se vulneraba su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 de la Convención Europea). Ambos fallos fueron en un mismo sentido: aunque ni

el actor televisivo ni los Von Hannover eran funcionarios públicos, sus actos sí constituían parte del interés público y, por lo tanto, no debía haber restricciones a las publicaciones de los medios de comunicación.

Sobre el fallo en *Axel Springer AG contra Alemania*, el *Anuario de Derecho Público de 2012* de la Universidad Diego Portales<sup>6</sup> detalla:

El Tribunal consideró que la empresa estuvo en lo correcto al sostener que no existían motivos suficientemente fuertes para mantener a X [el actor] en el anonimato, y estableció por doce votos contra cinco que hubo una violación del artículo 10 de la Convención sobre libertad de expresión, en perjuicio de la editorial Springer. Al respecto, se estableció que las partes estaban en desacuerdo sobre ‘si la interferencia fue necesaria en una sociedad democrática’. Por lo anterior, el Tribunal aplicó el test de proporcionalidad y, además, consideró los siguientes criterios: (a) la contribución a un debate de interés general; (b) qué tan bien conocida es la persona en cuestión y cuál es el tema del informe; (c) la conducta previa de la persona interesada; (d) el método de obtención de la información y su veracidad; (e) el contenido, forma y consecuencias de la publicación; y (f) la gravedad de la sanción impuesta. Como conclusión, se determinó que los motivos invocados por el Estado, aunque relevantes, no eran suficientes para establecer que la interferencia a la empresa de comunicación fuera necesaria en una sociedad democrática. (Schönsteiner 2012, 567-8)

### Relación con la práctica periodística

El periodismo es el oficio liberal que, de acuerdo con la interpretación de la Corte IDH en su OC-5/85, se monta sobre un derecho humano, la LdE, ya que las personas tienen la atribución de recibir un servicio de información logrado, responsable y ético. Esta Opinión Consultiva señala, en su párrafo 71:

Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de

<sup>6</sup> En esa edición, el anuario de la universidad chilena estuvo coordinado por Judith Schönsteiner.



expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano.

Esta idea se completa en el tramo final del párrafo siguiente, al reafirmar que “el ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”.

La emergencia de la red internet a mediados de 1990 aparejó grandes cambios en la práctica periodística en particular y, en general, en la circulación de la información y los flujos de comunicación. La proliferación a nivel mundial de la red, o de las redes de grandes naciones -China y Rusia cuentan con sus propias redes-, habilitó un espacio de intercambios que trascendió los, hasta entonces, conocidos como medios de comunicación masiva. Desde la aparición de internet, cada persona y personas jurídicas inclusive, pueden tener una o más identidades en línea, pueden publicar y expresarse de modo sistemático con aspiraciones de llegar a grandes audiencias. Esto principalmente desde la aparición de las redes sociales. De allí que la difusión de información a grandes audiencias, generadora de la llamada opinión pública por algunos autores (Lippmann 2003), ya no es propiedad casi exclusiva de los medios masivos clásicos del siglo XX. Por lo tanto, si bien las y los periodistas siguen siendo los profesionales en buscar y difundir información, el ejercicio sistemático de la libertad de expresión, la ejecución “continua y estable”<sup>7</sup> de tal derecho, en palabras de la OP-5/85, ya no es propia solo del ámbito reporteril.

### Irrupción de Internet

Como se enunció en el acápite anterior, al cundir como propuesta de mercado, la red internet dio lugar al surgimiento de las redes sociales, y los alcances y

límites de la LdE volvieron a entrar en cuestión. No puede reducirse el asunto a considerar internet como una mera prolongación de la realidad que antes abarcó la pléyade de referencias a este derecho humano. De hecho, este tema concitó la reunión de todos los sistemas mundiales de derechos humanos existentes hasta ahora, quienes emitieron, en 2011, una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet.

Aunque en el primer inciso de sus “principios generales” esa Declaración Conjunta estipula que “la libertad de expresión se aplica a internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación”, no tarda en hacer salvedades para contemplar las características específicas de la red, diferente de los medios de comunicación clásicos del siglo XX. En el inciso tercero, ese instrumento indica que “los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación -como telefonía o radio y televisión- no pueden transferirse sin más a internet, sino que deben ser diseñados [los enfoques de reglamentación] específicamente para este medio, atendiendo sus particularidades”.

Ejemplos de las particularidades que suscita internet y que se vinculan con la manera de entender y regular la LdE son la viralización de *fake-news* y *dreepfakes*, y el señalamiento de quienes tienen la responsabilidad en esos casos (Calvo y Aruguete 2020), los filtros de los intermediarios, la disposición de bloqueos estatales o privados a sitios web, el acceso a soportes tecnológicos y vías de conectividad, y la ciber-seguridad.

El documento “Libertad de Expresión e Internet” (Botero Marino 2013), publicado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del SIDH, introduce otro aspecto puntual sobre el funcionamiento y control democrático de la red internet:

Siendo internet un medio de comunicación social especial y único, por medio del cual es posible el ejercicio abierto, plural y democrático del derecho a la libertad de expresión, su gobernanza es un asunto de particular relevancia. A este respecto, la Relatoría ha considerado, en sus declaraciones sobre la libertad de expresión en internet, la

<sup>7</sup> Párrafo 74 de la Opinión Consultiva 5 de la Corte IDH, de 1985.

importancia del proceso multipartito y democrático en la gobernanza de internet, en el que prevalezca el principio de cooperación reforzada para que todos los puntos de vista relevantes puedan ser tenidos en cuenta y ningún actor pueda atribuirse su regulación en exclusividad. (2013, 85)

### Mujeres y niños, ¿primero?

La violencia hacia las mujeres está considerada una violación a los derechos humanos, conforme, entre otras referencias, a la Convención de Belém do Pará (1994). En esa línea, tal como relaciona Luz Patricia Mejía Guerrero en su artículo dentro de la edición 49.ª de la Revista *Voces en el Fénix* (Loreti y Lozano 2015), los fallos de la Corte IDH en los casos Campo Algodonero y Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica determinaron que los estereotipos de género contrariaban los estándares internacionales de derechos humanos. La autora denuncia que:

En la región, son pocas las voces o los espacios donde se debate el papel que juegan los medios de comunicación en la reproducción de estereotipos que afectan directamente el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. La libre circulación de ideas y el pluralismo en el debate de estos conceptos, eje central de los múltiples mecanismos de protección del derecho a la libertad de expresión, son casi inexistentes en este sentido. El temor a la censura previa, la ausencia de controles estatales y regionales a la publicidad sexista, la ausencia de conocimiento sobre los derechos humanos de

las mujeres y sobre el derecho humano a no ser discriminada y a ser educada libre de patrones culturales y estereotipados que reproduzcan los roles de inferioridad de la mujer, hacen de los medios de comunicación un mecanismo perfectamente aceitado de reproducción de violencia y discriminación contra las mujeres en la región. (2015, 42)

Asimismo, en la misma edición (Loreti y Lozano 2015), María José Guembe y Gerardo Halpern aportan una mirada crítica sobre el espacio en los medios y en el ejercicio pleno de la LdE de otro espectro social invisibilizado o estereotipado: la infancia y la juventud. Entre otras cosas, delatan que:

Los niños y niñas carecen de instancias informativas realizadas e ideadas por ellos mismos, así como no tienen espacios noticiosos especialmente pensados y diseñados de acuerdo con sus necesidades y competencias interpretativas. Esto afecta su derecho de acceso a la información, así como los y las subestima en tanto actores sociales. Los noticieros de televisión de los canales de aire comienzan sus emisiones con la advertencia: “Contenido no apto para niños, niñas y adolescentes”. Es palmaria la contradicción que encierra la capacidad de tomar decisiones –como, por ej., votar a partir de los 16 años– y verse limitado a poder informarse a través de los noticieros televisivos. En términos lógicos, los niños, niñas y adolescentes tal como funciona hoy la propuesta mediática no son sujetos informacionales legítimos. (2015, 57)

## PERIODISMO EN LA CONTEMPORANEIDAD: DEL MONTAJE A LOS DEBERES QUE DEBERÍA IMPONER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una primera aclaración: se considera que el debate de si el periodismo es un oficio o una profesión es tangencial.

La división entre oficio y profesión está sustentada en las titulaciones universitarias. Es decir, quienes lo consideran un oficio dicen que no hacen falta menciones académicas para trabajar como periodista y los que lo consideran una profesión postulan exactamente lo

opuesto. Se sugiere que el periodismo es una práctica que se aprende en el hacer -característica de los oficios- y que se sostiene solo con profesionalismo -calidad en el método de trabajo-. Es decir, el periodismo se aprende como un oficio y amerita necesariamente profesionalismo, pensado este último como una virtud en el modo de trabajo y no como un grado que se obtiene a través de títulos académicos. Entonces, para salir de ese atolladero que opone oficio a profesión,

diremos que el periodismo se define en tres sentidos: como discurso, como método y como relación social de producción. En algún sentido, definirlo como discurso y como método es parte de la mirada moderna sobre el conocimiento -Descartes configuró igual a la ciencia-, en coherencia con su surgimiento como oficio-profesión liberal. La mirada sobre la práctica periodística como relación social de producción habilita a observar, además, que no es una práctica intelectual abstraída de las tensiones económicas que la circundan. Desarrollemos este tema de forma ordenada.

### Como discurso

Pensar el periodismo como discurso social específico (Van Dijk 1997), es decir como un constructo con ciertas características enunciativas, pero también con determinadas dinámicas de interacción, posibilita que se recupere la importancia del periodismo como profesión-oficio liberal; es decir, como elemento constituyente de una sociedad democrática. Este enfoque se vincula directamente con la ya mencionada dimensión social de la LdE, ya que el periodismo, como discurso social específico, tiene el deber de hacerla efectiva. La idea de que el periodismo está montado sobre la LdE, central en la doctrina de la Corte IDH, puede desplazarse hacia una relación de vinculaciones mutuas más que de montajes. De hecho, ni siquiera cronológicamente la LdE es previa al periodismo, que se ejerce desde antes de que existiese la noción de LdE (en “1. Orígenes de la libertad de expresión” de este artículo). El periodismo no se construye sobre la base de la LdE sino que recibe de ésta, en tanto derecho humano, los cimientos de su deontología.

Justamente quiero enfatizar que, en tanto discurso social específico, el periodismo genera determinadas expectativas en la sociedad; de ahí que, para ejercerlo a la altura de esas expectativas, conviene aceptar como elementos nodales de la ética periodística los desarrollos teóricos sobre LdE.

En la actualidad, la información no circula nada más a través de medios tradicionales de comunicación masiva, y ni siquiera toda la que se produce en ellos es de carácter periodístico; sin embargo, el periodismo concita ciertas expectativas sociales a partir de valores

como la credibilidad, la pretensión de verdad, la rigurosidad y la exactitud en la descripción de los hechos, etc. Para que su ejercicio sostenga esos valores, conviene que los periodistas consideren como un deber el garantizar la más acabada realización de la dimensión social de la LdE. En lenguaje llano, podría decirse que el periodismo debe fungir como guardián y garante del interés público.

### Como método

En segundo lugar, entender el periodismo como método, implica reconocer que, para ejercerlo, hay una *lex artis*, concepto que se define como el manejo correcto de un conjunto de técnicas para desempeñar un oficio, profesión o arte. Si se obvian los rigores de la discusión conceptual en términos filosóficos, podría decirse que la *lex artis* es la figura opuesta a la *mala praxis*. Contrariamente a las normas del periodismo, en otras profesiones-oficios liberales, como la medicina, la *mala praxis* puede significar la pérdida de la matrícula para el ejercicio profesional.

La *lex artis* del periodismo se sintetiza en los códigos de ética periodística, que pueden ser de índole nacional e internacional, según la organización de reporteros que lo haya promovido. Esos códigos de ética, sin embargo, en términos jurídicos no generan ninguna vinculación directa. En este punto se ve que, para que los estándares de la LdE como derecho humano guíen la práctica periodística, se necesitan instrumentos deontológicos con vinculación jurídica. El deber-hacer debe ser vinculante y no meramente referencial.

Entre buenas prácticas periodísticas puede mencionarse, también como parte de los estándares desarrollados en el SIDH, que el derecho a réplica debe ser ofrecido, que se debe consultar partes y contrapartes, así como diversidad y variedad de fuentes; al tiempo que se debe distinguir, en la enunciación, las opiniones e interpretaciones, de la exposición de los hechos y datos.

### Como relación social de producción

En último lugar, el hecho de asumir al periodismo como una relación social de producción permite



darle anclaje tanto al discurso como al método. Cada producción periodística se halla situada en un determinado contexto económico. Esa dimensión es determinante para analizar la producción de modo integral, puesto que, según la relación social de producción en donde se inscriba tal o cual trabajo periodístico, serán distintos los resultados, la forma de presentarlos y las intenciones.

En líneas generales, a partir de la flexibilización laboral que trajo el neoliberalismo y del avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el periodismo ha pasado a ejercerse cada vez más de modo *freelancer*, es decir, como un aporte de trabajadores independientes que venden sus producciones a los medios o a las agencias de noticias. Asimismo, ha proliferado el emprendedor por cuenta propia, con multiplicidad de pequeños medios -páginas web en su mayoría-. La práctica de ambas figuras -los *freelancers* y los emprendedores- fue en detrimento de las situaciones de empleo en relación de dependencia. Además, se ejerce el periodismo de modo militante, en espacios de comunicación autogestionados, alternativos y comunitarios.

Un mismo periodista puede trabajar como asalariado para un medio y al mismo tiempo vender notas como *freelancer*, o puede tener su pequeño emprendimiento de comunicación y formar parte de una cooperativa de contenidos informativos. En cada caso puntual, aunque se trate de la misma persona, los resultados de su producción serán distintos, porque reflejarán la relación social de producción en la que ese contenido está inscrito. La relación social de producción,

entonces, no es una variable más, es una condicionante fundamental para el resultado de lo que se elabora y publica.

Ese nivel de análisis del periodismo, vinculado a los dos anteriores, es fundamental para reabrir la discusión que la Corte IDH zanjó en su OC-5/85 respecto de la asociación de los periodistas como profesionales. Si muchos periodistas han dejado de estar en relación de dependencia sin pasar a ser patronos que emplean a otros, la vigencia de la organización sindical queda vetusta, en tanto esa gran porción de reporteros quedaría fuera de su contención. La vinculación con las expectativas sociales en torno al discurso periodístico y la *lex artis* del método conducen a pensar que, una vez desbordada la forma de organización sindical, sería útil volver a pensar en formas de organización colegiada, sin que la colegiación se asimile al título universitario.

Un colegio de periodistas contendría la diversidad de relaciones sociales de producción que existen hoy en día para los trabajadores del periodismo, serviría como resguardo para ellos (el recurso que antes se veía como el montaje del periodismo sobre la LdE) y, mediante tribunales de ética vinculantes, garantizaría el deber de ejercerlo con la ética periodística que se deriva de la deontología influenciada por la LdE. Colegiación a través de deontología en el ejercicio, *lex artis*, matriculación para evitar que, de un momento a otro, las empresas de medios prescindan de periodistas porque prioricen la producción de contenidos informativos sin rigor y regulación, para que los códigos de ética dejen de ser meramente referenciales.

## CONCLUSIONES

Si se toma en cuenta que el desarrollo de los instrumentos y jurisprudencia en el SIDH sobre LdE y su relación con el periodismo ha venido delimitado por los cimientos dados por la OC-5/85, se considera inminente una actualización doctrinaria a través de la misma vía -una Opinión Consultiva- que incluya las particularidades, en todo orden, de la irrupción de internet y los cambios en la circulación, producción

y recepción de la información. En particular sobre el ejercicio periodístico, como se ha señalado más arriba, la característica que distingue al profesional, según el texto de 1985, es el ejercicio “continuo, estable y remunerado” de la LdE. Si se deja a un lado la cuestión de la remuneración, aunque podría ser incluida para ciertos trabajos -publicistas, *influencers* o *community managers*, por ejemplo-, el ejercicio continuo y estable

de ese derecho en aras de buscar, recibir y difundir información a la mayor cantidad posible de personas, en estos tiempos se ha tornado una práctica habitual para las grandes mayorías de la población.

De igual manera, la afirmación de la OC-5/85 de que “son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión”, suena vigente, y al mismo tiempo escueta, sobre el valor actual que internet representa, ya que, en palabras de Esteban Lescano, dicha red es una “plataforma para la actividad económica, el desarrollo humano y la participación ciudadana” (Lescano, en Loreti y Lozano 2015, 31).

La actualización de las concepciones sobre el periodismo que emanan de la doctrina de la OC-5/85 deben ir en la línea de mantener las expectativas sociales que rodean a la práctica reporteril (vinculadas con el interés público y al acceso a información rigurosa). El objetivo es evitar que los usuarios de redes se entrapen en burbujas de circulación de *fake news* y *false news*<sup>8</sup> (Calvo y Aruguete 2020), sin que sea necesario distinguir los aportes que hace el discurso periodístico, en particular como garante de la dimensión social de la LdE. Asimismo, esa actualización debe buscar que el periodismo, en la medida en que constituye una

relación social de producción, sea protegido tanto de las arbitrariedades de los propietarios de los medios como de la discrecionalidad de los gobiernos en la distribución de la pauta estatal entre pequeños emprendimientos periodísticos. Sin mencionar la necesidad de repensar el rol de los intermediarios (por ejemplo, los dueños de las redes sociales o de los motores de búsqueda) en los flujos de información que circulan a través de internet.

Como cierre, dejemos que Eduardo Bertoni (OEA 2017) explique con sus palabras la conclusión imperativa de este trabajo acerca de que haya una nueva opinión consultiva para interpretar la relación entre LdE y ejercicio periodístico:

Sería conveniente que la Corte IDH sea nuevamente consultada acerca de la compatibilidad o no del Art. 13 de la CADH con regulaciones o prácticas que se proponen cuando se aborda la defensa de la libertad de expresión en la era digital. Es importante aclarar que el momento para activar la jurisdicción consultiva de la Corte IDH no debe prolongarse dado que, hasta donde conozco, no existen casos contenciosos en trámite sobre estos temas que puedan hacer que la Corte rechace la solicitud. (2017, 44)

<sup>8</sup> La literatura especializada sobre el tema distingue a las fake news de la información falsa, ya que éstas encierran intenciones políticas manifiestas y nada tienen que ver con errores involuntarios. Las fake news se generan y difunden con la intención de hacer proliferar información falaz.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Asdrúbal. 2007. “Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión y derecho a réplica”. Consultado el 15/04/2020. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37840.pdf>
- Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales. 2012. Consultado el 15/04/2020. [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/024\\_aranis\\_otros.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/024_aranis_otros.pdf)
- Botero Marino, Catalina. 2013. “Libertad de expresión e internet”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. Consultado el 22/03/2020. [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014\\_04\\_08\\_Internet\\_WEB.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf)
- Calvo, Ernesto y Natalia Aruguete. 2020. *Fake news, trolls y otros encantos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Cartes, Armando. 2017. “La Constitución de Cádiz de 1812. Derroteros americanos, transferencias y perspectivas”. Cuadernos de Historia N.º 47 de la Universidad de Chile: 39-58. Consultado el 05/05/2020. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/cuadhist/n47/0719-1243-cuadhist-47-00039.pdf>
- Climent, Jorge. 2016. “Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía institucional”. *Revista Boliviana de Derecho* N.º 22: 236-53. Consultado el 05/05/2020. [http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n22/n22\\_a11.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n22/n22_a11.pdf)
- Faundez, Héctor. 2004. *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1540-los-limites-de-la-libertad-de-expresion>
- \_\_\_\_\_. 2004. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consultado el 29/04/2020. <https://www.puce.edu.ec/sitios/biblioteca/pdf/ElSistemaInteramericanodeProteccionFaundezLedesma.pdf>
- Lippmann, Walter. 2003. *La opinión pública*. Madrid: Los cuadernos de Langre.
- Loreti, Damián y Luis Lozano (coord.). 2015. *Revista Voces en el Fénix*, N.º 49. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Loreti, Damián y Luis Lozano. 2014. *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Pasten, Gustavo. 2006. “Seguridad regional en el proceso de integración: Plan Cóndor (antecedente de la integración del Cono Sur)”. Consultado el 20/03/202. [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/cd%20III%20Congreso/PONENCIAS%202006/p%20pasten%20gustavo.pdf](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/cd%20III%20Congreso/PONENCIAS%202006/p%20pasten%20gustavo.pdf)
- Schönsteiner, Judith (coord.). 2012. “Revisión de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en 2012”. En Anuario de Derecho Público de 2012. Universidad Diego Portales. Consultado el 27/04/2020. [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/024\\_aranis\\_otros.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/024_aranis_otros.pdf)
- Secretaría general de la OEA. 2017. “Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación de periodistas”. Colombia. Consultado el 10/04/2020. [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5\\_ESP.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF)

Stafforini, Pablo. 2010. Prólogo a *Sobre la libertad*, de John Stuart Mill, 9-34. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes y Editorial Prometeo. Consultado el 28/03/2020. <http://www.unq.edu.ar/advf/documentos/50364b16f2f0a.pdf>

Van Dijk, Teun. 1997. *Estructuras y funciones del discurso*. México: Ed. Siglo XXI.

#### Páginas web

Caso Whitney v. California. 1927. Consultado el 06/05/2020. <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/274us357>

# DERECHO A LA PRIVACIDAD Y OPERACIONES DE INTELIGENCIA EN ECUADOR

## THE RIGHT TO PRIVACY AND INTELLIGENCE OPERATIONS IN ECUADOR

### DIREITO A PRIVACIDADE E OPERAÇÕES DE INTELIGÊNCIA NO EQUADOR

*Martín Tamayo\**

Recibido: 29/08/2020

Aprobado: 26/10/2020

#### Resumen

Las tensiones entre el derecho a la privacidad y la interceptación de comunicaciones digitales durante operaciones de inteligencia se reflejan en la Ley de Seguridad Pública y del Estado del Ecuador. El objetivo es determinar si esta regulación de 2009 respeta el derecho a la privacidad en la era digital, como una expresión de la dignidad humana. El estudio fue realizado en base a un análisis comparativo de autores, legislación e informes de derechos humanos. No existen medios efectivos para asegurar que el Estado ecuatoriano no vulnere ilegalmente la privacidad durante operaciones de vigilancia, en irrespeto a la Constitución, estándares interamericanos y universales. La ambigüedad en la justificación de las interceptaciones menoscaba una visión de seguridad integral y vulnera derechos.

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Dignidad; Era Digital; Interceptación; Privacidad; Seguridad Integral; Vigilancia

#### Abstract

The tensions between the right to privacy and the interception of digital communications, during intelligence operations, are reflected in the Public and State Security Act of Ecuador. The objective of this paper is to understand if this regulation (issued in 2009) respects the right to privacy in the digital age, as an expression of human dignity. The study was conducted through a comparative analysis of authors, legislation, and human rights reports. No effective means to ensure that the Ecuadorian State does not illegally violate the

right to privacy during surveillance operations are available, disrespecting Constitutional, Inter-American, and universal standards. Ambiguity in the justification of surveillance undermines an integral security vision and undermines human rights.

**Key words:** Digital Age; Dignity; Human Rights; Integral Security; Interception; Privacy; Surveillance

#### Resumo

As tensões entre o direito à privacidade e a interceptação de comunicações digitais durante operações de inteligência se refletem na Lei de Segurança Pública e do Estado do Equador. O objetivo é determinar se esta regulação de 2009 respeita o direito à privacidade na era digital, como uma expressão da dignidade humana. O estudo foi realizado baseado numa análise comparado de autores, legislação e informes de direitos humanos. Não existem meios efetivos que assegurem que o Estado equatoriano não lesione ilegalmente a privacidade durante operações de vigilância o que ocasiona uma violação a Constituição, padrões interamericanos e universais. A ambigüidade na justificação das interceptações afeta uma visão de segurança integral e vulnera direitos.

**Palavras chave:** Direitos Humanos; Dignidade; Era Digital; Interceptação; Privacidade; Segurança Integral; Vigilância

\* Máster en Derecho (LL.M) con mención en Derecho Internacional Público, por The London School of Economics and Political Science; Especialista Superior en Derechos Humanos, por la Universidad Andina Simón Bolívar; Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador, especializado en derechos humanos y seguridad internacional. Correo electrónico: martintamayo1@gmail.com

There is, simply, no way, to ignore privacy. Because a citizenry's freedoms are interdependent, to surrender your own privacy is really to surrender everyone's.

Edward Snowden, 2019  
Permanent Record

## INTRODUCCIÓN

El estudio examina la tensión entre la privacidad y la forma de regular las operaciones de inteligencia en el Ecuador. La relación entre el derecho a la privacidad sobre la información personal y la normativa que rige la interceptación de telecomunicaciones, en operaciones de inteligencia, es estudiada a la luz de la Ley de Seguridad Pública y del Estado (LSPE) vigente desde 2009.

En este trabajo, el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones son abordados como una expresión de la dignidad humana. Según Post (2001) y Whitman (2004), la vulneración de la privacidad no solo constituye una violación a la autonomía personal -considerada como una forma de autodeterminación respecto a la información propia y el control sobre esta- sino que supone una ofensa a la dignidad humana. Una transgresión atenta contra la visión colectiva de respeto personal, basada en principios intersubjetivos de convivencia. El respeto del derecho a la privacidad es una forma de defender un valor instrumental para el goce de otros derechos (Whitman 2004). Toda violación a este derecho constituye un atentado contra la sociedad y tiene una afectación particular en la dignidad individual (Corral 2000). La garantía de la privacidad contempla que cualquier vulneración, incluida la interceptación de comunicaciones, rompe las normas de convivencia en una sociedad democrática.

En este marco, cabe preguntarse cómo la privacidad de las personas podría ser vulnerada por la interceptación de telecomunicaciones, en operaciones de inteligencia, bajo la LSPE. El objetivo es determinar si la forma de regular la interceptación de comunicaciones en la LSPE, durante operaciones de inteligencia, atenta contra el derecho a la privacidad.

La privacidad es reconocida como un derecho humano que contempla el respeto irrestricto de la protección de las comunicaciones privadas. Las Constituciones del Ecuador, desde 1835 (Ávila 2012), así como instrumentos internacionales de derechos humanos, garantizan el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones (DUDH, art. 12; CADH, 1969; art. 11.2; art. 17). Estos aspectos garantizan el ejercicio del derecho a la privacidad y están vinculados con la dignidad humana (Escalante 2004). Mediante la aplicación del principio de progresividad y frente al desarrollo digital, este derecho es extensible a toda forma de comunicación privada (Ávila 2009).

El Estado tiene la capacidad de restringir el derecho a la privacidad y obtener información personal que califica como inteligencia. Según la Constitución, este derecho puede ser limitado por una ley (CE, Art. 66). La LSPE (art. 20) establece una restricción a la inviolabilidad del secreto de correspondencia, mediante un proceso judicial, para obtener información de inteligencia (LSPE, art. 4). No obstante, estos aspectos de la LSPE han sido criticados por atentar contra el debido proceso, la intimidad personal y la inviolabilidad de la correspondencia (Hurtado 2010, 107). Los organismos vinculados con la interceptación de comunicaciones, como la Secretaría de Inteligencia (SIN), ahora Centro de Inteligencia Estratégica (CIES) (DE 536, art. 4), y los órganos que administran justicia, tienen la obligación de velar por el respeto de la privacidad en los procesos (LSPE, art. 20).

En los últimos años, el debate entre privacidad y vigilancia fue revitalizado. Edward Snowden reveló un sistema de espionaje masivo indiscriminado de Estados Unidos a nivel global (Greenwald 2014). Hacking Team, especializada en herramientas de espionaje

electrónico, fue vinculada a la firma Robotec, que a su vez era proveedora de la SIN (Ricaurte 2015). Desde el 2016, los atentados del autoproclamado Estado Islámico en Europa renovaron el discurso restrictivo de libertades, incluida la privacidad, frente a la protección de la seguridad nacional (Bigo et al 2015; CDHNU 2018).

En su informe de 2018, el relator especial sobre la intimidad, Joseph Cannataci, no encontró ninguna legislación nacional sobre vigilancia que cumpla con los estándares internacionales que protegen ese derecho (CDHNU 2018). Este contexto justifica la necesidad de un estudio crítico sobre la relación entre privacidad y actividades de vigilancia en el Ecuador.

El impacto de la LSPE es analizado desde su promulgación en 2009, con énfasis en las políticas públicas de seguridad emitidas desde por el Gobierno desde

el 2017, incluidas algunas que tienen una aspiración de regir hasta el año 2030. En el presente trabajo se incorporan los aportes de Freddy Rivera y Katalina Barreiro (2011; 2017) relativos a la producción académica sobre inteligencia en el Ecuador. Las justificaciones para interceptar comunicaciones implican una interpretación de la inteligencia como una herramienta de seguridad nacional (Rivera et al 2011). Las justificaciones maleables de seguridad para obtener inteligencia generan potenciales desvíos corporativos susceptibles de politización (Rivera 2017). Las publicaciones académicas e informes de derechos humanos sobre el alcance de la privacidad se examinan en su relación con operaciones de órganos de seguridad e interceptación de comunicaciones. Y la legislación, las políticas públicas, los instrumentos internacionales, así como estándares de los sistemas interamericano y universal de derechos humanos se estudian respecto a la interceptación de telecomunicaciones.

## INTERCEPCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

En primer lugar, la LSPE desarrolla la regulación de la interceptación de las comunicaciones para obtener información vinculada a inteligencia. El procedimiento legal y las garantías para las personas sujetas a estas intervenciones muestran deficiencias que restringen el derecho a la privacidad. Además, la justificación de la interceptación de comunicaciones podría contraponerse con la concepción de seguridad integral, que implica un riesgo de politización y abusos.

En esta medida, los elementos esenciales de este derecho, desde una visión de protección de la dignidad humana, son identificados para determinar si el nivel de acceso y de control del Estado constituyen una intromisión ilegítima y arbitraria que menoscaba este derecho.

### **Regulación de la interceptación de comunicaciones en el Ecuador**

En el Ecuador, la Constitución garantiza el derecho a la privacidad a través de la protección de las

comunicaciones, y contempla una excepción para romper el secreto de la correspondencia mediante una ley (CE, art. 66.21). La LSPE regula el procedimiento para la interceptación de comunicaciones durante operaciones de inteligencia. El artículo 20 dictamina que, en operaciones encubiertas, si los organismos de inteligencia requieren una interceptación, deben solicitar una autorización judicial reservada que no afecte los derechos de las personas involucradas y que carezca de cualquier beneficio político (LSPE, art. 20).

En este trabajo, solo se analiza la interceptación de comunicaciones del sistema nacional de inteligencia. Este procedimiento no se aplica a las etapas pre-procesales y procesales de la fiscalía general del Estado o el subsistema de inteligencia antidelinquencial de la policía nacional (COESOP, art. 69) para resolver la comisión de delitos. El Código Orgánico Integral Penal (COIP) contempla un apartado particular sobre actuaciones especiales de investigación, que regula las indagaciones e incluye la interceptación de comunicaciones en juicios penales (COIP, art. 475).



La LSPE dispone la eliminación de la información si los datos recolectados no permiten iniciar una acción penal. Las grabaciones y los documentos deben ser destruidos con autorización y ante un juez. La LSPE remite a su reglamento para establecer un procedimiento de modo que la persona objeto de la investigación sea notificada, como requisito previo a la destrucción de la información (LSPE, art. 20). El reglamento no menciona este procedimiento (Reglamento LSPE). En la aprobación de la interceptación, los jueces deben orientar las acciones de las autoridades hacia el respeto de los derechos humanos (LSPE, art. 20).

La interceptación de telecomunicaciones se justifica como medio para obtener información de inteligencia expresamente vinculada con la protección de la seguridad integral (LSPE, art. 20).

### **Valoración positiva de la concepción normativa del derecho a la privacidad**

La contraposición de intereses entre el respeto del derecho a la privacidad y la interceptación de telecomunicaciones con fines de inteligencia es estudiada desde las categorías de análisis de Helen Nissenbaum (2010) en el establecimiento del valor de la privacidad. En concordancia con Post y Whitman (2004), una concepción normativa de la privacidad no es neutral, sino que aporta un elemento valorativo positivo sobre la necesidad de proteger la privacidad, desde un punto de vista individual y colectivo. En efecto, la relevancia normativa de la privacidad supone que su utilidad está vinculada con la necesidad de una reglamentación que limite cualquier vulneración a la información privada. Por lo tanto, su protección debe garantizarse por medios estatales efectivos de amparo (Nissenbaum 2010).

En la línea de pensamiento de Nissenbaum, para comprender la problemática de la interceptación de comunicaciones, la privacidad es un derecho influenciado por el concepto de control. En efecto, autores como Michael Fromkin describen a este derecho como “la capacidad de controlar el acceso o difusión de la información sobre uno mismo” (2000, 1164). La privacidad no solo está marcada por la restricción del acceso a datos por parte de terceros, sino por el control que los individuos y la sociedad tienen sobre la circulación de

información privada (Nissenbaum 2010). Una negociación continua sobre el control de los datos se desarrolla entre el individuo y la sociedad, con el Estado como intermediario, para determinar el grado adecuado de acceso a la información que garantice el derecho a la privacidad, frente a intereses colectivos, en una sociedad democrática. A continuación, se analiza la compatibilidad de una visión de seguridad nacional, disfrazada bajo seguridad integral, con la regulación de operaciones de inteligencia, ante su potencial politización.

### **Aparente centralidad de los derechos, incluida la privacidad, en las políticas públicas de seguridad**

A primera vista, la LPSE se alejaría de una visión de seguridad nacional y se acercaría a una política de seguridad integral alineada con la Constitución (2008, art. 85 y 393). Antes de la LSPE, estaba vigente la Ley de Seguridad Nacional de 1960, influenciada por las políticas de seguridad hemisféricas, orientada a proteger la integridad del Estado y la paz social (Rivera 2012). Según la LSPE (art. 20), la preservación de la seguridad coadyuva al ejercicio de derechos.

Esta visión que transversaliza una perspectiva de derechos en las políticas de seguridad ha sido reforzada desde el 2017 (Plan Nacional de Desarrollo, 56). El Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social Pacífica contempla que “la seguridad ciudadana (...) toma al enfoque de derechos humanos para profundizar la efectiva gobernabilidad de las instituciones” (2019, 32). El Plan Específico de Inteligencia (2019) orienta al sistema nacional de inteligencia hacia la protección de la seguridad integral. El objetivo de la seguridad integral es el respeto de los derechos humanos en todo contexto, incluidas las actividades orientadas a proteger la misma seguridad (Benavides y Chávez 2013). Este enfoque no buscaría preservar la integridad del Estado y la paz social, como un fin en sí mismo. Sin embargo, para el Plan Nacional de Seguridad Integral, que cobija las demás políticas sectoriales, el sistema nacional de inteligencia tiene por objetivo la generación de información sobre riesgos y amenazas “para la defensa y seguridad pública del Estado” (2019, 108). Este sería un retorno a doctrinas



de seguridad nacional identificadas por Rivera (2017), que sobredimensionan el rol de los Estados sobre la sociedad, sin una perspectiva de derechos. La Política de la Defensa Nacional ratifica este retroceso con un rol omnipresente de las Fuerzas Armadas y una vocación de “tutelaje militar sobre seguridad interior y desplazando el control civil” (Rivera 2019, 25-26). La seguridad del Estado se traduce en la protección de la gobernabilidad democrática, aunque en realidad vela por la estabilidad del Gobierno en el poder. La ambigüedad en la definición de las amenazas a la seguridad, el rol ubicuo autoasignado a los subsistemas de inteligencia, además de la falta de una planificación coherente (Rivera 2019) generan una multiplicidad de justificaciones infundadas para la activación de los subsistemas de inteligencia.

El derecho a la privacidad puede ser vulnerado por una maleable concepción de seguridad que faculta a una inteligencia con fines políticos. En efecto, María Ordóñez y Galo Cruz (2017) estiman que el sistema nacional de inteligencia pudo haber sido orientado para prácticas partidistas que distorsionan sus objetivos, “restringido a lo establecido en agendas políticas” y sujeto a actos discrecionales. La ambigüedad de los objetivos del sistema nacional de inteligencia y el regreso en la práctica a una concepción de seguridad nacional tradicional facilitarían una politización de las operaciones de interceptación de comunicaciones y restricciones arbitrarias a la privacidad.

El riesgo de politización de los sistemas de inteligencia es magnificado por garantías normativas y estructurales deficientes que no alinean la interceptación de las comunicaciones con estándares de derechos humanos, como se describe a continuación. En este contexto, la compatibilidad y coherencia de los elementos constitutivos del derecho a la privacidad serán contrastados con su restricción en la LSPE.

### **Elementos esenciales del derecho a la privacidad, como una expresión de la dignidad humana, frente a la regulación de las operaciones de inteligencia**

El preámbulo de la Constitución (2008) orienta la construcción de una sociedad que respete la dignidad

de las personas en un sistema democrático. Estos valores tienen un efecto de emanación sobre el ordenamiento jurídico nacional y el poder público (Trujillo 2013, 108). La LSPE debe respetar la dignidad humana, en una sociedad democrática, traducida en la protección del derecho a la privacidad.

El derecho a la privacidad genera una obligación de protección de las comunicaciones y de la intimidad personal. La Constitución garantiza el derecho a la protección e inviolabilidad de la correspondencia, inclusive por medios digitales (CE art. 66.21). El sistema legal debe imponer severos límites a la vulneración de la privacidad, por su vinculación con otros derechos y el valor normativo individual y social que se asigna a inviolabilidad de la intimidad personal (Nissenbaum 2010).

En Ecuador, el derecho a la privacidad está marcado por el control sobre la información personal. La privacidad está delimitada por la amplitud o restricción de la difusión de la información personal frente a terceros y su circulación en la sociedad (Froomkin 2000). El ordenamiento de la interceptación de telecomunicaciones supone un dilema sobre la potestad del Estado para intervenir en el control de la información. Los derechos son ponderados en relación con los intereses colectivos, a través de la obtención de inteligencia para preservar la seguridad integral.

Una forma de control de la información en la LSPE corresponde a la destrucción de la información recolectada con fines de inteligencia. Previamente a su eliminación, la persona intervenida debe ser notificada si sus comunicaciones recolectadas no establecieron una responsabilidad penal. La LSPE establece que su reglamento debe desarrollar un procedimiento de notificación para conocer la información recabada antes de su destrucción (LSPE, art. 20). El reglamento no especifica este proceso. Esta laguna legal imposibilita que una persona que haya sido investigada de forma infundada o abusiva pueda conocer la existencia de una vulneración a sus derechos. Si no existe un proceso para notificar a la víctima y la información fue destruida, la persona que sufrió una vulneración a su privacidad no puede ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, en vista de

que las pruebas de la interceptación fueron eliminadas (Hurtado 2010).

En relación con el control sobre la información desde el Estado, la LSPE no contempla otros escenarios para prevenir o reparar la vulneración de los derechos de terceras personas. La interceptación versa sobre comunicaciones interpersonales. Razón por la cual, no solo existiría una vulneración sobre la persona investigada, sino una violación de la privacidad de aquellos individuos con quienes la persona investigada mantenía comunicaciones.

De la misma forma, en la LSPE no se contempla una vulneración de derechos por la excesiva recolección de información no vinculada con los fines de la investigación. Los avances en las tecnologías de la información de seguridad alcanzan métodos de vigilancia más intrusivos y continuos sobre la información personal (Nieves 2007). Una investigación requiere un acceso constante, durante un amplio periodo de tiempo -hasta 120 días- sobre las comunicaciones de una persona (LSPE, art. 20). Sin embargo, la LSPE no establece una forma de rendición de cuentas sobre la información individual recolectada extensivamente pero que no está asociada con el propósito de la investigación.

La LSPE establece una prohibición para la producción de inteligencia sobre personas por motivos de “etnia, orientación sexual, credo religioso, acciones privadas, posición política” (LSPE, art. 21-22) o pertenencia a algún partido o movimiento social. Esta prohibición, al omitir categorías sobre igualdad y no discriminación de la Constitución (art. 11.2), reafirma la falta de un enfoque de derechos en la interceptación de comunicaciones.

Así mismo, el artículo 20 de la LSPE sobre la acción de los jueces ante solicitudes de interceptación admite interpretaciones que podrían vulnerar derechos. El juez puede negar una solicitud de interceptación “por afectación grave a los derechos de los sujetos sobre quienes se ejerce la operación encubierta” (LSPE, art. 20). Esta formulación es problemática. ¿Podría un juez autorizar una intervención de organismos de inteligencia si existe solo una “leve” afectación a los derechos? Se trata de una doctrina no reconocida hasta el momento. Las únicas vulneraciones que justificarían negar una interceptación serían las graves violaciones a los derechos humanos. Estas son reconocidas como tales por el derecho internacional o por el capítulo I del título IV del COIP, como los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, etnocidio, ejecuciones extrajudiciales, entre otras (COIP, arts. 79-90). Así, el uso del adjetivo “grave” en el artículo 20 de la LSPE abre un espacio de subjetividad que no garantiza la protección de derechos.

De tal manera que, varias disposiciones que regulan la intervención en comunicaciones contravienen los elementos centrales del derecho a la privacidad. Este garantiza la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, como una forma de proteger el control sobre el nivel de difusión de la información personal y familiar. En dicho marco, la LSPE no solo debe adecuarse a la Constitución, sino a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el siguiente acápite se analizan, los estándares del sistema interamericano y universal de derechos humanos frente a las disposiciones de la LSPE relativas a inteligencia e interceptación de comunicaciones. Estos estándares esclarecen el alcance de las obligaciones estatales relativas al derecho a la privacidad, en la era de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

## INTERCEPCIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN OPERACIONES DE INTELIGENCIA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las opiniones de los órganos especializados en la promoción y la protección de derechos humanos ayudan a comprender las obligaciones de los Estados respecto al derecho a la privacidad en actividades de

inteligencia. Los estándares de los sistemas interamericano y universal desarrollan el alcance de las obligaciones para el Ecuador. Estos organismos analizan como compatibilizar la interceptación de comunicaciones con

la protección y garantía de derechos, en un Estado democrático.

### **Estándares del sistema interamericano sobre limitaciones al derecho a la privacidad**

Por un lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificada por el Ecuador en 1977, garantiza el derecho a la vida privada. Con relación a la protección de la dignidad, establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia” (CADH, art. 11.2). Esta garantía ratifica la inviolabilidad y secreto de la correspondencia garantizada en la Constitución y enfatiza la prohibición de injerencias en la vida privada.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha determinado el alcance del derecho a la vida privada. El caso *Tristán Donoso vs. Panamá* reconoció que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública” (CorteIDH 2009, 55). La Corte extendió el artículo 11 de la CADH a cualquier tipo de comunicación, incluso aquellas no contempladas expresamente, razón por la cual incluye escenarios de la era digital (Ávila 2009). Sin embargo, el derecho a la privacidad puede ser restringido.

En el 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. El documento establece condiciones, en contextos excepcionales, para restringir la privacidad. Las limitaciones a la privacidad solo deberían enfocarse en las acciones del poder público para prevenir y sancionar hechos delictivos, como un medio para el asegurar la consecución de investigaciones judiciales (CIDH 2009).

En el Ecuador, dos cuerpos normativos permiten interceptar comunicaciones. Por una parte, el COIP (2014) contiene un capítulo para la interceptación de comunicaciones durante actuaciones especiales de investigación de la comisión de delitos (art. 475). Esta limitación a la privacidad, con fines judiciales de

persecución de delitos, guardaría conformidad formal con los lineamientos establecidos por la CIDH.

Por otra parte, la LSPE no establece que la finalidad de la interceptación de comunicaciones sea únicamente la persecución de delitos, pues no restringe el derecho a la vida privada únicamente para investigarlos, sino también para otros fines de inteligencia (LSPE, art. 14.a), cuya amplitud no está definida y puede ser maleable, como fuera observado con anterioridad. Además, la LSPE podría infringir los estándares de la CIDH si no incorpora las garantías apropiadas.

El procedimiento de la LSPE debe ser coherente con los derechos vinculados al debido proceso; por ejemplo, a la observancia de los artículos 8 y 25 de la CADH sobre garantías procesales y protección judicial. La Constitución plasma la aplicación directa de los instrumentos internacionales más favorables para asegurar la vigencia de los derechos (CE, art. 424). La CADH y las decisiones de los órganos del sistema interamericano constituyen un referente para analizar el derecho a la privacidad.

Una regulación de la vigilancia de comunicaciones privadas como la establecida en la LSPE debe ser clara con el objeto de garantizar el respeto del debido proceso, un equilibrio entre las partes y evitar abusos. La jurisprudencia de la CorteIDH, cuya interpretación esclarece el alcance de la CADH, establece que el derecho al debido proceso implica “un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad” (Rodríguez 1998, 1297).

Tal como se indicó en el anterior acápite, en la LSPE existe un desequilibrio procesal por la imposibilidad de que una persona que haya sido investigada sin fundamento pueda conocer la existencia de una dicha vulneración. El reglamento de la LSPE no establece el procedimiento para incorporar en el proceso a una presunta víctima. Sin un procedimiento para notificar y dar a conocer las piezas procesales producidas durante una intervención por inteligencia, el acceso a la justicia no está garantizado ante una vulneración del derecho a la privacidad.

Sobre el principio de responsabilidad estatal, en el sistema interamericano, Tara Melish identifica principalmente las obligaciones de respeto y garantía de los derechos para los Estados. El deber de respeto implica una abstención de realizar conductas atentatorias contra los derechos. La garantía es una obligación positiva de “organizar todas las estructuras [...] del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Melish 2003, 175-177). Así, la LSPE debería contemplar mecanismos efectivos para la vigencia de los derechos en la intercepción de comunicaciones. Si bien prohíbe el uso de la inteligencia para fines políticos o personales (LSPE, art. 20), no establece un procedimiento sancionador del uso inadecuado de los mecanismos de intercepción. Tampoco incorpora medios para una posible reparación de las víctimas de una vulneración.

En principio, la acción de protección (CE, art. 88) es una garantía judicial de amparo que podría ser activada. En el presente caso, un juez podría declarar la vulneración de un derecho constitucional y la reparación a la víctima. Los estándares interamericanos detallan que “la función de esos recursos [...] sea idónea para proteger la situación jurídica infringida [...] además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (CorteIDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 64-68). En la situación bajo estudio, no existe un medio efectivo de reparación de una violación del derecho a la privacidad en el caso de que las evidencias sean destruidas, sin una notificación de esta circunstancia a la posible víctima. Así, este recurso judicial no cumple con los estándares interamericanos sobre acceso a la justicia para el derecho a la privacidad.

Por otro lado, la CIDH contempla que las restricciones al derecho a la vida privada deben estar “justificadas en la necesidad de proteger los derechos de terceras personas y el interés general de la sociedad” (CIDH 2009, 175). Según el artículo 30 de la CADH (1969), los derechos pueden ser restringidos únicamente mediante una ley justificada por el interés general. La

CorteIDH estableció el alcance de la palabra “leyes”. Estas deben ser emitidas de manera formal y material; y, cualquier restricción debe apegarse al bien común, en un Estado democrático (CorteIDH 1986). En el Ecuador, el bien común y el interés general que justifican la restricción de la privacidad corresponden a la identificación de información que garantice la seguridad integral (LSPE, art. 4).

Como fuera observado en la revisión de las políticas públicas de seguridad y la LSPE, el enfoque de seguridad nacional para la preservación de la integridad del Estado permanece fortalecido. El Estado debe velar por el respeto del derecho a la privacidad, por encima del interés general o el bien común, durante las operaciones de inteligencia (Ávila 2009). En la LSPE, el Estado no alinea sus postulados con la garantía de la privacidad; porque privilegia la necesidad de resguardar al Estado (Rivera 2012), proteger el orden público y la convivencia (LSPE, art. 4), mientras que deja en un segundo plano los derechos humanos. La seguridad protegida por el sistema nacional de inteligencia contradiría los estándares interamericanos sobre restricciones permisibles al derecho a la vida privada. Las justificaciones de operaciones de inteligencia no velarían por el bien común en un estado democrático, sino por los intereses de la seguridad nacional, del orden público y del Gobierno. Lo peor es que estos, por su ambigüedad, pueden incluir el servicio a agendas políticas<sup>1</sup>.

De esta manera, la regulación de la intercepción de comunicaciones en la LSPE contiene provisiones que no garantizan el derecho a la privacidad según los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Ahora, la regulación de la LSPE también debería guardar coherencia con los lineamientos establecidos por el sistema universal de protección de derechos.

### **Estándares del sistema universal sobre limitaciones al derecho a la privacidad**

Varios instrumentos internacionales de Naciones Unidas garantizan el derecho a la privacidad. La

<sup>1</sup> Artículo de Paul Mozur, Jonah Kessel y Melissa Chan, publicado en el New York Times, el 24 de abril de 2019: «Hecho en China y exportado a Ecuador: el aparato de vigilancia estatal». <https://www.nytimes.com/es/2019/04/24/espanol/america-latina/ecuador-vigilancia-seguridad-china.html>

Declaración Universal de Derechos Humanos contempla una prohibición de toda injerencia arbitraria en la vida privada, la correspondencia entre las personas y establece la necesidad de una protección de la ley frente a posibles abusos (DUDH, art. 12). Este derecho, y su correlativa garantía, fueron reafirmados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 17), ratificado por el Ecuador en 1968. La regulación de este derecho requiere herramientas adecuadas para enfrentar los retos emergentes del rápido desarrollo de las tecnologías, que permiten la vasta e indiscriminada recolección de datos en internet (Froomkin 2000).

El artículo 17 del PIDCP no desarrolla limitaciones explícitas para evitar vulneraciones a tal derecho, a diferencia de otros artículos de ese mismo tratado. En el año 2014, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) identificó que la principal afectación a la privacidad ocurre debido a la vigilancia masiva e interceptación de comunicaciones digitales de los Estados (CDHNU 2014). El desarrollo de organismos de Naciones Unidas actualiza y adecua el alcance de los derechos a las nuevas tecnologías.

El sistema universal de derechos humanos establece estándares que desarrollan el contenido de las obligaciones estatales sobre el derecho a la privacidad. La Corte Constitucional reconoció al *soft law* con un valor jurídicamente relevante para interpretar el alcance del contenido de los derechos (CC, sentencia N.º 001-10-SIN-CC, 58). La Defensoría del Pueblo lo considera como una referencia de interpretación doctrinaria (2015). Estos estándares serán analizados en relación con la limitación a la privacidad en operaciones de inteligencia.

En el 2014, el Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos humanos en la lucha de la ONU contra el terrorismo estableció principios sobre el derecho a un juicio justo y el debido proceso en el combate al terrorismo. Según el principio 3 del documento, el derecho a un juicio justo implica la publicidad de los procesos. Cualquier restricción a este principio, incluso por motivos de seguridad nacional, debe ser necesaria, proporcional y analizada en función de cada caso (CTITF

2014). Estas restricciones deben ir acompañadas de mecanismos adecuados para garantizar un equilibrio procesal y una posible responsabilidad ulterior.

La LSPE no establece un análisis casuístico de la restricción a la publicidad del proceso. Con relación a la interceptación de comunicaciones, “[t]odas las actuaciones judiciales relativas a dicha solicitud mantendrán la reserva” (LSPE, art. 20). No existe una forma de vigilar la transparencia del procedimiento judicial y la eventual responsabilidad ante abusos de poder y violaciones de derechos. La LSPE no guardaría coherencia con el corpus iuris de los derechos humanos; como, por ej., con estos principios de Naciones Unidas sobre la necesidad de publicidad en el control de operaciones de inteligencia.

De la misma forma, el relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, en su informe del 2014, reiteró la necesidad de medios efectivos para proteger derechos. Respecto al artículo 17 del PIDCP, que protege la privacidad, recomendó que “las personas deberían tener derecho a interponer recursos efectivos cuando sus derechos a la privacidad en línea sean presuntamente vulnerados” (CDHNU 2014, 61). Este recurso sería presentado ante un órgano independiente que pueda acceder al material y respetar las garantías del debido proceso. De la misma forma, presume la existencia de un órgano externo con capacidad de supervisión y medios vinculantes para controlar los excesos.

En el 2010, la misma Relatoría emitió informe sobre las buenas prácticas de garantía y respeto de los derechos humanos desde los servicios de inteligencia. La recomendación práctica N.º 24 sugirió que los organismos de inteligencia evalúen constantemente la exactitud y pertinencia de la información que recaban (CDHNU 2010). A pesar de la obligación de los sistemas de inteligencia de suprimir datos impertinentes para su mandato “es importante que esto no vaya en detrimento de la labor de los organismos de supervisión o de las posibles actuaciones judiciales” (CDHNU 2010, 38). La información no relevante o recolectada por error debería ser destruida sin menoscabar la capacidad para reclamar una violación del derecho a la privacidad.



Como ya se indicó, la normativa ecuatoriana no desarrolla el proceso de notificación a las personas cuyos derechos fueron vulnerados durante operaciones de inteligencia. La regulación sobre la recolección de información de terceras personas no vinculadas a las investigaciones es inadecuada. La información recolectada puede ser eliminada sin que las personas involucradas hayan tenido acceso a las evidencias. Estas circunstancias implican que no existe un recurso efectivo para reparar las violaciones del derecho a la privacidad en internet, tal como mencionamos en el anterior acápite.

A mediados del 2014, la OACDH emitió un informe sobre el derecho a la privacidad en la era digital. La OACDH recordó la observación general N.º 16 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad del PIDCP y resaltó que su limitación puede ocurrir solo si es legal y no arbitraria (CDH 1988). Con relación a la legalidad y arbitrariedad, una restricción a la privacidad podría ser ilegal si contraría los principios de proporcionalidad y razonabilidad para alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática, en la misma línea que el sistema interamericano (CDHNU 2014).

En este mismo informe, la OACNUDH estableció que cualquier limitación al derecho a la privacidad “debe estar prevista en la ley, y la ley debe ser lo suficientemente accesible, clara y precisa para que una persona pueda leerla y saber quién está autorizado a realizar actividades de vigilancia de datos y en qué circunstancias” (CDHNU 2014). La LSPE no establece de forma clara y precisa quién realiza las actividades de vigilancia. Los organismos de inteligencia pueden solicitar una interceptación de comunicaciones, pero no se determina cuáles entidades estatales tienen estas competencias (LSPE, art. 20).

Algunas agrupaciones no contempladas explícitamente en la ley, como aquellas que conforman los subsistemas de inteligencia militar, la Unidad de Inteligencia Financiera o el Departamento de Inteligencia Tributaria del Servicio de Rentas Internas, podrían solicitar la interceptación de comunicaciones durante operaciones de inteligencia. Las entidades del sistema nacional de inteligencia están dictaminadas en

el reglamento, y este hecho rompe la reserva de ley. Además, no existe claridad respecto a las unidades de los subsistemas de inteligencia que ejecutan las operaciones. Por ej., desde el año 2019, el estatuto orgánico que describe las unidades y competencias del CIES tiene el carácter de reservado (CIES, art. 1) Sin una definición clara de los actores que pueden interceptar comunicaciones y ante la reserva de los procedimientos internos de cada institución en operaciones de vigilancia, las circunstancias para autorizar operaciones de inteligencia son opacas.

El informe de la OACNUDH del 2014 recomendó la aplicación de medidas de supervisión externa y civil, desde todos los poderes del Estado, para evitar prácticas arbitrarias o ilegales que vulneren la privacidad (CDHNU 2014). Un control independiente es necesario “a fin de garantizar la existencia de una rigurosa supervisión del uso de técnicas intrusivas de vigilancia y del procesamiento de la información personal” (CDHNU 2009, 62).

Estas recomendaciones sugieren la intervención de una institución civil independiente de los organismos de inteligencia y del poder ejecutivo con “la autoridad legal para consultar todos los archivos y documentos pertinentes, inspeccionar los locales de los servicios de inteligencia” (CDHNU 2009, 13-14) así como tener acceso al personal que realiza las operaciones de interceptación.

La LSPE carece de un organismo de supervisión independiente, que guarde conformidad con los lineamientos del sistema universal. El artículo 24 establece que la SIN, ahora CIES, debe ser controlado por el poder ejecutivo y rendir cuentas trimestralmente ante la Asamblea Nacional (LSPE). La LSPE y su reglamento no establecen ninguna capacidad para que la Asamblea Nacional pueda acceder a los archivos fruto de la interceptación, a las instalaciones del organismo de inteligencia o contactarse con el personal a cargo de las operaciones. Solo contempla que acuda a la Asamblea Nacional la máxima autoridad del CIES.

Además, la LSPE no garantiza que todos los organismos con capacidad de interceptar comunicaciones rindan cuentas ante la Asamblea Nacional. El



Departamento de Inteligencia Tributaria o la Unidad de Vigilancia del Servicio Nacional de Aduana, que conforman el sistema nacional de inteligencia, podrían solicitar una intervención a las telecomunicaciones (Plan V, 2018). Sin embargo, al no formar parte de los órganos ejecutores de la LSPE (art. 11), estas instituciones no tienen la obligación de rendir cuentas ante la Asamblea Nacional (art. 24). No existe un control horizontal de sus acciones. Tampoco se cumple la reiterada recomendación de la ONU sobre la necesidad de órganos independientes de control externo con capacidad de supervisión eficaz. Esta garantía ayudaría a evitar restricciones arbitrarias e ilegales al derecho a la privacidad.

De esta manera, la LSPE no guarda coherencia con las recomendaciones emitidas por organismos de derechos humanos del sistema universal. Frente al desarrollo de las nuevas tecnologías, fueron establecidos ciertos estándares para resguardar el derecho a la privacidad. Estos determinan elementos esenciales para el respeto al debido proceso, el equilibrio procesal, la publicidad, el manejo adecuado, el procesamiento de la información obtenida en casos de inteligencia y la necesidad de un órgano independiente de supervisión. Sin embargo, la LSPE no establece condiciones mínimas para asegurar que la restricción a la privacidad no menoscabe el derecho a la intimidad del artículo 17 del PIDCP.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el Ecuador, la regulación de la interceptación de comunicaciones durante operaciones de inteligencia no establece las garantías necesarias para prevenir violaciones al derecho a la privacidad. El procedimiento de la LSPE, que faculta a los organismos de inteligencia a restringir la privacidad personal, no respeta la obligación de orientar la estructura estatal para garantizar los derechos humanos. La privacidad, como una expresión de la dignidad humana y una de las garantías para la convivencia en una sociedad democrática, está sujeta a limitaciones potencialmente arbitrarias e ilegales del Estado sobre el control de la circulación de la información.

Los elementos esenciales del derecho a la privacidad no son protegidos por la LSPE en la restricción de la vida personal y familiar. La interceptación de las telecomunicaciones no respeta los principios y derechos de la Constitución del 2008. En la LSPE, la regulación de la interceptación de las comunicaciones es laxa, no garantiza la transparencia del juicio y las garantías procesales mínimas. En el caso de una intervención arbitraria, no existen las garantías del debido proceso para reconocer y reparar una vulneración de derechos y lograr una efectiva protección del derecho a la privacidad. El Estado tiene una capacidad de acceso y control a la información personal excesiva. En ciertos casos, las justificaciones para la restricción de la

privacidad resultan ambiguas e indeterminadas en el contexto de la protección de la seguridad integral.

La visión de seguridad integral, que en la actualidad busca proteger la seguridad nacional, es incompatible con los estándares de los derechos humanos y supone un riesgo de politización y abusos. En efecto, las políticas públicas de seguridad vigentes, acompañadas de la regulación en la LSPE, rompen con la jerarquía de intereses democráticos aceptables, al ubicar a los derechos humanos como un punto de referencia y no como un concepto transversal. Esta situación legal permite la aquiescencia de acciones que podrían menoscabar el contenido del derecho a la privacidad, con el objetivo de garantizar la seguridad nacional y la estabilidad del Gobierno en el poder. Los organismos de inteligencia pueden emprender acciones para restringir, de manera ilegal o arbitraria, la intimidad de las personas, en gran parte debido a la discrecionalidad con la que se maneja el concepto de seguridad nacional, con un riesgo de politización.

En este contexto, varios organismos internacionales de derechos humanos han establecido estándares sobre la protección de la privacidad en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, frente a restricciones ilegales y arbitrarias del Estado. Estas recomendaciones no han sido

incorporadas en la LSPE. En efecto, en el sistema interamericano de derechos humanos y en la ONU, varias decisiones y pronunciamientos establecen condiciones puntuales sobre la excepcionalidad de la limitación del derecho a la privacidad, en caso de operaciones de inteligencia.

La interceptación de comunicaciones tal como consta en la LSPE irrespeta los estándares internacionales vinculantes sobre la obligación de respeto del derecho a la privacidad en una sociedad democrática. La concepción de seguridad integral de la Constitución del Ecuador, cuya centralidad radica en la protección de los derechos humanos, es incompatible con aquella restricción de la privacidad que va unida a la inaceptable justificación que pretexto la necesidad de obtener información de inteligencia.

El irrespeto de los estándares del sistema universal e interamericano sobre la protección del derecho a la privacidad se manifiesta principalmente en la falta de mecanismos de protección y garantías del debido proceso; la carencia de recursos para determinar y acceder a la justicia en caso de una vulneración del derecho a la privacidad, inclusive para terceros afectados; las restricciones inadecuadas al principio de publicidad; la falta de mecanismos de control, de rendición de cuentas y de transparencia eficaces y vinculantes; así como la opacidad sobre los actores intervinientes y los procedimientos establecidos en la LSPE.

En el año 2014, el país apoyó una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que llamó a los Estados a revisar su legislación con relación a la interceptación y recolección de datos, a través de comunicaciones digitales, con miras a proteger el derecho a la privacidad. Esta resolución alentó el establecimiento de órganos independientes de control, que aseguren la transparencia y rendición de cuentas (AGNU 2014). En el 2020, el Ecuador reafirmó la vigencia internacional de los derechos humanos en el ámbito de las operaciones en ciberespacio, incluidas las acciones de inteligencia (Hollis 2020). Aún está pendiente un debate informado sobre la actualización de los marcos normativos sobre la interceptación de comunicaciones para fines de inteligencia, de esta que se guarde conformidad con los estándares que el Ecuador ha impulsado en foros multilaterales.

Los sistemas interamericano y universal han desarrollado extensas recomendaciones sobre vigilancia y privacidad que permiten al Estado revitalizar su sistema nacional de inteligencia para generar mayor confianza y legitimidad en el sector de seguridad. En este sentido, la aceptación de la propuesta de visita al Ecuador por parte del relator especial sobre la intimidad (Cannataci 2019) permitiría recibir recomendaciones específicas sobre la mejora de los mecanismos de protección del derecho a la privacidad en el contexto de operaciones de inteligencia y el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, Ramiro. 2012. «Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano». Ponencia pronunciada en el Congreso Ecuatoriano de Historia. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila%2C%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf>
- \_\_\_\_\_. 2009. «Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, editado por Gisela Elsner: 775-793. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- \_\_\_\_\_. 2009. «Los principios de Aplicación de los Derechos». *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, editado por Luis Saavedra, 27-58. Quito: INREDH.
- AGNU. Ver Asamblea General de las Naciones Unidas. 2014. *El derecho a la privacidad en la era digital*. N.º A/RES/69/166. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Benavides, Gina y Gardenia Chávez. 2013. *Horizonte de los derechos humanos en el 2012*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Bigo, Didier, Sergio Carrera y Elspeth Guild. 2015. «The EU and its Counter-Terrorism Policies after the Paris Attacks». N.º 84, noviembre 2015. [http://aei.pitt.edu/69691/1/No\\_84\\_EU\\_Responses\\_to\\_Paris\\_0.pdf](http://aei.pitt.edu/69691/1/No_84_EU_Responses_to_Paris_0.pdf)
- Cannataci, Joseph. 2019. «Experto de la ONU en privacidad seriamente preocupado por el comportamiento de Ecuador en los casos Assange y Moreno». <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24646&LangID=S>
- CDH. Ver Comité de Derechos Humanos. 1988. «Observación General N.º 16, Artículo 17–Derecho a la intimidad», N.º HRI/GEN/1/Rev.7. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- CDHNU. Ver Consejo de Derechos Humanos. 2018. «Report of the Special Rapporteur on the right to privacy», N.º A/HRC/37/62. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- \_\_\_\_\_. 2014. «The right to privacy in the digital age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights», Nro. A/HRC/27/37. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- \_\_\_\_\_. 2014. «Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo». N.º A/69/397. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- \_\_\_\_\_. 2010. «Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión». N.º A/HRC/14/46. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- \_\_\_\_\_. 2009. «Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo». Nro. A/HRC/13/37. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- CIDH. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, N.º OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- CIES. Ver Centro de Inteligencia Estratégica. 2019. *Plan Específico de Inteligencia 2019-2030*. Quito: Centro de Inteligencia Estratégica. <https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/07/plan-nacional-inteligencia-web.pdf>
- Corral, Hernán. 2000. «Configuración jurídica del Derecho a la privacidad». *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N.º2: 331-355.
- CorteIDH. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1986. Opinión Consultiva OC-6/86. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CTITF. Ver Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism. 2014. *Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- DPE. Ver Defensoría del Pueblo del Ecuador. 2015. *Criterios y estándares del derecho a la igualdad y no discriminación para la incidencia normativa y la incorporación del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas*. Quito: Defensoría del Pueblo.
- Escalante, Fernando. 2004. *El derecho a la privacidad*. México D.F.: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- Froomkin, Michael. 2000. «The death of Privacy?». *Stanford Law Review*. Vol. 52: 1461-1543.
- Greenwald, Glenn. 2014. *Snowden: Sin un lugar donde esconderse*. Bogotá: Editora Géminis.
- Hollis, Duncan. 2020. «Derecho Internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia». Rio de Janeiro: Organización de los Estados Americanos. [https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI\\_doc\\_603-20\\_rev1.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_603-20_rev1.pdf)
- Hurtado, Francisco. 2010. «La ley de seguridad y sus implicaciones para derechos humanos». *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*: 101-118. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Abya-Yala.
- MDG. Ver Ministerio de Gobierno. 2019. *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Pacífica 2019-2030*. Ecuador: Ministerio de Gobierno.
- Melish, Tara. 2003. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: CDES.
- Ministerio de Defensa Nacional. 2019. *Plan Nacional de Seguridad Integral 2019-2030*. Quito: Ministerio de Defensa Nacional. <https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/07/plan-matriz-web.pdf> 108
- Nieves, María. 2017. «La protección de la información en la sociedad tecnológica». *Revista Araucaria Universidad de Huelva*, N.º18: 85-115.
- Nissenbaum, Helen. 2010. *Privacidad amenazada: tecnología, política y la integridad de la vida social*. México: Océano.
- Ordóñez, María y Galo Cruz. 2017. «La inteligencia militar ecuatoriana en la sociedad del riesgo». *URVIO*, N.º 21: 56-69. <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/2964/2015>
- Plan V. 2018. «¿Ecuador tiene una estructura de inteligencia debilitada?». Plan V, 28 de febrero. <https://www.planv.com.ec/historias/politica/ecuador-tiene-una-estructura-inteligencia-debilitada>
- Post, Robert. 2001. «Three Concepts of Privacy». *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, N.º 185. [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/185](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/185)

- Ricaurte, Paola. 2015. «Desafíos de la acción colectiva en la era post-Snowden: lecturas desde América Latina». *Tecnocultura*, Vol. 12 N.º 3: 429-447. <http://revistas.ucm.es/index.php/TEKN/article/view/51340/47835>
- Rivera, Freddy y Katalina Barreiro. 2011. *Inteligencia estratégica y prospectiva*. Quito: FLACSO.
- Rivera, Freddy. 2019. «¿Qué tan nueva es la actual Política de la Defensa?». Plan V, 16 de enero. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/que-tan-nueva-la-actual-politica-la-defensa>
- \_\_\_\_\_. 2017. «Inteligencia estratégica e inteligencia política: los claro-oscuros del caso ecuatoriano». *Inteligencia estratégica contemporánea*, editado por David Andrade Aguirre: 133-148. Sangolquí: Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE.
- \_\_\_\_\_. 2012. *La seguridad perversa: Política, democracia y derechos humanos en Ecuador*. Quito: FLACSO.
- Rodríguez, Víctor. 1998. «El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos». En *Liber Amicorum*, coordinado por Héctor Fix-Zamudio, 1295-1328. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- SENPLADES. Ver Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. 2017. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Snowden, Edward. 2019. *Permanent Record*. Londres: Macmillan.
- Trujillo, Julio. «Funciones normativas de la Constitución». *Constitucionalismo contemporáneo, teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Whitman, James. 2004. «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty». *The Yale Law Journal*, N.º 113.6: 1151-1221.
- Normativa y jurisprudencia**
- CADH. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Organización de Estados Americanos: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- CC. Ver Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 001-10-SIN-CC. Casos N.º 0008-09-IN y 0011-09-IN. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- CE. Ver Constitución de la República del Ecuador. 2008. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 449, 20-X-2008.
- CIES. Ver Centro de Inteligencia Estratégica. 2019. Ecuador: Centro de Inteligencia Estratégica. Resolución N.º CIES-R-001-2019 del 2-I-2019.
- COESCOPE. Ver Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y del Estado. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 19 de 21-VI-2017.
- COIP. Ver Código Integral Penal. 2014. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-II-2014.
- Corte IDH. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs Panamá. Sentencia de fondo del 27-I-2009.
- \_\_\_\_\_. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia de Fondo, del 29 de julio de 1988.
- DE 536. Ver Decreto Ejecutivo 536. 2018. Ecuador: Presidencia de la República. Registro Oficial Suplemento 358 de 30-X-2018.

DUDH. Ver Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. NY: Asamblea General de la ONU. Resolución N.º 217 A (III).

LSPE. Ver Ley de Seguridad Pública y del Estado. 2009. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 35 de 28-IX-2009.

PIDCP. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. NY: Asamblea General de la ONU. Resolución N.º 2200-A-XXI.

Ministerio de Defensa Nacional. Política de la Defensa Nacional del Ecuador. Decreto Ejecutivo 633. 2019. Ecuador: Presidencia de la República. Registro Oficial 412 de 23-I-2019.

Reglamento LSPE. Ver Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado. 2010. Ecuador: Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo 48. Registro Oficial Suplemento 290 de 30-IX-2010.



## BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO ABIERTO A NIVEL MUNICIPAL EN ECUADOR

## GOOD PRACTICES OF OPEN GOVERNMENT AT THE MUNICIPAL LEVEL IN ECUADOR

## BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS DE GOVERNAÇÃO ABERTA NOS MUNICÍPIOS DO EQUADOR

*Diego Cevallos\**

Recibido: 15/09/2020

Aprobado: 31/10/2020

### Resumen

Los municipios son los niveles de gobierno más cercanos al ciudadano y ejercen competencias que inciden en su calidad de vida. En Ecuador son responsables de la prestación de servicios básicos como el agua potable, recolección de residuos, regulan tránsito y transporte, actividades económicas, etc. Por tal motivo es indispensable la implementación de políticas de gobierno abierto que transparenten su gestión y acerquen al ciudadano a los procesos de toma de decisiones. Los municipios cuentan con un marco normativo que les permite el desarrollo de políticas de gobierno abierto; razón por la cual, el presente estudio identifica buenas prácticas de gobierno abierto local en Ecuador, a partir de la aplicación de los principios de transparencia, participación y colaboración ciudadana.

**Palabras clave:** Municipios; Transparencia; Participación Ciudadana; Colaboración; Co-creación; Gobiernos Locales

### Abstract

Municipalities are closer to the citizens than any other government branch, exercising attributions that affect the quality of their daily lives. In Ecuador, they provide basic services such as drinking water, waste collection, they regulate traffic and transportation, economic activities, among others. It is, therefore, essential to implement open government policies that guarantee transparency in their management, engaging citizens to decision-making processes. The

municipalities have a regulatory framework that allow them to develop open government policies. This paper evaluates the situation of local open government in Ecuador, based on the application of the principles of transparency, participation and citizen collaboration.

**Key words:** Municipalities; Transparency; Citizen Participation; Citizen Engagement; Co-creation; Local Governments

### Resumo

Os municípios são os níveis de governo, mas próximos aos cidadãos e exercem competências que geram impacto em suas qualidades de vida. No Equador, os municípios são responsáveis pela prestação de serviços básicos como água potável, coleta de lixo, regulamentação de trânsito e transporte, atividades econômicas, etc. Por esse motivo, é indispensável a execução de políticas de governação aberta que transparentem sua gestão e se aproximem ao cidadão e aos processos decisórios. Os municípios dispõem de normas que permitem o desenvolvimento de políticas de governação aberta; razão porque, o presente estudo identifica boas práticas dessa modalidade de governação local no Equador, a partir da aplicação dos princípios de transparência, participação e colaboração cidadã.

**Palavras chave:** Municípios; Transparência; Participação Cidadã; Colaboração; Co-criação; Governos Locais

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar; Diplomado en gestión pública para el desarrollo territorial por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y la Organización de Estados Americanos; Diplomado en innovación política por la Academia de Innovación Política y la universidad de Arizona. Es asesor para gobiernos locales en Gobernanza Local Ec. Correo electrónico: diegocevallosalgado@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el mundo ha tenido un proceso de urbanización acelerado, particularmente en América Latina y el Caribe, donde casi “el 80% de su población vive actualmente en ciudades, una proporción superior incluso al de países más desarrollados, por lo que la región está considerada como la más urbanizada del mundo” (Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, ONU-Hábitat 2012, XI). En este periodo de crecimiento urbano, los gobiernos locales y sus modelos de gestión pública han sufrido importantes cambios, debido a diversos factores, entre ellos por la aparición de las tecnologías de la información, cuya irrupción facilitó a los ciudadanos el acceso a la información pública, el control social de sus autoridades y, de estas últimas, una continua rendición de cuentas frente a sus mandantes. Así mismo, las tecnologías de la información promovieron nuevos mecanismos, por medio de los cuales, la ciudadanía se involucra en los procesos de toma de decisiones al interior de las distintas esferas del Estado, en cuyo marco se torna particularmente importante la participación de la ciudadanía en la definición de políticas públicas en los niveles de gobierno más cercanos a sus necesidades cotidianas: los gobiernos locales.

Las nuevas maneras de interactuar entre nuestros gobiernos y los ciudadanos nos han permitido aclarar, además, que los retos que afrontan los gobiernos locales se gestionan de mejor manera en clave colaborativa. Es decir, las soluciones no se las encuentra exclusivamente al interior de las entidades públicas, de modo que es necesaria la apertura y colaboración “para encontrar mejores soluciones a problemas públicos cada vez más complejos, aprovechando el potencial y energías disponibles en vastos sectores de la sociedad” (Ramírez-Alujas 2012, 10).

Así, en el plano global se ha retomado, con mayor fuerza en la última década, la promoción del gobierno abierto; que, a nivel local, se concretiza como un esquema de gestión pública basado en los principios de transparencia, participación y colaboración. Por ejemplo, en 2016, la Alianza para el Gobierno Abierto

(OGP, por sus siglas en inglés) lanzó el Programa Piloto de Gobierno Abierto Subnacional denominado “OGP Local”, el cual fue integrado inicialmente por veinte gobiernos locales a nivel global, que, a través de esta plataforma, buscan “aprender a utilizar valores abiertos del gobierno como la transparencia, la responsabilidad, la capacidad de respuesta y la inclusión, para satisfacer mejor las necesidades de los ciudadanos a los que sirven”. De la misma manera, la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas –UCCI–, instituyó su Grupo de Trabajo en Transparencia y Gobierno Abierto, y Ciudades y Gobiernos Locales Unidos –CGLU–, y creó la Comunidad de Práctica sobre Transparencia y Gobierno Abierto, instancias para promover y compartir prácticas en materia de gobierno abierto local.

En Ecuador, la administración pública se rige por los principios constitucionales de transparencia y participación (Constitución, artículo 227), también se cuenta con legislación en materia de participación ciudadana, control social, transparencia y acceso a la información pública, sin mencionar los gobiernos locales, los cuales, en ejercicio de su facultad normativa, pueden emitir ordenanzas que fortalezcan sus estándares en estas materias. Si bien a nivel global la promoción del gobierno abierto se fortaleció en la última década, en Ecuador, recién en el año 2018, el Gobierno Nacional anunció la incorporación del país a OGP, que despertó el interés de muchos gobiernos locales por fortalecer este tipo de políticas en sus jurisdicciones. Y, particularmente en el caso de Quito, la promoción de políticas de gobierno abierto fue incluso previa a la incorporación del Ecuador a OGP.

Con estos antecedentes, el presente estudio tiene como objetivo identificar la implementación de buenas prácticas de gobierno abierto a nivel municipal en el Ecuador, a través de las cuales se fortalecen la transparencia y la participación ciudadana, y se fomentan nuevos espacios colaborativos donde confluyen municipios, academia, sociedad civil y sector productivo; para que, en conjunto, se identifiquen problemas y se facilite la generación de soluciones. A efectos de este

estudio, se concibe como buenas prácticas a las políticas públicas, programas, proyectos y, en general, a las acciones, administrativas o legislativas ejecutadas por gobiernos autónomos descentralizados municipales que generan un impacto positivo en el ámbito de la transparencia, participación ciudadana y colaboración, y que pueden ser replicadas por otras instancias gubernamentales.

Para el análisis, se identificaron gobiernos autónomos descentralizados municipales que han desarrollado prácticas relacionadas con los principios del gobierno abierto, que van más allá de las obligaciones normativas vigentes a nivel nacional, y han implementado,

ya sea a través de disposiciones legislativas o administrativas, estándares de transparencia, participación y colaboración ciudadana que no existen, de manera general, a nivel local en el Ecuador y que pueden ser replicables. En este sentido, es importante señalar que Quito, conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aún no ha concluido el proceso para constituirse en un distrito metropolitano autónomo, pues no cuenta con su Estatuto de Autonomía, instrumento necesario para el efecto; sin embargo, las competencias que ejerce actualmente, en todo caso, son aquellas que corresponden a las municipalidades, razón por la cual, más allá de la discusión sobre su naturaleza jurídica, este análisis sí toma en cuenta a Quito.

## EL PARADIGMA DEL GOBIERNO ABIERTO

En 2011, con apoyo de un grupo de países y organizaciones de la sociedad civil a nivel global, se crea la Alianza del Gobierno Abierto como espacio para la promoción de un esquema de gestión pública basado en los principios de transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana y colaboración. Actualmente, OGP cuenta con un total de 78 miembros nacionales que, junto con organizaciones de la sociedad civil y de la academia, en sus respectivas jurisdicciones asumen compromisos periódicos para fortalecer sus políticas de transparencia, participación ciudadana y colaboración en todas las instancias gubernamentales.

Si bien el gobierno abierto se basa en principios que ya contaban con un desarrollo individualizado previo, a través del paradigma del gobierno abierto se entiende que ellos se interrelacionan, y, por tanto, deben desarrollarse de manera conjunta.

Así, la promoción de la transparencia y rendición de cuentas se concibe como una condición necesaria para promover la participación de la ciudadanía en los procesos de definición de políticas públicas, así como para la creación de nuevos espacios de colaboración entre el sector gubernamental, la ciudadanía (individualmente o a través de sus organizaciones sociales), la academia y el sector productivo.

Para comprender la finalidad del gobierno abierto, podemos recurrir a María Fernanda Trigo y Verónica Álvarez, quienes de manera sucinta exponen la esencia de este esquema de gestión pública:

El gobierno abierto, entonces, debe considerarse desde su inicio como un proyecto integrador que propone entender la gestión de lo público como una tarea compartida que requiere la participación de la ciudadanía. Para que esta participación sea efectiva hay que proporcionar la información necesaria, es decir, poner a disposición de los ciudadanos todos los datos públicos (siempre que no estén sujetos a reservas de tipo reglamentario o de seguridad), con el propósito de que estos puedan ejercer su derecho de acceso a la información pública, controlar la gestión de las entidades públicas y cumplir con una participación ciudadana informada. (Trigo y Álvarez 2017, 40)

La implementación de políticas de gobierno abierto deriva en una serie de beneficios para los entes gubernamentales que la aplican, entre otras: i) permite que la ciudadanía recobre la confianza en sus instituciones, en un contexto en el cual los índices de credibilidad institucional tienden a ser cada vez más bajos; ii) facilita la supervisión del uso de los recursos públicos, al destinarlos a proyectos prioritarios y dificultar su

desvío; iii) mejora las condiciones de gobernabilidad, al involucrar a diversos actores en los procesos de definición de políticas públicas. En el caso de Ecuador, la adhesión del Gobierno Central a OGP en 2018, incentivó la aparición de iniciativas conjuntas con la sociedad civil y la academia para la adopción de este esquema de gestión pública en diversas instancias

gubernamentales, no solo a nivel nacional sino también en los gobiernos autónomos descentralizados. En este contexto, es importante poner en valor y proponer mejoras a algunas experiencias a nivel local en el Ecuador, donde recientemente se han planteado prácticas que desarrollan los principios del gobierno abierto.

## BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

Ecuador cuenta, desde el año 2004, con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública –LOTAIP–, a través de la cual se tutela el derecho los ciudadanos a acceder a la información generada por las entidades que conforman el sector público y aquellas que manejan fondos públicos. Establece aquellos aspectos mínimos que tienen que ser transparentados por toda entidad pública a través de su página web institucional. Si bien esta ley fue, en su momento, una importante herramienta para contribuir a transparentar la gestión del ámbito público, tras más de 15 años de vigencia, el desarrollo de las tecnologías de la información, la aparición de las redes sociales y otros mecanismos de interacción entre las instituciones públicas y la ciudadanía, ha evidenciado la necesidad de contar con normas que fortalezcan la transparencia activa de nuestras instituciones públicas.

El presente acápite analiza los casos del Distrito Metropolitano de Quito y de Portoviejo que, desde el ámbito de sus competencias, han promovido procesos de fortalecimiento de la transparencia activa de sus gobiernos locales, más allá de los estándares previstos en la LOTAIP, e inclusive con la expedición de una normativa vinculada expresamente a la política de gobierno abierto a nivel local, como es el caso de Quito.

### Estándares de transparencia activa del Distrito Metropolitano de Quito

En diciembre de 2014, la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, mediante Resolución N.º A

017, dispuso a “todas las dependencias municipales la identificación, en sus respectivos ámbitos y competencias, de aquellos conjuntos de datos elegibles para ser publicados en el sitio: [datosabierto.quito.gob.ec](http://datosabierto.quito.gob.ec)”, la cual significó el punto de partida para la generación de una política de apertura gubernamental en las dependencias distritales.

Las iniciativas implementadas por el Distrito Metropolitano de Quito en materia de transparencia fueron pioneras a nivel nacional. Hay que destacar la importancia que Quito le dio a la implementación de políticas de gobierno abierto, que se plasmó en su Plan Metropolitano de Desarrollo y Ordenamiento Territorial –PMDOT–, contenido en la Ordenanza Metropolitana N.º 041, de 2015. Su componente estratégico señala, como uno de los objetivos del plan, que para el año “2019, el MDMQ contará con un portal de Gobierno abierto como mecanismo de transparencia, rendición de cuentas, información social y trámites ciudadanos.”

Posteriormente, en 2016 y 2017, se expidieron las Ordenanzas Metropolitanas N.º 101 y 184<sup>1</sup>, sobre la Gestión de la Información y sobre el Gobierno Abierto en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, respectivamente. A través de ellas se instituyeron mecanismos de transparencia de la información pública municipal en Quito, con estándares mucho más avanzados que aquellos previstos en la LOTAIP. La normativa antes referida generó los siguientes mecanismos de transparencia de la información pública:

<sup>1</sup> Actualmente, las disposiciones de las Ordenanzas Metropolitanas N.º 101 y 184 se hallan codificadas en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, contenido en la Ordenanza Metropolitana N.º 001, de 29-III-2019, en su Libro I.3 sobre la “Participación Ciudadana y el Gobierno Abierto”.

- El Sistema Metropolitano de Información, que contiene: el sistema de indicadores distritales, con información estadística y de gestión de las dependencias de la Corporación Municipal; geoportal; metadatos geográficos; y, catálogo de datos abiertos.
- El Concejo Abierto de Quito, que transparenta la gestión del Concejo Metropolitano, y sus comisiones, convocatorias, actas, así como los proyectos legislativos que se tramitan, en todas sus etapas, con el fin de facilitar el ejercicio del mecanismo de participación ciudadana en el legislativo, la silla vacía.

Si bien el objetivo trazado en el PMDOT del Distrito Metropolitano de Quito establecía que la meta era contar en 2019 con un portal institucional de gobierno abierto, para 2017, el objetivo había sido cumplido. Este avance permitió posicionar a Quito entre un grupo de gobiernos locales que promovían la generación de políticas que fortalezcan la transparencia institucional y el gobierno abierto. Contó incluso con

reconocimiento internacional, y permitió a la ciudad integrarse al Grupo de Trabajo en Transparencia y Gobierno Abierto de UCCI y a la Comunidad de Práctica sobre Transparencia y Gobierno Abierto de CGLU. En la misma línea, en 2019, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en un proceso colaborativo con su Consejo Consultivo de Gobierno Abierto, expidió el Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito, el cual contiene diez compromisos de la Municipalidad frente a la ciudadanía en materia de transparencia, participación y colaboración ciudadana. Los compromisos asumidos en transparencia fortalecieron aún más los estándares de la institución.

El siguiente cuadro expone aquellos aspectos en los que la normativa expedida en 2016 y 2017 por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, así como su Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto, fortalecieron los estándares de transparencia activa respecto a las regulaciones contenidas en la LOTAIP:

**Cuadro N.º 1: Estándares de Transparencia Activa del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito**

Estándar	LOTAIP	Ordenanza Metropolitana N.º 101	Ordenanza Metropolitana N.º 184	Plan de Acción de Gobierno Abierto
Estructura orgánica. Base legal que la rige: regulaciones y procedimientos internos, metas y objetivos de las unidades administrativas.	X			
Directorio completo de la institución y distributivo de personal.	X			
Remuneración mensual por puesto	X			
Servicios que ofrece y forma de acceder a ellos	X			
Texto íntegro de contratos colectivos vigentes	X			
Formularios o formatos de solicitudes; y, formatos de solicitudes de acceso a información pública	X			
Presupuesto de la institución	X		X (Presupuesto abierto)	

**Cuadro N.º 1: Estándares de Transparencia Activa del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito**

Estándar	LOTAIP	Ordenanza Metropolitana N.º 101	Ordenanza Metropolitana N.º 184	Plan de Acción de Gobierno Abierto
Resultados de auditorías internas y gubernamentales	X			
Procesos de contrataciones	X			X (Información georreferenciada sobre obras y proyectos ejecutados)
Empresas y personas que han incumplido contratos	X			
Planes y programas en ejecución	X		X (Planificación estratégica abierta)	
Contratos de créditos externos e internos	X			
Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía	X			
Viáticos, informes de trabajo y justificativos	X			
Responsable de atender la información pública	X			
Publicación de actas de respectivas sesiones de organismos seccionales, así como planes de desarrollo local	X			
Información sobre toda actividad municipal en formatos abiertos y reutilizables		X	X	
Sistema de indicadores distritales		X	X	
Portal de visualización de datos abiertos			X	
Concejo Abierto: publicación de convocatorias a sesiones del Concejo y comisiones, y proyectos legislativos en todas sus etapas.			X	X (Fortalecimiento de “Concejo Abierto” con estándares internacionales de transparencia parlamentaria)
Apertura de agendas de trabajo de autoridades electas y designadas.				X

**Fuente:** Elaboración propia en base a las disposiciones en materia de transparencia contenidas en la LOTAIP, Ordenanzas Metropolitanas N.º 101 y 184 y el Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito.



Estos pasos en firme evidencian que los gobiernos municipales, en ejercicio de su autonomía, capacidad para expedir normativa y con base al principio constitucional de la transparencia de las instituciones que integran el sector público, pueden establecer estándares de transparencia más avanzados que aquellos previstos en la normativa a nivel nacional, que regula la transparencia y acceso a la información pública en el Ecuador.

Por otra parte, el establecimiento de estándares más avanzados en la materia, implican un fuerte compromiso de los gobiernos que los adoptan por publicar, de manera oportuna, la información exigida, caso contrario podría generarse una falsa expectativa y desmotivación en la ciudadanía con relación al esquema de gobierno abierto. Justamente en el caso del Distrito Metropolitano de Quito, la transición de autoridades municipales en 2019 generó una falta de cumplimiento parcial de las obligaciones en materia de gobierno abierto. Este hecho exigió la intervención del Consejo Consultivo de Gobierno Abierto, como se recoge en una nota de Diario La Hora, de 27 de diciembre de 2020, titulada “Ordenanza de Gobierno Abierto quedó en papel”, donde el representante de la Fundación Ciudadanía y Desarrollo al Consejo Consultivo, señalaba las obligaciones relativas a la transparencia, que no se han ejecutado “por falta de voluntad política y como consejo consultivo esperamos que se cumplan estas disposiciones de transparencia”.

En 2020 se retomó con mayor fuerza el trabajo colaborativo del Municipio con su Consejo Consultivo de Gobierno Abierto. Esta decisión permitió avanzar en el cumplimiento de sus compromisos en materia de transparencia. Este caso evidencia el riesgo que podrían enfrentar las políticas de apertura gubernamental en un contexto de transición de autoridades. A estos efectos es importante el trabajo conjunto de la sociedad civil y la academia con las nuevas autoridades en un periodo de transición, para garantizar la ejecución y continuidad de estas políticas.

### **SIG Corporativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Portoviejo**

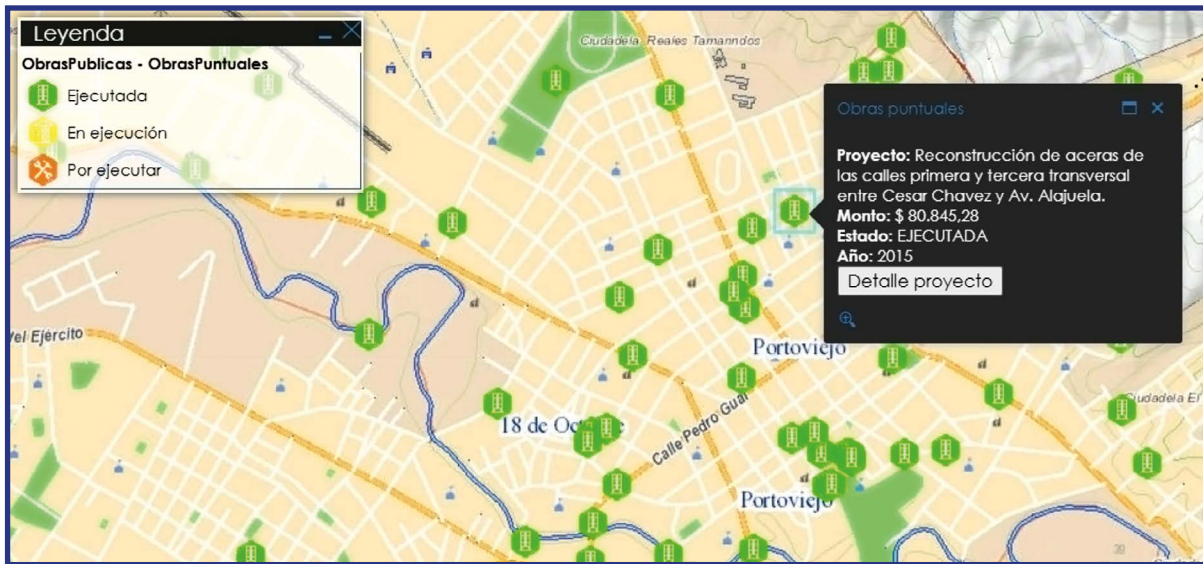
Portoviejo fue una de las ciudades más afectadas por el terremoto de abril de 2016, hecho que fue tomado

por sus autoridades y ciudadanos como una oportunidad para replantear la planificación y gestión de la ciudad a futuro. En función de este proyecto, entre otras acciones, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Portoviejo integró en su página web institucional el “SIG Corporativo”, concebido como un sistema que permite “el análisis y gestión de datos espaciales, de manera que puedan tomar decisiones estratégicas en poco tiempo basándose en datos que ocurren sobre el propio territorio” (Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Portoviejo s.f.).

El portal de información geográfica de Portoviejo contiene importantes datos sobre la gestión de la Municipalidad en diversas áreas, tales como la georreferenciación de las obras públicas a cargo del gobierno local; red de agua potable y alcantarillado; información catastral; detalle de los espacios públicos del cantón, la ubicación de las cámaras de vigilancia, y puntos *wifi* a cargo de la ciudad; y la cobertura del servicio de recolección de basura. La gráfica a continuación expone el detalle de la obra pública en el cantón, georreferenciada y desagregada por su estatus: i) por ejecutar; ii) en ejecución; y, iii) ejecutada. Este mecanismo de transparencia de la información sobre las obras públicas, promueve, por una parte, el control social de las autoridades locales; y, por otra, la rendición de cuentas permanentes de nuestros gobiernos locales frente a los ciudadanos (véase Gráfico 1).

SIG Corporativo de Portoviejo es la primera iniciativa a nivel local en el Ecuador en la cual es posible visualizar información georreferenciada sobre la ejecución de obra pública, así como diferenciar el estado de esta, el detalle del proyecto y el monto del contrato correspondiente. A nivel internacional existen algunas iniciativas similares, como es el caso de BA Obras, a través del cual el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires transparenta toda la información relacionada con las obras públicas que se ejecutan en la ciudad. Si bien en el acápite previo se señala que el Distrito Metropolitano de Quito en su Plan de Acción de Gobierno Abierto ha asumido como uno de sus compromisos la publicación de información georreferenciada sobre las obras y proyectos ejecutados, este aún no se encuentra operativo.

**Figura N.º 1: Visualización de obra pública en SIG Corporativo Portoviejo**



Fuente: SIG Corporativo Portoviejo.

Sin embargo, en la plataforma SIG Portoviejo, no toda la información se encuentra actualizada de manera periódica, como es el caso de la relacionada con la ejecución de obra pública. Por tal motivo, sin perjuicio de la importancia de la plataforma como un mecanismo de transparencia de la gestión y para la toma de decisiones públicas, el reto para el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo se centra en establecer regulaciones y protocolos que

permitan que la información se actualice de manera permanente y oportuna, y en formatos abiertos que faciliten su reutilización por parte de los ciudadanos y de la misma Corporación Municipal.

Estas medidas no excluyen el reconocimiento del mecanismo como un estándar de transparencia más avanzado con relación a la exigencia de la normativa nacional sobre la transparencia activa.

## BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

“La promoción, desde el Estado, de una participación genuina de la sociedad no es frecuente; diría más bien que la cornisa por la que transitan los gobiernos en esta materia es muy delgada, exponiéndose fácilmente a caer en la demagogia” (Oslack 2013, 21). El caso ecuatoriano corresponde con claridad a la situación que expone Oslack, y es que, a pesar de contar con una Constitución que a partir del año 2008 reconoce a los mecanismos participativos como un eje transversal del andamiaje público, y en el caso de los gobiernos locales existe una clara regulación de aquellos, no siempre en la práctica se evidencia la voluntad de las autoridades para promover una genuina

participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones.

En Ecuador, previo a la promoción de las políticas de gobierno abierto, y principalmente a partir del año 2018, ya se contaban con prácticas replicables en materia de participación ciudadana, como los casos de Guamote o Cotacachi. En estos se dieron procesos previos “de desplazamiento del poder mestizo en términos del control de la tierra, organización social, etc. el mandato de los parlamentos y Asambleístas tiene fuerza obligatoria e imperativa y el gobierno local ejecuta las decisiones tomadas” (Ortiz Crespo 1999, 72).

Sin embargo, en el presente apartado se analiza el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca, como un ejemplo de la promoción de los derechos de participación ciudadana, en particular, en su órgano legislativo local, a través del mecanismo de la silla vacía.

### **La silla vacía en el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca**

La figura de la silla vacía se instituye en la Constitución en el año 2008, que en su artículo 101 prevé que, en las sesiones de los órganos legislativos locales, “existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones”. En el año 2010, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica de Participación Ciudadana –LOPC– y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD–. Tales leyes establecieron que, para la aplicación del mecanismo de la silla vacía, los órganos legislativos locales deberían expedir la normativa que regule su implementación.

Con base en lo antes señalado, muchos gobiernos autónomos descentralizados optaron por no permitir el acceso a la silla vacía en sus órganos legislativos en

tanto no se expida la normativa que regule el mecanismo. En el caso del Distrito Metropolitano de Quito, su Concejo expidió la normativa en marzo de 2016, y tuvo los primeros representantes ciudadanos acreditados a la silla vacía en marzo de 2017. Esta directriz se emitió casi nueve años después de la vigencia de la Constitución. En contraste, el caso de Cuenca evidencia como, desde un primer momento, se recurrió a una interpretación que garantizaba la aplicación inmediata de los derechos de los ciudadanos, pues facilitaba su participación en el órgano legislativo, con voz y voto, a través de la silla vacía. A fin de conseguir esta, el Concejo Cantonal, el 17 de diciembre de 2009, declaró “a la participación ciudadana, individual y colectiva, como eje que oriente a la gestión de la Corporación Municipal”.

Para favorecer dicha participación, el Concejo Cantonal estableció un mecanismo de difusión de la información, relacionada con cada sesión a través de la Secretaría General, de manera directa a quienes pudieran tener interés en los asuntos a discutirse, así como a través de difusión en la página web institucional y en carteles de la Municipalidad. Los resultados del mecanismo de promoción de la silla vacía en Cuenca se reflejan al realizar un análisis comparativo de los registros públicos de ocupantes de la silla vacía en las tres principales ciudades del Ecuador:

**Cuadro N.º 2: Ocupantes de la silla vacía en Quito, Guayaquil y Cuenca**  
Periodo Mayo 2014 – Mayo 2019

<b>Año</b>	<b>Concejo Cantonal Cuenca</b>	<b>Concejo Cantonal Guayaquil</b>	<b>Concejo Metropolitano Quito</b>
2014	7	0	0
2015	8	0	0
2016	12	0	0
2017	20	0	3
2018	19	0	12
2019	11	0	4
<b>Total</b>	<b>77</b>	<b>0</b>	<b>19</b>

Fuente: Elaboración propia con base a los registros públicos de acceso a la silla vacía de Quito, Guayaquil y Cuenca.

Las políticas implementadas por el Concejo Cantonal de Cuenca para la promoción de la silla vacía demuestran un fuerte compromiso por fortalecer el acceso de la ciudadanía al proceso de emisión de las políticas públicas, en este caso en particular, en la etapa de decisión, con voz y voto. La situación expuesta se enmarca en un esfuerzo de encaminar la gestión local hacia un gobierno abierto, ya que un “gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía a ser parte central en la formulación e implementación de las políticas y a facilitar el camino para que la administración pública se beneficie del conocimiento, las ideas y la experiencia de los ciudadanos” (Naser, Ramírez-Alujas y Rosales 2017, 21).

En cuanto a las posibles mejoras de este mecanismo participativo, la resolución vigente en el cantón Cuenca prevé que la Secretaría General del Concejo comunicará sobre el tratamiento del proyecto normativo a las organizaciones que tengan interés en la

temática para que designen sus representantes de así requerirlo. Esta oferta abre un espacio de discrecionalidad para la determinación de las organizaciones que son invitadas a participar en la discusión. Es recomendable reformar esta regulación, a fin de que la convocatoria pueda efectuarse de manera general, sin ningún margen de discrecionalidad.

En definitiva, aun con los aspectos que pueden mejorarse en este mecanismo participativo, la vía desarrollada por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca es, hasta ahora, un ejemplo de buena práctica en materia de participación ciudadana, ya que conjuga criterios de transparencia y participación ciudadana, donde la primera es un elemento necesario para la segunda. Por otra parte, en el análisis cuantitativo sobre la participación en los órganos legislativos de las tres principales ciudades del Ecuador, los indicadores de Cuenca evidencian una amplia diferencia frente a Quito y Guayaquil.

## BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE COLABORACIÓN

Los retos de la administración pública en el ámbito local hacen difícil pensar que las autoridades públicas tengan las respuestas a todos los problemas que afrontamos. Por tal motivo, en ese contexto cobra importancia “la necesaria colaboración que se requiere para encontrar mejores soluciones a problemas públicos cada vez más complejos, aprovechando el potencial y energías disponibles en vastos sectores de la sociedad” (Ramírez-Alujas 2012, 10). En este apartado analizaremos dos experiencias colaborativas para la construcción de políticas públicas, tanto en Guayaquil como en el Distrito Metropolitano de Quito.

### **Empresa Pública Municipal para la Gestión de la Innovación y la Competitividad – ÉPICO, de Guayaquil**

El 11 de junio de 2019, la alcaldesa de Guayaquil, Cynthia Viteri Jiménez, sancionó la Ordenanza que regula la creación y funcionamiento de la Empresa Pública Municipal para la Gestión de la Innovación y la Competitividad EP, conocida como ÉPICO. La

Ordenanza en referencia señala, en su artículo 2.º, que el objeto de la empresa será “promover el desarrollo económico del cantón Guayaquil hacia actividades intensivas en ciencia, tecnología e innovación, fomentando el empleo, promoviendo el emprendimiento y dando apoyo a las personas, instituciones y empresas de forma incluyente y sostenible, en orden a lograr la competitividad del cantón Guayaquil”. Para el cumplimiento de sus fines, la normativa que regula la empresa prevé, además, la creación de un Grupo Universidad – Estado Local y Empresa Privada, es decir, la promoción de un nuevo espacio donde confluyan el sector público, el privado y la academia, con el fin de contribuir en el proceso de evaluación y definición de políticas públicas en Guayaquil.

En su corto periodo de existencia, ÉPICO se ha constituido en un espacio de colaboración a través de la generación de diversos proyectos, donde la ciudadanía pueda hacer aportes para el análisis de los problemas que afronta Guayaquil, con miras a promover su competitividad. Uno de sus proyectos actuales es “Ideando

GYE”, una iniciativa conjunta con el Municipio de Guayaquil, Sony y la Universidad de las Artes, “que busca promover y contribuir al desarrollo integral de Guayaquil a través de propuestas de la ciudadanía que permitan registrar el legado tangible e intangible de Guayaquil; generar propuestas para el uso del espacio para las manifestaciones artísticas; y finalmente, generar propuestas comunicacionales para motivar a la reflexión sobre la acción y convivencia de los guayaquileños” (Empresa Pública Municipal para la Gestión de la Innovación y la Competitividad EP 2020).

ÉPICO solo tiene un año de gestión, y sus resultados podrán analizarse con mayor claridad a futuro. Pero, ante la ausencia de espacios colaborativos donde el Estado, a cualquier nivel en el Ecuador, se nutra de la experiencia del sector privado y la academia para la generación de políticas que generen valor público, la concepción de ÉPICO y su gestión en torno a un esquema colaborativo es una noticia digna de ser replicada en otros gobiernos locales en el Ecuador.

ÉPICO tiene que fortalecer los mecanismos de transparencia activa de la empresa y la ciudad, de modo tal que se facilite el acceso a la información sobre su gestión y financiamiento. Efectivamente, en este último aspecto, su página web institucional no cuenta con información clara sobre las fuentes de financiamiento de su presupuesto. El fortalecimiento de las políticas de transparencia de la institución sería un importante hito para la empresa que, a futuro, como base de su política de emprendimiento e innovación, puede desarrollar una política de apertura gubernamental, que, además de anclarse en el trabajo colaborativo, fomenta la transparencia, no solo como un mecanismo de rendición de cuentas, sino por el valor que pueden tener los datos abiertos para incentivar la generación de nuevos emprendimientos en su jurisdicción. Por ejemplo, a través de la publicación en formatos abiertos y reutilizables de las rutas de transporte en la ciudad, un dato que podría ser de utilidad para desarrollar emprendimientos en materia de movilidad.

A pesar de la falta de información señalada, se ha recurrido a otras fuentes para determinar el financiamiento

de la empresa. Por ejemplo, se han encontrado artículos de prensa donde la Gerente General de ÉPICO, Bianca Dáger, reconoce que el presupuesto de la empresa se financia íntegramente con transferencias del Municipio de Guayaquil, pues el “único rubro que ingresa es el aporte municipal (...) esto cambiará cuando se consigan otras fuentes de financiamiento”<sup>2</sup>. Es decir, la gestión de ÉPICO, en un primer momento, fue un esfuerzo financiero exclusivo de la Administración Municipal de Guayaquil para promover el emprendimiento e innovación en su jurisdicción; pero es importante que, a futuro, explore nuevas formas de financiamiento que permitan expandir el alcance de sus proyectos y hacer sostenible la iniciativa.

### **Consejo Consultivo de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito**

La creación de la Ordenanza Metropolitana N.º 184, de 2017, del Gobierno Abierto en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, fue la primera experiencia en la historia de la ciudad, en la que un ciudadano fue partícipe de una discusión de un proyecto legislativo con voz y voto. Un amplio proceso participativo con apoyo de las organizaciones de la sociedad civil y la academia tuvo, entre sus resultados más importantes en la materia, la creación del Consejo Consultivo de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito, integrado por representantes del Municipio, sociedad civil, academia y sector productivo; el cual, conforme el artículo 12 de la referida Ordenanza, se constituyó “como la máxima instancia política de asesoramiento en materia de planificación y definición de políticas en materia de gobierno abierto de la administración municipal”.

La designación de los integrantes del Consejo Consultivo se realiza a través de una convocatoria pública abierta de la Secretaría General de Planificación del Distrito Metropolitano de Quito, ente rector de la política de gobierno abierto en la Corporación Municipal. El procedimiento de selección, regulado en el artículo 13 de la Ordenanza Metropolitana N.º 184, prevé que los representantes de los sectores que conforman el Consejo deben “acreditar el suficiente

<sup>2</sup> Artículo publicado en el diario Primicias el 11 de noviembre de 2019 disponible en <https://www.primicias.ec/noticias/tecnologia/nueva-empresa-municipal-guayaquil-costo>.



conocimiento sobre gobierno abierto y explicando su experiencia en el tema”; es decir, deben justificar experiencia en el desarrollo de proyectos en cualquier área vinculada a los principios del gobierno abierto. Con el fin de promover la alternancia, los integrantes del Consejo no son “considerados servidores municipales” y son designados por un periodo de dos años.

Entre las funciones encomendadas por la normativa metropolitana al Consejo Consultivo de Gobierno Abierto estaba la de formar parte de la formulación del Plan de Acción de Gobierno Abierto del Distrito Metropolitano de Quito, el cual, en buena medida se basaría en la metodología de OGP para la elaboración de este tipo de planes. En este sentido, el “primer Plan de Acción de Gobierno Abierto se elaboró a partir del trabajo colaborativo liderado por la Secretaría General de Planificación junto con los miembros del primer Consejo Consultivo de Gobierno Abierto de Quito y del Ecuador que se conformó para este gran objetivo” (Secretaría General de Planificación del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito 2019).

El trabajo del Consejo Consultivo de Gobierno Abierto del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, a partir de su conformación, derivó en la

expedición del Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto en la historia del Distrito, el cual contiene “los 10 compromisos que resultaron priorizados que complementan las acciones ejecutadas y reflejan el avance hacia la consolidación de una política de gobierno abierto en la administración municipal” (Secretaría General de Planificación del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito 2019). Una vez expedido este instrumento, su trabajo se ha enfocado en el seguimiento del cumplimiento de los compromisos y en la promoción del gobierno abierto y las políticas desarrolladas por la ciudad. Este aporte significó que Quito, en el año 2020, haya sido reconocido por OGP con la incorporación formal de la ciudad al programa OGP Local.

El trabajo desarrollado por el Consejo Consultivo evidencia, en definitiva, la importancia de la generación de nuevos espacios colaborativos, donde los gobiernos locales puedan nutrirse del conocimiento específico de la sociedad civil, la academia y el sector productivo en la construcción de sus políticas públicas. Por consiguiente, es recomendable replicar este modelo de gestión en otros gobiernos autónomos descentralizados, con la incorporación de las características propias de cada jurisdicción en cuanto a los actores que podrían formar parte del ecosistema.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Aun cuando en Ecuador, a nivel local, el concepto de gobierno abierto es reciente, es posible encontrar gobiernos locales municipales que, en los últimos años han venido fortaleciendo la implementación de políticas de gobierno abierto en sus respectivas jurisdicciones, ya sea de manera integral, como en el caso del Distrito Metropolitano de Quito, o los esfuerzos que se enfocan en la implementación de políticas relacionadas con alguno de los pilares que sustentan este esquema de gestión pública, como el caso de SIG Corporativo de Portoviejo en transparencia; la gestión de la Empresa Pública Municipal para la Gestión de la Innovación y la Competitividad EP de Guayaquil, en materia de colaboración; o, la promoción del mecanismo de participación ciudadana de la silla vacía

en Cuenca. Si bien son iniciativas que pueden pulirse en los aspectos descritos en este análisis, constituyen buenas prácticas que pueden replicarse en otras instancias gubernamentales.

El “concepto de gobierno abierto llegó, en buena hora, para atender las crecientes demandas ciudadanas” (Trigo y Álvarez 2017, 40), por lo que en un contexto en el que el proceso de urbanización creciente genera mayores exigencias a los gobiernos locales, nivel de gobierno más cercano a la ciudadanía y sus necesidades cotidianas, es fundamental implementar políticas basadas en los principios del gobierno donde, de manera integral, a partir de la transparencia, se pueda “fortalecer la interacción y colaboración con los



diversos sectores de la sociedad para hacer más efectiva la provisión y la calidad de los servicios públicos, incorporando la participación ciudadana en todo el ciclo de políticas públicas” (Ibid.).

Si bien Ecuador cuenta con normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública desde el año 2004, la misma no se encuentra acorde a las nuevas posibilidades que las tecnologías de la información y la comunicación otorgan para generar nuevos niveles de interacción entre los ciudadanos y su gobierno local, a través de la publicación periódica y oportuna, con datos abiertos y en formatos reutilizables, de toda la información relacionada con sus diversos ámbitos de gestión, de modo tal que se pueda fortalecer la transparencia en sus procesos de toma de decisiones, un control social y rendición de cuentas continuo, y, conforme lo evidencia el caso de Cuenca y la silla vacía, el involucramiento de la ciudadanía en los espacios de participación.

Es posible encontrar, cada vez con mayor frecuencia, la implementación de políticas públicas a nivel local basadas en los principios del gobierno abierto, sin embargo, Ecuador es un país que cuenta con 221 cantones – municipios, por lo que el número de buenas prácticas en materia de gobierno abierto son escasas con relación al universo de gobiernos locales. Por lo tanto, es importante generar un ecosistema de gobierno abierto a nivel local, con base a las realidades de cada ciudad, pero para ello es importante considerar que la “política de gobierno abierto no puede ser impulsada únicamente por los directivos de las administraciones públicas o solicitada por la ciudadanía. Es un proceso que se retroalimenta constantemente a partir de la comunicación con las partes interesadas y así se genera su valor público” (Blanlot Soza 2017, 147).

Es recomendable la generación de un proceso permanente de promoción de la importancia de las políticas de gobierno abierto a nivel local, si se toma en consideración las buenas prácticas que se han generado con los casos descritos en el presente análisis y otros casos a

nivel internacional. Para conseguirlo, podría recurrirse a la capacidad que tiene la entidad asociativa de los municipios en el Ecuador, la Asociación Ecuatoriana de Municipalidades –AME–, que podría fungir como contraparte en el Ecuador de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos –CGLU–, a fin de que las experiencias exitosas que se comparten en su Comunidad de Práctica sobre Transparencia y Gobierno Abierto puedan ser replicadas en el Ecuador.

Así mismo, es necesario que el ordenamiento jurídico nacional se adapte a nuevos esquemas de gestión pública, que establezca obligaciones a los gobiernos autónomos descentralizados sobre la aplicación de políticas públicas en materia de gobierno abierto, basados en los principios de transparencia, colaboración y participación ciudadana. En este caso, cobra particular importancia la reforma de la LOTAIP y del COOTAD. Las obligaciones que imponga la legislación nacional en materia de gobierno abierto deberán prever un periodo de implementación, si se toma en cuenta que no todos los gobiernos locales tienen las mismas capacidades técnicas y financieras para su aplicación.

En consideración de que el Ecuador es parte de OPG a partir del año 2018, es importante que los gobiernos locales se involucren en el proceso de co-creación del Segundo Plan de Acción de Gobierno Abierto del Ecuador, de modo tal que en dicho plan se asuman compromisos que permitan desarrollar este esquema de gestión pública en los gobiernos autónomos descentralizados. En esta línea, y en vista de que OPG cuenta con el Programa OGP Local, aquellos gobiernos locales que en función de su trayectoria en materia de gobierno abierto tengan la posibilidad de acceder al programa, deberán considerar su incorporación, como es el caso del Distrito Metropolitano de Quito, admitido en 2020. El acceso de gobiernos locales ecuatorianos a OGP Local permitirá que se implementen políticas de gobierno abierto en base a la experiencia de los integrantes de este programa, las cuales, a su vez, podrán replicarse en otros gobiernos locales en el Ecuador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Blanlot Soza, Vivianne. 2017. «Gobierno abierto: contexto fundamental de la transparencia». En *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, de Alejandra Naser, Álvaro Ramírez-Alujas y Daniela Rosales. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo. *SIG Corporativo*. s.f. Consultado el 7-VI-2020 <http://cris-herera.maps.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=dd-5544684d194007b821dcf18adb20ef>
- Naser, Alejandra; Ramírez-Alujas, Álvaro y Daniela Rosales. 2017. *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Noboa, Adriana. 2018. «Índice de Transparencia Activa Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales Primer Semestre 2018». Quito: Fundación Ciudadanía y Desarrollo. <https://www.ciudadaniaydesarrollo.org/projects/indice-de-transparencia-activa-gad-municipales-2018>
- Ortiz Crespo, Santiago. 1999. «Participación ciudadana y desarrollo local: algunas pistas de reflexión» En *Ciudadanías emergentes: Experiencias democráticas de desarrollo local*, de Mauro Hidalgo y otros. Quito: Abya Yala.
- Oslack, Óscar. 2013. *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*. Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe-Red GEALC. <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/pub/coleccion5rg.pdf>
- \_\_\_\_\_. 2013. *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*. Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe-RED GEALC.
- Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, ONU-Hábitat. 2012. «Estado de las Ciudades de América Latina y el Caribe 2012». Brasil: ONU-Hábitat.
- Ramírez-Alujas, Álvaro. 2012. «Gobierno abierto: ¿las nuevas ropas del emperador? Las luces y sombras en su definición y operacionalización en el marco de la alianza para el gobierno abierto y su impacto en Latinoamérica». Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Pública. <http://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/article/view/27/49>
- Secretaría General de Planificación del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. 2019. «Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito».
- Trigo, María Fernanda y Verónica Álvarez. 2017. «Gestión pública, gobierno abierto y fortalecimiento de la democracia en América» En *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, de Alejandra Naser, Álvaro Ramírez-Alujas y Daniela Rosales. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

# EL TELETRABAJO Y SU APLICACIÓN EN LA EMERGENCIA DE LA COVID-19

## Los desafíos y oportunidades en torno a su regulación

# TELEWORKING AND ITS APPLICATION DURING COVID-19 EMERGENCY

## The challenges and opportunities around its regulation

# O TELE TRABALHO E SUA APLICAÇÃO NA EMERGÊNCIA DO COVID-19

## Os desafios e oportunidades ao redor de sua regulamentação

*Diego Echeverría\**

Recibido: 15/08/2020

Aprobado: 14/12/2020

### Resumen

El teletrabajo comprende la realización del trabajo a distancia por fuera del establecimiento de trabajo, mediante el soporte de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). Consiste en una forma de organización del trabajo reconocida por el Ecuador en función de los artículos 284 y 325 de la Constitución. Deberán respetarse y garantizarse los mismos derechos laborales que se aplican en las formas de organización de trabajo tradicionales. Existen ventajas e inconvenientes que pueden ser analizados desde la perspectiva del trabajador, del empleador y de la sociedad en su conjunto. La interdependencia de derechos exige al Estado asegurar su protección y garantía, principalmente en contexto de emergencia. La COVID-19 plantea nuevos desafíos en la aplicación del teletrabajo.

**Palabras clave:** Teletrabajo; Teletrabajador-a; Trabajo a distancia; Tecnologías de la Información y Comunicación TIC; Establecimiento de trabajo; Internet; Navegación Web, COVID-19

### Abstract

Teleworking includes the realization of remote work outside the workplace, through the support of Information and Communication Technologies (ICT). It consists of a form of work organization recognized by Ecuador based on articles 284 and 325 of the Constitution. The same labor rights that apply in traditional forms of work organization must be respected and guaranteed. There are advantages and disadvantages that can be analyzed from the perspective of the worker, the employer, and society as a whole. The

interdependence of rights requires the State to ensure their protection and guarantee, mainly in an emergency context. COVID-19 poses new challenges in the application of teleworking.

**Key words:** E-Working / Telecommuting; Teleworker; Remote Working; Information and Communications Technology ICT; Work Establishment; Internet; Web Navigation, COVID-19

### Resumo

O tele trabalho compreende a realização do trabalho à distância fora do estabelecimento de trabalho, por meio do suporte das tecnologias da informação e comunicação (TIC). Consiste numa forma de organização de trabalho reconhecida pelo Equador conforme os artigos 284 e 325 da Constituição. Deveriam se respeitar e garantir os mesmos direitos laborais aplicados as formas de organização do trabalho tradicionais. Existem vantagens e inconvenientes que podem ser analisados desde a perspectiva do trabalhador, do empregador e de toda a sociedade em conjunto. A interdependência de direitos exige ao Estado assegurar sua proteção e garantia, principalmente no contexto da emergência O COVID-19 plantea novos desafios para a aplicação do tele trabalho.

**Palavras chave:** Tele trabalho; Tele trabalhador -a; Trabalho à distância; Tecnologias de Informação y Comunicación TIC; Establecimiento de trabajo; Internet; Navegación Web, COVID-19

\* Abogado de los tribunales y juzgados de la república, por la Universidad de las Américas. Servidor público en la Contraloría General del Estado. Correo electrónico: ec\_diego@yahoo.es

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación, enfocada principalmente en el campo del Derecho laboral, se centra en analizar si el Ecuador, a través de su legislación, contempla las oportunidades y desafíos en cuanto a la protección y garantía de derechos que conlleva el teletrabajo. Igualmente, se busca evaluar si la implementación del teletrabajo en emergencia dista de su aplicación regular y cuáles serían los elementos jurídicos diferenciadores.

En este sentido, se identifican las siguientes problemáticas:

- a) ¿El teletrabajo puede implicar riesgos para la salud de los trabajadores que se acogieron a esta modalidad? ¿Qué medidas adoptar?
- b) ¿La legislación ecuatoriana protege y garantiza adecuadamente los derechos relacionados con el teletrabajo?
- c) ¿Cuáles son los potenciales beneficios que ofrece el teletrabajo y cómo reconocerlos a la luz del principio de igualdad y no discriminación?
- d) ¿Qué elementos jurídicos pueden diferenciarse entre la aplicación del teletrabajo en su forma regular y su aplicación en contexto de emergencia?

Como hipótesis en la realización del presente estudio se plantean las que se detallan a continuación:

1. El Estado ecuatoriano, a través de su legislación, protege y garantiza de forma parcial los derechos relacionados con el teletrabajo.
2. El teletrabajo conlleva riesgos para la salud de los teletrabajadores y, en relación con él, deben adoptarse medidas de prevención y sanción.
3. La aplicación del teletrabajo en contexto de emergencia resulta diferente a su aplicación en la forma regular.
4. El teletrabajo ofrece oportunidades y desafíos en la protección y garantía de derechos a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

En razón de las necesidades del presente estudio, el material de consulta utilizado se constituirá principalmente de fuentes de carácter doctrinarias y normativas. Igualmente, se hará referencia a estudios y estadísticas nacionales e internacionales tanto de la pandemia del COVID 19 como del teletrabajo.

Finalmente, se considerarán los estándares y las recomendaciones efectuadas por la Organización de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, como la Organización Internacional del Trabajo; así como las invocadas o reguladas por otras organizaciones internacionales y Estados. También se tomarán en cuenta los aportes de ONG y otros actores referentes a la materia.

## ORIGEN, DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO

A efectos de comprender el origen y evolución del teletrabajo, es pertinente comenzar por valorar su definición. En este sentido, se encuentra que el concepto de teletrabajo procede etimológicamente de la conjunción de las palabras tele, “lejos”, y “trabajo” (Martín 2018, 14). En cuanto a su significado, la Real Academia Española (RAE), en su *Diccionario del Español Jurídico*, establece que puede ser entendido como

trabajo a distancia. Además, en su *Diccionario de la Lengua Española*, la RAE señala que es el “trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas”.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo<sup>1</sup> (2020) lo conceptualiza de la siguiente

<sup>1</sup> La Organización Internacional del Trabajo, OIT, fundada en 1919, se convirtió en la primera agencia de la ONU en 1946. Sus objetivos principales se basan en “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo”. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm> (consultada el 12-VI-2020)

manera: “Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”. A su vez, el Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador (2020) lo concibe como “la prestación de servicios lícitos y personales, con relación de dependencia, de carácter no presencial, en jornadas ordinarias o especiales de trabajo, fuera de las instalaciones del lugar donde labora”.

A nivel doctrinario, se pueden identificar varias acepciones relativas al teletrabajo. Por ejemplo, que comprende el desarrollo de las labores remuneradas por intermedio de las tecnologías de la información y comunicación (TIC)<sup>2</sup>, y que, su principal característica consiste en la ausencia física del trabajador en el establecimiento de trabajo de la compañía que ofrece y de la compañía que requiere los bienes y/o servicios. No precisa de un lugar específico para ejercer sus funciones en, al menos, un gran porcentaje de su horario de trabajo. Así pues, corresponde a una forma de organización del trabajo de mayor flexibilidad, que podrá implementarse de forma total o parcial (Martín 2018, 14). Igualmente, a modo de complemento, se resalta como fundamental el acuerdo entre el trabajador y la compañía para la cual éste presta sus servicios de teletrabajo (Martínez 2012, 145).

En cuanto al término “teletrabajador”, la Real Academia Española lo describe como “la persona que realiza su labor en régimen de teletrabajo”. Igualmente, en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, adoptado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), en el año 2002, se concibe al teletrabajador como toda persona que efectúa teletrabajo, “utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado

igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular. El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo” (Art. 2, Definición y ámbito de aplicación).

De lo anterior se puede colegir que existen múltiples definiciones para el término “teletrabajo”, producto de la inexistencia de un consenso a nivel internacional. Adicionalmente, existen palabras empleadas cotidianamente y cuya similitud en su significado es muy próxima a la de teletrabajo (*e-work*), de forma que se dificulta su comprensión. Por ejemplo, teledesplazamiento (*telecommuting*), trabajo en red (*networking*), trabajo a distancia (*remote working*), trabajo flexible (*flexible working*) y trabajo en el domicilio (*homeworking*) (Martín 2018, 14).

Algunas de las definiciones de estos términos las aporta el Código de Prácticas de Irlanda, en el que se estableció que el *e-work* es una forma de trabajar que utilizan las TIC y que se realiza independientemente de la ubicación. Además, precisa que el *e-work* no es un trabajo como tal, sino un método de trabajo. Las formas de *e-working* incluyen: *e-worker*, en casa a tiempo parcial o completo; *telecommuter*, tiempo parcial en casa o tiempo parcial en la oficina; *mobile*, en movimiento (Robert 2020, 162).

En esta misma línea, se debe señalar que trabajar a distancia no implica necesariamente que estamos en presencia de una forma de teletrabajo (Robert 2020, 37). Para comprenderlo, es necesario diferenciar varios de los conceptos previamente mencionados, pues el teletrabajo es un término que deriva del trabajo a distancia y del trabajo a domicilio. Concretamente, el trabajo a distancia engloba todas las formas de trabajo completadas fuera del principal establecimiento de trabajo de la empresa y se aplica de hecho a todas las unidades dispersas de una empresa. Puede tratarse entonces de agencias bancarias, oficinas de seguros o trabajadores en domicilio. Por su parte, el trabajo a domicilio se considera una forma de trabajo efectuada

2 Según el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. – TIC: Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son todas esas tecnologías que nos permiten ingresar, reproducir, almacenar, presentar y enviar información. Se hallan presentes en todas las esferas de nuestra vida y en nuestra cotidianidad. Se las puede controlar con relativa facilidad. Entre ellas, se cuentan las Televisiones, celulares, computadores, radios, reproductores de audio y video, consolas de videojuegos, tabletas e Internet. A través de las TIC, se acortan las distancias y la comunicación y el intercambio de información se hacen cada vez más rápidos y eficientes. <https://www.enticconfio.gov.co/que-son-y-para-que-sirven-las-tic-> (consultada el 14-VI-2020)



en el hogar sea por la industria manufacturera o sea por una de servicios. Entra en la categoría de empleos remunerados en los que el trabajador está subordinado a un empleador, incluso si sale de su control directo. Este trabajo puede ser manual o intelectual, y puede o no utilizar procesos de telecomunicaciones. Finalmente, el teletrabajo constituye una forma de organización del trabajo que se realiza parcial o completamente fuera del lugar de trabajo convencional de la empresa mediante la ayuda de los servicios de información y telecomunicaciones (Taskin 2002, 81).

Denis Ettighoffer (1997) y Laurent Taskin (2002) han identificado, como criterio esencial y característico del teletrabajo, la distanciamiento con el lugar de trabajo tradicional, y añaden que el teletrabajo rompe con los criterios de espacialidad y temporalidad clásicos del trabajo gracias a las telecomunicaciones. No obstante, Frédéric Robert, sin querer descartar este criterio, señala que este no parece ser determinante. En efecto, y como se observaba en la distinción de términos, existen numerosas situaciones, en las cuales el trabajo se realiza a distancia, sin que signifique que se trate de teletrabajo. Por ejemplo, trabajadores en sitios fijos o móviles; consultantes externos; trabajadores externos que brindan servicio de catering, limpieza, servicios informáticos, etc. (Robert 2020, 38).

De esta manera, se demuestra que es una confluencia de elementos la que caracteriza al teletrabajo. Así, a título ilustrativo se pueden mencionar: la distancia en relación al establecimiento de trabajo, el empleo de los servicios de información y telecomunicaciones, la subordinación, el acuerdo voluntario de las partes.

El teletrabajo deriva de la idea de flexibilidad laboral, y es una de las formas de organización del trabajo más modernas, porque incorpora los avances de las tecnologías de la información en miras a alcanzar mayor competitividad y productividad (Martínez 2012, 144-145). Con este criterio coincide Robert, quien sostiene que el teletrabajo constituye la forma de trabajo más flexible y se caracteriza por una mayor autonomía en la organización del trabajo y en el tiempo que se destina a esta actividad. Es importante señalar que la autonomía no significa ausencia de control. Además, el teletrabajo no modifica la relación contractual

establecida con el empleador, con el cual existe una relación de subordinación (2020, 165).

Alain Supiot (1994) coincide en que el teletrabajo a domicilio ofrece una mayor autonomía; sin embargo, recuerda que el trabajador sigue sometido a la autoridad y control del empleador. Por otra parte, advierte que esta modalidad, lejos de relajar el control del empleador, podría incluso reforzarlo.

Laurent Taskin (2007) también sugiere el surgimiento de nuevas formas de control dado que se ha terminado con los criterios de espacialidad “-separación entre el ejercicio de la actividad profesional y el establecimiento de trabajo-; temporalidad -los resultados no necesariamente se circunscriben al horario de trabajo fijado-; y con los procedimientos, métodos, reglas y operaciones tradicionales que no son adaptables a esta forma de laborar. En este sentido, Robert, al referirse a la evolución de las formas de laborar, concluye que el teletrabajo privilegia la calidad y el resultado sobre la cantidad de trabajo (2020, 169).

Como se había mencionado, el teletrabajo no modifica la relación de trabajo existente, sino más bien su organización. Así lo sostiene Frédéric Robert (2020, 39, 40), quien refiere que el teletrabajo se fundamenta en un acuerdo de voluntades –libres y consentidas- que no modifican las relaciones de trabajo. Y añade que debería poder ser reversible (2020, 225).

Finalmente, en función de las precisiones efectuadas en cuanto al soporte de las TIC y de que no todo trabajo a distancia es teletrabajo, es pertinente señalar que la noción de este no es otra cosa que el resultado de la contracción de las palabras telecomunicación y trabajo (Robert 2020, 39) Recordemos que la noción inicial envolvía la distancia (ver supra Martín 2018). Por lo tanto, en razón de la discusión doctrinaria y de la evolución del concepto de teletrabajo, se comparte la acepción presentada por Frédéric Robert.

De esta manera, tras haber observado las múltiples características del teletrabajo, precisamos que su definición pudiera ser: forma de organización del trabajo fundada en el acuerdo de voluntades, por la cual, el trabajador desarrolla las mismas actividades que



podrían realizarse en el establecimiento de trabajo, fuera de él, de forma ocasional o permanente, en el marco de una relación de dependencia y mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, situación que podría revertirse por convenio entre las partes.

Una vez que se han referenciado diversas concepciones relativas al teletrabajo, corresponde remitirse a su origen y evolución, a efectos de poder situar de forma contextual el tema sujeto a estudio y valorar si es susceptible a cambios -a propósito de la COVID-19. Para conseguirlo se partirá del desarrollo de las tecnologías sobre las cuales se fundamenta.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) concibe a la Internet<sup>3</sup> como la red de redes que interconecta a usuarios de todo el mundo a través de sus dispositivos, por medio de los protocolos TCP/IP. Más allá de su infraestructura, que implica el intercambio de datos, servicios, recursos y aplicaciones de información, comprende, además, las relaciones sociales que giran a su alrededor<sup>4</sup>. Al final, se reconoce su gran proyección como medio para concertar la paz mundial, alcanzar el desarrollo sostenible y erradicar la pobreza (2013, 2). Así pues, el teletrabajo, de forma paralela a los avances tecnológicos, se fue desarrollando de la siguiente manera. En el decenio de 1970, Jack

Nilles, dentro de un contexto de crisis del petróleo, que tuvo un impacto inflacionario muy considerable, reflexionó sobre la importancia de optimizar recursos no renovables. En este sentido, promovió la idea del *telecommuting*, y pretendía que el trabajo pueda estar al alcance del trabajador. En la década siguiente se desarrolló el protocolo de transferencia de archivos FTP, y posteriormente se llegó a la *World Wide Web*, *www*. En el decenio de 1990 se produjo una masificación en el uso del internet: se diseñaron plataformas al estilo de Google y Amazon; y se creó el correo electrónico, así como algunas plataformas de chat, tales como Messenger e ICQ. También hubo una masificación en la utilización de terminales móviles, entre ellas computadores portátiles y teléfonos celulares. Finalmente, con el comercio electrónico, se obtuvieron muchas ventajas, entre las cuales están que numerosos trabajadores independientes pudieron comerciar sus productos y servicios a través de internet a nivel mundial (Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación de Colombia 2018).

Es pertinente añadir que, en la actualidad, se han concebido nuevas aplicaciones que favorecen la implementación del teletrabajo, tales como la plataforma Teams, Zoom, Office365, WhatsApp, entre otras. En el próximo apartado se analizará cómo la emergencia sanitaria de la COVID 19 modificó la aplicación del teletrabajo en su forma regular y qué desafíos jurídicos plantea.

## LA COVID 19 Y LAS MODIFICACIONES AL TELETRABAJO

A fin de evaluar la influencia de la enfermedad COVID 19<sup>5</sup> en el teletrabajo, se estima pertinente analizar de forma breve su conceptualización. Luego

se referenciarán algunas de las estadísticas más importantes, tanto nacionales como internacionales, correspondientes a la relación entre la COVID 19 y

3 La historia de Internet comienza realmente en la década de 1960, cuando el Ministerio de Defensa de los Estados Unidos desarrolla la red ARPANET, la cual, en su momento interconectaba cuatro ordenadores. En la década siguiente, se crean nuevas redes que se conectan a ARPANET y aparecen servicios novedosos como el correo electrónico o el intercambio de ficheros. Posteriormente, en 1980, aparecen los protocolos TCP/IP o DNS, que surgen como soluciones técnicas a la interconexión de redes heterogéneas y, hasta la actualidad, se constituyen como pilares de Internet. Finalmente, en 1990 aparece la *World Wide Web* y, oficialmente, cierra ARPANET (Delgado y García 2002, 87).

4 Internet se compone de varios elementos que permiten la navegación, tales como los buscadores, sitios web y páginas web. En este sentido, resulta importante diferenciar entre así a las dos últimas. La página web puede ser concebida como un “documento electrónico que integra diversos componentes como textos, imágenes, audio, etc. esta puede incorporar links de hipertexto que, activados, permiten la navegación (...) Mientras que, el sitio web, es el conjunto de páginas web agrupadas bajo un solo dominio” (Puerto 2015, 33).

5 Estadísticas internacionales y nacionales reflejan cifras sobre la COVID 19 que explican la magnitud de la situación actual. Así, a diciembre de 2020, se pudo constatar que, a nivel mundial, ha habido 70'228.447 casos confirmados de contagio de la COVID-19, que incluyen 1'595.187 muertes (OMS 2020); siendo América el continente más afectado, con 30'122.120 casos y 776.775 muertes (OPS 2020). En cuanto a Ecuador, las cifras alcanzan los 201.524 casos confirmados y 13.874 muertes (OPS 2020).

al teletrabajo, con el objetivo de constatar empíricamente cómo varió la aplicación del teletrabajo durante la pandemia, y a qué razones respondió. Finalmente se abordarán las implicaciones jurídicas en la aplicación de esta modalidad de trabajo en el contexto de la emergencia sanitaria en la que nos encontramos.

Además de las cifras en materia de salud se estima pertinente indicar otras relacionadas al campo laboral en general, que darán cuenta del contexto actual en el que nos encontramos. Las pérdidas de ingresos laborales se estimaron en 3,5 billones de dólares durante los tres primeros trimestres del 2020, dándose una reducción del 17,3% de las horas de trabajo en el segundo trimestre de este año; puesto que el 94% de los trabajadores residen en países en los que se aplica algún tipo de medida de cierre de lugares de trabajo. Esa proporción registró un valor máximo del 97% el 25 de abril de 2020 (OIT 2020, 1, 3).

En Ecuador, los indicadores nacionales evidenciaron que, en 2020, la tasa de empleo adecuado se redujo en 6,7% en relación a diciembre del 2019. Igualmente, en comparación con este mismo período, la tasa de subempleo creció del 17,8% al 23,4%. Mientras tanto, la tasa de desempleo pasó de 3,8% en diciembre del año anterior a 6,6% (INEC 2020). Por otro lado, una cifra referencial a considerar es el Salario Básico Unificado, el cual, para el año 2021, no crecerá y se mantendrá en \$400, dada la proyección oficial de la inflación anual del próximo año, para la que se ha estimado un porcentaje negativo (-1,01%) y sobre la cual se realizan los cálculos (Ministerio del Trabajo del Ecuador 2020).

Una vez determinado el contexto y el impacto de la crisis sanitaria de la COVID-19, se procede a puntualizar las cifras del teletrabajo en el país. Concretamente, la cantidad de teletrabajadores en diciembre del 2019 era de 13.410 (Ministerio del Trabajo del Ecuador 2019). Sin embargo, en 2020, según datos del Ministerio del Trabajo del mes de septiembre, la cantidad aumentó exponencialmente a 436.055 teletrabajadores (Ministerio del Trabajo del Ecuador 2020).

En función de esta realidad, el campo jurídico también ha tenido que adaptarse a los desafíos. Es el caso con

el teletrabajo, como se verá a continuación. Frédéric Robert recuerda que el teletrabajo es por naturaleza un acuerdo de las partes que se fundamenta en la voluntad (2020). Sin embargo, resalta el oxímoron que se produce cuando, frente a la COVID-19, se lo adopta de forma obligatoria como un recurso del gobierno para luchar contra la propagación del virus. No obstante, reconoce el dilema de los trabajadores de seguir una relación de trabajo a distancia o quedar desempleados, al igual que el dilema para las empresas de mantener una actividad económica o cerrar. Y estima que la COVID-19 puede servir como enseñanza para prevenir en el futuro este tipo de situaciones; también señala, como alternativa de las empresas que no desean implementar el teletrabajo de forma estructurada, el teletrabajo ocasional, con fundamento en casos de fuerza mayor o en situaciones de índole personal que impidan al trabajador efectuar sus actividades en los establecimientos de trabajo, o a su vez por la voluntad de las partes, a condición que sus funciones o prestaciones sean compatibles con el teletrabajo (2020, 220-221). Recomienda que las empresas incluyan la figura del teletrabajo ocasional en sus reglamentos de gestión de riesgos y que sea presentada como una medida de distanciamiento, a fin de prevenir contagios (2020, 222).

Por ende, en época de pandemia, el criterio de la voluntad deja de considerarse. No obstante, en contexto regular, este requisito es esencial. Por tal motivo, el planteamiento del tratadista de incluir la figura del teletrabajo ocasional en el reglamento de gestión de riesgos es oportuno; ya que se lo establecería a modo de condición general que el trabajador deberá aceptar para asumir esas funciones o continuar en ellas, como manifestación de su voluntad. De otro lado estarían las ventajas en la ampliación de la protección del derecho a la salud y la prevención de enfermedades laborales.

En la esfera del bienestar del personal, indica que la crisis sanitaria relacionada con la COVID-19 condujo a un confinamiento completo que incluso los teletrabajadores más experimentados no conocían, y que el aislamiento y la carga de trabajo podrían conllevar riesgos psicosociales para el trabajador (Robert 2020, 154). De modo complementario, la “Guía Práctica de la Organización Internacional del Trabajo – Teletrabajo

durante la pandemia de la COVID-19 y después de ella” recoge una revisión de la literatura de la revista médica *The Lancet* (Brooks et al. 2020), según la cual, estudios a encuestados que habían sido puestos en cuarentena durante la pandemia informaron de depresión, estrés, estado de ánimo bajo, irritabilidad, insomnio, síntomas de trastorno de estrés postraumático, ira y agotamiento, como resultado de estar aislados o en cuarentena. El mal humor y la irritabilidad se destacan y tienen una prevalencia particularmente alta (OIT 2020, 12).

En suma, la COVID-19 reforzó los riesgos psicosociales relacionados con el teletrabajo debido a las estrictas medidas de cuarentena impuestas, y generó la necesidad de actualizar los reglamentos de prevención de riesgos a partir de una visión más amplia. Por ejemplo, podría sugerirse el deber del empleador de informar sobre los riesgos asociados a la pandemia y efectuar un seguimiento permanente a la salud mental y emocional del trabajador relacionados a ella. En esta misma línea, la OIT destaca la necesidad de reforzar el “apoyo psicológico para que los trabajadores compartan sus temores y preocupaciones de manera confidencial, es decir, mediante el acceso a líneas de ayuda, asesoramiento y programas de asistencia a los empleados” (OIT 2020, 15).

Por otro lado, Frédéric Robert (2020) destaca que se ha constatado en esta emergencia el irrespeto a los tiempos de descanso de los trabajadores, que continúan sus labores más allá de sus horarios o en sus días libres. Además, insiste en que ningún aumento o disminución del horario de trabajo debe estar relacionado con el teletrabajo (155).

En este sentido, es preciso recordar que las empresas no pueden recortar unilateralmente salarios, bajo el pretexto de que el trabajador labora en régimen de teletrabajo; razón por la cual se debe prevenir que el trabajador, ante el miedo de quedarse desempleado, termine en una situación de indefensión.

Un tema central de la crisis sanitaria, es que el confinamiento no concierne únicamente al trabajador, sino también a su familia. Y es precisamente esta situación la que pone en evidencia la limitación de recursos

existente; por ejemplo, con la necesidad de los hijos de estudiar y de sus padres de cumplir con el horario de trabajo. Por esta causa, resalta la conveniencia de que “el empleador dote o participe de los costos de adquisición de un computador y sus periféricos para entregárselo al trabajador, asegurándose a su vez que el material responda a las normas de seguridad de protección de información de su empresa” (Robert 2020, 124).

La consideración citada resulta ser interesante, pues se abordan cuatro aspectos: por un lado, la necesidad de que el empleador participe en los costos de los insumos para el teletrabajo de sus empleados, quienes deben compartir sus recursos digitales con su familia; por otro lado, la importancia de transformar en lo posible la visión de cumplimiento del trabajo, de forma que se posibilite cierta flexibilidad en el horario de trabajo; También, los desafíos relativos a la seguridad informática y confidencialidad, pues se comparten los recursos digitales tales como el computador; finalmente, a privacidad del teletrabajador y de su familia.

Además, los criterios que se utilizan para seleccionar a los trabajadores que se sujetarán a la modalidad de teletrabajo, deben ser objetivos. En este sentido, Frédéric Robert (2020) menciona la:

compatibilidad de las funciones del trabajador para realizar las tareas de manera autónoma, en el lugar del teletrabajo, con soporte tecnológico y acceso a recursos informáticos, cumplimiento puntual de las actividades e interacción fluida con sus colegas y superiores jerárquicos. Además, para el sector público sostiene que la selección del teletrabajador no debe afectar el principio de continuidad en el servicio público (...) Es así que los motivos por los cuales podría no considerarse aplicable el teletrabajo son: la necesidad de la presencia continua del trabajador en el establecimiento de trabajo en razón de la naturaleza de sus funciones; los recursos a los que el trabajador no podría acceder por fuera del lugar de trabajo y que obedecen a razones de seguridad; documentación que el trabajador no podría sacar del lugar de trabajo por ser de carácter confidencial. (2020, 62-63)

De esta manera, se comparte la tesis del tratadista en cuanto a la importancia de establecer criterios lo suficientemente objetivos para la selección del personal que efectuará teletrabajo. Sin embargo, para aprovechar esta noción, y por el contexto de pandemia que ahora se vive, se recomendaría la inclusión de criterios objetivos fundamentados en la salud del trabajador y su vulnerabilidad ante la COVID-19, orientados bajo la égida del principio de igualdad y no discriminación.

Algunos ejemplos de segmentos poblacionales vulnerables frente a la COVID-19 son: adultos mayores, personas con afecciones médicas subyacentes, mujeres embarazadas, etc. (OMS 2020, 5 y 6).

Finalmente, un aspecto importante sobre el cual se debe reflexionar es la inspección del lugar de teletrabajo. En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo señala en su artículo 8 que:

para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario,

los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección.

De este modo, este derecho y deber de inspección del lugar de teletrabajo tiene una limitación muy importante por la pandemia, dado que existe un miedo legítimo a ser contagiado, que se fundamenta en un riesgo real para el bienestar de los participantes y sus familias. Igualmente, la limitación se puede dar por las medidas restrictivas de circulación, reunión, limitación de los contactos, etc.

En el apartado siguiente se puntualizarán las ventajas e inconvenientes del teletrabajo, y se estudiarán las oportunidades y desafíos a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

## VENTAJAS, INCONVENIENTES, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS EN LA MODALIDAD DE TELETRABAJO

En igual medida, deberán considerarse las ventajas, inconvenientes, oportunidades y desafíos desde las dimensiones individuales, colectivas, económicas, ambientales y familiares. En este sentido, se han identificado las consideraciones siguientes:

### Dimensión individual

El Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador (2020) reconoce como ventajas: mejor ambiente en la vida personal, aumento de la productividad y calidad del trabajo, mayor responsabilidad, mayor flexibilidad laboral, reducción en el estrés, trabajo con comodidad desde el hogar, más tiempo para cuidar de la salud.

Así también, entre las ventajas estaría evitar enfermedades como trastornos musculoesqueléticos, al disponer de más tiempo para ejercitarse, toda vez que ahorran tiempo y energía que emplearían si tuviesen

que trasladarse hacia el establecimiento de trabajo y regresar de este (Gómez et al. 2019, 46).

Habría que añadir también una menor exposición a riesgos externos como accidentes de tránsito, asaltos, contagios en pandemia, etc.

Además, uno de los beneficios para el trabajador residiría en que no tendría que pedir permisos con cargo a vacaciones cuando se encuentre enfermo (Robert 2020, 148).

Por el contrario, entre las consecuencias negativas se hallan un posible impacto psicológico y una posible repercusión física en la salud del teletrabajador. Por ejemplo, el estrés que puede llegar a originarse al requerirse desarrollar determinadas actividades que demandan una gran cualificación o, por su forma de organizar su realización, que constituyen a su vez el

ritmo de trabajo. Finalmente, si el ambiente laboral resulta tan adecuado, también puede tener una incidencia. A pesar de la potestad de la auto regulación, que permitiría que el teletrabajador labore según su conveniencia, esta puede contradictoriamente devenir en una mayor exigencia para el teletrabajador, si él confunde su tiempo personal con el de su trabajo. Puede originarse una adicción al trabajo. Cuando este es repetitivo, el laborar por un amplio espacio de tiempo puede afectar a su salud, si se considera que el sitio seleccionado podría no ser el adecuado (Paternó, Suarez y Viola 2010).

Respecto a este punto, en el que se plantea el desafío de la carga de trabajo excesiva o la adicción al trabajo, se piensa en medidas que deberían adoptarse en torno al derecho a la desconexión. Este derecho se traduce en acciones como “apagar los servidores de la empresa durante la noche hasta su reapertura; implementar sistemas para impedir a los trabajadores el acceso a sus correos electrónicos los fines de semana y en vacaciones, o el uso de aplicaciones con mensajes como “fuera de horario de trabajo” que les impidan enviar correos electrónicos (Robert 2020, 156).

Por otra parte, existen factores de riesgo ligados a la ergonomía al igual que al sedentarismo, que se ve incentivado por la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC). Si bien es cierto que algunos se beneficiarían de contar con más tiempo para ejercitarse, también habría personas que podrían verse afectadas en este sentido, puesto que antes se desplazaban en bicicleta o a través de caminatas. Adicionalmente están los factores de riesgo de orden psicosocial. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, OMS, existen bastantes personas que sufren de depresión y, en varios de esos casos, la causa está relacionada a cuestiones laborales. Es posible evidenciar que no todas las compañías cuentan con políticas y procedimientos que les permitan abordar estas situaciones (Gómez et al. 2019, 46, 47, 49). Y la reducción en la interacción social podría reforzar esta problemática.

Las empresas deberán elaborar políticas y procedimientos que confluyan con la normativa que para el efecto se desarrolle, a fin de garantizar que el

teletrabajador pueda desarrollar sus actividades con los insumos necesarios, de forma adecuada y con la perspectiva de evitar que enfermedades u accidentes laborales lo afecten. Para el efecto, deberán promover estilos de vida saludables que propendan al autocuidado. Por ejemplo: “Ejercicio físico, alimentación balanceada, descanso diario, distribución de tiempo entre familia, cuidado personal y trabajo, hidratación, entre otras, que hacen parte de la conservación de la salud, o como lo mencionamos anteriormente, el autocuidado” (Gómez et al. 2019, 47). También deberán organizar capacitaciones a fin de transmitir herramientas que permitan a los empleados reconocer los factores de riesgo y mitigarlos o eliminarlos. Adicionalmente deberán efectuar inspecciones a los teletrabajadores, a fin de valorar si el espacio de trabajo reúne los presupuestos y se ajustan a las recomendaciones de profesionales de seguridad y salud en el trabajo. Por su parte, quienes se acojan a esta modalidad, deberán cumplir con las medidas que para el efecto se consideren, principalmente las relativas a protocolos de seguridad y salud en el trabajo (Gómez et al. 2019).

Igualmente, hay que recordar los desafíos previamente abordados en el apartado del teletrabajo y la COVID-19, tal como la inspección de las condiciones del lugar de teletrabajo y la privacidad. En cuanto a las inspecciones, hay que considerar, además, que los derechos a la vida familiar y a la privacidad están ligados a esta medida, toda vez que el domicilio es el lugar de mayor intimidad de las personas. Por tal motivo, para realizar una inspección, se precisa de su consentimiento previo. Se sugiere, por ejemplo, limitar la inspección al ambiente exclusivamente destinado al trabajo en el domicilio y, para el efecto, se deberá establecer una cita previa con el trabajador.

El monitoreo del empleador sobre el desarrollo de las actividades de sus trabajadores supone una línea delgada que no debe ser traspasada por el respeto de su derecho a la privacidad y, en este sentido, el tratadista recomienda que se observen los principios de proporcionalidad y transparencia para fines exclusivos del trabajo (Robert 2020). Por otra parte, respecto a cualquier accidente de trabajo, señala que, para determinarlo, es preciso haber establecido con precisión el lugar y el horario de teletrabajo; pero, a falta de este



último dato, se podría aceptar la presunción de que ocurrió en el horario de trabajo normal que le correspondería si trabajara en el establecimiento del empleador (Robert 2020).

Finalmente, corresponde, para los efectos del presente estudio, citar las siguientes consideraciones de la OIT respecto a la relación entre el teletrabajo y la COVID-19 en el caso de las mujeres:

El teletrabajo puede suponer una desventaja potencial para las mujeres ya que generalmente tienen que encargarse del cuidado de los niños, las tareas domésticas y el empleo remunerado (...) Las desigualdades sociales y económicas de género existentes y los desafíos para la mujer se ven agravados por la crisis actual que exige que las empresas y otras organizaciones incluyan la perspectiva del género en la respuesta frente a la COVID-19 (ONU Mujeres, 2020). Además, según un primer análisis, es probable que el empleo de las mujeres se vea más afectado que el de los hombres por la crisis económica inducida por la pandemia. (OIT 2020, 20 y 21)

### **Dimensión colectiva**

El Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador ha indicado que el teletrabajo podría resultar conveniente para la inserción laboral de personas con discapacidad (2020). Esto se enmarcaría en lo prescrito por el artículo 330 de la Constitución de la República del Ecuador: “Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición”. Este punto debe ser visto a su vez como una oportunidad para que el Estado adopte medidas de acción afirmativa para su inclusión laboral, de conformidad con el artículo 11 de la Constitución y, en general, con el principio de igualdad y no discriminación. A título ilustrativo, se piensa en las instituciones públicas como una oportunidad para implementar nuevas medidas y actualizar la normativa.

Igualmente, el Ministerio del Trabajo resalta, como potenciales beneficios para la sociedad en general, los que a continuación se detallan: “Disminución en la congestión del tránsito urbano. Optimización del tiempo de movilización. Aumenta oportunidades de trabajo para personas con discapacidad y grupos prioritarios” (2020).

El teletrabajo, a su vez, constituye una mayor oportunidad de trabajo para quienes desean trabajar por primera vez o también para gente que supere cierta edad, así como para personas que adolecen de alguna discapacidad motriz (Paternó, Suarez y Viola 2010).

Finalmente, a parte de las ventajas y desventajas ya consideradas, se debe tomar en cuenta que la modalidad de teletrabajo, en una situación de pandemia, resulta ser la única aplicable en determinados casos, razón por la cual es importante que la empresa pueda adaptarse (Paternó, Suarez y Viola 2010).

### **Dimensión familiar**

El Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador señala que el teletrabajo “facilita la conciliación entre la vida familiar y laboral” (2020).

De igual manera, dada su versatilidad, constituye también una buena alternativa para las madres que se encuentran al mando de sus hogares e, incluso, para las madres lactantes, las cuales podrían verse favorecidas al tener la posibilidad de compartir aún más con sus hijos, al tiempo que no descuidarían sus labores ni perjudicarían a los empleadores (Gómez et al. 2019, 46).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo refiere que:

Los informes de muchos países que actualmente tienen o han tenido medidas de confinamiento ordenadas por el Gobierno para frenar la propagación del coronavirus indican que los incidentes de violencia doméstica han aumentado considerablemente (OIT, 2020g). Para muchas supervivientes de la violencia doméstica, el trabajo proporciona un alivio con respecto a la imprevisibilidad del



abuso, y puede haber un peligro más inmediato dentro del hogar que fuera de él. Los empleadores tienen un papel que desempeñar en la sensibilización, mediante el apoyo y asistencia a las posibles víctimas, y el incentivo a todos los trabajadores a que se cuiden unos a otros y detecten las primeras señales de alerta de incidentes de abuso. Las organizaciones deberían compartir información con los trabajadores sobre dónde denunciar y buscar ayuda para combatir la violencia en el hogar, incluidas las líneas telefónicas de urgencia y los servicios nacionales y locales con personal capacitado, y el uso de palabras clave especiales para que las víctimas puedan señalar el abuso y las autoridades competentes puedan responder de conformidad con el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) y la Recomendación (núm. 206) que lo acompaña (OIT, 20 y 21).

### Dimensión ambiental

El Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador (2020) identifica entre los beneficios ambientales la “disminución en la emisión de gases contaminantes”. Esta constatación efectivamente está relacionada con la reducción de la movilidad, como previamente se ha citado. Por otro lado, al relativizar la necesidad de un espacio físico como establecimiento de trabajo, se

puede favorecer al medio ambiente al verse reducido el impacto del mercado de la construcción; como también, los insumos que precisaría la empresa para mantener a su personal activo.

### Dimensión económica

En cuanto a los beneficios económicos, se encuentra que el teletrabajo: “Reduce el espacio físico. Disminuye los gastos de transporte, alimentación y uniformes. Genera resultados positivos por logro de metas e indicadores de gestión. Ahorra recursos económicos en la planta física. Disminuye los permisos por calamidad doméstica. Personal más productivo” (Ministerio del Trabajo 2020).

Entre los beneficios, también se fomenta al sector privado y se incentiva la conformación de nuevas compañías. Así mismo, se amplían las posibilidades de conservación y creación de nuevas plazas de empleo (Paternó, Suarez y Viola 2010). Entre las consecuencias que podría existir para el empleador podría encontrarse la referente a una potencial falta de planificación adecuada por parte del teletrabajador que le impida responder, dentro del tiempo que se hayan fijado, los requerimientos solicitados o, incluso, por la totalidad de lo demandado (Paternó, Suarez y Viola 2010).

## LEGISLACIÓN SOBRE EL TELETRABAJO EN ECUADOR

El artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador señala que “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.” De igual manera, el artículo 66 de la Carta Magna, en su numeral 2, establece que el trabajo y el empleo forman parte fundamental de una “vida digna” y que el Estado posee la obligación de reconocerlos y garantizarlos. Así también, en su numeral 17, se incluyó el derecho a la libertad de trabajo, al especificarse, dentro de este, que

ninguna persona podrá ser obligada a trabajar gratuita o forzosamente, salvo en los casos que determine la ley.

Por su parte, el artículo 276 numeral 2 de este cuerpo normativo señala que uno de los objetivos del régimen de desarrollo es la generación de trabajo digno y estable.

Los artículos 284 y 325 de la Constitución de la República del Ecuador son fundamentales para el tema sujeto a estudio, toda vez que el primero, taxativamente señala que se valorarán todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales. Este

precepto, considerado en el numeral 6, integra los objetivos de la política económica del Estado. En cuanto al artículo 325, este determina que “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”. De este modo, el teletrabajo es reconocido por la República del Ecuador en función de los artículos 284 y 325 de la Constitución, que reconocen y garantizan todas las formas y modalidades de Trabajo. Por tanto, los mismos derechos laborales que deben ser observados en las formas de organización de trabajo tradicionales, deberán aplicarse también al teletrabajo.

En igual sentido, se entenderá que el derecho al trabajo bajo la modalidad de teletrabajo se sustenta siempre en los principios contemplados en el artículo 326 de la Carta Magna. No obstante, muchos de estos principios representan un verdadero desafío para esta forma de organización del trabajo. Un ejemplo lo constituyen los principios que constan en los numerales 5 y 6 del citado artículo, que señalan: “5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar. 6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley”. De este modo, si bien es cierto que uno de los elementos esenciales del teletrabajo es que no se cuenta con la presencia física del trabajador en el establecimiento de trabajo, cabe plantear las siguientes interrogantes: ¿Hasta qué punto el empleador, bajo esta modalidad de trabajo, puede garantizar que el trabajador efectúe sus actividades en un ambiente adecuado y propicio en resguardo de su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar? ¿Hasta qué punto el Estado puede verificar y dar seguimiento al cumplimiento de estas condiciones?

En este marco, se deberá desarrollar un instrumento normativo que faculte al empleador a inspeccionar el ambiente de teletrabajo previo consentimiento del trabajador, toda vez que existen riesgos relacionados con enfermedades profesionales y accidentes laborales de

los cuales debe ser corresponsable de mitigarlos. Dado que el trabajador se encontraría desempeñando diversas actividades solicitadas por el empleador, debería poder contar con normas y procedimientos que, para el efecto, coadyuven a que pueda desempeñarse adecuadamente, y, al tiempo que las ejecuta, pueda preservar su salud. Así también, resulta indispensable que pueda recibir capacitación con la finalidad de poder identificar los factores de riesgo que podrían devenir en enfermedades profesionales y accidentes laborales, con el objeto de poderlos mitigar o eliminar.

El Código del Trabajo, en su artículo 348, define al accidente de trabajo como “todo suceso imprevisto y repentino que ocasiona al trabajador una lesión corporal o perturbación funcional, con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”. Mientras que su artículo 349 conceptualiza a las enfermedades profesionales como “las afecciones agudas o crónicas causadas de una manera directa por el ejercicio de la profesión o labor que realiza el trabajador y que producen incapacidad”. Tendrán derecho a indemnización quienes adolecieren de una enfermedad profesional o quienes sufrieren un accidente de trabajo conforme a las Reglas del Código de Trabajo.

No todas las labores son realizables bajo la modalidad de teletrabajo; pues, en algunos casos, la presencia física del empleado es indispensable para poder cumplir con los resultados. Por esta causa, la selección del personal que se sujetará a esta modalidad debe responder a criterios objetivos que se guíen por el principio de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 3 y 11 de la Constitución.

En el sector privado, la realización de este análisis correspondería a cada empleador y sería potestativo de este decidir sobre la aplicación de teletrabajo para su personal. No obstante, en el sector público, existen condiciones adicionales que se deben considerar. A título ilustrativo, se tiene el numeral 15 del artículo 326 de la Carta Magna, que establece:

Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción

hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

El ejercicio del derecho al trabajo a través de medios telemáticos involucra el ejercicio individual o colectivo de otros derechos, tales como los previstos en los artículos 16, numerales 2 y 4; y 17 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Específicamente, el artículo 16 contempla que “Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad”. Así también, el artículo 17 señala que:

El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

Actualmente, se encuentra en vigencia el Acuerdo Ministerial MDT-2020-076, mediante el cual se expiden las “Directrices para la Aplicación del Teletrabajo Emergente durante la declaratoria de Emergencia Sanitaria”. Tiene por objeto “viabilizar y regular la aplicación de teletrabajo emergente durante la declaratoria de emergencia sanitaria por coronavirus (COVID-19)”.

Su ámbito de aplicación está destinado para las instituciones públicas que constan en el artículo 225 de la Constitución y también para el sector privado. Su finalidad consiste en garantizar la salud de los trabajadores y servidores públicos.

En su artículo 4 establece un presupuesto esencial: “La implementación de teletrabajo emergente en relaciones contractuales existentes, modifica únicamente el lugar

en que se efectúa el trabajo, sin afectar ni alterar las condiciones esenciales de la relación laboral, por tanto, no vulnera derechos y no constituye causal de terminación de la relación de trabajo”. Además, integra otros elementos que son fundamentales dentro de esta modalidad, tales como el control y monitoreo de las actividades que el teletrabajador(a) emergente ejecute durante la emergencia sanitaria declarada (derecho a la privacidad) y la responsabilidad del teletrabajador a) respecto a la custodia y confidencialidad de la información.

Finalmente, quienes empleen esta modalidad deberán registrarse conforme lo indica el Ministerio de Trabajo. La terminación del teletrabajo emergente se dará por acuerdo de las partes y por finalización de la emergencia sanitaria.

También está vigente el Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-181, de 14 de septiembre de 2020, que tiene como objeto expedir las directrices para regular la aplicación de la modalidad de teletrabajo; y aborda varios de los preceptos revisados a lo largo del presente estudio. Por ejemplo, consagra que: el teletrabajo no modifica la relación laboral (art.3), la aplicación en jornada completa o parcial (art. 3), la participación del empleador en la provisión de recursos (art.4), la privacidad del trabajador (art.4), el derecho a la desconexión (art.5), la compatibilidad de funciones (art. 7), la reversibilidad (art. 9).

Las instituciones públicas poseen la facultad de desarrollar su normativa interna, de forma que podrán dictar directrices adicionales sobre el teletrabajo, en consonancia con su realidad.

Por último, como ya se había manifestado, el teletrabajo no exime del cumplimiento de la normativa vigente y no excluye la observancia de los derechos laborales. Por lo tanto, se deberá verificar que esta forma de organización del trabajo no sea utilizada para la precarización, intermediación laboral, tercerización, contratación laboral por horas, o cualquier otra que potencialmente pueda afectar a los derechos de los trabajadores, conforme contempla el artículo 327 de la Norma Suprema. La remuneración deberá ser siempre justa en los términos previstos en el artículo 328 de la Constitución.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Siguiendo la metodología planteada, se procede a verificar cada una de las hipótesis señaladas:

### **La aplicación del teletrabajo en contexto de emergencia resulta diferente a su aplicación en la forma regular**

Se ha comprobado la presente hipótesis por las siguientes consideraciones:

En una situación de emergencia como la ocasionada por la COVID-19, el criterio esencial de voluntad deja de estar presente y la aplicación del teletrabajo pasa a darse de forma obligatoria, pues se la considera un recurso del gobierno para luchar contra la propagación del virus.

Además en este contexto, los riesgos psicosociales se intensifican por lo que surge una necesidad de actualizar los reglamentos de prevención de riesgos a partir de una visión más amplia.

Por otro lado, los recursos tecnológicos a disposición del teletrabajador pueden ser aún más limitados en época de pandemia, puesto que el confinamiento no concierne únicamente al trabajador, sino también a su familia.

Los criterios para la selección del personal que efectuará teletrabajo pueden ampliarse en función de la salud del trabajador y su vulnerabilidad ante la COVID-19. Dichos criterios deberán estar orientados por el principio de igualdad y no discriminación.

El derecho y deber de inspección del lugar de teletrabajo tiene una limitación mayor por la pandemia.

### **El teletrabajo conlleva riesgos para la salud de los teletrabajadores y deben adoptarse medidas de prevención y sanción**

Efectivamente, el teletrabajo, tanto en su aplicación regular como en época de la COVID-19, comprende riesgos psicosociales como el estrés o la depresión; al

igual que físicos, como la mala ergonomía, que pueden degenerar en enfermedades profesionales. En este sentido, se precisan medidas de prevención como el derecho a la desconexión (incorporado en el Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-181 de 14 de septiembre de 2020) y otros como la inspección, todavía por reglamentar. Por ende, se estiman necesarias, también, medidas de sanción ante el incumplimiento de estas obligaciones.

### **El Estado ecuatoriano a través de su legislación protege y garantiza de forma parcial los derechos relacionados al teletrabajo**

Se pudo constatar que la legislación ecuatoriana, tanto en sus normas constitucionales como en otras de inferior jerarquía, reconoce el derecho al trabajo a través de esta modalidad. Tal y como se evidenció, varios de los elementos desarrollados en el presente estudio se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, la hipótesis se comprueba, ya que existen muchos otros derechos a los que falta reconocer y garantizar a través de medidas y acciones ligadas al teletrabajo. Como ejemplo, se encuentra el derecho a la salud a través de las inspecciones, o la privacidad por el monitoreo de las actividades. La falta de sanción no permite que se los garantice de forma adecuada.

### **El teletrabajo ofrece oportunidades y desafíos en la protección y garantía de derechos a la luz del principio de igualdad y no discriminación**

Finalmente, esta hipótesis también se comprobó, toda vez que, por el teletrabajo, se han abierto oportunidades para la inserción laboral de sectores vulnerables como las personas con discapacidad, a las cuales se les podría garantizar sus derechos conforme a lo estipulado en el artículo 330 de la Constitución. Así se cumpliría también con el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 11 de la Carta Magna.

## Otras conclusiones

De la implementación del teletrabajo se desprenden ventajas e inconvenientes que se pueden analizar desde las dimensiones individual, colectiva, familiar, ambiental y económica. Por ejemplo, existirán ventajas y desventajas en cuanto a la vida familiar y laboral, enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, inserción laboral, factores psicosociales, generación y conservación de empleo, optimización de recursos y espacio físico, permisos en el trabajo, productividad, tránsito, medio ambiente, relaciones interpersonales, etc.

En consecuencia, las empresas deberán elaborar políticas y procedimientos a fin de garantizar que el teletrabajador pueda desarrollar sus actividades con los insumos necesarios, de forma adecuada, y con la perspectiva de evitar que enfermedades o accidentes laborales que lo afecten. Igualmente, resulta importante promover estilos de vida saludables que propendan al autocuidado y organizar capacitaciones a fin de transmitir herramientas que permitan a los empleados reconocer los factores de riesgo y mitigarlos o eliminarlos. Adicionalmente, se deberán efectuar inspecciones a los lugares de teletrabajo con previo aviso a los trabajadores, a fin de valorar si el espacio de trabajo se ajusta a lo recomendado por profesionales de seguridad y salud ocupacional. Por su parte, quienes se acojan a esta modalidad, deberán cumplir con las medidas que para el efecto se consideren pertinentes.

En cuanto al marco jurídico ecuatoriano, se recomienda desarrollar un instrumento normativo o incorporar, en el reglamento interno, la facultad del empleador para inspeccionar el ambiente de trabajo de su empleado, toda vez que existen riesgos relacionados con enfermedades profesionales y accidentes laborales, de los cuales debe ser corresponsable a la hora de mitigarlos. Dado que el trabajador desempeñaría diversas actividades solicitadas por el empleador, debería poder contar con normas y procedimientos que, para el efecto, coadyuven a que pueda desempeñarse adecuadamente y, al tiempo que las ejecuta, pueda preservar su salud. Así también, resulta indispensable que pueda recibir capacitación con la finalidad de poder identificar los factores de riesgo que podrían devenir

en enfermedades profesionales y accidentes laborales, con el objeto de poderlos mitigar o eliminar.

Por último, el teletrabajo no exime del cumplimiento de la normativa vigente y no excluye la observancia de los derechos laborales. Por lo tanto, se deberá verificar que esta forma de organización del trabajo no sea utilizada para la precarización, intermediación laboral, tercerización, contratación laboral por horas, o cualquier otra que potencialmente pueda afectar a los derechos de los trabajadores. La remuneración deberá ser o deberá continuar siendo justa.

## Recomendaciones

Entre las recomendaciones a formular que se han estimado más importantes, podemos mencionar: que se brinde orientación a los trabajadores en la prevención de enfermedades laborales a través de unidades de seguridad y salud ocupacional en todas las instituciones, organismos, dependencias, entidades y personas jurídicas que integran el Sector Público, de acuerdo al artículo 225 de la Constitución. Por ejemplo, la práctica de la ergonomía, el derecho a la desconexión, las pausas laborales, la importancia de mantenerse en contacto con otros colegas o con sus superiores jerárquicos, etc.

También es importante que se implementen mecanismos de verificación de la adecuada carga laboral, a fin de evitar que factores psicosociales como la ansiedad o la depresión puedan afectar la salud del teletrabajador. Por otro lado, se insiste en la importancia de brindar asesoría para la implementación del teletrabajo; fomentar el autocuidado a través de la promoción de estilos de vida saludables; efectuar inspecciones en el lugar donde se realizará el teletrabajo, a fin de verificar que cumplan con los criterios técnicos referentes a salud y seguridad; regular los aspectos que todavía restan normar; establecer mecanismos de sanción que permitan garantizar adecuadamente los derechos relacionados al teletrabajo; actualizar los reglamentos de prevención de riesgos a partir de una visión más amplia a la luz de la experiencia del coronavirus; estandarizar criterios objetivos para la selección de trabajadores bajo la modalidad de teletrabajo, entre ellos, los referentes a la salud y vulnerabilidad frente a la COVID-19.



## BIBLIOGRAFÍA

- CES, UNICE, UEAPME y CEEP. 2002. *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*. Sede electrónica: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>
- Delgado, Carlos y Carlos García. 2002. *Historia de Internet*. Madrid: La Ley.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ecuador. 2020. *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*. Consultado el 14-XII-2020. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-septiembre-2020/>
- Ettighoffer, Denis. 1997. “Cyberworkers News, 1997”. Consultado el 14-XII-2020. <http://www.ettighoffer.com/fr/pressbook/pressbook02.html>
- Martín, Pedro. 2018. “Teletrabajo y Comercio Electrónico”. Sede electrónica: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=tvVKDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA2&dq=teletrabajo+libro&ots=DEicGSjTog&sig=jTICLSBot54P9cD7uK94rllR5a4#v=onepage&q=teletrabajo%20&f=false>
- Martínez Sánchez, Rebeca. 2012. “El Teletrabajo como tendencia del mercado laboral”. Universidad Internacional de la Rioja. 1390-8618. <https://reunir.unir.net/handle/123456789/5970https://www.enticconfio.gov.co/que-son-y-para-que-sirven-las-tic->
- Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador. 2020. “Beneficios”. Consultado el 13-VI-2020. <http://www.trabajo.gob.ec/beneficios/>
- Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador. 2020. “Teletrabajo”. Consultado el 13-VI-2020. <http://www.trabajo.gob.ec/teletrabajo/>
- Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador. 2019. “Teletrabajo, iniciativa alineada a la política de trabajo inclusivo”. Consultado el 14-XII-2020. <http://www.trabajo.gob.ec/teletrabajo-iniciativa-alineada-a-la-politica-de-trabajo-inclusivo/>
- Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador. 2020. “Ministro del Trabajo participó en el evento virtual de presentación del primer estudio sobre Teletrabajo y Emociones en Ecuador”. Consultado el 14-XII-2020. <http://www.trabajo.gob.ec/ministro-del-trabajo-participo-en-el-evento-virtual-de-presentacion-del-primer-estudio-sobre-teletrabajo-y-emociones-en-ecuador/>
- Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. 2020. “¿Qué son y para qué sirven las TIC?”. Consultado el 12-VI-2020. <https://www.enticconfio.gov.co/que-son-y-para-que-sirven-las-tic->
- Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. 2018. “Historia del Teletrabajo”. Consultado el 12-VI-2020. <https://www.youtube.com/watch?v=l7t6lZRns6U>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). 2013. “Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015”. Consultado el 14-VI-2015. [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/internet\\_universality\\_es\\_01.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/internet_universality_es_01.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2020. “Acerca de la OIT”. Consultado el 13-VI-2020. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. 2020. “Teletrabajo”. Consultado el 13-VI-2020. <https://www.oitcinterfor.org/?q=taxonomy/term/3454>



- Organización Internacional del Trabajo. 2020. *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Sexta edición*. Consultado el 14-XII-2020. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_755917.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. 2020. “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella: Guía práctica”. Consultado el 14-XII-2020. [https://www.ilo.org/global/publications/WCMS\\_758007/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/WCMS_758007/lang-es/index.htm)
- Organización Mundial de la Salud (OMS). 2020. “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”. Consultado el 14-XII-2020. <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- Organización Mundial de la Salud. 2020. WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. Consultado el 14-XII-2020. <https://covid19.who.int/>
- Organización Mundial de la Salud. 2020. “Protegiendo a los Vulnerables”. Consultado el 14-XII-2020. [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/risk-comms-updates/update-25-vulnerable-populations-es.pdf?sfvrsn=43318be9\\_4#:~:text=Son%20vulnerables%20a%20casos%20m%C3%A1s,que%20padecen%20afecciones](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/risk-comms-updates/update-25-vulnerable-populations-es.pdf?sfvrsn=43318be9_4#:~:text=Son%20vulnerables%20a%20casos%20m%C3%A1s,que%20padecen%20afecciones)
- Organización Panamericana de la Salud (OPS). 2020. Geo-Hub COVID-19–Information System for the Region of the Americas. Consultado el 14-XII-2020. <https://paho-covid19-response-who.hub.arcgis.com/>
- Organización Panamericana de la Salud. 2020. Cumulative confirmed and probable COVID-19 cases reported by countries and Territories in the Region of the Americas. Consultado 14-XII-2020. <https://ais.paho.org/phil/viz/COVID19Table.asp>
- Paternó, Sandra; Suarez, Kimura y Beatriz Viola. 2010. *Análisis de las características del Teletrabajo y su aplicación en el aula de la Práctica Profesional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. [http://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2016/05/CECONTA\\_SIMPOSIOS\\_T\\_2010\\_01\\_PATERNOSUAREZ\\_VIOLA.pdf](http://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2016/05/CECONTA_SIMPOSIOS_T_2010_01_PATERNOSUAREZ_VIOLA.pdf)
- Puerto Mendoza, Alejandro. 2015. *Introducción al Derecho de Internet. Régimen Jurídico Básico de los Contenidos Digitales*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Robert, Frédéric. 2020. *Le télétravail à domicile – L’après-Covid ou le retour à «l’anormal»*. Limal: Anthemis.
- Taskin, Laurent. 2007. *Les enjeux de la déspatialisation pour le management humain : Vers de nouveaux modes de contrôle? Le cas du télétravail à domicile chez les travailleurs de la connaissance*. Louvain-la-Neuve : PUL.
- \_\_\_\_\_. 2002. “Télétravail : enjeux et perspectives dans les organisations”. *Humanisme et Entreprise*, Vol. 254: 81-101.
- Uribe, Sandra; Guarín, Ingrid; Gómez, Sandra y Laura Vergel. 2020. “Prevención de los peligros y promoción de entornos saludables en el teletrabajo desde la perspectiva de la salud pública”. *Revista de Investigación Administración e Ingenierías*. DOI: <https://doi.org/10.15649/2346030X.802>

## Normativa

Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-076. 2020. Ecuador: Ministerio del Trabajo.

Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-181. 2020. Ecuador: Ministerio del Trabajo.

Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-249. 2020. Ecuador: Ministerio del Trabajo.

Código del Trabajo. 2005. Ecuador. Congreso Nacional. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-XII-2005.

Constitución de la República del Ecuador. 2008. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 449 de 20-X-2008.

# ENSAYOS

*Handwritten signature or stylized text in gold cursive.*

## HOMESCHOOLING EN ÉPOCA DE COVID-19: IMPLICACIONES JURÍDICAS

## HOMESCHOOLING DURING COVID-19 PANDEMIC: LEGAL IMPLICATIONS

## HOMESCHOOLING NA ÉPOCA DO COVID-19: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Rosana Granja\*

Recibido: 12/08/2020

Aprobado: 24/11/2020

### Resumen

Este trabajo da cuenta de los duros momentos que vivió la educación durante la pandemia del Covid-19 en el Ecuador y la realidad a la que se enfrenta. La mayor parte de familias ecuatorianas vieron que la enseñanza en línea no era óptima y empezaron a cuestionar el pago o sacrificio que hacían por ella. Los problemas que afrontó la educación con el poco acceso a internet y la casi ninguna capacitación docente sirvieron para que los progenitores económicamente desmoronados prefirieran a sus hijos fuera de las instituciones educativas. Este trabajo responde al lema de “si quieres algo bien hecho, puedes hacerlo tú mismo”. Con miras a evitar el abandono escolar tanto por la situación económica como por la percepción social sobre la educación. Además, se mira al *homeschooling* como una opción legal adecuada a los tiempos post-cuarentena.

**Palabras clave:** Educación; Coronavirus; COVID-19; *Homeschooling*; Crisis; Economía; Enseñanza en línea; Educación en casa; Ecuador

### Abstract

This paper reckons the harsh moments that education went through during the COVID-19 pandemic in Ecuador and the reality it faces nowadays. Most Ecuadorian families saw that online teaching was not fitting for them and began to question the sacrifices being made to continue with it. Some problems in online education, such as little access to Internet and almost no teacher-training, have forced economically drained parents to prefer their children to leave schools and even colleges. In this paper tries to understand the motto “if

you want something well done then do it yourself”. With a view to avoiding dropping out of school due to both the economic situation and the social perception of education, this study looks at homeschooling as a suitable legal option for post-quarantine times.

**Key words:** Education; Coronavirus; COVID-19; *Homeschooling*; Crisis; Economy; Online teaching, Education at home, Ecuador

### Resumo

Este trabalho conta os difíceis momentos que viveu a educação durante a pandemia do Covid-19 no Equador, e a realidade que se enfrenta. A maior parte das famílias equatorianas viram que o ensino virtual não era ótimo, e começaram a questionar o pagamento e o sacrifício que faziam por este. Os problemas que enfrentou a educação, com o pouco acesso à internet e quase nenhuma capacitação docente serviram para que os progenitores, economicamente desmoronados, preferissem que seus filhos saíssem das instituições educativas. Este trabalho então, responde ao lema de “se você quiser algo bem feito, pode fazer você mesmo”. Com uma visão preventiva sobre o abandono escolar tanto pela situação econômica, como pela percepção social sobre a educação. Além disso, se observa o *homeschooling* como uma opção legal adequada aos tempos post-quarentena.

**Palavras chave:** Educação; Coronavírus; COVID-19; *Homeschooling*; Crise; Economia; Ensino virtual; Educação em casa; Equador

\* Doctoranda del programa de Derecho y Ciencias Sociales de la UNED. Profesora titular de la cátedra Familias de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho Ambiental Internacional por la Universidad Central del Ecuador y Magister en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Correo electrónico: rosana.granja@udla.edu.ec

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador el confinamiento de la COVID-19 se inició con confianza en que duraría poco y tendría limitados efectos. Aún con miedo, los primeros días se respiraba un ambiente positivo, la gente aprovechó el tiempo que antes desperdiciaba en el tráfico para completar o retomar distintas actividades antes imposibles: desayunar en familia, leer; pero, a medida que pasaban los días, la zozobra y la angustia se convirtieron en el elemento más importante.

El ambiente económico ahogó en primera instancia a quienes no podían permitirse el teletrabajo: comerciantes informales, gimnasios, peluquerías; y luego se desplazó sin piedad por las pequeñas y medianas industrias.

El Gobierno ecuatoriano indicó que el 70% del aparato productivo estaba detenido por la pandemia y que alrededor de 508.000 empleos se perderían<sup>1</sup>. Esta debacle económica significaría un cambio radical en la situación económica y social de los ecuatorianos, con lógica afectación en el derecho de educación de la niñez.

La Covid nos volcó a la educación virtual; cubiertos de problemas graves que por años habíamos ignorado pero que hoy, se volvieron más evidentes e inexpugnables que nunca: poca capacitación de los docentes en sistemas virtuales, limitado acceso a internet en diferentes sectores; y, cuestionamiento sobre el costo de las pensiones en los colegios privados.

Con una economía en claro descenso y un sistema educativo plagado de problemas, los progenitores se plantearon si en verdad era necesario que los niños continuaran estudiando. No existen cifras sobre este malestar; pero, en varios foros sobre pensiones y educación, se ha llegado a mencionar que, en el nuevo mundo post COVID, habrá que recuperar la economía primero y preocuparse por la educación de los niños después.

El problema es que interrumpir la educación tiene consecuencias tanto para la niñez como para los progenitores. Si hablamos de los niños, según un informe de la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura (OIE), dadas las circunstancias económicas y sociales de las familias, es probable que muchos niños y adolescentes abandonen definitivamente la escuela. Esta difícil situación incidirá no solo en reducciones del 1% en los salarios del futuro como está previsto para el caso de quienes atendieron las clases virtuales durante la crisis del coronavirus y permanecieron en el régimen escolar, sino que aumentarán, de forma aún más grave, las brechas de pobreza (Sanz, Sainz y Capilla 2020). Y, por parte de los progenitores se sufre la privación de la patria potestad como una consecuencia indeseable pero infranqueable.

Este trabajo parte de que, dada la crisis económica, el abandono escolar es inminente y que poco o nada se puede hacer con la privación de la patria potestad. Por este motivo, analiza al *homeschooling* como un mecanismo más cómodo para los progenitores y que, a su vez, resulte consecuente con el derecho de los niños.

Se ha dividido en tres acápitales: el primero es expositivo, y detalla que los progenitores son protagonistas del derecho a la educación de sus hijos y que deben llevarlo adelante a toda costa, so pena de caer en sanciones como la pérdida de la patria potestad. El capítulo entiende que los progenitores no ejercen poderes omnímodos sobre los niños; pues aquellos, siempre estarán limitados por los derechos de la infancia y adolescencia. De ahí que, aún en las circunstancias más duras, no puedan prescindir de forma absoluta de un derecho como la educación, tal como pretenderían hacerlo en este momento económico tan adverso.

En el segundo capítulo analizamos la situación educativa del Ecuador en la crisis del coronavirus con una pregunta esencial: ¿qué hicimos? No solo se

<sup>1</sup> Artículo publicado en el diario El Comercio, el 17 de abril de 2020: La Emergencia por el covid-19 pone en riesgo 508 000 empleos. <https://www.elcomercio.com/actualidad/emergencia-covid19-riesgo-ecuador.html>. Consultado el: 11-VI-2020.

implementó el traslado inmediato de las instituciones privadas a las públicas, sino *el homeschooling* aplicable para quienes sufren económicamente pero aún tienen la posibilidad y predisposición para continuar con los estudios de sus hijos en calidad de protagonistas. Finalmente, en el último acápite, este trabajo reconoce

que el *homeschooling* ya está regulado en el Ecuador, pero que se necesitan ajustes a fin de implementarse mejor en los tiempos post-coronavirus. Por esta razón se analizan formas en que pudiera cambiar para acoplarse a la situación de los progenitores, una vez superados los tiempos de cuarentena.

## EDUCACIÓN EN CASA: UNA FORMA DE CUMPLIR SIN PRIVAR DE LA PATRIA POTESTAD

La educación es un derecho humano fundamental que sirve de base para la consecución de los demás derechos. Una persona que no accede a la educación tiene menos oportunidades de desarrollar su proyecto de vida, que quien sí pudo. No sin razón Katarina Tomasevski, relatora especial de la ONU, indica que la falta de educación produce un efecto dominó del que es difícil retraerse. Sin educación no hay empleo y, si lo hay, viene con una paga reducida que incide en derechos de seguridad social tales como la pensión jubilataria y la cesantía, además de promover la desigualdad social (Tomasevski 2002)<sup>2</sup>.

La educación no solo forma el conocimiento de las letras y los números, sino que promueve la tolerancia, la libertad, y la reducción de las brechas de pobreza. Según la UNESCO, el 50% de la pobreza podría reducirse en el mundo si todos los adultos completaran los años de escolaridad básica<sup>3</sup>.

El derecho a la educación fue mencionado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, y a partir de allí se ubicó en lugares privilegiados de otros instrumentos internacionales tales como la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) o el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Cada instrumento amplió la

cobertura, pero siempre entendió que la responsabilidad para la consecución del derecho era compartida entre el Estado y los progenitores<sup>4</sup>.

Por un lado, el Estado tiene tres tipos de obligaciones esenciales en el derecho según la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, a) Prestar directamente el servicio de educación especialmente en los niveles básicos, b) Velar porque los programas académicos sean aceptables para toda la colectividad y se encaminen al pleno desarrollo de la personalidad; de manera que, según el enfoque de este trabajo, el Estado no se ha de imponer sobre las convicciones y creencias de las familias, c) Impedir que terceros perturben el derecho. Así también lo estableció la Constitución Ecuatoriana en el artículo 3.1.

Aunque no se profundizará en estas dos primeras obligaciones, interesa a esta investigación la responsabilidad del Estado frente a la perturbación del derecho por parte de terceros tales como los progenitores. Si bien las madres y padres tienen la facultad para escoger la educación de sus hijos, no se concibe que puedan tomar decisiones arbitrarias como sería la de prescindir de cualquier tipo de educación o escolarización, que se entendería como perturbación del derecho de educación sancionable conforme la tolerancia de cada país.

2 "Sin educación no hay acceso al empleo. Un nivel educativo inferior disminuye, habitualmente, las perspectivas de carrera. Los salarios bajos afectan negativamente a la seguridad en la vejez. La negación del derecho a la educación provoca la exclusión del mercado laboral y la marginación en el sector no estructurado, junto con la exclusión de los sistemas de seguridad social derivada de la previa exclusión del mercado laboral" (Tomasevski 2002).

3 Página web de la UNESCO. Consultada el 6-VI-2020. <https://es.unesco.org/news/lo-que-necesita-saber-derecho-educacion>

4 Según la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado tiene tres tipos de obligaciones esenciales: a) Prestar directamente el servicio de educación especialmente en los niveles básicos, b) Velar porque los programas académicos sean aceptables para toda la colectividad y se encaminen al pleno desarrollo de la personalidad. Esta declaración significa -en las variables efectos de este trabajo- que el Estado no se ha de imponer sobre las convicciones y creencias de las familias; y, c) Impedir que terceros perturben el derecho.



En consecuencia, para efectos del presente trabajo, hemos de establecer, en primer lugar, que la patria potestad es un derecho-función limitado por los derechos de la niñez y el interés superior. Desde que se estableció la doctrina de la protección integral con la Convención de los Derechos del Niño, el papel de los progenitores pasó, de ser autoritario, a constituirse en un garante de los derechos de la niñez. En este sentido parecería que los padres y madres no pueden tomar decisiones absolutas e incuestionables, sino apegadas al mejor modo de fomentar los derechos de su prole.

La lectura de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y de la doctrina orientada a su aplicación asegura que, en relación con el derecho a la educación, los padres y madres tienen al menos dos funciones ineludibles: a) Escoger la educación conforme sus valores, creencias y costumbres; y, b) Matricularles en la escuela/colegio y vigilar que su asistencia sea regular. Y el incumplimiento de estas funciones activará las sanciones y alertas por parte del Estado.

Aunque a simple vista parece que ambas funciones se dirigen al fomento de la escolarización, y por lo tanto solo a la selección del establecimiento educativo en que han de estudiar los hijos, la realidad es más complicada.

La posibilidad de escoger la educación conforme los valores y creencias ha sido problematizada por la doctrina y jurisprudencia en posturas que hemos denominado: restrictivas, tolerantes y abarcadoras.

Desde una postura restrictiva, Díaz Picasso (Llano 2014, 139-198) sostiene que, cuando la ley habla del derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, se refiere únicamente a la selección de un centro educativo que cuyos lineamientos sean coherentes con el credo de los progenitores. En efecto, si bien los padres transmiten a su prole la orientación moral, ética y

religiosa, no pueden instituirse en docentes instructores del extenso ámbito académico.

De otro lado, está la visión tolerante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el cual, en el caso *Konrad* (Parody 2011)<sup>5</sup>, estableció que este derecho se refiere no solo a los cambios de centros educativos, sino también a la enseñanza de cualquier tipo, inclusive académica, que los progenitores pueden proveer, aunque reconoció que ésta sería complementaria a la educación escolarizada, la única capaz de construir individuos sociales.

Finalmente, está la visión abarcadora. En ella, el derecho a la educación comprende escoger el centro educativo, instruir en valores morales y enseñar la cuestión académica sin depender de una entidad educativa. Esta es la opción que ha permitido el *homeschooling*.

El *homeschooling* se puede definir como aquella práctica pedagógica en que los progenitores asumen la enseñanza académica de sus hijos en calidad de formadores y evaluadores, fuera de los límites de las escuelas o colegios. De forma que no se puede afirmar que las madres ejercieron *homeschooling* durante la cuarentena de la Covid-19<sup>6</sup>.

Desde hace muchos años, esta forma de enseñanza se practicaba informalmente. A nivel legal, tuvo inicio en 1972, cuando la Comunidad Amish solicitó al Tribunal Supremo de Wisconsin que 23 jóvenes abandonaran el centro educativo y culminaran sus estudios secundarios dentro de la comunidad, porque solo allí podrían adquirir el conocimiento necesario de la Biblia. La sentencia (406 US 295 1972) del Tribunal Supremo aceptó la demanda, porque consideró que los años de escolarización obligatoria ya habían satisfecho el interés de formación de ciudadanía del Estado. Por esta razón, la culminación anticipada, lejos de ser perjudicial promovía la libertad de los padres para escoger libremente la educación de sus hijos (Parody 2011).

5 En el año 2000, Fritz Konrad solicitó al Gobierno Alemán permiso para retirar a sus hijos de la escolarización, ya que pensaba educarlos en casa bajo el programa de "Philadelphia School". El Estado se negó, fundado en dos razones. Primera, la educación escolar es obligatoria, porque no solo transmite conocimientos sino destrezas sociales fundamentales para la vida en democracia. Segunda, el derecho de los padres a educar a los niños se puede ejercer en horas y jornadas libres fuera del horario escolar, de forma que ningún derecho parental resulte vulnerado (Parody 2011).

6 Durante la pandemia, los niños y niñas han asistido a clases en línea impartidas por un profesor al otro lado de la pantalla. Y si bien los progenitores han ayudado a sus hijos en las tareas, siempre respetan que la información y evaluación la provea otra persona con una metodología diferente.

El Ecuador participa de esta visión, no solo porque la Constitución del 2008 reconoce que los progenitores tienen pleno derecho de escoger la educación que resulte acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas<sup>7</sup>, sino porque ha promovido la educación en casa, en sendos instrumentos legales<sup>8</sup>, especialmente promulgados durante la pandemia COVID-19.

Según la postura que se adopte, la obligación de los progenitores con respecto a la educación se entenderá satisfecha, o susceptible de sanción por impedir el ejercicio del derecho. Las legislaciones que guardan una visión más restrictiva, como la de Alemania, entienden que los progenitores solo cumplen con su obligación de educación cuando matriculan a sus hijos en centros académicos regulados por el Estado, de ahí que la falta de matriculación de los niños en centros educativos puede causar la pérdida de la patria potestad, como le sucedió a Renatta Leuffen<sup>9</sup>.

Colombia es incluso más radical porque puede imponer sanciones de pérdida de la patria potestad a quienes no envíen a sus hijos a la escuela, según lo había dicho el Secretario de Educación de Boyacá, Juan Carlos Martínez Martín, en el año 2018<sup>10</sup>.

Los países con visión más flexible como España consideran que la educación escolarizada es obligatoria, pero imponen la pérdida de patria potestad solo cuando encuentran que los niños no están recibiendo educación de ningún tipo, incluida aquella que los progenitores puedan dar en el hogar.

Para los países que forman la visión abarcadora y que, como en el caso del Ecuador, cuentan con la legislación pertinente, lo importante es que los niños/as se

eduquen. Resulta indiferente, entonces, si reciben educación escolarizada o en casa. Lo que sí produce consecuencias es que los progenitores, de alguna manera impidan el acceso a la educación, es decir, que no les matriculen y tampoco eduquen en casa. De acuerdo al caso y las circunstancias, podrían aplicarse sanciones pecuniarias u otras extremas, como la privación de la patria potestad.

Las pecuniarias serían aplicables únicamente a quienes acceden al Bono de Desarrollo Humano (BDH) (Martínez et al. 2017)<sup>11</sup>. Cada familia que esté inscrita en el Registro Social y pretenda continuar percibiendo el BDH debe matricular y enviar regularmente a sus hijos de entre 5 y 18 años a los establecimientos educativos públicos, no hacerlo implica la suspensión del beneficio<sup>12</sup>.

De otro lado, la privación de la patria potestad como medida extrema se establecen según el artículo 113 N.º 6 del Código de la Niñez y Adolescencia a aquellos progenitores que han incumplido de forma “grave o reiterada... los deberes que impone la patria potestad”. Aunque parece imposible creer que los progenitores sean un obstáculo para la educación de sus hijos, no se debe olvidar que, en el 2015, el Plan Internacional develó que los padres y madres eran una barrera de acceso de las niñas y adolescentes a la escuela, pues preferían no educarlas bajo la concepción firme de que solo se dedicarían a atender los oficios del hogar. Pese a que ahora las cifras de matriculación escolar han aumentado, persisten las estadísticas de abandono en la adolescencia por situaciones vinculadas con la desigualdad de género instauradas por los progenitores y asumidas por la sociedad (Plan Internacional 2020).

7 Ver los art. 28 y 29 de la Constitución.

8 Ver el art. 46 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, el art. 10 del Acuerdo MINEDUC-2019-0057-A de 23-VIII-2019 y los lineamientos para la implementación del servicio educativo extraordinario “educación en casa”.

9 La periodista consideraba que el Estado Alemán era incapaz de inculcar en su hijo los conocimientos de la Biblia y valores religiosos necesarios para subsistir, así que decidió desescolarizarlo. La Oficina de Protección de la Infancia de Dusseldorf inmediatamente retiró parcialmente la patria potestad y nombró un tutor que pudiera hacerse cargo de la educación del niño. Renata se opuso a la medida e impulsó todo tipo de reclamos judiciales, hasta que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ratificó la medida, porque consideró que la educación escolarizada es necesaria para la democracia, al brindar al niño innumerables perspectivas e interacción social (Parody 2011).

10 Artículo publicado en la página web de la emisora de radio Caracol el 23 de enero de 2018: “Padres que no envíen a sus hijos al colegio perderían la patria potestad”. Consultado el 6-VI-2020. [https://caracol.com.co/emisora/2018/01/23/tunja/1516720449\\_607495.html](https://caracol.com.co/emisora/2018/01/23/tunja/1516720449_607495.html)

11 El bono de desarrollo humano surgió en el año 2003 como una contribución económica sin corresponsabilidad alguna de las familias pobres; sin embargo, desde el año 2013 se dirigió únicamente a las familias de pobreza extrema que cumplieran ciertas condiciones de salud, educación, empleo. La intención real del bono es que las familias tengan un sustento mínimo para que puedan invertir el capital humano en educación o empleo.

12 Las sanciones económicas que establece el Código de la Niñez y Adolescencia no son aplicables a los progenitores sino solamente a los establecimientos educativos, de modo que no constituyen una forma de coacción en sí mismo.

Es que el mejor sistema educativo que pueda proponer el Estado no traspasará el umbral de la puerta sellada por un progenitor/a, de ahí que el papel de las madres/padres en la educación de sus hijos no se puede minusvalorar y deba observarse.

Si bien, antes de la privación, se pueden aplicar medidas de protección tendientes a que los niños/as permanezcan en el sistema educativo de la mano de sus progenitores, siempre persistirá esta opción ante la

inobservancia del derecho como parte de las obligaciones que en materia de educación tiene el Estado. En virtud de estos lineamientos, cualquiera sea la percepción sobre la responsabilidad de los progenitores en relación con la educación, en el Ecuador, aquellos que llegaren a desertar del sistema escolar sin realizar otra propuesta como la enseñanza en casa o en base a la irrelevancia de la educación propuesta por “el portero del prostíbulo”, tendrán inevitables consecuencias en la patria potestad.

## CORONAVIRUS, LA ENFERMEDAD DE LA EDUCACIÓN

En marzo del presente año, la UNESCO tomó las lecciones aprendidas del ébola en África y dijo que la crisis económica de la Covid-19, pondría a la educación en jaque; porque reduciría el empleo, aumentaría la pobreza y, como consecuencia, las cifras de abandono escolar (Giannini 2020). La tesis es muy cierta si se atiende a que, en el Ecuador, la tasa de matriculación en la educación básica correspondiente al año 2002-2003 cayó un 0,3%, como efecto inmediato de la crisis ecuatoriana del 1999-2001<sup>13</sup>.

Cuando se declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional el 17 de marzo del 2020 mediante Decreto ejecutivo 1017, las escuelas y colegios del Ecuador tuvieron que cerrar sus puertas físicas y abrir los entornos digitales para mantener la educación escolar sin afectación el mayor tiempo posible; estudiantes y alumnos se volcaron al uso del internet y las plataformas digitales, unos para ejercer teletrabajo y otros, a fin de aprender.

En la sociedad de la información, esta nueva opción de educación que parecía sencilla se develó como un camino plagado de obstáculos cada vez más difíciles de sortear por el Estado, la sociedad y la familia.

Cuestiones que ya sabíamos eran problemáticas en nuestra región se constituyeron en el talón de Aquiles de esta modalidad educativa: a) analfabetismo digital, b) Escaso acceso a internet, c) pocos dispositivos electrónicos por familia; y, d) el declive de la situación económica de las familias en el Ecuador.

El analfabetismo digital se mostró ampliamente; según un informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), al menos el 60% de los docentes de secundaria en la región de Latinoamérica y el Caribe carecían de habilidades técnicas y pedagógicas para los entornos digitales<sup>14</sup>. Esta falencia dificultó el aprendizaje en línea y acrecentó las brechas de acceso a la educación. Adicionalmente, gran parte del cuerpo de maestros no estaba familiarizado con una metodología de enseñanza en línea, razón por la cual utilizó la pedagogía de las clases presenciales, acompañada, por cierto, de un sinnúmero de tareas para “reforzar” el aprendizaje con la autogestión<sup>15</sup>. Como consecuencia, muchos estudiantes no comprendieron la materia, y tampoco pudieron cumplir con la carga de tareas enviadas.

El acceso a internet se evidenció también deficiente. Según la ministra Monserrat Creamer, 79.500

13 Información recogida en la página de la UNESCO, sobre información del Ecuador para el 2006. Consultado el: 6-VI-2020. <http://www.ibe.unesco.org/sites/default/files/Ecuador.pdf>

14 Entrada del 4 de mayo de 2020, por Sabine Rieble, del blog de empleados del Banco Interamericano de Desarrollo. Consultado el 15-V-2020. <https://blogs.iadb.org/educacion/es/aprendizajedesdecaja>

15 Ante la constante queja de los progenitores, el Ministerio de Salud dispuso que las tareas enviadas no debían superar las 2 horas de trabajo. Artículo publicado en el diario Primicias el 20 de marzo de 2020: “El tiempo para las tareas no debe superar las dos horas, dice Educación”. Consultado el 6-VI-2020. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/coronavirus-deberes-educacion-clases/>

estudiantes no podían conectarse a las clases en línea por no contar con internet en su hogar. Muchos de ellos tampoco podían utilizar WhatsApp para recibir y enviar tareas; pues, en sus hogares, nadie contaba con teléfono inteligente<sup>16</sup>. Para paliar los efectos de esta falta de comunicación, el Ministerio de Educación implementó programas educativos en la televisión y radio pública, así como la metodología de educación “aprendamos juntos en casa”. Aunque aún no se cuentan con datos sobre el resultado de esta medida, resultan importantes los esfuerzos desde el Estado para mantener el sistema educativo<sup>17</sup>.

Pese a los esfuerzos debidos al contexto, lógicamente disminuyó el valor que la educación tenía en el imaginario social. Muchos padres y madres de familia no encontraban el sentido de continuar así hasta el final del año; ya que no estaban dispuestos a asumir los mismos costos económicos o personales que otrora invertían en la educación de sus hijos, independientemente del sector al que pertenecieron (público o privado de educación).

Sólo un porcentaje reducido de familias mantuvo sus ingresos, y el grueso de la población se debatía entre la pérdida y la disminución del sueldo. Aquí es donde se coloca un punto que podríamos llamar de “inflexión”, dado que la propuesta de los progenitores era: terminar el año escolar de forma anticipada, disminuir las colegiaturas o sacar a sus hijos de la escuela mientras durara la crisis, y la respuesta del Estado estaba en mantener la educación como diera lugar.

Si el Ecuador daba por terminado el año escolar habría comprometido la continuidad de la educación, en vista de que muchos niños/as no volverían a estudiar. La UNESCO informó que, cuando África, cerró los centros educativos por la pandemia del ébola, muchas

niñas dejaron de asistir de forma definitiva para encargarse del cuidado de los dependientes, mientras sus progenitores buscaban nuevas formas de vida (Gianinni 2020).

Disminuir las pensiones escolares tampoco era una buena opción, puesto que tal medida habría redundado en una segunda reducción al salario de los docentes, si se tiene en cuenta que la primera fue aplicada por el teletrabajo, tanto en el sector público como privado.

Por todos estos motivos, con miras a mitigar el descontento y mantener el empleo de los docentes en los centros educativos privados, el Presidente de la República y el Ministerio de Educación primero promovieron que se congelen las pensiones al monto aprobado en el 2019, y reafirmaron que las instituciones escolares no podrían suspender, reprobar o desescolarizar a quienes faltaran en los pagos<sup>18</sup>. Lo trágico de esta medida es que, si bien los estudiantes continúan en las instituciones educativas, también las pensiones escolares seguirían contando como una deuda en contra de los progenitores, con una ya apretada economía y una visión minusvalorada de la educación.

Así también, en segundo lugar, los cambios de institución durante el ciclo escolar fueron posibles desde abril del 2020, para los casos en que el estudiante se encontrara en situación de vulnerabilidad, por caso fortuito o fuerza mayor familiar debidamente comprobados. Es evidente que el desmoronamiento de la economía familiar por la COVID constituye la mayor justificación de caso fortuito y fuerza mayor. No obstante, debido a los históricos problemas y el apesadumbrado imaginario social, quienes provenían del sector educativo privado prefirieron abandonar los estudios que ingresar a las instituciones públicas.

16 Solo 4 de cada 10 ecuatorianos tienen un celular inteligente, según la encuesta Tecnologías de la información y comunicaciones realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador (INEC) en el 2018. Según la misma encuesta, para el año 2018, el 37,2% de los hogares tenía acceso a internet (información disponible en [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Sociales/TIC/2018/201812\\_Principales\\_resultados\\_TIC\\_Multiproposito.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/TIC/2018/201812_Principales_resultados_TIC_Multiproposito.pdf)). La crisis de la COVID-19 develó que esta situación no había cambiado; de ahí que sostener la educación virtual se tornó imposible en medio de padres que teletrabajaban y hermanos que pertenecían a otros grados escolares, pero estaban igualmente estudiando.

17 Artículo de Yadira Trujillo, publicado en el diario El Comercio, el 23 de marzo de 2020: “Contenido para estudiantes se transmitirá por radio y televisión desde este lunes 23 de marzo del 2020”. Consultado el 25-III-2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/educacion-estudiantes-coronavirus-radio-television.html>.

18 Tanto en el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural (Art. 140, n.º 8) como en la Ley de Apoyo Humanitario (Art. 3) se mantiene la prohibición de que las instituciones educativas suspendan, reprueben o dejen en la desescolarización a los estudiantes por falta de pago de las pensiones educativas.

Es lógico pensar en abandonar la educación cuando se percibe deficiente, cara e innecesaria para alcanzar el éxito. Pero, esta ruptura puede durar para siempre y acarrear consecuencias en la patria potestad. Son necesarias entonces, nuevas y más creativas opciones para que la educación no se interrumpa en medio de la

crisis. El Ministerio de Educación también lo pensó así cuando, en medio del confinamiento obligatorio, emitió el Acuerdo Ministerial MINEDUC-2020-00037-A de 24 de julio de 2020 y los lineamientos para la implementación del servicio educativo extraordinario en casa.

## **HOMESCHOOLING: UNA POTENTE IDEA, LUEGO DEL CORONAVIRUS, PARA CUMPLIR CON LOS DEBERES DE PATRIA POTESTAD**

Desde el confinamiento obligatorio de marzo del 2020, la principal preocupación de todas las autoridades vinculadas con el sistema educativo estaba en encontrar formas de mantener la educación con la mejor calidad posible. No sin altibajos, terminó el año lectivo 2019-2020. Pero la crisis económica, de salud y la percepción social de la educación hacían previsible que, al nuevo año lectivo, algunas familias se decantarían por la educación pública y otras por la deserción escolar, tanto para precautelar su economía como para prevenir cualquier posibilidad de contagio.

Así, el nuevo ciclo escolar en la sierra llegó con el engrosamiento del porcentaje de transferencias de estudiantes desde los establecimientos privados hacia los públicos<sup>19</sup>, el rechazo de la mayor parte de padres y madres de familia de enviar a sus hijos a la educación presencial, aunque fuera en etapa probatoria; y lamentablemente, la realidad de contar con 14 instituciones educativas cerradas en la Costa; y 3 en la Sierra<sup>20</sup>.

Si aplicáramos la ley tal cual está dispuesta, tomaríamos nombres, direcciones y teléfonos de los padres y madres de aquellos estudiantes desaparecidos del sistema educativo y los someteríamos a todas las medidas de protección existentes antes de privarles de la patria potestad por incumplir sus deberes parentales. Con todo, las obligaciones del Estado de poner a disposición de la población una educación de calidad, de un lado, y de otro el sistema económico y la falta de contingente hacen que esta labor

sea prácticamente imposible y se requiera obligatoriamente pensar en soluciones prácticas y novedosas como el *homeschooling*.

Cuando ocurrió el confinamiento, los progenitores pudieron experimentar formas de educar y compartir con sus hijos. Este ejercicio; aunque no era *homeschooling*, planteó la posibilidad, antes impensada, de ser ellos, y no los docentes situados al otro lado de la pantalla, quienes programaran las clases y evaluaran a los niños/as.

Desde el año 2009, en que la educación en casa fue posible en el Ecuador, poco se había discutido sobre ella en espacios públicos o redes sociales; pero durante la pandemia proliferaron foros, discusiones, noticias y legislaciones sobre la temática, precisamente porque los padres y madres creían; ahora sí, que podrían dirigir la educación de su prole. Cuestión que fue aprovechada por las autoridades educativas para frenar la posibilidad de deserción escolar.

Si se piensa fríamente, se admitiría que el *homeschooling* es una buena forma de paliar las consecuencias de la COVID-19 en la educación; pues, cuando los progenitores asumen la enseñanza académica de sus hijos en calidad de formadores y evaluadores fuera de los límites de las escuelas o colegios -como lo propone la formación en casa-, pueden ahorrar y mantener a sus hijos a salvo del contagio sin afectar los deberes mínimos de la patria potestad.

19 Entrada del 30 de junio de 2020, por Anne Olsen y Javier Prado, del blog de empleados del Banco Interamericano de Desarrollo. <https://blogs.iadb.org/educacion/es/covid-19-y-la-transicion-de-la-educacion-privada-a-la-publica-en-ecuador>

20 Artículo publicado en el diario Primicias el 20 de marzo de 2020: "El tiempo para las tareas no debe superar las dos horas, dice Educación". Consultado el 6-VI-2020. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/coronavirus-deberes-educacion-clases/>



## La forma clásica del *homeschooling* con las entidades de apoyo

Como lo señalamos anteriormente, el *homeschooling*, en su forma clásica, nació en la sentencia que permitió a la comunidad Amish para educar a los niños/as fuera de las barreras del sistema educativo, en el hogar; con un progenitor o tutor, pero bajo el currículo, directrices y evaluaciones propuestas por el Estado.

Francia, Italia y Portugal promueven este tipo de educación con requisitos específicos: los progenitores o tutores que dirigen esta pedagogía deben contar con título profesional; además, obligatoriamente han informar a las entidades correspondientes tanto para que designen una persona o entidad que evalúe a los niños como para que no les considere desertores y, consecuentemente, les prive de la patria potestad.

Cuando se instauraba en el Ecuador, la educación en casa emuló estas restricciones so pena de la privación de la patria potestad, que ya se había incluido en el acápite anterior. Efectivamente, el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 67-13 de 8 de abril del 2013 señalaba que: “es una opción educativa escolarizada, de modalidad semipresencial y de carácter excepcional, por la cual los padres de familia o representantes de los estudiantes asumen la responsabilidad de educar directamente o a través de tutores, a sus hijos o representados, con el apoyo y seguimiento de una institución educativa, que regularice y garantice su educación. Esta opción educativa solo se podrá aplicar para el nivel de Educación General Básica; y se rige por lo dispuesto en la ley orgánica de Educación Intercultural, su reglamento y el presente acuerdo”.

Como se observa, en esa época eran básicas tres cuestiones: a) los padres o tutores, b) los niños/as; y, c) las entidades de apoyo. Cada uno de estos actores debía cumplir con requisitos específicos, por ejemplo, los progenitores o tutores tenían que acreditar capacitación en temas docentes; los niños/as solo podían

acceder cuando sus condiciones deportivas, académicas, migratorias o domiciliarias les impedían asistir a la escuela, y las entidades de apoyo debían matricular al estudiante y enviar un docente al domicilio para que continuamente le evalúe.

Posteriormente, el acuerdo Ministerial 57, publicado en el Registro Oficial 65 de 22 de octubre de 2019, derogó al anterior, y se mostró más amplio, puesto que extendió la educación este de tipo hasta el bachillerato, eliminó la capacitación de los progenitores y los requisitos de acceso de los niños/as, así como la necesidad de inscripción en una entidad educativa cercana al domicilio.

Así, la legislación ecuatoriana pasó de necesitar la inscripción obligatoria en una entidad pública o privada cercana al domicilio<sup>21</sup>, a contar con *el* “apoyo y seguimiento de una institución educativa que regularice y garantice su educación”<sup>22</sup>, y la amplitud del concepto permitió entender que estas instituciones de “apoyo” bien podrían ser públicas, privadas, y hasta extranjeras.

En ese momento los *homeschoolers* tenían dos opciones. Una era nacional, y consistía en inscribirse en instituciones denominadas “paraguas”, encargadas fundamentalmente de asesorar a los padres en la educación, evaluación y concesión del título a cambio de un estipendio mensual. Otra era internacional, donde los estudiantes recibían prácticamente el mismo servicio, salvo que no estarían sometidos al currículo del Estado; razón por la cual, al momento de graduarse debían homologar su título, para obtener el bachillerato en el Ecuador<sup>23</sup>.

Muchos estudiantes optaron por la modalidad internacional porque las pensiones escolares en el exterior resultaban más asequibles que aquellas de las instituciones paraguas en el país. Natalia Rivera, de la plataforma “con tus guaguas”, *unschooler* desde hace más de 10 años, indicaba en una charla virtual sobre *educación*

21 Acuerdos Ministeriales 0515-09 y 0067-14.

22 Véase artículo 10 Acuerdo Ministerial 57, publicado en el Registro Oficial 65, de 22-X-2019, y los lineamientos para la implementación del servicio extraordinario “Educación en Casa”.

23 La Ley orgánica de Educación Intercultural (LOEI) no tiene inconveniente alguno en reconocer los títulos de bachiller que provengan del exterior bajo los principios de reciprocidad y homologación. Véase art. 52 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.



en casa, que las pensiones en las instituciones extranjeras alcanzan los 350 USD al año por estudiante.

El problema en este sistema pre-COVID 19 recaía en que el Estado perdía la verificación del curso de los estudios de los niños y adolescentes. Aunque eran pocos los que estudiaban en esta modalidad (70 en los colegios adventistas), habría sido interesante que el país, por lo menos plantee un aviso de los representantes sobre esta modalidad para hacer un verdadero seguimiento del sistema educativo.

En pleno confinamiento, el Ministerio de Educación asumió la deuda pendiente con la educación en casa a nivel nacional y comenzó un proceso de estructuración. En lo referente a las entidades de apoyo nacionales, con fecha 24 de julio, estableció que las pensiones serían equivalentes al 30% del valor de la pensión por asistencia presencial. Así, las entidades “paraguas”, otrora admitidas para la educación presencial, pero asistentes exclusivas en el proceso en casa, fueron reguladas por primera vez desde el 2008. Luego de esta disposición, los lineamientos para la implementación del servicio extraordinario “educación en casa” establecieron requisitos para que las entidades educativas públicas, privadas y municipales, pudieran ampliar sus servicios y constituirse en “entidades de apoyo” del sistema educación en casa. La nueva atención al *homeschooling* nacional revelaba una preocupación tanto por los niños/as como por el financiamiento de las entidades educativas, dado que un ingreso equivalente al 30% de valor de la pensión aprobada es mejor que ninguno.

Quizás por una cultura tradicional o la esperanza de que las cosas vuelvan a la normalidad, hasta septiembre del año 2020 no se habían solicitado ampliaciones al Ministerio de Educación<sup>24</sup>. Es deseable que los esfuerzos realizados en esta época se aprovechen para

dar un nuevo rumbo al sistema educativo, prevenir deserciones y cierres de instituciones.

### El *unschooling* versus la sumisión al currículo académico

El *unschooling* es otra forma de educación en casa que aboga por independencia del currículo educativo nacional. Construido por John Holt en 1970, como una manifestación en contra del deficiente sistema escolar y del currículo académico, es -si se quiere- una forma de contracultura. En esta modalidad, la enseñanza de los niños/niñas se hace desde la personalidad e interés del propio infante, y por tal causa, quienes guían el proceso construyen escenarios donde el aprendizaje ocurre de forma empírica, alejado de las propuestas educativas del Estado.

Muchos progenitores partidarios de esta metodología indican que es muy útil en la niñez, pero llegada la adolescencia es necesario complementar la educación con cursos estructurados de escuelas libres que operan en internet.

Al final, estas escuelas, plenamente legales en sus países de origen, evalúan al alumno y le conceden el título de culminación de estudios con el que podrán optar por la universidad, tal como sucede en California<sup>25</sup>.

Aunque muchos padres/madres consideran que esta metodología es apropiada para sus hijos y no dudarían en replicarla<sup>26</sup>, estudios con muestras pequeñas de personas han demostrado que no guarda los mejores resultados de rendimiento académico versus otras formas de enseñanza como el *homeschooling* clásico y la escolarización<sup>27</sup>.

Albania, Canadá, Chile, Hungría, Finlandia, Guatemala y Reino Unido cuentan con una metodología de este

24 Artículo publicado por Yadira Trujillo en el diario El Comercio, el 15 de agosto de 2020: “Interés por educación en casa toma fuerza por la pandemia”. Consultado el 15-VIII-2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/clases-educacion-casa-sierra-pandemia.html>

25 California, por ejemplo, ofrece cuatro tipos de opciones en casa para los padres: a) construir una escuela privada en el domicilio con sujeción a toda la reglamentación sobre: infraestructura, capacidad docente, instrucción y evaluaciones; b) educar a sus hijos con un tutor o profesor particular acreditado; c) inscribir al niño en un programa independiente de estudios que acoge el currículo y metodología de las escuelas públicas; y, d) matricular al niño en los cursos de enseñanza libre de *homeschooling* llamados “programas independientes de estudios” (Valle Aparicio, José Eliseo. 2011. “Enseñar En casa o en la escuela. La doctrina legal sobre el homeschooling en España”. *Perfiles Educativos* 34 (138): 167-182).

26 Página web consultada el 5-V-2020: <https://grownunschoolers.com>

27 En el año 2011, los educadores Sandra Martin-Chang, Odette Gould y Reanne Meuse dirigieron una evaluación a estudiantes sometidos a *homeschooling* clásico, *unschooling* y escolarización. Su estudio demostró que los homeschoolers clásicos tenían mejor rendimiento académico y estaban por encima de aquellos escolarizados y *unschoolers*, en ese orden respectivamente (página web consultada el 5-V-2020: <https://grownunschoolers.com>).

tipo. Para ejercerla, los padres, únicamente deben dar aviso a las autoridades sobre el inicio de la educación en casa y someterse a evaluaciones del Estado que resultan amigables con ella.

En el Ecuador, una pedagogía de este género solo podría llevarse adelante si se acude a las entidades de apoyo extranjeras. Quienes optan por la asistencia nacional deben seguir el currículo académico, tal como lo propone el *homeschooling* clásico.

Efectivamente, las restricciones establecidas en los *lineamientos para la implementación del servicio extraordinario "educación en casa"* molestaron a quienes practicaban el *unschooling*, por considerarlo una intromisión en el derecho de educación de sus hijos; pero, para un país con escasa experiencia en la materia, constituyen una forma de control de la calidad educativa en tiempos post-COVID 19.

El *unschooling* no podría ser una buena forma educativa en esta época, debido a que no se puede tener plena confianza en el liderazgo educativo de los progenitores, si se asume que la educación de su época fue comparativamente de menor calidad.

Inclusive hoy, cuando se han hecho importantes avances en educación, no contamos con una envidiable calidad académica (ocupamos el número 64 de entre 82 países en el *ranking* propuesto por el foro económico mundial)<sup>28</sup>, mucho menos la tuvimos una generación anterior, tiempo en que el 16.5% de población era analfabeta y sólo el 53% de los habitantes tenía educación primaria (Luna 2014).

En segundo término, la sumisión al currículo podría mitigar el adoctrinamiento de los progenitores y la preferencia por impartir conocimientos relacionados con sus gustos personales. Tal medida, tendería a igualar -aunque fuera mínimamente- los dos niveles educativos, escolarizado y en casa; pues concedería a la población mejores oportunidades, o el ejercicio absoluto de la patria potestad.

## La profesionalización del representante

El acuerdo Ministerial 57, publicado en el Registro Oficial 65 de 22 de octubre de 2019, ya había descartado la necesidad de profesionalización de los tutores o progenitores; pero *los lineamientos para el establecimiento de la educación en casa* emitidos durante la cuarentena trajeron nuevamente a colación la obligatoriedad de que el tutor o representante de la educación en casa tuviera un título de tercer nivel, preferentemente en educación<sup>29</sup>.

La cuestión que no se observa y preocupa sobremanera en la educación en casa es la falta de aviso que deben dar los progenitores cuando optan por entidades extranjeras. Sin registro, el Ecuador no puede distinguir entre quienes abandonaron el colegio y aquellos que se educan en casa. Esta falencia dificulta cualquier acción para la protección del derecho, especialmente en esta situación, en que la educación está tan vulnerable en el imaginario social por la crisis de la enseñanza en línea y el coronavirus antedichas.

Sería pertinente, entonces, que los progenitores informen al Estado sobre su decisión de proporcionar educación en casa al margen de las instituciones oficiales de enseñanza, a fin de garantizar ese derecho de la niñez.

Finalmente, el país debe temer, en este momento económico, que los niños/as abandonen sus estudios, la educación se debe tomar más en serio que nunca y, por dicho motivo, resulta vital articular todas aquellas pedagogías que, como esta, mantenemos aprobadas pero olvidadas en los textos legales.

Después de la crisis económica y educativa del coronavirus son pocos los progenitores que planteen abandonar los estudios de los niños/as. Es urgente, entonces, darles oportunidades de continuar con instituciones que representen menores costos económicos y les permitan alejarse de la deserción, por todos los inconvenientes que esta implica.

<sup>28</sup> Página web del Foro Económico Mundial, consultado el 7-VIII-2020. <https://reports.weforum.org/social-mobility-report-2020/social-mobility-rankings/#series=S.M.I.B.03>

<sup>29</sup> Véase art. 9.1.1

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del estudio realizado, se observa que, cuando el coronavirus apareció en el Ecuador, se evidenciaron los severos problemas en el sistema educativo. No solo docentes poco capacitados en la web 2.0, alumnos que no tienen computadora o acceso a internet, sino, más grave aún, que la sociedad minusvalora la educación al punto de preferir abandonarla.

La opción de *homeschooling* puede ser atractiva para los progenitores que, luego del coronavirus, tengan resistencia a retornar a la educación escolarizada, quizás por recursos limitados, pero con disponibilidad de tiempo para educar a sus hijos. De ser el caso debería implementarse una notificación de los padres al Estado, no para que el Ministerio de Educación

controle o imponga sino para que pueda distinguir a los *homeschoolers* de los desertores e implementar acciones efectivas encaminadas a quienes sí abandonaron el sistema escolar.

Queda claro que las instituciones de apoyo en el extranjero se constituyeron para asistir a los *homeschoolers*, pero en el Ecuador dicho seguimiento es prácticamente inexistente. Si el sistema apoyase plenamente esta pedagogía educativa, existiría información sobre estas entidades de seguimiento en todas las dependencias del Estado destinadas a la educación, pero el silencio pretende el desconocimiento y descarta la posibilidad de optar por esta forma educativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- Giannini, Stefania. 2020. “El cierre de escuelas debido a la Covid-19 En todo el mundo afectará más a las niñas”. UNESCO. <https://es.unesco.org/news/cierre-escuelas-debido-covid-19-todo-mundo-afectara-mas-ninas>
- Instituto nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador. 2020. [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas\\_Sociales/Encuesta\\_Estratificacion\\_Nivel\\_Socioeconomico/111220\\_NSE\\_Presentacion.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Encuesta_Estratificacion_Nivel_Socioeconomico/111220_NSE_Presentacion.pdf)
- Llano, Ana. 2014. “Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling”. *Anuario de derecho a la educación* 2013: 139-198.
- Luna, Milton. 2014. “La educación en el Ecuador 1980-2007”. *Revista iberoamericana de educación* n°. 65/1, mayo 2014.
- Martínez, Diego; Borja, Tathiana; Medellín, Nadin y Pedro Cueva. 2017. “¿Cómo funciona el bono de desarrollo humano? Mejores prácticas en la implementación de programas de transferencias monetarias condicionadas en América Latina y el Caribe”. Nota técnica del Banco Interamericano de Desarrollo N°. IDB-TN-1350. Consultado el 05-VI-2020. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/¿Cómo-funciona-el-Bono-de-Desarrollo-Humano-Mejores-prácticas-en-la-implementación-de-Programas-de-Transferencias-Monetarias-Condicionadas-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf>
- Parody, José. 2011. “Sobre la práctica del “Homeschooling” en España y la jurisprudencia europea”. *Revista europea de derechos fundamentales* 17/1 (1699-1524): 299-320.
- Plan Internacional. 2020. *Cartas de niñas. Contamos nuestras historias al mundo*. Quito: Plan Internacional. <https://plan.org.ec/wp-content/uploads/2017/03/libro-cartas-nina.pdf>
- Rodríguez, Alma. 2015. “Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa”, en Briones Martínez, Irene María (coord). *Educación en Familia*. Madrid: Dykinson.
- Sanz, Ismael; Sainz, Jorge y Ana Capilla. 2020. “Efectos de la crisis del coronavirus en la educación”. Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Consultado el 10-V-2020. <https://www.flacsi.net/wp-content/uploads/2020/04/EFFECTOS-DE-LA-CRISIS-DEL-CORONAVIRUS-EN-EDUCACION.pdf>
- Tomasevski, Katarina. 2002. “Contenido y vigencia del derecho a la educación”. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consultado el 02-V-2020. [https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD\\_1231064373/Contenido%20y%20vigencia.pdf](https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1231064373/Contenido%20y%20vigencia.pdf)
- Torres Victoria, Nancy. 2008. “Breve reseña histórica de la evolución y el desarrollo del derecho a la educación”. *Revista Electrónica Educare* 12 (1): 83-92. doi:10.15359/ree.12-1.6.
- UNESCO. 2006. *World Data on Education Ecuador*. <http://www.ibe.unesco.org/sites/default/files/Ecuador.pdf>

### Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Ecuador de 2-XII-2011.

# LA RELACIÓN LABORAL Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

## WORKING RELATIONSHIP AND THE RIGHT TO DISCONNECT

### A RELAÇÃO LABORAL E O DIREITO A ESTAR DESCONECTADO

*José Burneo\**

Recibido: 27/09/2020

Aprobado: 02/12/2020

#### Resumen

El derecho a la desconexión es la representación actual de la garantía constitucional al descanso y ocio del trabajador. Porque las relaciones laborales se han visto enormemente modificadas por las Tecnologías de la Comunicación. Además, es impensable que un trabajador esté permanentemente a disposición de su empleador por medio de la conexión digital, aunque así lo permita la tecnología actual. Ya que todo trabajador tiene garantizado su derecho al ocio y, también, porque su salud mental –específicamente sus niveles de estrés– debe ser cuidada mediante una correcta armonía entre sus labores profesionales y su vida personal y familiar. En definitiva, el trabajador tiene derecho a desconectarse de sus actividades laborales para ejercer su derecho al ocio y preservar su salud.

**Palabras clave:** Subordinación laboral; Disposición del trabajador; Descanso; Derecho al ocio; Libre desarrollo de la personalidad; estrés laboral

#### Abstract

The right to disconnect is the current representation of the constitutional guarantee to the right to rest and leisure for the worker. This is mainly due to the changes in work relations derived from the development of ICTs. It is unthinkable that a worker is permanently available to his employer, even if the current technology permits. The balance between family and work life has to be preserved. Henceforth the worker has

the right to disconnect from his work activities in order to exercise his right to rest and leisure, allowing him to preserve his health.

**Key words:** Labor subordination; Worker's disposition; Rest; Right to leisure; Free personality development; Work stress

#### Resumo

O direito a estar desconectado é a representação atual da garantia constitucional ao descanso e lazer do trabalhador. Porque as relações laborais se vem imensamente modificadas pelas Tecnologias da Comunicação. Além disso, devido a que é indispensável que um trabalhador esteja permanentemente a disposição do seu empregador por meio da conexão digital, ainda assim, é o que permite a tecnologia atual. Já que todo trabalhador tem garantido seu direito ao lazer e, também, porque a saúde mental –especificamente seus níveis de estresse– deve ser cuidada mediante uma correta harmonia entre os seus labores profissionais e sua vida pessoal e familiar. Definitivamente, o trabalhador tem direito a se desconectar de suas atividades laborais para exercer seu direito ao lazer e preservar sua saúde mental.

**Palavras chave:** Subordinação laboral; Disposição do trabalhador; Descanso; Direito ao lazer; Livre desenvolvimento da personalidade; Estresse laboral

\* Abogado por la Universidad de las Américas, Ecuador; Máster en Derecho empresarial, por la Universidad de Palermo, Argentina; Candidato a doctor en Administración de negocios en la ESEADE. Correo electrónico: jaburneo\_94@outlook.es

## INTRODUCCIÓN

La era digital y de las tecnologías de la comunicación (TIC) son parte del marco de referencia del Derecho del Trabajo. Por tal razón, en el presente texto revisaremos uno de los derechos que más generan controversia en la nueva concepción del trabajo, por su adecuación a una sociedad constantemente conectada de forma digital. Hablamos del derecho a la desconexión.

Para responder a las interrogantes sobre cuándo es aplicable la desconexión laboral, cómo funciona su operatividad y su exclusividad para los teletrabajadores, este ensayo será dividido en tres secciones.

En la primera, se revisarán los fundamentos básicos de la relación laboral, porque únicamente quienes trabajan bajo relación de dependencia tienen derecho a la desconexión, en un sentido técnico del Derecho del trabajo; pues, aunque los trabajadores autónomos puedan aplicar el teletrabajo, su independencia les permite desconectarse sin necesidad de notificar a quien prestan sus servicios. Se expondrán los aspectos referidos a la relación laboral en dependencia, como fundamento básico del derecho a la desconexión. Siempre con el fin de dar explicación a la pregunta

de cuánto tiempo debe estar disponible un trabajador para con su empleador.

En la segunda sección, abordaremos el teletrabajo a partir de una pequeña reseña histórica, para continuar con su concepto legal en el Derecho ecuatoriano y, así, terminar con una pertinente apreciación sobre la regulación del teletrabajo en nuestro país.

Con esta base se examinará el derecho a la desconexión en base a las cuestiones planteadas inicialmente. Por un lado, serán verificados los elementos de la desconexión digital con respecto al principio de subordinación en la relación de trabajo, para responder a la pregunta ¿cuándo es aplicable? Por otro, expondré un análisis entre el derecho a la desconexión y el teletrabajo, para extraer un concepto válido con relación a su operatividad, y comprobar si es que en realidad se trata de un derecho exclusivo de los teletrabajadores bajo relación de dependencia.

Finalmente, a manera de conclusión, se plantearán reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital y; además, se ofrecerá una propuesta para su regulación en el Ecuador.

## LA RELACIÓN LABORAL

El mundo del trabajo está fundamentado en la interacción entre trabajadores y los empleadores: en la confluencia de intereses conexos, mas no opuestos, que giran en torno a la relación de la oferta y demanda de la fuerza de trabajo. Los trabajadores ofrecen, bien sea su fuerza de trabajo o su intelecto, a determinados sujetos que demandan dichos servicios: los empleadores. Por diversos elementos históricos y sociales, las relaciones de trabajo no pueden considerarse, actualmente, como la libre contratación entre sujetos económicos; más bien se trata de una materia regulada por normas generales y obligatorias que sirven de modelo *tipo*, y que forman, de esta manera, una estructura legal rígida más que una sistematización de intereses

entre dichos agentes económicos (Mendez 2009). No obstante, las relaciones de trabajo no dejan de ser una coordinada disposición de intereses entre trabajadores y empleadores.

El contrato individual de trabajo es, según el artículo 8 del Código de Trabajo, “aquel convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración (...)”. Mediante esta convención, se regulan y establecen los derechos y obligaciones entre un trabajador –por sí mismo y de forma individual– y un empleador, quienes han entablado entre sí una relación laboral –que



no es un símil al contrato de trabajo, como explicaré más adelante— para coordinar sus intereses. Además, bajo el principio constitucional de remuneración del trabajo, éste siempre será considerado oneroso. De tal modo, los intereses, tanto del empleador como del trabajador, en la relación laboral no son contrapuestos, porque siempre tenderán al desarrollo económico de las partes, principalmente porque el trabajo es la fuente de realización personal y base de la economía, tal como —acertadamente— se indica en el artículo 33 de la Constitución Nacional de la República (C.N.R.).

La relación laboral no equivale al contrato de trabajo, al ser este último tan solo un elemento o componente de la primera (Ackerman 2007). Esta incluye tres pilares para catalogar una prestación de servicios “bajo relación de dependencia”: la subordinación, es decir que exista relación de dependencia técnica y económica, la prestación efectiva de servicios lícitos y personales; y la retribución o remuneración (Orellana Briones 2016, 18-23). Si el trabajador es un agente económico que presta sus servicios de forma subordinada, es lógico que se encuentre a disposición del empleador para cumplir con las órdenes que él le dicte y con las directrices que le entregue para el cumplimiento de determinadas actividades.

### Relación de dependencia del trabajador

La prestación de servicios no necesariamente es bajo relación de dependencia de otro agente económico. Puesto que existe una diversidad de figuras contractuales, tanto civiles como comerciales, que posibilitan el cumplimiento del interés de un agente económico de beneficiarse del conocimiento o de la fuerza de trabajo de otro. El interés del Derecho del Trabajo radica únicamente en aquellas prestaciones de servicios bajo una modalidad subordinada (Ackerman 2007), un asunto que, en la legislación ecuatoriana, se menciona como “en relación de dependencia”.

El principio de laboralidad o de subordinación del trabajador no obedece a la existencia de un contrato

de trabajo. Porque bien puede este último no existir y aun ser entablada una relación laboral subordinada<sup>1</sup>. Así, la relación laboral es una situación jurídica y fáctica con posibilidad de verificación objetiva; no así el contrato de trabajo, que bien puede ser simulado y moldeable de forma negativa y no correlativa con la realidad de la prestación (Orellana Briones 2016). En otros términos, el contrato de trabajo puede ser correctamente redactado conforme a la normativa vigente, pero no corresponder en nada con las labores o la realidad económica de la relación de trabajo, algo bastante usual en ciertos empresarios abusivos. De tal modo, la lógica del asunto nos direcciona a concluir que solo cuando existe una prestación de servicios subordinada estamos ante una relación laboral o de trabajo, en el sentido técnico-jurídico laboral. Es vital comprender esta relación jurídica; porque el derecho a la desconexión es verificable únicamente en una relación laboral, conforme lo explicamos más adelante.

Con respecto a la relación de dependencia del trabajador, la doctrina ha sido bastante homogénea al considerar dicha dependencia bajo una óptica bipartita. Por un lado, la dependencia económica del trabajador. Esta puede o no existir dentro de la relación laboral; ya que, si el empleador decide no imponer exclusividad al trabajador con respecto a sus habilidades, este puede ofrecer sus servicios a otros empleadores sin alterar la relación con el primero. Es comprensible, entonces, que la dependencia económica se da cuando los ingresos del trabajador provienen únicamente de un solo empleador. Por otro lado, como elemento fundamental e inexorable de la relación laboral en dependencia, encontramos la subordinación técnica del trabajador. En ese sentido, la subordinación técnica es constatada por la existencia de planteamientos objetivos de organización y direccionamiento del empleador (Nieto Salazar 2013), que bien pueden ser por medio de Tecnologías de la Comunicación (TIC). La razón es que este último provee los procesos, mecanismos, directrices y órdenes para la realización de las actividades; de modo que el trabajador es el encargado de

<sup>1</sup> Cierta doctrina especializada, como en el caso de Sudera o Mchiavello Contreras (2009), defiende la idea de la no existencia del contrato de trabajo como elemento definitorio de una relación de trabajo. De modo que las partes pueden establecer convenciones durante la relación laboral ya creada para fijar sus elementos esenciales sobre la marcha; ya sea la remuneración o los horarios de trabajo. Sin olvidar que, en el caso de oscuridad o duda respecto a algunos elementos, la ley deberá favorecer al trabajador.

ejecutarlas, en combinación con sus propias aptitudes y conocimientos.

La doctrina especializada ha conceptualizado la subordinación como la “sujeción personal del trabajador, en la actividad laboral, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico-productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señala este bajo sus poderes técnicos empresariales” (Macchavello Contreras 1986, 174).

La subordinación técnica es primordial para comprender la dependencia del trabajador y, consecuentemente, su disponibilidad para con el empleador. Esta subordinación radica en el derecho del empresario para dirigir, a su arbitrio, su empresa. Por esta causa, corresponde al empleador el control y direccionamiento de los medios humanos que tiene a su disposición; es decir, de los trabajadores en situación de subordinación laboral. Pero este es un estado provisional y momentáneo; debido a que el trabajador en relación de dependencia no puede, ni debe, estar a disposición de su empleador de manera ininterrumpida y permanente (Mercader Uguina 2017). Y no por motivos de ahorro de recursos ni mucho menos, sino por su propia salud. Así pues, es razonable concluir que limitar la disposición del trabajador para con su empleador tiene como objetivo la protección de la salud del trabajador; este razonamiento es igualmente aplicable a la modalidad de teletrabajo.

### **Disponibilidad del trabajador**

Para que un trabajador tenga la obligación de estar disponible para su empleador, y cumplir con sus órdenes, necesariamente deberá haber entre ellos una relación laboral. Además, para que exista relación laboral

será condición necesaria la implementación de procesos de subordinación técnica; es decir prerrogativas y condiciones organizativas que representen actividades de dirección por parte del empleador (Nieto Salazar 2013). Cuando tal planteamiento legal sea parte de la prestación de servicios, entendemos que el trabajador en modalidad de teletrabajo deberá estar disponible para su empleador mientras dure su jornada de trabajo. Esta es una posición pasiva del trabajador: que esté en plena apertura de recibir órdenes y ejecutar actividades, sin perjuicio de que, en ciertos momentos, no existiese ninguna actividad pendiente.

Bajo la precaria concepción fordista –locución que hace referencia al modelo de trabajo de las fábricas Ford a inicios del siglo XX– de la prestación de servicios, el trabajo efectivo era aquel que únicamente se realizaba en el establecimiento del empleador (Hidalgo Andrade 2009). Sin desmerecer su lógica en las actividades manuales, en la sociedad del conocimiento en que vivimos actualmente, y peor aún en prestaciones de servicios donde predomina el intelecto, la idea del trabajo efectivo tiene que pasar por dicha concepción de pasividad alerta del trabajador. Porque, al estar disponible para el empleador durante su jornada de trabajo, es evidente que la está cumpliendo; y esta disponibilidad, irremediamente deberá ser medida en horas de trabajo. Tal situación se halla considerada en la normativa legal. De este modo, en el artículo 61 del Código del Trabajo, se define el cómputo efectivo de las horas de trabajo, con inclusión de todas aquellas en que el trabajador se encuentre a disposición del empleador o de sus superiores directos. Así pues, la jornada de trabajo del empleado será medida según el principio de disponibilidad del trabajador; mas no por las actividades que son realizadas. Esta idea también es aplicable dentro del teletrabajo, como veremos a continuación.

## **EL TELETRABAJO EN EL ECUADOR**

El teletrabajo no es una modalidad nueva. Porque la tendencia global de la aplicación de las tecnologías de la comunicación (TIC) a las relaciones de trabajo ya tienen una larga data desde la segunda mitad del

siglo XX, especialmente desde los años 90 (Civit Alaminos y March Merlos 2000). El Ecuador no fue ajeno a este proceso de avance tecnológico, si bien no en el mismo grado que países como Francia o EE.UU., el

teletrabajo se abrió paso dentro del sector servicios, especialmente en el campo privado.

A pesar de haber sido ya aplicado hacía algunos años en el mercado laboral ecuatoriano, el teletrabajo no tenía una regulación específica. Esta laguna legal dio cabida a ciertas confusiones; por ejemplo, considerar al teletrabajo como una nueva forma del contrato del trabajo o una modalidad distinta de la jornada laboral; ambas ideas totalmente incorrectas.

El teletrabajo no es ni una modalidad del contrato de trabajo ni, peor aún, una forma alternativa de la jornada de trabajo. En realidad, se trata de una manera de prestar servicios lícitos y personales del trabajador, que puede darse en relaciones bajo dependencia o también por trabajadores autónomos; y solo la primera situación es de nuestro interés para nosotros y para el Derecho del Trabajo. El Código del Trabajo no menciona al teletrabajo; principalmente porque, en los años en que fue expedido este cuerpo legal – diciembre 2005 –, la aplicación de esta modalidad de prestación de servicios por parte de las empresas era prácticamente nula. De ahí que el legislador consideró, acertadamente, no regularla dentro de la ley.

Con el pasar de los años, el Ministerio del Trabajo se vio animado a regular el teletrabajo, tras la expedición del Código de la Producción en el año 2018, norma que, en su artículo 23.1, delega al Ministerio de Trabajo la regulación de las relaciones de trabajo, y de sus elementos que no se encuentren normados en el Código del Trabajo. Así, el Acuerdo Ministerial MDT2016-190 norma el teletrabajo como un mecanismo de prestación de servicios dentro de la relación laboral<sup>2</sup>.

Antes de revisar su definición legal, es prudente conocer el fundamento del teletrabajo. Esta modalidad de prestación de servicios empieza a aplicarse a mediados de los años 60 del siglo XX, en plena crisis del petróleo, por parte de empresas estadounidenses que, para manejar la desaceleración económica, instauraron en sus empleados la opción de trabajar de forma remota; así redujeron los costos inherentes a

movilización, transporte, establecimientos, etc. (Osio Havriluk 2010). La definición inicial que podemos sintetizar es como la de cualquier forma de sustitución del desplazamiento, relativo a la relación laboral, por tecnologías de la información (Selma Lajarín 2015). Precisamos de ante mano que la prestación remota de servicios es solo un elemento del teletrabajo, no restrictivo en el trabajo en dependencia.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su reunión sobre condiciones de trabajo y organización del trabajo llevada a cabo en Suiza en el año 1997, considera al teletrabajo como la “forma de trabajo efectuado en un lugar ajeno de la oficina central (...) que implica nuevas tecnologías, que permite la separación y facilita la comunicación”. En la misma línea, Sempere Navarro y San Martín (2002, 113) entienden de manera más restrictiva al teletrabajo, al definirlo como la actividad laboral a través de las nuevas tecnologías. No obstante, a partir de dicha definición, estos dos autores brindan, además, ciertas características que deben verificarse para hablar, ineludiblemente, de teletrabajo. En primer lugar, la realización de labores fuera del lugar físico del trabajo. Segundo, el uso intensivo de las tecnologías de la información como elemento del trabajo; por ejemplo, las redes sociales.

Finalmente, muy aparte de estos elementos evidentes del teletrabajo, encontramos la existencia del vínculo permanente entre empleador y trabajador; es decir, la subordinación laboral que describimos en líneas pasadas (Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2002). No hay que olvidar que, si esta última característica no es verificable, no es teletrabajo, en la consideración de relaciones laborales, idea que ya hemos precisado en los primeros párrafos. La aclaro de manera insistente; porque, si no existe relación laboral, no hay subordinación y; por ende, no es activada la protección del Derecho del Trabajo sobre la garantía del derecho a la desconexión.

Revisemos ahora la definición legal del teletrabajo. El Acuerdo Ministerial 2016-190 del Ministerio del Trabajo, en su artículo 2 define al teletrabajo como:

<sup>2</sup> No hay que olvidar que este Acuerdo Ministerial sólo regula el teletrabajo en el sector privado y para aquellos funcionarios públicos que se encuentren bajo la cobertura del Código del Trabajo.

Una forma de prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias y especiales de trabajo, a través de los cuales el trabajador realiza sus actividades fuera de las instalaciones del empleador, siempre que la necesidad y naturaleza del trabajo lo permita, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Sin duda, tal definición incluye todos los elementos descritos por Navarro. No obstante, es imprecisa la acotación de la norma, al momento en que menciona que el teletrabajo podrá llevarse a cabo cuando la necesidad lo permita. Pues, como el mismo acuerdo ministerial lo menciona, esta modalidad de prestación de servicios es de naturaleza voluntaria y convencional; razón por la cual, una necesidad puntual puede no ser el móvil de la celebración de un contrato de trabajo por teletrabajo.

Con respecto a la jornada laboral, la prestación de servicios por teletrabajo no modifica la jornada de la relación laboral (Osio Havriluk 2010). De modo que, en caso de tratarse de una jornada ordinaria, la prestación de servicios por TIC estará subordinada a lo dispuesto por el artículo 47 del Código del Trabajo sobre la jornada máxima de trabajo. De forma taxativa, la ley dispone que la jornada máxima de trabajo será de 8 horas diarias y 40 a la semana; y la única excepción consiste en las situaciones que la propia ley autoriza para la extensión de la jornada; según su artículo 47.1 y 47.2. Por tanto, un trabajador, en jornada ordinaria, no podrá prestar servicios por un lapso mayor a 40 horas semanales, exceptuando obviamente los casos de horas extras, conforme al horario pactado entre trabajador y empleador o, en su defecto, impuesto por este último<sup>3</sup>.

El teletrabajo no modifica la relación laboral (Osio Havriluk 2010). Así que las obligaciones y los derechos de las partes del contrato de trabajo se mantienen constantes e invariables, inclusive el derecho a la desconexión; puesto que sólo es modificada la forma en que el trabajador prestará los servicios a los cuales

se comprometió. En tal sentido, el empleador podrá requerir al trabajador el cumplimiento de sus órdenes y actividades designadas durante el lapso en que este se halle obligado a cumplirlas; es decir, durante su jornada de trabajo. Ahora, debido a que el teletrabajo no es llevado a cabo presencialmente, tenemos que identificar el tiempo efectivo de trabajo en esta modalidad de prestación de servicios.

De conformidad con el artículo 61 del Código de Trabajo, se considerará como tiempo efectivo de trabajo aquel en que el trabajador esté a la disposición de sus superiores o del empleador, en acatamiento de sus órdenes. En ese sentido, el teletrabajador cumplirá con su jornada de trabajo al estar disponible para con el empleador: en un estado de alerta pasiva.

Así pues, no es necesario llevar a cabo labores de forma activa y afanosa para estar en cumplimiento de la jornada, sino que basta con estar disponible para recibir indicaciones sobre ellas, en razón del principio de subordinación técnica del trabajador; aún si el empleador no le designare ninguna actividad al teletrabajador, este está cumpliendo con su jornada.

Debido a la complejidad que este tema implica, el empleador suele buscar otros medios de control, esencialmente a través de comunicaciones constantes con el teletrabajador, un proceder que, sin duda, desvirtúa la figura del teletrabajo. Justo en ese escenario se contorna el derecho a la desconexión, ya que el teletrabajador tiene la facultad de negarse a cumplir con órdenes del empleador o a no responder a sus comunicaciones que se emiten fuera de su jornada de trabajo (Taléns Visconti 2019); siempre con el objetivo primordial de preservar su salud y evitar la elevación desmedida de los niveles de estrés por vivir constantemente en un estado alerta pasivo, que puede llegar a ser perjudicial. Por consiguiente, no es justo estar a disposición constante y permanente para con el empleador, porque el trabajador tiene derecho a su descanso y tiempo de disfrute en su ámbito personal (Villalobos Badilla 2012).

<sup>3</sup> A sabiendas que la jornada laboral no sufre modificación alguna, podemos inferir que la modalidad de teletrabajo puede incluirse dentro del derecho del *ius variandi* del empleador; siempre basado en un acuerdo expreso sobre sus alcances y actividades que comprenderá; conforme lo ordena el artículo 3 de Acuerdo Ministerial MDT 2019-190.

## EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

El derecho a la desconexión es la representación, adecuada a la sociedad del conocimiento de las tecnologías de la comunicación, de diversos derechos de larga data dentro del Derecho del Trabajo, que tienen un reconocimiento y garantía de rango constitucional ya afianzados dentro de nuestra Carta Magna. En un principio, se refiere al derecho al ocio de los trabajadores (Villalobos Badilla 2012). Porque estamos hablando de seres humanos con intereses, pasatiempos y preferencias propias; que necesitan de un tiempo prudencial para llevarse a cabo. De modo que una disponibilidad desmedida del trabajador hacia el empleador de varias horas en el día va a repercutir negativamente en el desarrollo de dichas actividades; e incluso pueden provocar que el individuo las elimine o postergue.

La OIT comprendió lo importante del ejercicio del derecho al ocio y la recreación de los trabajadores desde sus inicios, porque los empleados no viven para trabajar, sino que deciden voluntariamente entregar cierto porcentaje de su tiempo al trabajo, para obtener una remuneración con la cual hacer frente a sus necesidades personales, familiares, etc. Por tal motivo, en 1919, en el convenio CO001 de la OIT sobre la Jornada de Trabajo, limitó esta jornada a sólo 8 horas diarias y un máximo de 48 a la semana<sup>4</sup>.

En la misma línea del derecho al ocio, la OIT también consideró al descanso del trabajador como un eje fundamental para el correcto y eficiente desempeño de sus labores. Así lo expuso en la convención “Trabajo para un Futuro más Prometedor, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

Según el objeto de este estudio<sup>5</sup>, la era digital en la que vivimos nos permite –por no decir obliga a– estar constante y permanentemente conectados. De modo que, si nuestras prestaciones laborales utilizan mayoritariamente las tecnologías de la comunicación, la separación entre vida privada y laboral se torna bastante difusa (Aguilera Izquierdo y Roncero 2017). Ya que la

efectividad de la comunicación en tiempo real exige cierto grado de predisposición o atención: si bien es posible responder a un requerimiento laboral en cualquier momento y lugar, esta posibilidad no es la situación ideal si ella sustrae una parte de la atención que pudiese utilizarse para quehaceres familiares, hobbies, ejercicio físico u otras actividades del entorno privado del trabajador. Por esta razón, podemos concluir que la conectividad permanente es casi inevitable en nuestra sociedad, pero que no es del todo saludable.

La salud del trabajador es el objetivo máximo de la protección del Derecho del Trabajo (Macchavello Contreras 1986). Así lo ordena la Constitución de Montecristi de 2008 en su artículo 33, en el cual se prescribe la garantía a las personas trabajadoras de un trabajo saludable. El peligro a la salud del trabajador es evidente en trabajos donde existe una exposición al riesgo bastante marcada y con altos índices de siniestralidad. Por ejemplo, aquellos trabajos prohibidos a los menores de edad conforme el artículo 138 del Código del Trabajo como la destilación de licores o la preparación de productos tóxicos.

Ahora, en prestaciones de servicios donde es posible aplicar el teletrabajo, o sea donde no predomina el trabajo físico o manual, es más compleja la identificación de los elementos nocivos para la salud del trabajador. Además, la flexibilidad que permite el internet y la telefonía móvil puede producir tecnoestrés, situación cuyos efectos son pequeños, pero altamente nocivos y reiterativos. Éstos implican el desgaste profesional, dada la excesiva exposición a carga de trabajo mediante tecnologías de la comunicación, sin mediar un intervalo considerable de descansos (Aleman Páez 2017). Este fenómeno se conoce como *burnout* o estrés laboral.

En la actualidad hablamos de *burnout* cuando el nivel de trabajo supera en una medida significativa a las horas que normalmente una persona descansaría, a fin

<sup>4</sup> Posteriormente, el Ecuador decidió ratificar el convenio N.º 47 para reducir la jornada de trabajo a un máximo de 40 horas semanales; modalidad que se mantiene hasta nuestros días.



de separarse de sus actividades laborales. En efecto, el trabajador reduce al mínimo su periodo de descanso y, como consecuencia, eleva sus niveles de estrés a un estado crítico, que repercute negativamente en el desempeño de sus labores. Para evitar esa nefasta situación, los trabajadores, no solo los teletrabajadores, tienen derecho a limitar el tiempo de trabajo al de su jornada laboral. Es decir, estarán a disposición y en un estado de alerta pasiva ante sus empleadores únicamente durante el tiempo convenido dentro de la jornada de trabajo, y se negarán inclusive a responder comunicaciones laborales que ocurran fuera de dicha jornada, sean estas mensajes o llamadas, que no respondan a una emergencia debidamente justificada conforme el artículo 50 del Código del Trabajo. Por esta causa, resalto que el derecho a la desconexión no es exclusivo de los teletrabajadores.

Es posible conceptualizar el derecho a la desconexión como la facultad del trabajador de no estar disponible a comunicaciones de su empleador, por encontrarse fuera de su jornada de trabajo o en el goce de sus vacaciones. Estas comunicaciones, a ser no contestadas, pueden incluir: correos electrónicos, llamadas, WhatsApp, etc. (Naranjo Colorado 2017). Aquella negativa, bajo ninguna circunstancia podría considerarse como desobediencia del empleador, ni mucho menos abandono del puesto de trabajo. La desconexión puede examinarse como el ejercicio del derecho al descanso en la era digital (Aguilera Izquierdo y Roncero 2017). Sin duda, el empleador podrá seguir enviando notificaciones, porque el alcance de la desconexión tiene un trasfondo o campo de acción negativo, que consiste en la no posibilidad de que el empleador exija el cumplimiento de alguna orden hasta el inicio de la siguiente jornada, pero no en que este no pueda seguir ejerciendo su derecho a dirigir su empresa.

Es válida la aclaración sobre el uso racional de los dispositivos móviles, porque el mismo entra en una esfera subjetiva. Las operaciones laborales, el giro del negocio y la técnica de la prestación de servicio serán las variables a considerar para determinar cuándo se vuelve excesivo el uso de dispositivos electrónicos y

móviles (incluidos en las TIC) dentro del trabajo. Por ejemplo, el operador de un *call center* deberá mantener un uso constante del teléfono para responder a los requerimientos de los clientes. De modo que, la intensidad tecnológica será mucha más acentuada en su profesión. Sin olvidar que el trabajador, de forma general, solo está obligado a mantener esa intensidad durante su jornada de trabajo; y no más allá.

Con respecto a su regulación, el Ecuador no tiene ninguna ley que referencie al derecho a la desconexión<sup>5</sup>. Es correcto que este no sea regulado en su totalidad, más allá de que sí es necesario sentar unas bases para homogeneizar en cierta medida su ejercicio y garantizar su cumplimiento; porque, al no ser conceptualizado de forma rígida y legalista –una tendencia bastante habitual en el campo del Derecho Laboral– podrá delegarse a los empleadores su manejo y cumplimiento, y que entes controladores como el Ministerio del Trabajo establezcan ciertas reglas y principios para evitar su abuso. Además, el Ministerio del Trabajo, al igual que sucedió respecto al teletrabajo, tiene la potestad de manifestarse sobre la operatividad del derecho a la desconexión. En efecto, por tratarse del ministerio del ramo, él puede modificar paulatinamente su tratamiento, mediante reglamentos, sin recurrir a leyes rígidas que necesitan procesos legislativos engorrosos, los cuales suelen estar subordinados a problemas políticos.

A nivel internacional, Francia fue la nación pionera en la regulación del derecho a la desconexión en el año 2016, con la reforma de su Código del Trabajo. En esta, el legislador francés toma parte del derecho a la desconexión en las relaciones laborales como el pleno derecho del trabajador al descanso y al libre desarrollo de la personalidad; y, además, agrega el desarrollo personal y familiar. No obstante, no desconoce la necesidad de las empresas de implementar elementos tecnológicos para su prestación de servicios, así que permite al empresario valerse de ellos, con la obligación de informar y educar a sus trabajadores sobre el cuidado de su salud laboral. El objetivo de la regulación francesa de la desconexión es asegurar el pleno

<sup>5</sup> La única referencia la encontramos en la mención dentro del Proyecto de ley Humanitaria, aprobado por la Asamblea Nacional el 15 de mayo de 2020, un proyecto que, hasta la fecha de finalización de este artículo, todavía no ha sido publicada en el Registro Oficial; y, por ende, no está vigente.



respeto al tiempo libre, descanso y vacaciones del trabajador, que va en línea con los principios comentados en renglones precedentes.

Por su parte, España decidió regular la figura en cuestión mediante la reforma de su ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En la reforma de diciembre de 2018, incluye a la desconexión digital como un derecho a preservar, especialmente en supuestos de prestación de servicios, de forma total o parcial, desde el domicilio. Así, el derecho a la desconexión digital no es una figura restrictiva de los teletrabajadores, a pesar de que sea más acentuada su preocupación y aplicación en ellos. Se trata de una garantía legal de los trabajadores –que con el tiempo esperemos tenga también rango constitucional autónomo y no como una mera derivación del derecho al descanso del trabajador– bajo la modalidad de un derecho genérico, aplicable a toda prestación de servicios bajo relación de dependencia, donde el trabajador

tenga la obligación de estar disponible para empleador y que, además, sean utilizadas las Tecnologías de la Comunicación (TIC) para la prestación de los servicios. En suma, el derecho a la desconexión digital no es una figura exclusiva ni excluyente del teletrabajo, sino de todo trabajo donde exista un desempeño mental considerable en la prestación de los servicios y sean utilizadas las TIC.

Por otro lado, Italia, en la Ley n.º 81 de 22 de mayo de 2017, menciona, en su artículo 19, que se reconoce el derecho que tienen los trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de esta modalidad de trabajo ágil. Por tal motivo, además es posible entender que, en lugar de incorporarse única y exclusivamente como un derecho de los trabajadores, la desconexión digital tiene que ser concebida también como un deber imperativo para el empleador.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho a la desconexión no es aplicable a prestaciones de servicios de todo tipo. Debido a que es necesario la existencia de una relación laboral entre las partes para que sea activada la protección del Derecho del Trabajo. Además, una relación laboral implicará inequívocamente una subordinación del trabajador para con su empleador. Esta subordinación podrá ser económica y técnica. El teletrabajo no es una nueva modalidad de la jornada de trabajo. Porque se trata de una modalidad de la prestación de servicios de una relación de trabajo. Por esta razón, la jornada de trabajo no se ve modificada; así que toda jornada que utilice teletrabajo, igualmente estará sujeta a la limitación descrita en el artículo 47 del Código del Trabajo de 8 horas al día y de 40 a la semana, si se tratase de una jornada ordinaria.

El derecho a la desconexión no es un derecho exclusivo de los teletrabajadores. Si bien ha salido a flote en estos últimos meses debido a la pandemia del COVID 19 que obligó, prácticamente, a una enorme mayoría de empleadores a aplicar de forma obligatoria el

teletrabajo, esta situación no desnaturaliza al derecho de la desconexión digital como una variante del derecho al descanso del trabajador; por ende, se trata de un derecho genérico que puede ser aplicado a una pluralidad de relaciones laborales bajo dependencia, donde las prestaciones impliquen mayoritariamente desempeño intelectual y, además, donde sean utilizadas TIC.

El derecho a la desconexión, en el Ecuador, no debe regularse por medio de ley. Primero porque la ley tiene un enorme grado de rigidez; razón por la cual, cuando la coyuntura nacional y las circunstancias de la globalización obliguen a una reforma, el caótico proceso de reforma de una ley va a ser retardado –seguramente– por temas políticos. Segundo, porque las relaciones de trabajo se verán modificadas considerablemente dentro de unos pocos años; de modo que, si la regulación del derecho a la desconexión es mediante ley, podrá caer en el anacronismo en muy poco tiempo. Finalmente, porque la delegación de la regulación al ministerio del ramo podría permitir una

mayor maniobrabilidad con relación a la realidad fáctica del país. Un ejemplo claro es el teletrabajo, regulado únicamente por un Acuerdo Ministerial y que, en

cuanto la necesidad apremió, pudo ser aplicado conforme a disposiciones ágiles y pertinentes a las necesidades coyunturales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Mario. 2007. «El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo». Revista TST. Brasilia 73, n.º 3: 50-78.
- Aguilera Izquierdo, Raquel, y Rosario Cristóbal Roncero. 2017. «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. El futuro del trabajo que queremos». En *El futuro del trabajo que queremos*, 331-342. Madrid: MEYSS.
- Alemán Páez, Francisco. 2017. «El derecho de desconexión digital». *Trabajo y Derecho*. n.º 30: 13-33.
- Calderón Ibarra, Astrid Johana. 2016. «Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable?». *Revista Academia & Derecho*. N.º 12:123-146.
- Civit Alaminos, Cristina, y Montserrat March Merlos. 2000. *Implantación del teletrabajo en la empresa*. Barcelona: Gestión.
- Hidalgo Andrade, Gabriel. 2009. «Evolución legal del contrato laboral en general a la libertad sindical». Tesis de grado, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Instituto Nacional de Educación Laboral. 1986. *El contrato individual del trabajo*. Quito: INEL.
- Macchavello Contreras, Guido. 1986. *Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Macoretta, Cora Sara. 2017. «Comentario al reconocimiento del derecho a la “desconexión digital” de los trabajadores en el derecho francés». *Revista El Derecho*: 271-281.
- Mendez, Ricardo. 2009. *Derecho laboral, un enfoque práctico*. Mexico: Ed. McGrawHill.
- Mercader Uguina, Jesús. 2017. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Naranjo Colorado, Luz Dary. 2017. «Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral». *Saber, ciencia y libertad* 12. N.º 2: 49-57.
- Nieto Salazar, Diego. 2013. «La subordinación en los diferentes contratos laborales». *Semillero de Investigación Área Laboral*: 1-19.
- OIT. 2016. *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT. 2019. «Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión».
- Orellana Briones, Pablo. 2016. *La noción jurídica de la teoría del haz indiciario de laboralidad a la luz de la simulación y de la apariencia en el ámbito de la contratación laboral*. Tesis de Grado, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. 1919. «Convenio n.º 1 de la OIT sobre las horas de trabajo». Washington.
- Osio Havriluk, Lubiza. 2010. «El Teletrabajo: Una opción en la era digital». *Observatorio Laboral Revista Venezolana* 3, N.º 5 (enero-junio): 93-109.
- Reyes Mendoza, Libia. 2012. *Derecho Laboral*. Mexico D.F.: Red Tercer Milenio.
- Selma Lajarín, Jesús. 2015. «El Teletrabajo, ¿una solución?» Elche: Universidad Miguel Hernández.

Sempere Navarro, Antonio, y Carolina San Martín Mazzucconi. 2002. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Pamplona: Ed. Aranzadi.

Sempere Navarro, Antonio, y Carolina San Martín. 2002. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi.

Taléns Visconti, Eduardo Enrique. 2019. «El derecho a la desconexión digital en el derecho laboral». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. n.º 17: 150-162.

Villalobos Badilla, Kevin Johan. 2012. “Derecho Humano al libre desarrollo de la personalidad”. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica.

# ENTREVISTAS

*Wald*

**LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD  
CON RESPONSABILIDAD  
Entrevista con Laura Nahabetián\***

**DATA PROTECTION AS A WAY TO EXERCISE OUR FREEDOM  
WITH RESPONSIBILITY  
Interview with Laura Nahabetián**

**A PROTEÇÃO DE DADOS COMO EXERCÍCIO DA LIBERDADE  
COM RESPONSABILIDADE  
Entrevista com Laura Nahabetián**

*Lorena Naranjo\*\**

**Entrevista realizada de forma virtual el 21 de noviembre de 2020, transcrita y editada**

---

\* Laura Nahabetián es doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, y Doctorada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Se desempeña como profesora adjunta de Derecho Informático y Derecho Constitucional en la Universidad de la República y la Universidad Católica del Uruguay, respectivamente; y como profesora adjunta de Ética Profesional en la Universidad de la Empresa. Es también: coordinadora del Centro de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; asesora en el Parlamento Nacional de la República desde 2005; consultora del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el marco del desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento en AGESIC, entre otros. Ha escrito varios libros: Gobierno y Gobernanza Electrónicos (2009), Acceso a la Información Pública: pilar fundamental del buen gobierno (2010), Acceso a la Información Pública y Protección de datos personales: ¿derechos fundamentales en conflicto? (2012), Del gobierno electrónico al Gobierno de la Información (2015); y más de un centenar de artículos. Correo electrónico: lnahabetian@gmail.com

\*\* Lorena Naranjo es magíster en Derecho de Nuevas Tecnologías y candidata a PhD en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Se desempeña actualmente como docente de la Universidad de las Américas y como Directora Nacional de Registro de Datos Públicos del Ecuador. Correo electrónico: lorenaranjog@hotmail.com



**LORENA NARANJO (LN):** Tomando en cuenta que el desarrollo de las nuevas tecnologías plantea desafíos para la organización mundial, ¿cuáles consideras son los retos más importantes, sobre todo con el acelerado proceso de transformación digital producido por la pandemia?

**LAURA NAHABETIÁN (LANA):** Creo que tenemos toda una serie de desafíos. Uno de los más importantes es avanzar en desmitificar el imperativo tecnológico y avanzar en la reconsideración de la persona, volver a ubicarla en el centro de todo el sistema. No es que estemos en contra de la tecnología, muy por el contrario, lo que creo es que tenemos que volver a dar a la tecnología su valor de cosa, su valor de instrumento, de herramienta al servicio de la ciudadanía.

Cuando dejamos a la persona postergada a favor de la tecnología, lo que queda relegado son los derechos de las personas y, finalmente, la dignidad humana y la libertad. Creo que éste es el reto central, y, a partir de ahí, podemos tener toda una serie de desafíos asociados con los procesos democráticos y la tecnología. En efecto, todos aquellos elementos tecnológicos que de alguna manera nos lleven a que haya una manipulación de las decisiones de las personas, una indicación en la toma de decisiones, un manejo incluso inescrupuloso de las decisiones que las personas pueden tomar, ciertamente pueden socavar nuestro sistema democrático republicano. Entonces, nuevamente, la tecnología debe estar en su lugar de cosa; debería ser una colaboración, y nunca un elemento distorsionante de la libre determinación humana ni de la democracia.

Ahora, esto también tiene un enclave muy fuerte en la educación. Para que esto que estoy diciendo no siga sucediendo o se revierta, necesitamos inculcar desde las generaciones más chiquitas hasta nosotros e incluso a nuestros mayores, todos los beneficios y todos los perjuicios que tiene la tecnología. Diría: persona primero, democracia luego y, educación como elemento de base para el sustento de los dos.

**LN:** Es evidente la presión de las grandes corporaciones incluso frente a los Estados. Las fuerzas económicas que tienen a su cargo grandes invenciones y hallazgos, científicos y tecnológicos plantean

posturas de poder frente a países en vías de desarrollo que no hemos logrado tener ni siquiera espacios mínimos de innovación y creación; ¿cuáles son soluciones o alternativas que permitirían mantener una estructura de respeto y democracia, en el que estos problemas geopolíticos puedan tener posibles soluciones para evitar que quienes tenga los recursos económicos manejen la tecnología y, por lo tanto ejerzan poder en las relaciones internacionales?

**LANA:** Ahí tenemos distintos elementos a considerar. Por un lado, el tema geopolítico. Ese es absolutamente trascendente y sobre todo para países como Ecuador, como Uruguay, o como múltiples países pequeños en el concierto mundial. No incluiría Argentina, no incluiría Brasil, que tienen otras fortalezas.

Ciertamente es muy importante que los países considerados chicos nos juntemos en torno a lugares de toma de decisión, eso nos suma en fortaleza frente a otros más poderosos que nosotros, porque esas corporaciones necesitan de nuestros ciudadanos. Los países chicos estamos llamados -estoy convencida- a tener un protagonismo si trabajamos en conjunto, si abandonamos esta cuestión de “yo me alío con uno porque me va a dar un beneficio particular”. Tenemos que empezar a tejer determinados tipos de alianza que nos posicionen de cara a tener una postura conjunta, yo no diría para enfrentar, pero sí para poder dialogar con estas megaempresas tecnológicas.

Partamos de la base que varias de estas empresas tienen ganancias anuales superiores a la suma del PIB de varios países del mundo; con lo cual, ciertamente son de un poderío económico gigantesco. Y, además, tienen la fortaleza o el problema -depende de cómo se mire-, de que nos van a permitir avanzar en la comunicación o censurarnos la participación, porque ellos son los que deciden, en definitiva, que es lo que va y lo que no va en cada una de sus plataformas. Entonces, como necesitan de nuestros ciudadanos, porque nuestros ciudadanos son los que al final del día les habilitan a seguir teniendo más dinero -con esto no quiero decir que esté mal, quiero decir que es el negocio-, nosotros deberíamos tener una postura, geopolíticamente hablando, de fortalezas para juntarnos y, colaborativamente, los países más pequeños avanzar.

Nosotros debemos defender la postura de nuestros ciudadanos y de nuestros derechos, que deberían ser defendidos por nuestros gobiernos. La buena negociación es la que nos puede colaborar de alguna manera para un mejor respeto al derecho de las personas. Ya ni siquiera diría garantía; diría tratar de lograr un mejor respeto hacia nuestras personas.

**LN: Y hacia allá va la siguiente pregunta, ¿conoces de alguna propuesta regional de regulación, de intervención, de organización para evitar que se produzcan transgresiones en estos entornos digitales?**

**LANA:** No como confrontación, pero sí como lugares de análisis, hay distintos ámbitos. Ahí tenemos, por ejemplo, a la Red Iberoamericana de Protección de Datos que reúne principalmente a las autoridades de la región. Empezó como una red de académicos y de personas interesadas en estos temas, y hoy en día es una red gubernamental con una fuerte presencia de las entidades gubernamentales que trabajan en datos; y, además, hace un año aproximadamente se incorporó un foro de sociedad civil. Esto es ciertamente positivo. Se determinan criterios comunes, se trabaja en colaboración, se analizan situaciones y posiciones particulares de los diferentes estados y se establecen mecanismos de colaboración. Esto coadyuva en una mejor defensa y garantía de los derechos de las personas.

Así mismo, las grandes empresas pueden participar y plantear su visión, como un mecanismo de colaboración. Informar sobre sus iniciativas en términos económicos y, además, explicitar lo que esperan de su interrelación con entes gubernamentales.

También hay otras iniciativas, como la Red de Derechoinformático.com, con el programa “Mis datos soy yo”, un programa muy interesante que trae a colación el tema de la protección de datos para niños y adolescentes, a través de acciones lúdicas, para que los chicos incorporen la necesidad de la protección de la información personal. Esto está extendido a toda América Latina. Acaba de cerrarse la primera edición y esperamos seguir trabajando fuertemente en este sentido. Hay distintos niveles de alianzas en diferentes lugares, por parte, por ejemplo, de Derechos Digitales,

en Chile, la Fundación Datos Protegidos, también en Chile. En el resto de los países, hay una serie de acciones tanto de sociedad civil como de gobierno, todavía un poco desarticuladas. Sin embargo, creo que se han dado pasos interesantes y que hay que focalizar estos esfuerzos, y propender a la expansión de todas estas actividades.

**LN: También son interesantes los foros sobre la gobernanza de internet, porque participan múltiples partes interesadas y proponen mejoras para fortalecer la red. Pero esta visión de derechos no necesariamente es parte de la impronta de estos foros. ¿Privilegiar la dignidad o poner al ser humano en el centro, es lo que daría cuenta de la diferencia entre los distintos foros y las distintas acciones existentes?**

**LANA:** Exactamente. De hecho, los foros de gobernanza de internet son muy interesantes. En algún momento tuve la oportunidad de participar, y realmente aportan mucho, más desde el punto de vista tecnológico. Pero ¿Qué pasa con la transparencia? ¿Qué pasa con el principio de neutralidad de la red? Medio en chiste, medio en serio, suelo decirles a mis colegas informáticos: “el día que ustedes tengan 2000 años de historia de desarrollo, como tenemos los abogados protegiendo los derechos de la gente, tal vez ahí sí nos podamos poner de acuerdo”. Porque ciertamente son muy valiosos, pero no tienen 70, ni 80 años de historia. De alguna manera tenemos la pretensión de equilibristas: ni tecnofobia, ni tecnofilia; sino un intermedio, la racionalidad. Y no racionalidad tecnológica al extremo, no imperativo tecnológico, sino equilibrio.

**LN: Entonces, en esta realidad hay un derecho que en este momento toma la posta, y es el derecho a la protección de datos personales. ¿Cómo crees que este derecho pueda ser paulatinamente reconocido en la región sabiendo que unos países lo tienen consagrado como derecho fundamental pero no tienen ley, como el Ecuador, otros no lo tienen en las cartas constitucionales, pero tienen ley, como Uruguay? ¿Cómo logramos que Latinoamérica tenga un lenguaje común para qué, a través del derecho a la protección de datos personales, se pueda lograr los objetivos de organización, articulación y colaboración, incluso con las corporaciones, que permitan**

**un espacio de respeto y de corrección de acciones que pudieran afectar la dignidad humana en los entornos digitales?**

**LANA:** No es sencillo, pero no es imposible. Hay una serie de países latinoamericanos que han avanzado y que tienen, como dices tú, o norma constitucional, como México, o norma legal, como tenemos nosotros, como tiene Argentina, como tiene Brasil o Chile que está peleando para tener la suya, o ustedes en Ecuador que están haciendo lo propio, también Colombia que tiene norma, Panamá que también tiene norma.

Ahora, la norma sin efectividad sirve para poco, por lo tanto, tenemos el medio vaso lleno en algunos casos, que podría ser: tenemos la norma y tenemos que convencer a las autoridades de que la efectividad de la norma es mucho más positiva para una buena política, que la no efectividad de la norma. Todos conocemos cómo funciona el sistema político y sabemos que un elemento que en general está presente en los discursos – no digo que, en la acción, pero si en los discursos- es la defensa de la libertad y la defensa de los derechos de las personas. Entonces, debemos convencer a los políticos que la dignidad de las personas la pueden sostener a través de normas de protección de datos personales, porque los datos personales son una manifestación de su dignidad.

Debido a la tutela dinámica propia del derecho a la protección de datos personales, estos siguen a la persona durante toda su vida de tal forma que, le dan la libertad de decidir si quiere una determinada tecnología, si quiere entregar sus datos, si quiere que el Estado maneje determinada información suya. Es decir, le dan la posibilidad, desde el conocimiento, de avanzar en su libertad.

Tenemos un ejemplo clarísimo con lo que pasó con Cambridge Analítica y las distintas elecciones a nivel mundial en las que ha intervenido. Si nosotros tuviéramos eventualmente mejores regulaciones de datos, esas manipulaciones de información tal vez no se habrían dado. Porque el problema es que nosotros nos exaltamos porque pasó en las elecciones norteamericanas y en el Brexit, pero hay indicios de que pasó en más de 100 elecciones en el mundo. No hubo una

protección ni de la libertad de elección, ni de la dignidad de las personas.

Nuevamente, ¿qué debemos hacer?, darle ejecutividad a los derechos que tenemos planteados. Y quienes no lo tienen, incorporarlo en sus legislaciones.

Además, el caso de Ecuador me parece paradigmático. Ecuador tiene una ventaja comparativa enorme: ya tiene la experiencia hecha de sus hermanos de toda la zona, ya existen experiencias para saber qué funciona, qué no funciona, dónde hay que incentivar algunas cosas, dónde no, dónde vale la pena poner dinero, dónde no. No hay que inventar la rueda cada vez. Hay que intentar aplicar y conseguir una ejecutoria cierta.

**LN: Con la experiencia que ya tienen países como Uruguay, ¿cuáles han sido los beneficios prácticos para el ciudadano, de contar con una ley de protección de datos? ¿Y cuáles son los principales retos para la implementación de esa ley hasta la fecha?**

**LANA:** Uruguay tiene Ley de protección de datos desde 2008, la Ley 18331. Es necesario que digamos que Uruguay es un país muy institucional, Uruguay le tiene mucho respeto a la institucionalidad, a la institucionalidad democrática y a todo lo que normativo. Entonces, desde que esta ley se aprobó, se empezó a trabajar sin prisa, pero sin pausa en la convicción de los ciudadanos de la necesidad de incorporar el sistema de protección, con los ciudadanos y con las empresas, con los ciudadanos y con los colectivos profesionales, con los ciudadanos y con el Estado, y siempre es lo mismo: los ciudadanos, la personas primero, y luego ir incorporando a las distintas entidades nucleantes de los distintos colectivos profesionales.

¿Cuál fue la visión que impuso la Unidad Reguladora de Protección de Datos Personales? No era ir a castigar al que tenía la norma incumplida, sino trabajar de la mano con quien, de alguna forma, no se había incorporado al sistema. De hecho, durante bastante tiempo no se pusieron multas, ni sanciones, sino que, por el contrario, lo que se hizo fue trabajar proactivamente para que se incorporara la mayor cantidad de entidades al sistema de protección de datos. Una vez

que ya había una masa crítica suficiente, se empezó a trabajar un poco más en la línea de las sanciones.

Por otro lado, también se contó rápidamente con el aval del poder ejecutivo y del parlamento de la época para hacer las adecuaciones normativas que fueron necesarias en función de la ley original.

A partir de la promulgación del Reglamento General Europeo las normas de protección de datos personales son absolutamente centrales. Uruguay rápidamente se incorporó al Convenio 108 y también obtuvo la adecuación a las normas europeas. Esto también contó para que varias empresas multinacionales que tienen vínculo internacional cotidiano decidieran mantenerse en Uruguay, porque la seguridad jurídica es fundamental. Si el país tiene una norma y además está adecuada a la Unión Europea, y tiene los mismos criterios vinculados con el intercambio de datos con los Estados Unidos; tiene un paraguas de elementos para habilitar el intercambio de datos—por supuesto siempre dentro de los criterios de protección—, eso incrementa la posibilidad de que las empresas quieran mantenerse en el país o quieran incluso instalarse en él. Es necesario mirar el tema como una cuestión de protección y también como un negocio, en el sentido de que todos los países en desarrollo queremos la incorporación de capitales legítimos externos para que nos ayuden a hacer avanzar la rueda de la economía.

Por otro lado, veamos lo no tan positivo, si se quiere. Tenemos 12 años de implementación de la ley y todavía hay muchísima gente que no conoce su efectividad, todavía un 40% de la población no sabe que esto existe. Persisten también afirmaciones como: “si es para ganarme el auto, le entrego los datos a cualquiera, porque es divertido participar del sorteo” o “Ah, no me quiero quedar fuera del sistema”. Si bien se ha trabajado con las escuelas y los liceos, todavía falta mucho por hacer en ese sentido.

Además, en los últimos años, la Agencia del Gobierno Electrónico tomó un protagonismo muy fuerte; es cierto que, con pretensiones de favorecer la protección de datos, pero finalmente pesó más lo tecnológico. Entonces, desde la lógica de la impronta tecnológica, se puede haber dejado de lado algunas decisiones que

favorecían la privacidad y la protección de datos. Esta es una visión muy personal.

Desde marzo en adelante hemos aprendido que la libertad con responsabilidad es lo más importante, es decir que la libertad es un elemento sustantivo. Entonces, otra vez, creo que, en términos tecnológicos, tenemos en este país un desafío muy grande con hacerle entender a las personas la eventualidad de la pérdida de la libertad en manos de la tecnología si no la sabemos manejar adecuadamente. A mí me sorprenden las personas a las que les encanta andar con el reloj que controla la caminata, el colesterol y demás datos, y no tienen ni idea de que se lo mandan a una nube en Estados Unidos para que alguien gane plata con información de si caminó tres cuadras o diez cuadras. Otra vez, no tengo problema con que la gente gane plata, me encanta, pero no tengo la convicción de que las personas que hacen esto sepan que están habilitando ese tipo de acciones. Y una vez más, creo que la educación y la sensibilización son absolutamente fundamentales, para entender los porqués de entregar información.

**LN: Para ir cerrando, ¿cuáles son los puntos principales que se deben atender a corto plazo? Sobre todos después de lo que estamos viviendo por la pandemia, es decir la intensificación en el uso de herramientas digitales, ¿cómo crees que, cada uno de nosotros, podemos recuperar estas libertades o impedir que se dé una toma de esas libertades por terceros que desconocemos? ¿Cuáles son estas acciones puntuales que pueden realizar las personas en defensa de sus libertades y para proteger sus datos personales?**

**LANA:** Como primera cuestión, requerir información. Entregar un dato personal tiene que ser una decisión personal y para poder decidirlo, debemos tener la información, eso es lo primero. Como segunda cuestión, hay que empezar a analizar nuestros pasos, como cuando empezamos a controlar el colesterol y miramos en el supermercado qué componentes tiene lo que vamos a comprar. Acá es lo mismo: cada vez que vayamos a usar una plataforma tecnológica, que vayamos a bajar una aplicación o lo que fuera, “señores, analicemos los términos y condiciones”. ¿Nos lleva

media hora? Y bueno, es posible que sí, pero en esa media hora tal vez ganamos años de libertad perdida. Por lo tanto, es importante que lo podamos hacer.

Luego, enseñemos a nuestros niños la necesidad de hacerlo. Así como les enseñamos “no hables con extraños”, de la misma manera “no le entregues información a los extraños”. Después, participemos en acciones proactivas a favor de la protección de la información personal. La sociedad civil es una instancia riquísima que puede tener todo tipo de iniciativas, desde intervenciones urbanas hasta una intervención en el Parlamento de la República.

Es muy importante que apoyemos estas iniciativas; la vida me ha demostrado que funcionan. Hay que ser parte de eso. Los universitarios tenemos un rol muy importante. Tenemos que enseñar a nuestros colegas y a los que vienen atrás, nuestros estudiantes, y nuestros mayores, que esto es imperativo. De alguna manera -y no quiero ser dramática-, se nos va la vida. En definitiva, seamos capaces de protegernos.

Además, el poder defender este tipo de derechos nos habilita al mejor ejercicio de otros derechos. Entonces, nuevamente, tenemos una acción positiva: exijamos que nuestros derechos se cumplan, exijamos al Parlamento que apruebe lo que tiene que aprobar y sobre todo que no haga discurso, sino que facilite y apruebe los dineros necesarios para dar efectividad, porque necesitamos dinero para implementar estas normas. Pero ese dinero se recupera con las empresas que, como mencioné, vienen a instalarse en el país.

Yo no digo que hay que ser descreído, digo que hay que estar informado. Por algo vivimos en el marco del gobierno de la información, y el gobierno de la información ¿qué nos dice? Trilogía: protección de datos personales, información pública y seguridad de la información. Si eso es así, y realmente creo que es así, el camino es justamente proteger datos, conseguir información y asegurar que la información esté arriba de la mesa. Luego, las empresas. Los empresarios también son ciudadanos: “señores, establezcan mecanismos de privacidad por diseño y privacidad por defecto”. Es mucho más fácil avanzar desde el inicio haciendo estas cosas, que luego teniendo que reconvertir lo que estuvo hecho y no estuvo bien hecho. Entonces, tal vez una inversión un poquito mayor ahora es un beneficio mucho más importante a futuro. Hay que pensar, hay que tratar de pensar fuera de la caja, hay que decidir todos los tipos de acciones posibles y no olvidar que el beneficiario último tiene que ser siempre la persona.

**LN: ¿Algún mensaje final que nos quieras dar?**

**LANA:** Otra vez lo mismo. Creo que lo que tenemos que hacer es trabajar en conjunto, generar redes colaborativas en los distintos ámbitos, cada uno en las posibilidades que tiene para requerir acciones concretas. Todos podemos hacer algo, tal vez como en pocos temas, todos estamos llamados a aportar nuestro granito de arena. Y ya sabemos, la playa se construye con una multiplicidad de granitos de arena y nos encanta disfrutarla. Ciertamente que acá lo que queremos es disfrutar la libertad.

**VALORES, LIBERTAD Y REPUBLICANISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA**  
**Entrevista con Marcelo Vásconez Carrasco\***

**VALUES, LIBERTY, AND REPUBLICANISM IN POLITICAL AND LEGAL THEORY**  
**Interview with Marcelo Vásconez Carrasco**

**VALORES, LIBERDADE E REPUBLICANISMO NA TEORÍA POLÍTICA E JURÍDICA**  
**Entrevista com Marcelo Vásconez Carrasco**

*Diego Jadán-Heredia\*\**

Entrevista realizada el 4 y 8 de junio de 2020 en la ciudad de Cuenca, Ecuador

---

\* Marcelo Vásconez Carrasco es licenciado en Filosofía por la PUCE (1986); máster en Artes por la Universidad de Pittsburgh (EE. UU., 1990); maestro y doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina (KUL, 2002 y 2006, respectivamente). Ha publicado una veintena de artículos especializados. Es profesor principal de la Universidad de Cuenca. Correo electrónico: marcelo.vasconez@ucuenca.edu.ec

\*\* Diego Jadán-Heredia es profesor de la Universidad del Azuay, coordina la Cátedra Abierta de Filosofía «Bolívar Echeverría» y dirige la Maestría de Investigación en Filosofía de esta casa de estudios. Su campo de investigación es la filosofía política, filosofía de la religión e historia de las ideas, dentro del Doctorado en Filosofía de la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: diegojadan@uazuay.edu.ec



**DIEGO JADÁN-HEREDIA (DJH):** Leí hace poco un estudio antropológico que muestra evidencias que fortalecen la teoría de que existen reglas morales universales. Sin embargo, en las últimas décadas, tal vez por influencia de filósofos como John Mackie, ha ganado adeptos la teoría de que los valores son subjetivos, base del escepticismo moral; ¿cuál es su lectura?

**MARCELO VÁSCONEZ CARRASCO (MVC):** En grandes términos, estoy de acuerdo con el escepticismo moral, pero debo aclarar mi posición. Mackie cree que no hay acciones calificadas de obligatorias, prohibidas, lícitas o ilícitas, y lo hace por influencia del neopositivismo, para el cual, desde un punto de vista empirista, no se puede determinar a través de la experiencia cuál es el valor de verdad de las afirmaciones éticas. Por ejemplo, si digo «la tortura es mala», puedo imaginarme muchos casos de tortura; eso es empírico. Pero la maldad -según los empiristas- no se ve. Entonces, desde esa perspectiva, no hay cómo determinar el valor de verdad de ningún juicio deóntico. Por lo tanto, lo único que hacen esas oraciones es expresar una actitud: de rechazo, de aceptación, de aprobación. Desde este punto de vista, la ética sería ciento por ciento subjetiva.

Sin embargo, mi posición es que las afirmaciones éticas sí tienen un valor de verdad. Podemos preguntarnos si la misma afirmación «la tortura es mala» es verdadera o falsa, porque solo con ese supuesto podemos dar sentido a las discusiones éticas. Debatir si la tortura es aceptable o censurable no es cuestión de gusto. El problema radica en cómo probar que una posición ética es verdadera; y esto no es sencillo. Por ejemplo, si nos preguntamos ¿qué es el bien?, podemos encontrar varias respuestas a lo largo de la historia, cada una con buenas razones y argumentos.

Igual con los valores; son objetivos, es decir, su existencia es independiente del sujeto. Pero demostrar su existencia no es una cuestión sencilla. En general, ninguna prueba es irrefutable.

**DJH:** El estudio de la filosofía jurídica pone mucha atención al debate entre jusnaturalismo y juspositivismo, en cuyo fondo se encuentran los valores. Para usted, ¿qué naturaleza tienen los valores?

**MVC:** Primero, los valores son el fundamento de las normas. Por ejemplo, si la vida es valiosa, de ahí surge el respeto a la vida, la prohibición de no matar. Las normas están fundamentadas en valores, empezando por la Constitución, que incorpora valores jurídicamente vinculantes, es decir, que tienen el poder de obligar a su cumplimiento. Lo mismo sucede con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el primer considerando se habla de tres valores: libertad, justicia y paz, que serán uno de los fundamentos de los derechos. Respecto a las funciones que tienen los valores, además de servir de fundamento para los ordenamientos jurídicos, también deben orientar la función de los legisladores y sirven de guía para la actuación judicial. Finalmente, los valores constituyen una herramienta imprescindible al momento de valorar las conductas de los individuos.

En cuanto a la discusión entre jusnaturalismo y juspositivismo, los juspositivistas aceptan el supuesto del positivismo filosófico de que cualquier oración que sea significativa y que por lo tanto tenga un valor de verdad, es analítica o sintética. Las oraciones analíticas son aquellas en las que en el predicado se repite lo que ya está contenido en el sujeto; por ejemplo, «el triángulo es una figura de tres ángulos»; basta analizar el enunciado para darnos cuenta de su verdad. Los enunciados sintéticos, en cambio, se expresan cuando, por ejemplo, digo «hoy es jueves»; su valor de verdad se descubre usando los sentidos. Eso no sucede con los enunciados éticos o enunciados jurídicos. Cuando calificamos una acción o un hecho como lícito o prohibido, la calificación no se ve. En el enunciado «se prohíbe matar», la acción de matar es observable pero no su licitud o ilicitud. Este enunciado no es analítico ni sintético; por lo tanto, un positivista diría que ese enunciado carece de valor de verdad. Los juspositivistas, por su ontología y gnoseología, se ven en la necesidad de ligar las obligaciones, prohibiciones o normas con el decreto o la promulgación de una autoridad (los legisladores). Por ello, los juspositivistas consideran que, al ser el Derecho una ciencia social, es axiológicamente neutra, no contiene valores.

En cambio, desde un punto de vista jusnaturalista, la ciencia sí contiene valores. El Derecho es una ciencia

normativa que estudia el Derecho como debería ser; de ahí la necesidad de apelar al Derecho natural, que sirva de tribunal para juzgar el derecho positivo.

Los valores tales como el bien común, la libertad, la justicia, la igualdad, la hermandad, la solidaridad, son universales. Por eso, están más allá de la experiencia: son transempíricos. El problema de cómo los conocemos es complicado.

**DJH: Cuando se estudia el derecho natural es posible ilustrarlo con Sófocles y su Antígona. ¿Una teoría tan antigua puede considerarse todavía en vigencia? ¿O acaso el debate en torno a los valores debería limitarse a la filosofía moral y ya no ser objeto de la jurídica?**

**MVC:** El hecho de que una teoría sea antigua en vez de ser un demérito, es una ventaja, en el sentido de que tiene mayor vigencia en el tiempo.

No deberíamos perder de vista el potencial revolucionario que jugó la teoría jusnaturalista. Pensemos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La caída de la monarquía para dar paso a la república permitió el reconocimiento de derechos y eso fue posible gracias a la doctrina jusnaturalista. No quiero decir que los juspositivistas no puedan a título personal reclamar la inclusión de derechos en un ordenamiento jurídico; pero sólo desde una posición jusnaturalista se puede enjuiciar al gobernante y a sus leyes por su arbitrariedad o falta de respeto a la naturaleza del ser humano.

Respecto a las fuentes del Derecho, entendido como sistema de normas, para el juspositivismo más fuerte (llamémoslo *legalismo*), el Derecho tiene una única fuente, que es la promulgación de la autoridad que está capacitada para ello siguiendo reglas de reconocimiento social para la creación de dichas normas. Sin embargo, para el jusnaturalismo, la legislatura no es la única fuente del derecho; también lo son la costumbre, los jueces o fuentes privadas, como contratos y testamentos. Por lo tanto, no puede ser que una norma tenga vigencia jurídica simplemente porque así lo decidió la legislatura. Tiene que ser una promulgación justificada, motivada.

El jusnaturalismo trata de encontrar los valores y las normas en la propia naturaleza. Ulpiano, por ejemplo, sostuvo que el Derecho natural era aquello que la naturaleza prescribía a los animales. Incluso en el mundo animal, es posible ver que los estudios científicos muestran que sociedades como las de abejas u hormigas tienen normas. En ese sentido, la moralidad humana es una especie del Derecho que ya se encuentra en las sociedades animales; las normas no son creaciones humanas, son descubrimientos, y eso es lo que tiene que hacer el jurista, el filósofo del Derecho o, si se me permite, el científico del Derecho. En definitiva, hay normas que no dependen de la voluntad de la autoridad, normas no escritas y que tienen vigencia jurídica. Y obviamente nosotros, como miembros de una colectividad, tenemos ese instinto social de obedecer a la autoridad, con la condición de que esta autoridad vele por el bienestar de todos.

**DJH: La originalidad de Maquiavelo es haber identificado una ética específicamente política, en la que los objetivos de las acciones les otorgan corrección. Este es uno de los motivos por el que Strauss lo llama maestro del mal; existe una especie de relativización de los valores. ¿Es posible no ser maquiavélico en el mundo de la política?**

**MVC:** En lugar de relacionar política con ética, como se ha hecho durante 2000 años, quisiera más bien reemplazar la ética por el Derecho. También siento un poco de recelo ante esa afirmación de que Maquiavelo tiene una ética política; eso es debatible. Comienzo por lo segundo. En la Antigüedad clásica hay dos autores que son fundamentales para entender el pensamiento de Maquiavelo; uno de ellos es Cicerón, principalmente con su libro *Sobre los deberes*, referidos fundamentalmente al gobernante. En ese texto, se dice que el político debe tener un lado humano y no solamente un lado animal. Cuando se refiere a un comportamiento animal, Cicerón está pensando en el león, que es la pura fuerza, y en el lobo, que representa la astucia. Este pensador dice que un buen político, virtuoso, no puede actuar solo con fuerza o astucia y solo por ellas, sino que debería tener ciertos límites, es decir, combinar la parte humana con la parte animal. Por otra parte, está Seneca; en una de sus obras nos dice que los seres humanos deberíamos actuar no

solamente con justicia sino con algo más que justicia, por ejemplo, con generosidad o misericordia. Además de esta influencia intelectual, Maquiavelo se nutre de su experiencia política porque participó en el gobierno de la ciudad de Florencia.

Maquiavelo escribe *El príncipe* a la luz de estos pensadores y esa experiencia propia, pero, a diferencia de Cicerón y Séneca, el florentino dice que a veces es racional no actuar de acuerdo con la moral o las virtudes, que es bueno mentir, que, si es necesario, se tendría que engañar, matar, torturar, pero siempre y cuando esas actuaciones se justifiquen por los fines que debe tener todo gobernante: conservar el poder y, algo puramente personal, obtener honor y gloria, no en otro mundo, sino acá en la tierra. El *maquiavelismo* se construye a partir de estas ideas junto con aquella de que el fin justifica los medios. Hemos visto, sin embargo, que para Maquiavelo no cualquier fin justifica los medios, sino solamente dos: conservar el poder y la gloria. En ese sentido, para quienes son maquiavélicos, obtener un fin bueno -por ejemplo, hacer feliz al pueblo- justificaría que se haga cualquier cosa, incluso algo bárbaro si es que es el único medio para conseguir el objetivo. Aquí encontramos una gran diferencia con la posición kantiana, que jamás justificaría que se haga daño a alguien para obtener un fin, aun que sea noble.

Sobre la relación entre ética y política, en lugar de pensar que la política es un capítulo de la primera, podemos conectar la política con el Derecho (el derecho positivo y el natural). Por Derecho natural, limitándonos a los animales superiores, toda sociedad necesita una autoridad. Una sociedad como la humana necesita una autoridad que promulgue normas positivas y las haga cumplir; y los súbditos están en la obligación de obedecer a esa autoridad a condición de que ella vele por el bien común. Mi posición es que el Derecho natural es objetivo y de él surgen las limitaciones a la actuación del gobernante. Ésta es una alternativa viable al maquiavelismo.

**DJH: Ya que hablamos de Maquiavelo, es pertinente recordar también su talante republicano. En ese sentido, entre las características del republicanismo se encuentra el bien común como objetivo último del**

**Estado. ¿Qué se entiende por bien común? ¿Significa esto el sacrificio de los derechos individuales?**

**MVC:** Por bien, estamos hablando del bien del ser humano. Al bien podemos equipararlo con valor. Los valores tienen una teleología dinámica, hacia un más. El fin de la vida humana es la propia vida, pero no solamente en el sentido de supervivencia o sobrevivencia, sino de más vida, vivir más y mejor: es cuestión de cantidad y calidad. Toda especie viva aspira a más vivir. Entonces hay una aspiración, una tendencia a más vivir, mejor y con calidad; y eso lo podemos hacer solamente viviendo en conjunto. El ser humano es social por naturaleza.

¿Qué significa común? Que es algo para todos. Este bien común, que es el conjunto de los bienes que produce la sociedad, no sería posible si viviéramos en aislamiento; es la cooperación la que posibilita esos productos sociales. Es bien común porque hay un aporte de todos. También es común porque es poseído por la colectividad. Ahora, esos bienes comunes se disfrutan individualmente; o sea, no puede ser que el bien común esté separado del bien distribuido individualmente. Y esto es importante para responder a la segunda parte de la pregunta. Por un lado, todos tenemos obligación de contribuir al bien común. Por otro lado, cada individuo tiene el derecho de participar de ese bien común, a condición de que también aportemos a la producción de esos bienes. El bien común abarca valores, es un supervalor que se materializa en otros valores, como libertad, seguridad, bienestar, igualdad. Así, el bien común es el valor supremo del ordenamiento jurídico y a la vez es la primera norma, la primera obligación, la más importante.

Sobre la otra parte de la pregunta, pienso que no hay conflicto entre el bien común y la libertad, ni entre bien común y derechos individuales. Tanto la libertad como los derechos son partes integrantes de ese bien común; el bien colectivo no puede ser independiente del bien de los individuos. Sigo aquí a Santo Tomás: no divorcio el bien común del bien particular. El bien común tiene que ser disfrutado por cada integrante de la sociedad, por lo que desaparece ese conflicto. Obviamente, en ciertos casos, puede ser que el bien común exija un sacrificio de los individuos.

**DJH: Es famosa la distinción que realizó Isaiah Berlin entre libertad positiva y negativa, y su opción por la segunda al tiempo de advertir el peligro de la primera. ¿Qué opinión le merece?**

**MVC:** Berlin tiene una concepción particular de lo que es la libertad positiva. Dice que la libertad negativa es ausencia de interferencia y de coerción, en tanto que la positiva está relacionada principalmente con el autodominio: que cada persona sea su propio dueño, su propio amo. Berlin cree que la razón por la cual la libertad positiva es peligrosa es porque, al trasladarla a un nivel político, conduce a una tiranía. Es decir, los obstáculos para la realización de nuestra libertad no son necesariamente externos al sujeto, sino que pueden estar en la propia conciencia de la persona. Por ejemplo, cuando el hombre se deja llevar por las pasiones, instintos o emociones, componentes irracionales de nuestra vida mental. Este pensamiento, con 2500 años de antigüedad, dice que lo apropiado para que cada persona sea auténtica, es que esté comandada por la razón. Se realiza una división del ser humano en dos partes: una superior, constituida por el intelecto, donde radican las virtudes como la prudencia y la moderación; y otra inferior, constituida por los instintos, los deseos. En esa pugna, se es libre cuando vence la primera.

Si trasladáramos este modelo a la vida política, permitiríamos que sea el Estado el que discipline los deseos e instintos. El gobierno tendría la misión de cuidar que no nos hagamos daño y nosotros deberíamos estar agradecidos. Berlin protesta contra este paternalismo, y hasta cierto punto tiene razón, porque normas de este tipo no se justificarían para personas adultas, sanas, bien informadas, en definitiva, racionales. Normas paternalistas de este tipo violan sin duda la libertad que tiene cada persona de vivir a su modo, de buscar el bien o incluso en ciertos casos el mal, si es que eso es lo que quiere la persona, con deliberación, en pleno uso de sus capacidades.

No obstante, un paternalismo moderado sí se justifica. Pensemos en la idea de la identidad personal. Mi yo futuro en alguna medida es una persona diferente de mi yo presente; ese yo futuro tiene derechos que mi yo actual debería respetar. Entonces, con vistas a

resguardar los derechos de ese yo futuro, creo que deberíamos aceptar que nos pongan ciertas restricciones para salvaguardar sus intereses.

Yendo más allá de Berlin, hay que mencionar que, para los republicanos, una característica de la libertad es la de hacer lo que la ley permite: hay libertad solo para lo lícito.

**DJH: Hablábamos al inicio de este diálogo de si los valores son o no subjetivos; más allá de este debate, lo cierto es que las normas jurídicas promueven y limitan ciertos valores y principios. En ese sentido, ¿usted cree que la Constitución ecuatoriana defiende un modelo republicano, liberal, comunitarista?**

**MVC:** Esas alternativas no son excluyentes. Yo diría que la Constitución incorpora los tres modelos, pero no tienen un mismo peso. El modelo preponderante es el republicano. La Constitución es liberal por el reconocimiento de varios derechos de libertad. Por ejemplo, el derecho a opinar y expresar el pensamiento libremente, el derecho a practicar y conservar las creencias, el derecho a guardar reserva sobre las convicciones de cada uno, y la libertad de pensamiento, que significa que cada uno tiene la facultad de hacerse una imagen del mundo, la sociedad, la historia, el ser humano, la convivencia.

Además, no debemos confundir liberalismo con libertarismo o Estado mínimo. El liberalismo de la Revolución francesa está a favor de la instrucción pública, de los derechos laborales, de un Estado que haga obras públicas. En ese sentido, sí podemos detectar elementos liberales en nuestra Constitución.

Respecto al comunitarismo, diría que en parte la Constitución lo acoge y en parte no. Lo acoge en la medida en que los comunitaristas creen que el poder político está capacitado para inculcar virtudes ciudadanas en los habitantes sobre los que tiene jurisdicción. Philip Pettit reconoce que el nuevo republicanismo debería llamarse ciudadanía porque, más que una propuesta de forma de Estado, lo importante es la participación ciudadana y para eso hay que inculcar virtudes. Uno de los valores a inculcar es la promoción de la cohesión social. Encuentro por

lo menos un artículo que va en esa dirección, el 347 numeral 4, que dice que toda institución educativa debería impartir educación para la ciudadanía. Por otra parte, la Constitución no acoge al comunitarismo, cuando en el artículo 416, habla de romper fronteras y reconocer paulatinamente una ciudadanía universal, lo que es anticomunitarista.

Sobre el republicanismo, por ahora diré que una de sus características es que la función de la autoridad es la de velar por el bien común y además cada ciudadano tiene el deber de contribuir al bien común. Esto está en el artículo 83, donde se dice que los ecuatorianos deben anteponer el interés general al interés particular. Tenemos ahí un elemento colectivista.

**DJH: Al hablar de republicanismo, liberalismo, comunitarismo, hablamos de conceptos occidentales, mientras que la Constitución se inspira en lo que podríamos llamar la filosofía andina. ¿Son categorías compatibles?**

**MVC:** En primera instancia me parece que lo son. Los cultivadores de la filosofía andina presentan la Constitución como algo original, como una alternativa a otra filosofía, y ciertamente tiene elementos originales, como la categoría del *sumak kawsay*. Desde un punto de vista dialéctico, aunque haya oposición respecto a qué se entiende por vida humana, sociedad, relación con la naturaleza, sostengo que sí es posible una conciliación de los opuestos. No son alternativas excluyentes, sino que son distintas formas de ver el mundo con puntos en común. Su diferencia es gradual. Hablemos de diversidad en la unidad o mejor de unidad en la diversidad.

**DJH: Hablar de la Constitución es hablar del deber ser. Pero, en los últimos años parecería que se han fortalecido las políticas utilitaristas: es más importante proteger el sistema económico que la dignidad humana. ¿Le parece que existe una especie de deshumanización de la política, del Derecho?**

**MVC:** Primero tendríamos que aclarar qué es el utilitarismo. Esta corriente normativa es una teoría del deber, cuyo criterio de la obligación es el de maximizar el bien. Aplicada a la política, sostiene que la función

de las instituciones y la autoridad es la de maximizar el bien. La cuestión es definir qué es el bien. En ese sentido, hay por lo menos dos maneras de modular al utilitarismo. Sus fundadores, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, identificaban bien con placer, porque eran hedonistas. Pero, el utilitarismo no está necesariamente vinculado al hedonismo, pues cabe la posibilidad de un utilitarismo pluralista y, en lugar de creer que el bien es sólo la felicidad o el placer, podríamos incluir bienes como la justicia, una distribución justa, la igualdad, la libertad, el bien común. Con una visión pluralista de lo que es el bien, es posible defender al utilitarismo.

Además, una política no puede ser sólo procedimental; tiene que estar conectada con el bien. Ya Aristóteles decía en la *Política* que, para saber qué Constitución se debería tener, primero debía solucionarse el problema de qué es el bien y, por lo tanto, cuál es la vida buena, la buena sociedad, el vivir bien. No se puede desligar la política del bien como valor jurídico, el bien común.

Respecto a la deshumanización de la política, considero que hay progreso jurídico, una humanización. Por ejemplo, en los últimos 100 años se han reconocido derechos sociales, como salario mínimo, vacaciones pagadas, jubilación, seguro social. Pero, ciertamente falta mucho por caminar: tenemos derechos plasmados en el papel, de los que no existe un goce efectivo.

Por otro lado, el Estado de bienestar, que inició en los 1940 y que se fortaleció desde la caída de la antigua Unión Soviética, ha sufrido una especie de desmantelamiento, que no ha sido total. Eso da cuenta de que el progreso no es lineal. Estamos lejos de la utopía libertaria del Estado mínimo.

**DJH: Conozco que, entre las teorías políticas, prefiera la republicana. ¿Qué lo lleva a hacerlo? ¿Qué bondades tendría el republicanismo, por ejemplo, frente al liberalismo?**

**MVC:** Creo que la opción por el republicanismo puede entenderse porque, en lugar de hablar de esa antigua clasificación tripartita, entre monarquía, aristocracia y democracia, actualmente podemos limitarnos a dos formas de gobierno: república y monarquía.



Cuando se habla de monarquía se entiende que hay una legitimidad política por provenir de una familia, un espacio privado que tiene en sus manos el Estado; es decir, se privatiza lo que debería ser público. Un monarca, por ejemplo, tiene el poder de suspender o anular instituciones democráticas, libertades e, incluso, la Constitución. Hay varias razones para oponernos a una monarquía; una de las principales es que es antiigualitarista. Es más, no es igualitario ni para los miembros femeninos de la familia real. Segundo, el monarca tiene protecciones jurídicas mayores a las de cualquier individuo ordinario. Tercero, las monarquías son antiprogresistas, ultrarreaccionarias. Y, la mayor desigualdad: el monarca es el soberano y los demás son súbditos.

La república, en cambio, se funda en que la organización de una sociedad es una cosa pública. En la república es posible el reconocimiento de derechos; en ella, nadie está por encima de la ley. En la república hay un predominio de lo público, una preponderancia del sector público en la economía. La república es el Estado benefactor, al servicio del bien público, del bien común.

**DJH: Por último, teóricos disímiles, como Maquiavelo, Rousseau, Hamilton, han sido calificados como republicanos. ¿Qué tienen en común?**

**¿El republicanismo se puede acoplar a toda teoría política?**

**MVC:** En primer lugar, no diría que Maquiavelo es republicano, ni monárquico. Lo único que hace en El príncipe es dar consejos al gobernante, independientemente de si es un monarca o un jefe de gobierno de una república. Rousseau es más cercano al republicanismo, y no se diga Hamilton, que, de los tres, es quien más se acerca a la visión que yo tengo de republicanismo. Sin embargo, el republicanismo del siglo XVII ya se ha superado; estaba bien para una sociedad preindustrial, agraria, con una propiedad pequeña.

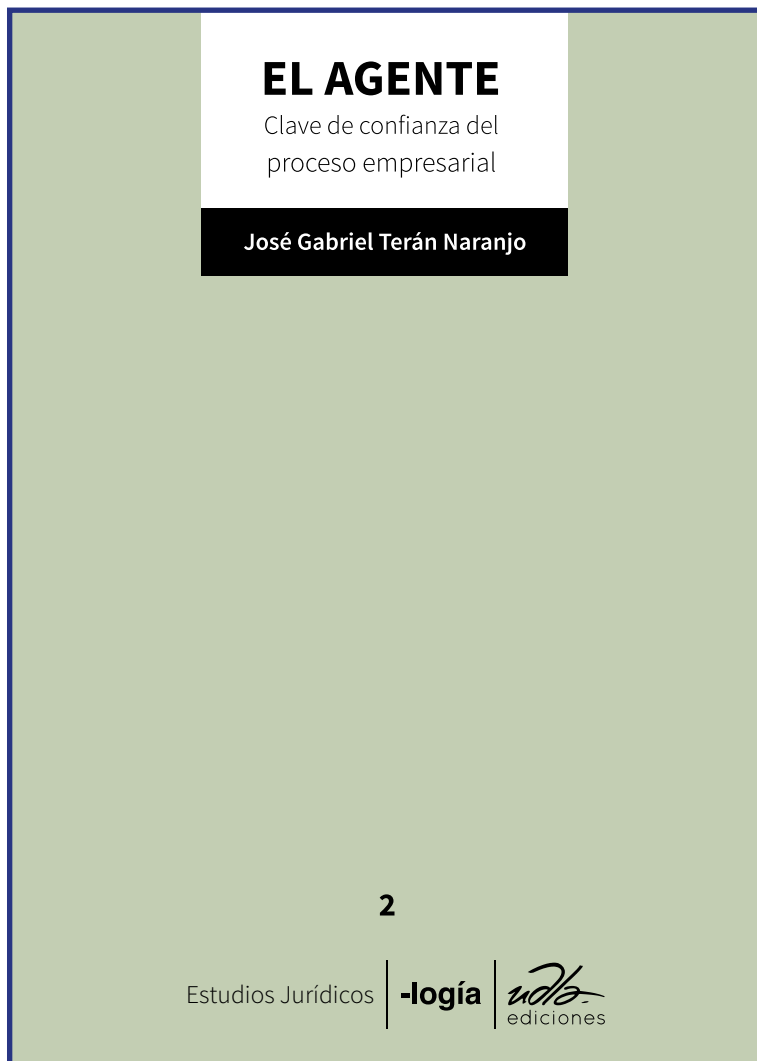
En la actualidad hay otras formas de republicanismo; de hecho, hay grados de republicanismo. Quizá es necesario destacar que un rasgo principal del republicanismo es que es lo opuesto al privatismo. Para el republicanismo, la organización política de la sociedad debe ser cuestión de todos y no solamente una cuestión de una oligarquía o, en un caso extremo, de una dinastía. Esto parecería redundante pero no lo es; es necesario un republicanismo republicano que estaría en función de que el Estado promueva e incremente el bien común, el bienestar colectivo, porque la noción de pueblo es fundamental para esta corriente. En ese sentido, una república tiene que ir de la mano con la democracia.



# RESEÑA

*Handwritten signature in gold ink.*

**EL AGENTE**  
**Clave de confianza del proceso empresarial**  
**José Gabriel Terán**



*Roberto Lara\**

---

\* Roberto Lara Narváz es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y doctor en Jurisprudencia por la Universidad Internacional SEK. Es máster en International Business and Foreign Trade, por la universidad de Barcelona; máster en Business Administration, por la universidad de Bremen; máster en International Business Development, por la Novancia Business School; y PhD (c) en Derecho, por la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como consultor en Derecho Comercial con énfasis en internacionalización de empresas.

José Gabriel Terán es abogado e investigador en temas de Derecho de empresa, administrativo y tributario. En el año 2019, presenta a la comunidad jurídica su obra “*EL AGENTE: clave de confianza del proceso empresarial*”, segundo título de la colección Estudios Jurídicos de UDLA Ediciones, en Quito. El libro cuenta con 124 páginas y se compone de cuatro capítulos con sus respectivos subapartados.

El autor tiene la habilidad de recoger de forma sistemática y ordenada la problemática teórico-doctrinaria que envuelve a la institución del agente. Esta figura jurídica representa una alternativa eficiente para realizar colaboración empresarial de forma versátil tanto a nivel nacional como internacional. Se trata de una herramienta de gestión básica que permite desarrollar la internacionalización de una empresa en sus niveles iniciales de expansión. Sin embargo, durante el transcurso de los últimos años, se la ha intentado amalgamar con otras figuras, lo que ha dispuesto un cambio en la percepción propia de esta institución.

El primer capítulo recoge la génesis normativa del contrato de agencia regulado en la legislación española, la cual se complementa con los avances propios de la *soft law*. En ella se configura al agente como un intermediario independiente que tiene la labor de promoción y conclusión de operaciones de comercio con características propias como la estabilidad, independencia y remuneración; las mismas que permiten se diferencie claramente del representante de comercio.

Con la premisa de identificar al agente de otras figuras jurídicas, se construye el capítulo dos. Uno de los principales inconvenientes que surgen en la aplicación de figuras jurídicas a casos concretos, se presenta en el tacto hábil que debe desarrollar el profesional que desea incorporar una institución concreta en la dinámica económica. Así, el autor introduce de forma sutil, pero acertada, una comparación necesaria entre el agente, el comisionista, el corredor y el distribuidor, aclarando de esta forma la débil línea conceptual que se presenta en estas figuras.

La incorporación del agente en la práctica empresarial genera una serie de exigencias que deben ser conocidas previamente por las partes, lo que viabiliza el éxito del uso de esta figura en una estrategia comercial de expansión. Así, el tercer capítulo recoge a profundidad las cualidades esenciales que surgen de las relaciones propias del modelo empleado. Esto se traduce en el desarrollo de las obligaciones de información, asistencia, conclusión, remuneración y diligencia. A partir de estos elementos, se cimienta la estructura del contrato de agencia en comparación con el laboral, donde el escritor plasma las obligaciones de rendir cuentas, guardar secretos, prohibición de competencia, exclusividad y el carácter *intuitu personae*.

Finalmente, el cuarto capítulo armoniza la concepción teórica con la normativa latinoamericana y rescata su influencia en Ecuador, Colombia y Brasil. De esta manera, queda determinada la vigencia e importancia probada del contrato de agencia en el contexto comercial como herramienta indispensable en procesos de expansión. Además, se nutre el debate normativo y la forma de aplicación de esta figura.

De la composición propuesta, se infiere que el aporte del autor es preciso para posicionar de forma eficaz a la figura del agente en un nuevo contexto comercial. En efecto, ha configurado su desarrollo en comparación con otras instituciones con raíces mercantiles comunes pero cuyo campo de acción se restringen a otro tipo de escenarios que pocos se han atrevido a dilucidar. Figuras que, entendidas desde la perspectiva asumida por el investigador, permiten construir un conjunto de herramientas jurídicas que, en lugar de excluirse unas a otras, se complementan perfectamente dentro de una natural estrategia de crecimiento comercial.

El autor va más allá de la simple concepción mercantil, pues ha logrado enfocar con extrema habilidad la problemática social que engloba la agencia cuando la enfrenta, en su esencia, con la relación laboral. El texto permite al lector inferir la importancia de la agencia en la actualidad y su prospectiva en la dinámica económica del mercado.



## POLÍTICA EDITORIAL

*Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* es la revista semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, especializada en estudios jurídicos, pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

### Normas de publicación

- ▶ *Cálamo* recibe contribuciones de académicos internos y externos a la institución. Todas deben ser originales, inéditas y no estar simultáneamente postuladas para publicación en otras revistas u órganos editoriales. Una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares de doble ciego.
- ▶ *Cálamo* maneja una estricta política anti-plagio. Los-as autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto u autor-a, y toda paráfrasis deberá contar con la referencia bibliográfica correspondiente. Antes de la aceptación de los textos y previo su envío a pares revisores, el Comité editorial de la revista realizará una verificación del contenido mediante el *software* de verificación de plagio Turnitin.
- ▶ Los-as autores conservan sus derechos de autor y autorizan a la revista *Cálamo*, de manera ilimitada en el tiempo, para incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. La revista permite el autoarchivo tanto del *pre-print*, como del *post-print* y de la versión final.
- ▶ El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista para ser publicado en *Cálamo* presupone la aceptación de los términos incluidos en la Política editorial y la adhesión al Código de ética de la revista.

### Política por secciones

**Dossier:** Los artículos que se publican bajo este rubro son seleccionados por su calidad académica, su amplia revisión bibliográfica, su sólido nivel argumentativo y, de preferencia, por su análisis de nivel regional e internacional.

**Ensayo:** En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, en base a una lectura crítica de la literatura académica o a una experiencia concreta de investigación.

**Entrevista:** Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país y la región.

**Reseña:** Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años.

### **Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo**

- ▶ El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios (*cce*), en español y en inglés.
- ▶ Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título; en español y en inglés.
- ▶ El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- ▶ El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- ▶ La extensión de los artículos será de 30.000 a 45.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- ▶ El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- ▶ Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

### **Requisitos para la sección Reseña**

- ▶ Se aceptan reseñas de libros publicados en los últimos dos años.
- ▶ Tendrán una extensión de entre 3.000 y 5.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ No deben contar con resumen.
- ▶ Deben presentar los siguientes datos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, número de páginas. Puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- ▶ Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- ▶ Deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.

### **Orientaciones para el envío de contribuciones**

Los autores-as deberán remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que está disponible en la página web [www.calamo.ec](http://www.calamo.ec), en el mismo se especificará su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, deberá incluir una breve semblanza curricular e indicar si desea que se publique su correo electrónico. Los envíos pueden hacerse a través de la página [calamo.ec](http://calamo.ec) o por correo electrónico a [calamo@udla.edu.ec](mailto:calamo@udla.edu.ec).





*udla.*