
Alejandra Apolo Salazar - Coordinadora

APUNTES DE LA REALIDAD JURÍDICA ECUATORIANA: Derechos, Justicia y Exigibilidad

Coautores:

Apolo Salazar Alejandra - Salazar Sánchez Fabián - Barona Villafuerte Paulina
Castillo Ramos María Elena - Crespo Cabrera Pedro - Mendoza Chamaza Edith
D'Ambrocio Camacho Gabriela - Delgado Sayay Roberth - Espín Moscoso José
Galarraga Carvajal Marcelo - López López Freddy - Mosquera Narváez Germán
Nápoles Nápoles Yanet - Rocha Pullopaxi Milton - Barreno Cisneros Antonio
Díaz Cruz Viviana - Echeverría Espín Samantha - Llumipanta Silva Andrea
Donoso D'Ambrocio Esteban - Imacaña Nuñez Slendy - Tapia Bravo Pablo



— UNIVERSIDAD — INDOAMÉRICA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLÍTICAS Y ECONÓMICAS

La Carrera de Derecho de la Universidad Indoamérica desde sus inicios se ha planteado formar profesionales que participen y apliquen las fuentes formales del derecho mediante el empleo de las diferentes corrientes del pensamiento jurídico con la finalidad de intervenir en la estructura orgánica funcional de la administración de la justicia, también en sectores sociales de producción y emprendimiento, sectores de vulnerabilidad, accionantes políticos, con actitudes de liderazgo, eficiencia, eficacia y valores éticos.

Avanzamos a paso firme, porque nuestra propuesta de plan de estudios innovadora se plasma en trabajos de investigación como la publicación del presente libro que ofrece gracias a su contenido una formación práctica y participativa mediante el estudio de casos orientados a ser aplicados a la realidad profesional.

Creemos que el presente escrito, servirá como un buen punto de partida para la reflexión de la aplicación del derecho y que será de mucha utilidad para todos quienes accedan a él.



ALEJANDRA APOLO SALAZAR

Abogada por la Universidad Internacional SEK; Especialista Superior en Derecho Penal, por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; Diplomado Superior, en Formación del Sistema Interamericano Derechos Humanos, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide y la Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla-España; Máster (c) en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; PhD (c) en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-España; Diplomado en Docencia Universitaria, en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-Argentina. Se desempeña como docente-investigadora en la Universidad Tecnológica Indoamérica sede Quito.

ALEJANDRA APOLO SALAZAR
COORDINADORA

APUNTES DE LA REALIDAD JURÍDICA ECUATORIANA: DERECHOS, JUSTICIA Y EXIGIBILIDAD

COAUTORES

ALEJANDRA APOLO SALAZAR ▪ FABIÁN SALAZAR SÁNCHEZ
PAULINA BARONA VILLAFUERTE ▪ MARÍA ELENA CASTILLO RAMOS
PEDRO CRESPO CABRERA ▪ EDITH MENDOZA CHAMAZA
GABRIELA D'AMBROCIO CAMACHO ▪ ROBERTH DELGADO SAYAY
JOSÉ ESPÍN MOSCOSO ▪ MARCELO GALARRAGA CARVAJAL
FREDDY LÓPEZ LÓPEZ ▪ GERMÁN MOSQUERA NARVÁEZ
YANET NÁPOLES NÁPOLES ▪ MILTON ROCHA PULLOPAXI
ANTONIO BARRENO CISNEROS ▪ VIVIANA DÍAZ CRUZ
SAMANTHA ECHEVERRÍA ESPÍN ▪ ANDREA LLUMIPANTA SILVA
ESTEBAN DONOSO D'AMBROCIO ▪ SLENDY IMACAÑA NUÑEZ
▪ PABLO TAPIA BRAVO

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
Quito, 2021

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

APUNTES DE LA REALIDAD JURÍDICA ECUATORIANA: DERECHOS, JUSTICIA Y EXIGIBILIDAD

ALEJANDRA APOLO SALAZAR ▪ FABIÁN SALAZAR SÁNCHEZ
PAULINA BARONA VILLAFUERTE ▪ MARÍA ELENA CASTILLO RAMOS
PEDRO CRESPO CABRERA ▪ EDITH MENDOZA CHAMAZA
GABRIELA D'AMBROCIO CAMACHO ▪ ROBERTH DELGADO SAYAY
JOSÉ ESPÍN MOSCOSO ▪ MARCELO GALARRAGA CARVAJAL
FREDDY LÓPEZ LÓPEZ ▪ GERMÁN MOSQUERA NARVÁEZ
YANET NÁPOLES NÁPOLES ▪ MILTON ROCHA PULLOPAXI
ANTONIO BARRENO CISNEROS ▪ VIVIANA DÍAZ CRUZ
SAMANTHA ECHEVERRÍA ESPÍN ▪ ANDREA LLUMIPANTA SILVA
ESTEBAN DONOSO D'AMBROCIO ▪ SLENDY IMACAÑA NUÑEZ
▪ PABLO TAPIA BRAVO

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.: 059895: 24-abr-2021.

ISBN No.: 978-9942-10-647-6: 30-mar-2021.

Tiraje: 500

Edición: Primera. Mayo 2021.

Quito - Ecuador

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación sin autorización expresa de la Corporación.

AGRADECIMIENTOS

*A las autoridades de la Universidad Tecnológica
Indoamérica. En especial, al señor Rector,
Dr. Franklin Tapia y, al señor Canciller,
Ing. Saúl Lara, por el apoyo incondicional
a la investigación jurídica.*

Índice

Agradecimientos	V
Prólogo	VII

Capítulo I

ANÁLISIS A LOS SISTEMAS NORMATIVOS EN UN ESTADO PLURINACIONAL

Alejandra Apolo Salazar ▪ Antonio Barreno Cisneros

1. Introducción	1
2. Nociones Básicas	2
3. Estado Plurinacional	3
4. Justicia Indígena	6
5. Normativa Internacional	9
6. Conclusiones	15
Bibliografía	17

Capítulo II

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR: UNA RELACIÓN COMPLEMENTARIA ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Gabriela D'Ambrocio Camacho ▪ Esteban Donoso D'Ambrocio

1. Introducción	19
2. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno o Estatal	20
2.1. Teoría Monista	22
2.2. Teoría Dualista	23
2.3. Teorías Moderadas o Coordinadoras	24
3. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Estatal Ecuatoriano: Cláusulas de articulación	25

4. Una Aproximación al Concepto de Bloque de Constitucionalidad	29
5. El Bloque de Constitucionalidad según la Corte Constitucional del Ecuador	31
6. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vs otros Tratados: Diferencias Relevantes a Considerarse para la Integración del Bloque de Constitucionalidad	36
7. Conclusiones	42
Bibliografía	45

Capítulo III

**CREATIVIDAD Y DERECHO:
PUNTUALIZACIONES PEDAGÓGICAS Y DIDÁCTICAS
PARA LA ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO**

Milton Rocha Pullopaxi

1. Aspectos generales de la educación	50
2. Modelos pedagógicos: mirada desde distintas perspectivas	53
3. Conductismo	54
4. Constructivista	55
5. Psicología cognitiva contemporánea	56
6. Aprendizaje significativo	56
7. Tendencias humanistas	57
8. Histórico-cultural	58
9. Modificabilidad estructural cognitiva	59
10. Modelo educativo en el proceso de enseñanza – aprendizaje en el Derecho	60
11. Conductismo en la enseñanza del Derecho	61
12. Constructivismo en la enseñanza del Derecho	63
13. Cognitivismo en la enseñanza del Derecho	64
14. Tendencias humanistas en el Derecho	65
15. Lo histórico-cultural en la enseñanza del Derecho	66
16. La creatividad, el arte y el Derecho	69
17. A manera de reflexión final	71
Bibliografía	75

Capítulo IV

**ENFOQUE DE IGUALDAD PARA REDUCIR
LA VIOLENCIA SEXUAL DENTRO DE LA SOCIEDAD
ECUATORIANA**

*Marcelo Galarraga Carvajal ▪ Slendy Imacaña Nuñez
Edith Mendoza Chamaza*

1. Desarrollo	80
2. Caso más relevante de violencia contra el Estado Ecuatoriano	85
3. Discusión	89
4. Conclusiones	90
5. Recomendaciones	91
Bibliografía	93

Capítulo V

**PROCESO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL
O CIUDADANA PARA LA REGULARIZACIÓN
AMBIENTAL EN LA CRISIS SANITARIA COVID 19**

Roberth Delgado Sayay

1. Introducción	96
2. Materiales y métodos	99
3. Análisis	100
3.1. Normativa jurídica aplicable	100
4. Conclusiones	108
Bibliografía	111

Capítulo VI

**AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO
DISCIPLINARIO PARA LA DETERMINACIÓN DE FALTAS
LEVES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL REGISTRO
DE LA PROPIEDAD DEL MUNICIPIO DE QUITO**

José Espín Moscoso

1. Introducción	113
2. Fundamentación y breve explicación de la problemática	114

3. Perspectivas teóricas de respuesta a la problemática	117
4. Conclusiones	119
Bibliografía	121

Capítulo VII

**ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS
Y SOBERANÍA ALIMENTARIA: MODIFICACIONES
FITOGENÉTICAS, TRANSGÉNICOS; Y, SOBERANÍA
ALIMENTARIA**

Andrea Llumipanta Silva ▪ Germán Mosquera Narváez

1. Rol del Estado constitucional de derechos, frente al ejercicio de los mismos	123
2. Fundamentación teórico jurídica	128
3. Normativa internacional	139
4. Conclusiones	140
Bibliografía	143

Capítulo VIII

**ESTADO Y EDUCACIÓN: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.
UNA VISIÓN HISTÓRICA E INTERNACIONAL**

Paulina Barona Villafuerte

1. Introducción	145
2. Capítulo I. Estado y Educación, una aproximación histórica: Desde el Medioevo hasta el Estado Moderno	146
3. Capítulo II. Welfare State: La educación como Derecho Social en el Estado del Bienestar.	150
4. Capítulo III. El Estado Neoliberal y la Educación	151
5. Capítulo IV. Estado y educación en la actualidad	153
6. Capítulo v. Estado, educación, y organismos internacionales.	153
7. Conclusiones	161
Bibliografía	163

Capítulo IX

**ESTADO Y DEMOCRACIA. BREVES APUNTES
HISTÓRICOS**

Germán Mosquera Narváez

1. Explicación introductoria	165
2. Estado, Democracia, y Derecho	166
3. El Derecho es Dúctil, ¿la democracia?	171
4. Crisis democrática y Estado	175
5. El Estado constitucional	177
6. Democracia, definiciones contemporáneas.	179
7. Conclusiones	187
Bibliografía	189

Capítulo X

**LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE
DERECHO PRIVADO**

Freddy López López

1. Introducción	192
2. Existencia de la persona jurídica	193
3. Persona y personería jurídica	194
4. Atributos de la persona jurídica	196
5. Derechos de la persona jurídica	198
Bibliografía	205

Capítulo XI

**APUNTES TEÓRICOS ACERCA DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL DERECHO
A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Yanet Nápoles Nápoles

1. Introducción	208
2. Los derechos económicos, sociales y culturales. Generalidades	209
3. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución ecuatoriana de 2008	215

4. Apuntes teóricos en torno al derecho a la seguridad social	216
5. Protección legal del derecho a la seguridad social en el Ecuador	222
7. Conclusiones	230
Bibliografía	233

Capítulo XII

**EL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

Pedro Crespo Cabrera

1. Introducción y justificación	235
2. El conocimiento	237
3. La ignorancia	238
4. El error	239
5. Error de prohibición	242
6. Error de prohibición directo	242
7. Error de prohibición indirecto	244
8. Error de tipo	247
9. Error en el objeto	251
10. Aberratio ictus o error en el golpe	252
11. Dolus generalis	252
12. Error sobre la relación de causalidad	253
13. Error sobre elementos agravantes o calificadores	254
14. Otras clases de error de tipo	254
Bibliografía	257

Capítulo XIII

**LA TRATA DE PERSONAS Y EL PRINCIPIO
DE NO PUNIBILIDAD DE LAS VÍCTIMAS**

María Elena Castillo Ramos ▪ Viviana Díaz Cruz

1. Introducción	260
2. Desarrollo	262
2.1. El concepto internacional y nacional de la trata de personas	262
3. La trata de seres humanos: una violación a los derechos humanos	265
4. Sobre la trata de personas y la Constitución ecuatoriana	266

5. Sobre la protección a las víctimas de trata	267
7. El principio de no punibilidad de las víctimas de trata	269
8. Las víctimas del delito de trata	271
9. Sobre las cifras reportadas respecto a los casos de trata en el Ecuador y la aplicación de los principios en favor de las víctimas de trata	273
10. Conclusiones	274
Bibliografía	277

Capítulo XIV

**ANÁLISIS JURÍDICO Y PSICOLÓGICO DEL ENTORNO
PENITENCIARIO EN EL ECUADOR**

Alejandra Apolo Salazar ▪ *Antonio Barreno Cisneros*
▪ *Samantha Echeverría Espín*

1. Introducción	279
2. Evaluación psicológica: definición y conceptos	280
3. Antecedentes históricos de la evaluación psicológica	281
4. Evaluación psicológica en población penitenciaria	283
5. Connotación jurídica de la situación penitenciaria y de ejecución de penas en Ecuador	285
6. Características de la población penitenciaria	289
7. Marco Normativo en el proceso de rehabilitación	290
8. Estado actual de la psicología en los centros penitenciarios ecuatorianos	292
9. Implicaciones psicojurídicas	294
Bibliografía	301

Capítulo XV

**CORRELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y LA NO REFORMATIO IN PEJUS
EN EL SISTEMA ADVERSARIAL ACUSATORIO**

Alejandra Apolo Salazar ▪ *Fabián Salazar Sánchez*
▪ *Pablo Tapia Bravo*

1. Introducción	305
-----------------	-----

2. Desarrollo	307
3. Derecho a recurrir y la no reformatio in pejus	307
4. Principio de proporcionalidad	311
5. Conclusión	320
Bibliografía	323

PRÓLOGO

En el contexto actual, el abordaje acerca de la exigibilidad de los derechos se vuelve preponderante, se debe salir del esquema o paradigma de que la promulgación de una norma *per se* materializa derechos. Los estudiosos del derecho y los operadores jurídicos deben cuestionarse cómo aplicar la norma y cómo efectivizar el goce de los derechos garantizados a nivel constitucional y supraconstitucional. Esta obra aborda la realidad jurídica ecuatoriana porque trata de plantearse la perspectiva del camino de la materialización de una vida digna.

El lector de este libro recordará aquella frase de Boaventura de Sousa Santos “No hay pensamiento crítico sin un ejercicio de crítica del pensamiento”, pues en cada uno de los capítulos se puede apreciar que se trata de la búsqueda de mecanismos de acceso a derechos frente a la realidad jurídica del Ecuador.

Estos apuntes, han sido estructurados desde el compromiso de desenterrar continua y permanentemente lo que queda olvidado u ocultado, busca establecer de un modo constante relaciones y vínculos que han sido negados como por ejemplo, el racismo, la violencia de género, las desigualdades, y, además, como lo más importante, señala alternativas de acción y provoca la reflexión intelectual. Solo una verdadera cavilación acerca de las problemáticas que aquejan a nuestro país permitirá que no solo pensemos en clave de derechos sino que actuemos en clave de derechos.

Es por esto que la reflexión tal cual como lo plantea esta obra, es epistémica: porque permite visibilizar, reconocer problemas, los que la colonización del pensamiento, impide ver. Es ética porque desestabiliza los discursos que legitiman formas de organización social que trae desigualdades y que convierten en lírica al derecho, en esta obra también se busca deslegitimar construcciones teórico-prácticas

que no dejan salir de las concepciones decimonónicas del derecho, permite confrontar los discursos legitimados.

Esto con el objetivo de aportar en la transformación del ejercicio del derecho, para que este se dé desde la lucha social, desde la reflexión filosófica, teórica y doctrinal, que apoye al reconocimiento jurídico-positivo e institucional, tal vez entonces, sea posible ver la eficacia y efectividad jurídica traducida en adecuada administración de justicia.

Esta obra, es un texto para estudio, pretende proporcionar herramientas de discernimiento acerca del derecho pero sobre todo pretende provocar una sensibilidad socio-cultural en relación a la diversidad de temas que trata, plantea el estudio de la justicia, de los derechos, pero, sobre todo, de su exigibilidad.

Dr. Fabián Salazar Sánchez

Director de la Carrera de Derecho de la
Universidad Tecnológica Indoamérica.

Capítulo I

ANÁLISIS A LOS SISTEMAS NORMATIVOS EN UN ESTADO PLURINACIONAL

Alejandra Apolo Salazar¹ ▪ Antonio Barreno Cisneros²

Sumario: I.- Introducción; II.- Nociones básicas; III.- Estado Plurinacional; IV.- Justicia Indígena; V.- Normativa internacional; VI.- Conclusiones; VII.- Bibliografía y Fuentes de Consulta.

Palabras Clave: Justicia Indígena; plurinacionalidad; constitucionalismo; derecho consuetudinario.

1. Introducción

El respeto de la diversidad significa que la democracia no se puede identificar con la dictadura de la mayoría sobre las minorías.

Edgar Morín

La frase que antecede, bien podría servir de un epitafio cuando se refiere a las luchas por el reconocimiento y respeto de los derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas; el presente trabajo

- 1 Abogada por la Universidad Internacional SEK; Especialista Superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; Diplomada Superior en Formación del Sistema Interamericano Derechos Humanos, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide y la Universidad Internacional de Andalucía; Máster (c) en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; PhD (c) en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-España; Diplomada en Docencia Universitaria en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-Argentina. Se desempeña como docente-investigadora en la Universidad Tecnológica Indoamérica sede Quito.
- 2 Abogado por la Universidad Nacional de Chimborazo, Máster (c) Derecho, Mención Derecho Constitucional por la Universidad Tecnológica Indoamérica. Abogado litigante en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Tecnológica Indoamérica. Docente de Derecho Internacional y Derecho Humanitario en el Instituto Superior Cruz Roja Ecuatoriana. Capacitador nacional e internacional.

busca precisar el cómo entender que la justicia ordinaria y la justicia indígenas son pares, con especificidades distintas, que la una no se subordina a la otra, sino que, por el contrario, el Estado como garante del efectivo goce de los derechos, debe propugnar por el adecuado funcionamiento de sus sistemas jurídicos.

Para contextualizar, es trascendente tener como referente algunas nociones básicas otorgadas por los entendidos en la materia para desentrañar lo medular de los sistemas normativos indígenas, específicamente de la justicia indígena, así como, qué comprende un Estado plurinacional.

2. Nociones Básicas

Tal como se refirió en el epígrafe precedente, para desarrollar el correspondiente análisis, es necesario anotar que el reconocimiento constitucional de un Estado como plurinacional e intercultural, trae consigo el reconocimiento de distintos sistemas normativos.

En este marco, se elimina el paradigma monista del derecho, deriva en el pluralismo jurídico, admite que no existe solo un sistema jurídico y, aunque el monismo jurídico es la corriente dominante en el mundo occidental, los países andinos asumieron el reto de cambiar estas concepciones decimonónicas; es así que las constituciones de Bolivia y Ecuador principalmente lo han reconocido.

Sin embargo, no se debe dejar de lado que, es pretensión mantener dicho reconocimiento constitucional en una categoría declarativa, en razón de que requiere de una articulación ordenada y engranada con el aparataje estatal de la lógica occidental, pero, esto no quiere decir que a partir del reconocimiento formal empiecen a desarrollarse distintos sistemas normativos ni que se hayan iniciado prácticas de justicia indígena desde entonces, puesto que los sistemas han operado en las comunas, comunidades, pueblos y naciona-

lidades indígenas desde el inicio de sus tiempos. Producto del eurocentrismo se deriva lo acotado³.

3. Estado Plurinacional

Para entender al Estado, usualmente se relaciona sus elementos fundamentales, como son el territorio, la población y el poder que se ejerza en el mismo, no obstante, en la cotidianidad no se repara sobre lo que comprende que un Estado sea plurinacional constitucional de derechos.

En palabras de Boaventura de Sousa Santos, que constitucionalmente un Estado se conciba como plurinacional implicar estar frente a un “Constitucionalismo transformador”⁴, en el que, se legitima otra forma de comunidad política, para el profesor Wolkmer se escucha el reclamo y las manifestaciones de las comunidades excluidas por construir un espacio, participativo y democrático⁵.

El autor Agustín Grijalva que sostiene que “El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.”⁶.

Es decir, en este término subyace la existencia del cambio de paradigma, en el cual la concepción del mestizo, no prima por sobre la cosmovisión indígena, sino que en ejercicio democrático conlleva a que en la diversidad de nacionalidades de los pueblos los siste-

3 Judith Salgado Álvarez, *Derechos ancestrales Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad: Justicia en contextos plurinacionales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 82.

4 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del sur* (Buenos Aires: Antropofagia, 2010), 57.

5 Antonio Wolkmer y Fátima S. Wolkmer, *Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el sur*, (Coimbra: ALICE, 2015), 33.

6 Agustín Grijalva y Ecuador, eds., *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 95.

mas normativos tanto ordinario como indígenas deban debe operar como un engranaje.

El citado autor continua afirmando que el constitucionalismo plurinacional debe basarse en “[...] relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional.”⁷.

El autor boliviano Moisés Chivi Vargas, concibe lo plurinacional “como la constitucionalización de las formas gubernativas propias de los pueblos indígenas originarios campesinos, constitucionalización de sus economías, sistemas jurídicos, medicina, educación y reproducción cultural.”⁸; es decir, que no solo emerge la justicia indígena sino que además es el reconocimiento constitucional del pleno desenvolvimiento de sus sistemas y por ende de sus derechos colectivos.

Acota demás que “El Estado Plurinacional, es como lograr una foto completa del país, sin excluidos ni excluidores”⁹; de lo que se infiere que en un Estado plurinacional, prima la igualdad, están eliminadas la hegemonías, se propugna y se respeta la igualdad en la diversidad.

Boaventura de Sousa Santos, sostiene que este elemento plantea “[...] la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado [...]”¹⁰; esa coexistencia implica el respeto y la armonía entre las nacionalidades que un Estado.

En este sentido, al Estado a quien corresponde regular este diálogo, la relación de igualdad y respeto entre los pueblos y culturas, lo que implica legítimamente mantener diferencias; como consecuencia

7 Ibid.

8 Idón Moisés Chivi Vargas, *Derechos ancestrales Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 348.

9 Ibid., 350.

10 Boaventura de Sousa Santos, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional* (Santa Cruz Bolivia: CENDA, 2007), 18.

de aquello, el precitado autor determina que “el constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural [...]”¹¹.

Raúl Llasag Fernández sostiene que “[...] la plurinacionalidad es el reconocimiento de la diversidad del Estado [...]”¹², es por ello que pretende erradicar el sistema de colonialismo que se ha vivido en los Andes.

En palabras de Asier Martínez “la existencia de un movimiento indígena que replantee las relaciones entre pueblos y el poder estatal”, implica la adaptación de la jurisdicción indígena al territorio del Estado y de este último a los sistemas normativos indígenas¹³.

El profesor Julio Cesar Trujillo, ha expresado que los indígenas después de largas luchas lograron que el Estado se defina como plurinacional, que no es otra cosa que el reconocimiento de la realidad de que en un territorio coexisten con los mestizos las nacionalidades indígenas¹⁴.

La Corte Constitucional del Ecuador (para el período de transición) se pronunció al respecto, al señalar que las características de plurinacionalidad e intercultural no se contradicen con el Estado unitario, pero sí se contradicen con el Estado homogéneo, pues se trata del reconocimiento heterogéneo de interculturalidad en las que coexisten varias nacionalidades¹⁵.

11 Agustín Grijalva, *Derechos ancestrales*, El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 390.

12 Raúl Llasag Fernández et al., eds., *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo*, Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador 1. ed, Serie Estudios jurídicos 33 (Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.], 2013), 231.

13 Asier Martínez “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos” UNED. Revista de Derecho Político N° 86, enero-abril 2013, pág. 417.

14 Julio Cesar Trujillo, *Derechos del Pueblo Plurinacionalidad y justicia indígena*, CEDHU (Quito, Ecuador: CEDHU, 2009), 311.

15 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, acción extraordinaria de protección], Gaceta Constitucional, 30 de julio 2014.

De lo expuesto, se puede colegir que un Estado Plurinacional es el mecanismo para que el Estado se desarrolle en el marco de la interculturalidad, de la aceptación de la igualdad en la diversidad y, fundamentalmente de aquel reconocimiento histórico de que son precisamente los pueblos y nacionalidades indígenas quienes enriquecen culturalmente al Estado; no obstante, se dejar resaltar que el reconocimiento normativa no implica la materialización de estos sistemas, para aquello se requiere de la concepción y perspectiva emancipatoria de los actores involucrados.

4. Justicia Indígena

Como se anotó la justicia indígena es parte de este reconocimiento de Estado plurinacional, esta justicia responde al sistema o sistemas jurídicos que operan en las diferentes nacionalidades del Estado, este sentido se ha referido también como derecho indígena.

El Estado plurinacional trae consigo el reconocimiento de distintos sistemas normativos coexistentes, los cuales “[...] no se levantan en abstracto, no se comprenden de manera aislada, sino concomitantemente asociados al contenido material de muchos derechos colectivos indígenas que funcionan como especificadores determinantes de su contenido, como son la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción indígena.”¹⁶.

En este contexto, el Derecho indígena se conceptualiza como el conjunto de preceptos y normas milenarios aflorados en las comunidades originarias, que se encaminan por una concepción cosmogónica filosófica, presentes en la memoria colectiva que generacionalmente se transmiten oralmente, que dinamizan los pueblos se asume como una garantía de un equilibrio¹⁷.

16 Asier Martínez “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos” UNED. Revista de Derecho Político N° 86, enero-abril 2013, pág. 416.

17 Carlos Pérez Guartambel, *La Asamblea Constituyente: una oportunidad histórica para el pueblo del Ecuador* (Ecuador: Federación de Organizaciones Campesinas del Azuay (FOA), 2007), 179.

Esto pluralismo jurídico es el que permite hablar de la existencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico llamado Estado, en tal razón, este pluralismo es una de las consecuencias de lo que significa un Estado plurinacional, sin que estos sistema se entremen en una disputa, sino que por el contrario interactúen y se complementen¹⁸.

La Corte Constitucional del Ecuador, determinó que “[...] la justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria.”¹⁹.

El antropólogo Fernando García acerca de la relación de los indígenas con el sistema ordinario de justicia, sostiene que, pese a la existencia ancestral e innegable del derecho indígena, los pueblos indígenas han incurrido en acudir al sistema jurídico estatal, sin embargo, la confianza se ha perdido, por múltiples factores; denota además que la justicia indígena esencialmente consuetudinaria en su ámbito de acción es la adecuada para resolver conflictos de los pueblos y nacionalidades es la adecuada²⁰.

Previamente, señala que la justicia indígena tiene elementos importantes que aportar al pluralismo jurídico, pero que lo preponderante será el carácter preventivo, el efecto de la reconciliación y la propugnación por el restablecimiento de la cohesión social en la comunidad²¹.

Boaventura de Sousa Santos, en la obra determina que: “El reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamen-

18 *Ibíd.*, 243.

19 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, acción extraordinaria de protección], Gaceta Constitucional, 30 de julio 2014.

20 Rosember Ariza Santamaría, Fernando García Serrano y Comisión Andina de Juristas (Lima), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009), 153.

21 *Ibíd.*, 152.

tales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía²².

De acuerdo al Manual Formativo para pueblos indígenas elaborado por la Comisión Andina de Juristas²³, la justicia indígena se caracteriza por dos principios fundamentales que se basan en una serie de valores primordiales como la solidaridad y la reciprocidad, que regulan la vida en los pueblos y comunidades indígenas:

- La función resocializadora de la pena (la sanción impuesta sirve para hacer recapacitar al infractor para que cambie su conducta); y,
- La búsqueda de la restauración del equilibrio en la comunidad (afectada por la mala acción de uno de sus integrantes).

Esta justicia busca la solución más justa para el caso concreto, procurando la reconciliación en la comunidad, ha resistido a los embates dados por la justicia ordinaria, porque tiene un sustento antropológico, puesto que este derecho se genera como un elemento cultural de los grupos étnicos²⁴.

No se puede dejar de señalar que estos sistemas normativos han sido tildados como un mundo de salvajismo transgresor de derechos humanos; no obstante, son los espacios académicos en los que se debe dejar en claro que esta connotación negativa ha sido producto de la lógica occidental eurocéntrica que conceptualiza a los derechos humanos como universales, prejuicia al otro sistema jurídico, cuando no se trata de confrontar a los sistemas de justicias sino de complementarlos.

22 Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, eds., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 1. ed. (Quito, Ecuador: Abya Yala [u.a.], 2012), 18.

23 Eddie Córdor Chuquiruna et al., *Manual informativo para pueblos indígenas: "la justicia indígena en los países andinos"* (Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas, 2009), 32.

24 Milton Ávila Campoverde, *Justicia Indígena. Manual teórico práctico* (Cuenca Ecuador: Carpol, 2006), 89.

La justicia indígena, es el ejercicio de aquellas prácticas y costumbres ancestrales, que no están por escrito, que es legado de sus antepasados, que son la vivificación de su organización social, de sus sistemas de vida a través de los cuales las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, regula sus relaciones sociales y la armonía de su localidad.

Es preciso mencionar que el reconocimiento de estos sistema jurídico, atienden al sistema internacional de los derechos humanos, a los instrumentos en general de los cuales los Estados parte deben atender; en consecuencia, irrespetar la plurinacionalidad, la interculturalidad, el irrumpir el ejercicio de la justicia indígena, implica una combinación explosiva de violaciones del derecho interno e internacional.

5. Normativa Internacional

El referente más latente que tienen los operadores jurídicos respecto del reconocimiento del derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas es el Convenio 169 emitido por la Organización Internacional del Trabajo, en el cual en los artículos 8; 9; 10; 11; y, 12 se les reconoce su derecho a aplicar sus tradiciones y prácticas producto de sus costumbres para solucionar sus conflictos y sancionar los delitos que puedan cometerse dentro de sus comunidades.

Esta normativa va de la mano con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, los artículos 34 y 35, señalan que: los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o *sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos*; los pueblos indígenas tienen derecho a *determinar las responsabilidades* de los individuos para con sus comunidades.

Este carácter plurinacional e intercultural debe entenderse como un principio de obligatorio cumplimiento, a través del cual el Estado pueda aplicar los dos sistemas, pues las garantías normativas, se hará atendiendo la garantía de la dignidad de los pueblos y nacionalidades indígenas. Es decir, que no se podrá argüir que la dignidad de un miembro de algún pueblo o nacionalidad pueda verse socavada por otros derechos constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos, se trata de un marco que les garantiza el mantener, desarrollar y fortalecer sus formas de organización social; además de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales.

La consecución de una vida digna requiere que todas comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

En este sentido, el pluralismo jurídico, protege y *garantiza la coexistencia* y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

Desde el reconocimiento de los derechos para los pueblos y nacionalidades indígenas consagradas en el Convenio Internacional Nro.169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), se determinaron axiomas básicos respecto a estos sujetos de derecho en el marco normativo nacional; encontrando las tradiciones, respeto, consulta y participación efectiva de los miembros de la comunidad o pueblo indígena en sus decisiones, marcando desde este punto el perfeccionamiento de un sistema pluricultural.

A partir del 2007 la Organización de Naciones Unidas aprobó la declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrita en nuestro país, reconociendo derechos individuales y colectivos, tales como el derecho a la identidad cultural, educación, empleo, idioma

de todos los pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros. El marco normativo constitucional ecuatoriano, reúne elementos de la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas, permitiendo edificar una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad conservando una armonía con la naturaleza, proporcionando el nacimiento del Sumak Kawsay o el denominado buen vivir, que congrega el pleno goce de los derechos fundamentales.

El artículo 1 de la Constitución Ecuatoriana determina que: *“El Ecuador es un estado de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”*.²⁵ Proponiendo más adelante en los artículos 10 y 171, la titularidad de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, reconociendo a sus autoridades, tradiciones ancestrales y derecho propio.

De lo antedicho podemos observar cómo se han incluido mandatos encaminados a la observancia de la realidad indígena en nuestra sociedad, garantizando la integridad de los derechos de las personas, pueblos y nacionalidades; desde esta perspectiva el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 24 manifiesta el principio de la interculturalidad, señalando que: *“En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionadas con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante”*.²⁶

Con la finalidad de reconocer todos los mecanismos de cooperación y coordinación entre la justicia ordinaria y justicia indígena, debemos definir qué mecanismos existen de correlación entre estas garantías jurisdiccionales, fundamentando que estas directrices de interrelación, parten de la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas, demarcando el significado de cultura siendo así el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimiento y grado de

25 Registro Oficial, Nro. 449, (28 octubre 2008)

26 Registro Oficial, suplemento Nro. 544, (09 marzo 2009)

desarrollo ancestral, que tiende a conservar el respeto por los derechos individuales y colectivos, evitando de esta manera una desigualdad social.

El artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial²⁷ delimita el principio de interculturalidad, concretando que la actuación de los operadores de justicia se debe a los principios de diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena e interpretación cultural, delineando un camino para el desarrollo de la justicia intercultural alternativa, teniendo como objetivo el mantener una construcción teórica, práctica, y reflexiva entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, consintiendo la comprensión del entorno global, nacional y local, articulando las diversas nacionalidades y sus respectivas cosmovisiones.

Desde la cosmovisión indígena, si tomamos como base la educación, la ciencia y tecnología, podemos determinar que una organización inteligente se entiende como comunidad intercultural, en razón de que esta va orientada a fundar una nueva conciencia ecosistémica, dentro del contexto de desarrollo humano comunitario ligado a un medio ambiente sustentable en todas sus esferas; esta concepción plantea que las relaciones de la sociedad van de la mano con su ambiente natural.

Aleida Alavez Ruiz, señala: *“La interculturalidad es una herramienta de emancipación, de lucha por una igualdad real, o equidad real, en el sentido no solo cultural muy superficial sino también material”*.²⁸ Dando a denotar que los pueblos o nacionalidades no solamente se identifican por su cultura o etnia, sino también por la lucha histórica en el reconocimiento de sus derechos.

Desde la perspectiva oriental, esta cosmovisión resulta compleja de analizar, en razón de mantener arraigado valores como la equidad, solidaridad, diversidad, pluralidad, aceptación y respeto, en-

27 Registro Oficial, suplemento Nro. 544, (09 marzo 2009)

28 Aleida Alavez Ruiz, *Interculturalidad: conceptos, alcances y derecho*, Primera (Mexico: Centro de Producción Editorial del GPPRD, 2014).

tendiendo que el hombre es una parte dentro de un complejo sistema, representado por una interdependencia de todos los integrantes en una dinámica cotidiana, convirtiéndose en constructores de una realidad, manteniendo rasgos del principio de mandar obedeciendo, es decir, la decisión sobre un determinado tema concierne a toda la comunidad.

Es preciso delimitar que dentro de la jurisdicción ordinaria se han creado barreras de carácter cultural, siendo limitaciones que impiden el acceso a la justicia, en relación a las costumbres, entorno social y étnico.

En las sentencias de primera y segunda instancia en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, no se llega a considerar el hecho de que la persona procesada pertenece a una comunidad indígena, concibiendo de esta forma que el derecho propio que delimita el marco constitucional, no es considerado dentro de la justicia ordinaria, siendo una contraposición cuando bajo estricto apego al principio de interculturalidad, se obtiene una garantía de pro justicia indígena, es decir, el conocimiento del hecho podría ser sometido a la jurisdicción indígena.

La diversidad cultural que existe en el Ecuador residida a una variedad de costumbres, lenguas, manifestaciones artísticas y todo lo que se congrega en ella, bajo el principio fundamental de interculturalidad, determina que el respeto y observancia de las tradiciones culturales, prácticas ancestrales y costumbres de los pueblos indígenas sean consideradas en un proceso judicial, por lo que los jueces o juezas y sus órganos auxiliares deben reconocer y comprender debidamente la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.

Manteniendo la línea de la interculturalidad, Catherine Walsh, sostiene que la misma aún no existe, de hecho, indica: *“Es algo por construir. Va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto social político dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones*

de vida nuevas y distintas”.²⁹ Queda claro como que solo hablamos de condiciones socio económicas sino de aquellas que tiene que ver con la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades.

La Corte Constitucional ecuatoriana, respecto del caso conocido como La Cocha³⁰, determino que todos los casos de delitos contra la vida serán conocidos y sancionados de acuerdo al Derecho Penal Ordinario, aun cuando estos ocurran en el ámbito de la jurisdicción indígena. Esta sentencia, estableció una coordinación de acciones entre los dos sistemas de justicia, sin embargo, de acuerdo a la normativa constitucional se determinaría una exclusión de derechos, en razón del desconocimiento del derecho propio, entendiendo que esta sentencia de la corte constitucional delimita que el juzgador, podrá coordinar con las autoridades indígenas las acciones frente al cometimiento de un delito, mismas que pueden ser complementarias y respetuosas de los principios culturales.

En este sentido debemos hablar sobre la declinación de competencias, en donde el juzgador de acuerdo al mandato legal, deberá recibir una petición de la autoridad indígena demostrando la pertinencia de la solicitud. Una vez aceptada la petición, el juez o jueza ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena. Estas características se han ido generando debido a las condiciones en las cuales se desarrolló ambos ámbitos jurisdiccionales, entendido que estos son plenamente reconocidos por la constitución, y que se congregan bajo un principio de interculturalidad.

Podemos decir entonces que la jurisdicción indígena tiene como regla concentrar la cosmovisión de los diferentes pueblos y nacionalidades en las decisiones jurisdiccionales, mientras que la jurisdicción ordinaria tiene como base la normativa y ordenamiento jurídico positivado en las diferentes normas. por lo que, para combatir estas causas y tomando en consideración las diversas formas de entender el delito y el litigio en la justicia ordinaria, el operador de justicia de-

29 Catherine Walsh, «Interculturalidad, Plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político - epistémicas de refundar el Estado» 9 (01 de 2008): 132-51.

30 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, (30 julio 2014)

berá adoptar las medidas para facilitar la comprensión del acto judicial, su alcance y significado, realizando una entrega directa, sencilla y correcta de la información procesal.

6. Conclusiones

En función de lo doctrinariamente expuesto y lo reconocido a nivel normativo, el proceso de cambio del monismo jurídico al pluralismo jurídico, como consecuencia de la corriente constitucional andina con sus particularidades propias, permite visibilizar que si bien es cierto, jurídicamente se ha intentado alienar a los grupos minoritarios, concretamente a la población indígena, no es menos cierto que por tener realidades históricas distintas cambia el espectro de acción y ejercicio de los derechos; así también, da la pauta al reconocimiento de reivindicaciones sociales a los grupos que desde la época colonial han sido los más desprotegidos y avasallados por la ley del más fuerte.

La justicia indígena en un Estado plurinacional, es el eje transversal para el respeto de una vida digna, es un reconocimiento emancipatorio, en lo que confluyen múltiples prácticas culturales ancestrales que forman parte del acervo cultural, tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena, deben funcionar como un engranaje y para ello debe haber los métodos idóneos para que no entren en disputa ni en contraposición los sistemas jurídicos.

La tarea de un diálogo *inter-epistémico*, que formule el reconocimiento axiológico de los pueblos indígenas, implica que el Estado deba facilitar los mecanismos para la efectiva operación de sus sistemas normativos, lo que implica, superar la crisis cultural que forma parte del raigambre, en donde cuesta creer que el reconocimiento de los derechos no solo es plasmarlos en las constituciones sino aplicarlos y propugnar su ejercicio. Por lo que, no se puede permitir casos que menosprecien la capacidad de los pueblos y nacionalidades indígenas de regularse y responsabilizarse por los actos de su comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alavez Ruiz, Aleida. *Interculturalidad: conceptos, alcances y derecho*. Primera. Mexico: Centro de Producción Editorial del GPPRD, 2014.
- Avila Santamaría, Ramiro, José Vicente Troya Jaramillo, María Elena Jara Vásquez, Carmen Amalia Simone Lasso, y Julio César Trujillo Vásquez, eds. *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo*. 1. ed. Serie Estudios jurídicos 33. Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.], 2013.
- Boaventura de Sousa Santos. *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz Bolivia: CENDA, 2007.
- Cóndor Chuquiruna, Eddie, Mirva Aranda Escalante, Leonidas Wiener Ramos, y Comisión Andina de Juristas. *Manual informativo para pueblos indígenas: "la justicia indígena en los países andinos"*. Lima, Peru: Comisión Andina de Juristas, 2009.
- Cóndor Chuquiruna, Eddie, Rosember Ariza Santamaría, y Comisión Andina de Juristas (Lima). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009.
- Gallegos-Anda, Carlos Espinosa, y Danilo Caicedo Tapia. *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Grijalva, Agustín y Ecuador, eds. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Julio Cesar Trujillo. *Derechos del Pueblo Plurinacionalidad y justicia indígena*. CEDHU. Quito, Ecuador: CEDHU, 2009.
- Milton Ávila Campoverde. *Justicia Indígena. Manual teórico práctico*. Cuenca Ecuador: Cropol, 2006.
- Pérez Guartambel, Carlos. *La Asamblea Constituyente: una oportunidad histórica para el pueblo del Ecuador*. Ecuador: Federación de Organizaciones Campesinas del Azuay (FOA), 2007.

Santos, Boaventura de, y Agustín Grijalva, eds. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1. ed. Quito, Ecuador: Abya Yala [u.a.], 2012.

Walsh, Catherine. «Interculturalidad, Plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político - epistémicas de refundar el Estado» 9 (01 de 2008): 132-51.

Sousa Santos Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del sur*, Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

Wolkmer Antonio y Wolkmer María Fátima, *Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el sur*, Coimbra: ALICE, 2015.

FUENTES NORMATIVAS

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, acción extraordinaria de protección], Gaceta Constitucional, 30 de julio 2014.

Capítulo II

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR: UNA RELACIÓN COMPLEMENTARIA ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Gabriela D'Ambrocio Camacho*³¹ ▪ *Esteban Donoso D'Ambrocio*³²

Sumario: I. Introducción. II. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno o Estatal. III. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Estatal Ecuatoriano: Cláusulas de articulación. IV. Una Aproximación al Concepto de Bloque de Constitucionalidad. V. El Bloque de Constitucionalidad según la Corte Constitucional del Ecuador. VI. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vs otros Tratados: Diferencias Relevantes a Considerarse para la Integración del Bloque de Constitucionalidad. VII. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto determinar en un primer momento, la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Estatal, a partir de los contenidos esenciales de las teorías monista, dualista y moderada, específicamente en lo que se refiere a la jerarquía normativa. En este sentido, el problema a dilucidar, es estable-

31 Diana Gabriela D'Ambrocio. Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales; Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República; Doctora en Jurisprudencia; Magíster en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia; Diplomada en Derecho Constitucional; y, Mediadora Profesional. Actualmente Estudiante del Ph.D. en la Universidad Católica de Argentina. Ex asesora de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia; y, docente de la Universidad Indoamérica, desde hace aproximadamente 13 años.

32 Esteban David Donoso D'Ambrocio, estudiante de segundo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

cer si el Ecuador se ha sometido a uno de los presupuestos teóricos antes señalados. Aplicando la investigación exploratoria y descriptiva, se puntualizan los mecanismos de recepción de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el sistema jurídico constitucional ecuatoriano, a través de las distintas cláusulas de articulación entre los dos derechos, que han reconsiderado vetustas teorías para dar paso a un reconocimiento complementario y pleno de los derechos humanos. Una vez establecida la forma en que se reciben las normas del *ius cogens* en el derecho interno, se realiza una aproximación al concepto del bloque de constitucionalidad considerando la doctrina y los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional del Ecuador. A continuación se establecen las diferencias entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vs otros Tratados, las cuales son relevantes para la integración del Bloque de Constitucionalidad, ya que no todo instrumento internacional es de aplicación directa e inmediata en el Derecho Interno. Finalmente se consignan las conclusiones encaminadas a destacar la relación de complementariedad entre el sistema jurídico nacional y el internacional, para garantizar la eficacia de los derechos humanos.

2. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno o Estatal

En la actualidad se reconoce al derecho internacional público, como el conjunto de normas internacionales que regulan las relaciones entre los Estados y demás sujetos que tienen personalidad jurídica y que forman parte de la comunidad internacional, como es el caso de las Organizaciones Internacionales, por lo que la responsabilidad es de carácter colectivo. La característica relevante del Derecho Internacional, es que sus normas surgen de la coordinación y acuerdo entre los diversos sujetos denominados Estados u organismos, sin que exista un mecanismo de aplicación coactiva del Derecho.

En cuanto al Derecho nacional o interno, cabe señalar que se constituye por el conjunto de normas, principios y reglas jurídicas,

autoridades, organismos, funciones³³, etc., que regulan las relaciones entre individuos con las instituciones, o entre estos con el Estado, existiendo una responsabilidad de carácter individual. Este derecho se caracteriza porque los preceptos normativos emanan de las instituciones y autoridades facultadas por la Constitución o la Ley para el efecto, razón por la que tienen el carácter de imperativas, es decir, deben ser cumplidas por sus destinatarios y en caso de no hacerlo, pueden ser impuestas mediante la aplicación coactiva.

En este contexto se evidencia que, los Estados al ser parte de una comunidad internacional, deben observar principios mínimos en las relaciones inter partes, a fin de garantizar una convivencia internacional pacífica, pero sobre todo están obligados a proteger los derechos humanos, tanto en el contexto interno como externo, para el efecto deberán adecuar su normativa a los estándares internacionales.

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno de un Estado, ha sido cuestión analizada desde la doctrina a través de dos teorías: la monista y la dualista. Estas teorías pretenden explicar temas como la escisión o unidad normativa, la incorporación de las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos internos y la jerarquía de las normas internacionales.

No obstante, frente al determinismo desarrollado por cada una de las referidas teorías, surgen las teorías moderadas, que lejos de crear una nueva filosofía orientadora, lo que hacen es tratar de morigerar los postulados de la viejas teorías, constituyéndose en un tipo de eclecticismo.

A continuación se establecerá de manera muy sucinta el eje transversal de cada una de estas teorías, a fin de tener una visión general en cuanto a su contenido.

33 En Ecuador las Funciones del Estado -pues ya no denominan poderes- son cinco a partir de la Constitución de 2008: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. Cfr. Constitución de la República del Ecuador, Título IV Participación y Organización del Poder, artículos 118 al 237, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

2.1. Teoría Monista

Kelsen³⁴ fue uno de los más notables exponentes que desarrolló la corriente monista con primacía del derecho internacional –objetivismo o normativismo universal– fundamentándose en su obra “La teoría pura del derecho”, con la cual pretendió superar lo que él llamó los “dualismos jurídicos”,³⁵ en los que se inserta el derecho internacional y el derecho nacional, otorgándole supremacía al derecho internacional, a través de la norma del *pacta sunt servanda*,³⁶ que basada en la conformidad de las voluntades, faculta a los miembros de la comunidad internacional a reglar su comportamiento recíproco, mediante la suscripción de tratados, lo que trae como consecuencia que el derecho nacional se encuentre subordinado a aquel. A partir de esta teoría Kelsen concibió la posibilidad de construir un orden jurídico universal, que promueva la paz.

Con relación a la unidad del derecho internacional y del derecho estatal, el autor afirma que “...existe una unidad epistemológica de todo el derecho, es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órganos jurídicos estatales particulares una unidad”³⁷. En este sentido refiere que el derecho internacional representa la aspiración de convivencia de los Estados a través de una norma jurídica universal que rija a todos los ordenamientos jurídicos internos.

En otra de sus vertientes, el monismo con primacía del derecho nacional, postula que el derecho internacional llega a regir en un

34 Hans Kelsen, fue un filósofo y jurista Austriaco de origen judío, que en su obra “*Teoría pura del Derecho*” establece el predominio absoluto del derecho positivo como orden normativo, otorgándole la característica de unicidad que deriva en la negación constante de los dualismos jurídicos.

35 Cfr. Fuentes, Edgar (Coord). *Hans Kelsen: Una teoría pura del derecho*. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. 2010. pp. 30-31.

36 Locución latina que significa “lo pactado obliga”. Al respecto “*La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”, en el artículo 26 al referirse a la observancia de estos instrumentos, señala “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Cfr. http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

37 Kelsen, Hans, Ob. Cit. p. 331

Estado por consentimiento de aquel, es decir por su expresa voluntad y se lo considera como un “derecho estatal externo”. A partir de lo manifestado, reconoce la existencia un solo conjunto de normas, sin que pueda entenderse al derecho internacional como un derecho distinto y autónomo, reflejando de esta manera un nacionalismo extremo.

2.2. Teoría Dualista

De su parte, la teoría dualista, desarrollada por Heinrich Triepel³⁸ y Dionisio Anzilotti³⁹, tiene un fundamento subjetivista, basado en la soberanía de los Estados y el voluntarismo estatal a través del mecanismo de conversión de la norma internacional en nacional, por lo tanto reconoce que el derecho internacional y el derecho interno son categorías independientes, autónomas, separadas y que cada una tiene su propio valor y ámbito de aplicación, en definitiva no se habla de un criterio de prevalencia.

En este sentido se afirma que los dos órdenes jurídicos no pueden llegar a confundirse, debido a que regulan a sujetos distintos y las materias tratadas o contenidos desarrollados son diferentes. Por lo tanto, el estado al estar dotado de “soberanía”, la validez del orden constitucional interno es autónomo y no depende de la adecuación o no con el derecho internacional.

No obstante, reconoce la posibilidad de que el derecho internacional se convierta en derecho interno y se aplique a los sujetos de un Estado –con el carácter de obligatorio–, si esa norma del derecho internacional es transformada en derecho interno, a través de los mecanismos de implementación libremente escogidos por los Estados, pero que de ninguna forma pueden anular o modificar el

38 Triepel, Heinrich, fue un filósofo y jurista nacido en Alemania cuya obra *“Les rapports entre le droit interne et le droit international”* (1923), constituye un hito en la interpretación de las relaciones del Derecho interno con el Derecho internacional.

39 Anzilotti, Dionisio, fue un jurista italiano y juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su libro *“Corso di diritto internazionale”*, Vol. I *“Introduzione e teorie generali”*, 3.ª ed., 1928, pone de manifiesto ser un defensor o promotor de la teoría dualista planteada por Triepel.

derecho nacional. Como se observa se trata de una teoría eminentemente estatalista que a través de la figura jurídica de la “conversión” -que es un acto de soberanía y expresa de voluntad del Estado- permite la aplicación de un derecho que previamente “transformado” deja de ser internacional para convertirse en nacional, con los límites que han quedado expuestos.

2.3. Teorías Moderadas o Coordinadoras

La teoría moderada desarrollada por Gustavo Adolfo Walz⁴⁰, Truyol y Serra⁴¹ y Dahm⁴², entre otros, establecieron un punto ecléctico al sostener que, si bien es cierto existe unidad normativa -lo cual torna imposible aplicar el criterio de subordinación sino una forma denominada coordinación-, las normas nacionales contrarias al Derecho Internacional debían conservar su vigencia hacia el interior de los Estados, pero sin dejar de lado que, dicha norma al no guardar conformidad con el Derecho Internacional, podría dar lugar a la responsabilidad estatal.⁴³

Alfred Verdross, desarrolló la teoría moderada, aceptando la crítica sustancial formulada hasta entonces por el monismo al dualismo jurídico, en el sentido de que es imposible la separación del Derecho Internacional del Nacional; no obstante, se aparta del monismo radical de Kelsen, al señalar que no es admisible el hecho de que toda norma nacional que sea contraria al ordenamiento internacional es nula.

40 Walz, Gustavo Adolfo, fue un abogado internacionalista de origen Alemán, en su obra *Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores* (1943), orienta su preferencia hacia el idealismo alemán, oponiéndose al positivismo jurídico de Hans Kelsen.

41 Truyol y Serra, Antonio, fue un jurista de origen alemán, pero de nacionalidad española, en su obra *Fundamentos del Derecho Internacional*, 4ª ed., Madrid, 1977, se refiere a las dos grandes tendencias respecto del fundamento del derecho internacional público; en este sentido analiza la voluntad estatal y la soberanía de los estados.

42 Dahm, Georg, fue un jurista alemán que en su libro *Völkerrecht* (1958), se refiere a la validez y formas de manifestación del derecho internacional, así como a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

43 Acosta, Paola. “Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. On *The interaction between domestic and international law*. Estudios constitucionales 14. Nº 1. 2016. p. 15-60 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>.

El autor al desarrollar esta teoría moderada, reconoce que es posible que se presenten conflictos entre los dos derechos, pero refiere que la existencia de una norma nacional contraria a la internacional, solo será válida dentro del Estado, pero tendrá naturaleza provisional, ya que la solución a la incompatibilidad entre distintos tipos de normas resultará siempre favoreciendo la coordinación con la norma del Derecho Internacional

De lo expuesto se evidencia que las teoría moderada desarrollada por Verdross, tiene como eje el concepto de unidad del mundo jurídico, a tal punto que llegó a proponer la creación de una Constitución mundial abstracta; y, en tal sentido afirma que no es posible concebir dos sistemas jurídicos independientes, esto es el nacional y el internacional, ya que ambos forman una unidad.

3. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Estatal Ecuatoriano: Cláusulas de articulación⁴⁴

En el Ecuador, la tradición jurídica legalista –entendida no desde la parte formal, sino desde la praxis– estableció la prevalencia de la ley inclusive por sobre la Constitución y otorgó muy poca relevancia al *ius cogens*, y a las demás fuentes del derecho como son las declaraciones internacionales, las convenciones e inclusive la costumbre, desconociendo por lo tanto las obligaciones que de estos instrumentos se desprenden. No obstante, con la expedición de la Constitución de 2008⁴⁵, se forjó una nueva perspectiva eminentemente garantis-

44 Dulitzky, Ariel E. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en: Abamovich Víctor; Bovino, Alberto y Courtis Christian (compiladores). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. CELS Centro de Estudios legales y Sociales. 1ª Edición. Editores del Puerto 2004. Buenos Aires. p. 33-50.

45 Siguiendo la doctrina internacional, se entiende por Constitución al “...orden jurídico fundamental del estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y de la permanencia. [...] Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de estos con el ciudadano (¡tolerancia!). las estructuras constitutivas a este respecto, como la ‘eficacia frente a terceros’ de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico

ta, que obligó a todas las funciones del Estado, particularmente a la Judicial, a reconsiderar sus horizontes, eliminando el reduccionismo aplicado hasta ese momento e instalando un enfoque sistémico, que tiene por objeto reconocer todas las fuentes del derecho -en la que se incluye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, bajo la premisa de la aplicación del principio *pro homine*.

En cuanto a la relación del derecho internacional de los Derechos Humanos con el derecho estatal o nacional, se debe señalar que el Ecuador no ha plegado a ninguna de las teorías mencionadas en líneas anteriores, sino que por el contrario, ha insertado en la Norma Suprema de 2008, dos reglas que resultan ser relevantes para determinar el alcance y operatividad de dicha relación: la obligación del Estado de observar en las relaciones internacionales, el respeto de los Derechos Humanos⁴⁶; y, el reconocer que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.⁴⁷

De esta forma, la Constitución de 2008 establece una relación de complementariedad entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, incorporando a su texto los derechos humanos que no constan de manera expresa, mediante dos vías o cláusulas de articulación:

La primera vía, tiene relación con la remisión a los instrumentos internacionales, es decir, la Constitución contiene normas expresas que nos remiten a los instrumentos internacionales -declaraciones, tratados, convenciones, convenios, opiniones consultivas en cuanto

general o las instituciones para prevenir abusos de poder (¿derecho de la competencia económica o antimonopolios!), se encuentran, sin duda, en sus comienzos, pero ya existen. La división de poderes como principio constituyente se convierte en tarea de la política jurídica. De ninguna manera se hace referencia exclusiva al 'esqueleto de las normas' sino que hay que incluir a la cultura y al ambiente políticos, las opiniones y prácticas que no son jurídicas en sentido estricto, en la 'sociedad' constitucional. P. Haberle, *El Estado Constitucional*. México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera reimpresión, 2003, pp. 3 y 4.

46 Constitución de la República del Ecuador. Art. 11.3 416.7, 417. 424, 425 y 426

47 Constitución de la República del Ecuador. Art. 425

interpretan la Convención Americana de Derechos Humanos- conforme lo señalan:

El artículo 11.3 de la Constitución de la República, que al desarrollar los principios de aplicación de los derechos, afirma que no solo los principios, derechos y garantías previstos en la Norma Suprema son de directa e inmediata aplicación, sino también los previstos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, nótese que no se hace una referencia limitada a los tratados internacionales, sino que la norma utiliza una categorización más amplia.

El artículo 11.5 *ibidem* que dispone la aplicación de las normas que favorezcan de manera efectiva la vigencia de los derechos y garantías reconocidos para las personas.

El artículo 84 *ut supra* prevé que “todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y a los tratados internacionales”, entendiéndose de derechos humanos, precisando que tal actuación es necesaria para garantizar la dignidad del ser humano; y,

Los artículos 424 y 426 de la Ley Fundamental, que en su orden disponen, la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y, su aplicación directa en caso de ser más favorables a las previsiones constitucionales. De esta forma se evidencia que en el Estado ecuatoriano se ha establecido esa relación entre el derecho nacional y el internacional, mediante cláusulas de reenvío, para favorecer la efectiva vigencia de los derechos y garantías de las personas.

La segunda forma de incorporar los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos al sistema jurídico nacional, tiene relación con el reconocimiento expreso de los derechos innominados, conforme lo prevé el artículo 11.7 de la Norma Suprema al establecer que “los derechos y garantías establecidos en

la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento". En este mismo sentido, el artículo 417 *ibídem*, dispone que en el caso de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, "se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, aplicabilidad directa y cláusula abierta".

De lo expuesto se concluye que los derechos humanos, superan las barreras de los textos constitucionales, por lo que en el caso ecuatoriano tenemos un catálogo normativo de protección muy amplio, a través de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, los mismos que son de aplicación directa e inmediata en el caso de que sean más favorables a los establecidos en la Constitución.

A partir de lo manifestado, el entendimiento se amplía para comprender que la Constitución de la República del Ecuador, es normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, son más numerosas que aquellas que se encuentran de modo expreso en el articulado de la norma escrita. Precisamente, el catálogo de derechos previstos en la Constitución de la República se incrementa, a partir de la remisión y el reconocimiento de aquellos que constan en instrumentos internacionales de Derechos Humanos o de los denominados derechos innominados, implícitos o no positivizados que derivan de la dignidad del ser humano.⁴⁸

48 Al respecto puede observarse que la Constitución de la República de Ecuador de 2008 en el artículo 11.7, al referirse a los principios de aplicación de los derechos, reconoce que no se podrá excluir "los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

4. Una Aproximación al Concepto de Bloque de Constitucionalidad⁴⁹

El instituto denominado bloque de constitucionalidad, juega un papel preponderante al momento de reconocer y garantizar los Derechos Humanos, pues una Constitución democrática que contenga un plexo normativo en favor de los derechos de las personas, se ve reforzado o complementado por los distintos tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, formando así un sistema universal de protección⁵⁰.

El concepto del bloque de constitucionalidad es doctrinal y por lo tanto su desarrollo no es unificado, de tal forma que algunos autores aluden al contenido sustancial de esta institución sin asignarle un carácter jurídico, sino más bien interpretativo, así por ejemplo un autor argentino señala que:

...la jurisprudencia de la Sala Constitucional en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio pro homine

49 En los términos simples utilizados por un autor colombiano, diremos que el Bloque de Constitucionalidad está conformado por el conjunto de normas –constitucionales y supraconstitucionales– que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico nacional, Cf. S. Estrada Vélez, *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 20062, p. 97. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y Otros vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, en relación con el bloque de constitucionalidad, ha expresado: “...Los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno [...] y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política”. Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en la acción de consulta de norma realizada por el doctor Álvaro Guerrero, juez segundo de garantías penales de Orellana, sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN, señaló: “Al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana...”.

50 Bidart Campos, Germán. “La interpretación del sistema de Derechos Humanos”, en Revista del IIDH. N° 19. Enero-Junio. 1994, p. 28.

como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional.⁵¹

Bidart Campos, otorga al bloque de constitucionalidad un carácter jurídico, al determinar que aquel debe ser utilizado para establecer si las normas que en la posición escalonada de la pirámide de Kelsen, se encuentran por debajo de la Constitución, guardan o no conformidad con aquel, al señalar que:

El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.⁵²

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que:

[cuando] un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

51 Manili, Pablo. El Bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino, Buenos Aires. La Ley. 2003. p. 120, citado por Osvaldo Gozaíni. en “El llamado ‘Bloque de la constitucionalidad’ a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones”, en XXVI Congreso colombiano de derecho procesal, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005, p. 673.

52 Bidart Campos, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires. Ediar. 1995. Pp. 265-267, citado por Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58

mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁵³

A partir de esta aportación de la Corte Interamericana, se ha llegado a reconocer –aunque no expresamente– el acogimiento de una teoría coordinadora con prevalencia del derecho jurídico internacional, ya que de la cita in examine se desprende que los jueces del Estado parte están sometidos no solo a cumplir con las disposiciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino a efectuar el control de convencionalidad de las normas nacionales, a fin de que no se opongan a las normas prevalentes.

En igual sentido se pronunció el entonces Tribunal Constitucional del Ecuador al señalar:

Al suscribir un país un tratado sobre derechos humanos, se compromete a respetar y a garantizar su ejercicio. Esta obligación supone que, en primer término, las disposiciones del derecho interno de un país no pueden contrariar a lo dispuesto en los tratados y, además, que los Estados no pueden argumentar que ese derecho no está reconocido expresamente en sus ordenamientos jurídicos; [...]. La suscripción implica el compromiso de los Estados de cumplir con todas estas disposiciones y que los jueces, en un caso concreto, deban fallar interpretando obligatoriamente estas normas y dándolas además una eficacia vinculante.⁵⁴

5. El Bloque de Constitucionalidad según la Corte Constitucional del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, invoca en varias de sus disposiciones a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como se analizará más adelante, lo relevante en este momento es, señalar que aquellos aparecen como como fuente de dere-

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

54 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 114-S, 27 de junio de 2007.

chos, junto con la Constitución, para determinar el contenido y alcance de los derechos y garantías. Además, es necesario señalar que en el derecho internacional se reconocen dos tipos de instrumentos internacionales: los convenios y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos. La analogía entre los dos en el marco constitucional nacional, es que regulan cuestiones relacionadas con los derechos humanos⁵⁵. Las diferencias tienen que ver con la forma de aprobación, ya que los primeros requieren ratificación, en el caso del Ecuador, a través de control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional; aprobación por parte de la Asamblea Nacional; y depósito del convenio o tratado; mientras que los demás instrumentos como las declaraciones o emisión de resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos requieren de suscripción.

El valor jurídico que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos, independientemente de cual sea su denominación –cuestión que no es relevante en el ámbito nacional, ya que todos los instrumentos forman parte del sistema jurídico ecuatoriano–, está claramente determinado en la Constitución, artículo 417 al señalar que se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Norma Suprema y para reforzar lo dicho, el artículo 426 de la Constitución determina: Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

Con relación a las opiniones consultivas, la Corte IDH se ha pronunciado en el sentido de que aquellas deben ser observadas por

55 Maino, Carlos Alberto Gabriel, propone una definición al señalar que “la mejor definición de derechos fundamentales que podría ofrecerse con el razonable afán de que sea aceptada por un auditorio amplio, no es aquella que refiera a la naturaleza humana o a alguna dimensión de la moralidad, sino aquella que describe a los derechos fundamentales por su ubicación en la Constitución y su función de aval de las pretensiones individuales o de colectivos minoritarios de la comunidad política.” Cfr. “Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: Aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy”, en *Derecho y Cambio Social*, Lima, Volumen 13, No. 43, 2016, p. 12.

los Estados, quienes están obligados a realizar el correspondiente control de convencionalidad, así en la opinión OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, la Corte estimó necesario recordar a los Estados lo siguiente:

que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.⁵⁶

Este organismo también ha referido en otra de sus opiniones consultivas, que las mismas obligan a todos los Estados miembros de la OEA, inclusive a aquellos que no son Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que a través del artículo 3 numeral 1 de la Carta de la OEA y artículos 3, 7, 8 y 9 de la Carta Democrática Interamericana, han asumido la obligación de respetar los derechos humanos, configurándose de este modo una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.

Como se puede apreciar, estos instrumentos jurídicos internacionales, al tenor de lo dispuesto en la Norma Suprema, son de inmediato cumplimiento y aplicables de forma directa en el Ecuador, por lo que inclusive las opiniones consultivas gozan de particular legitimación democrática porque, antes de emitir su opinión, de acuerdo con el artículo 62 numeral 1 del Reglamento de la Corte IDH, se notifica a todos los Estados parte de la CADH, a cualquier persona para que participe por escrito y en audiencia, luego de lo cual se hace un análisis exhaustivo del corpus iuris de derechos humanos sobre el tema de la consulta.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. 15 de noviembre de 2017, párr. 28.

La Corte Constitucional del Ecuador como máximo órgano de interpretación constitucional y administración de justicia en esa materia, en varios fallos ha analizado el bloque de constitucionalidad, expresando entre otros:

a) Que desde el punto de vista normativo, la Constitución rebasa su propio texto ya que las normas constitucionales son más numerosas que las constan en el articulado de la constitución escrita, reconociendo al bloque de constitucionalidad como el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de aquella, debido al reconocimiento expreso que realiza la norma Suprema y también por la vinculación que tienen con los Derechos Humanos, los cuales vienen a incrementar el catálogo normativo.

b) Que por disposición expresa de la Constitución, forman parte del bloque de constitucionalidad aquellas normas que no constan de modo explícito dentro de las normas positivas del texto constitucional formal, en virtud del más alto valor del Estado que es la protección de la dignidad humana.

c) Que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, forman parte del ordenamiento jurídico y por tal del llamado bloque de constitucionalidad.

d) Que el bloque de constitucionalidad implica reconocer que la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos constitucionales, se desarrollan en instrumentos jurídicos distintos a la Norma Normarum. En este sentido precisa que los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo y para explicar este contenido remite al artículo 11 numeral 7 de la Norma Suprema, reconociendo como fuentes de los derechos fundamentales la Constitución y los instrumentos internacio-

nales de Derechos Humanos, sin embargo precisa que aquellos no excluirán los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; y, continúa señalando lo siguiente:

138. Del texto constitucional se desprende que i) los derechos se encuentran en el texto de la Constitución; ii) los derechos se encuentran, además, en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, iii) los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como derechos innominados⁵⁷.

De los pronunciamientos realizados por el máximo órgano de interpretación constitucional y administración de justicia en esa materia, se puede concluir que en el ordenamiento constitucional nacional se ha incorporado el instituto denominado bloque de constitucionalidad, el mismo que se integra no solo por las normas jurídicas previstas en el texto constitucional, sino también por los tratados internacionales de Derechos Humanos, sin dejar de lado los derechos innominados, que son aquellos que no constan de manera expresa ni en el ordenamiento jurídico nacional ni en el internacional, pero que se relacionan con la dignidad de las personas; en tal sentido, el plexo normativo constitucional que tutela los derechos de las personas es bastante amplio, por lo que ahora se analizará tanto la recepción y jerarquía de tales normas en el sistema jurídico ecuatoriano.

Si bien es cierto las normas internacionales de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, este varía dependiendo de la recepción que la propia Constitución realice, no obstante lo manifestado, existe ciertos doctrinarios que promueven la idea de que este instituto existe sin necesidad de reconocimiento expreso por los órganos jurisdiccionales nacionales, en es-

57 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 11-18-CN-19 . Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Acción de Consulta de Norma presentada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta, en una acción de protección de derechos humanos, en relación a la compatibilidad de la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la Constitución Ecuatoriana.

pecial cuando se trata de integrar instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

6. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vs otros Tratados: Diferencias Relevantes a Considerarse para la Integración del Bloque de Constitucionalidad

La distinción entre Tratados Internacionales de Derechos Humanos y otros tratados internacionales que no forman parte de esta categoría, es imprescindible al momento de analizar la integración del Bloque de Constitucionalidad, más aun si se considera cual es el objeto de protección en cada caso.

El tratado internacional debe ser entendido como un acuerdo de voluntades, celebrado entre sujetos jurídicos del orden internacional, debiendo entenderse que la terminología genérica y amplísima de tratado incluye a todos los acuerdos entre tales sujetos, independientemente de la forma o denominación que adopten.⁵⁸ La Convención de Viena, define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.⁵⁹

En primera instancia se puede determinar que, en los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, los Estados partes persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-con-

58 Cfr. Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Editorial Espasa Calpe S.A. Editora Celia Villar. Madrid. 2002. p. 1395.

59 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fue suscrita el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980, con el propósito de codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y desarrollar el *ius cogens*. En 1986 se dictó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y su objeto fue complementar la anterior Convención de 1969, debiendo aclarar que la misma no tiene efecto retroactivo.

tratos.⁶⁰ En este sentido, los Estados, al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

Al respecto, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, teniendo en cuenta este necesario equilibrio entre las partes de un tratado, en el artículo 60 permite que el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de los Estados, sirva de base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos.

En el artículo 62 de la Convención, se establece que los cambios en las circunstancias ocurridos con posterioridad a la celebración del tratado, aunque no hayan podido ser previstas por las partes, no produce la terminación del tratado y tampoco permite a las partes retirarse, a menos de que se evidencien las condiciones previstas en la norma, lo que se conoce como la cláusula *rebus sic stantibus*.⁶¹

De lo expuesto se puede colegir que los tratados tradicionales buscan el equilibrio entre los intereses de los Estados, lo cual se materializa como una característica común de los tratados en general. Sin embargo, la situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los Derechos Humanos, pues no se puede considerar que el objeto de los Tratados que tutelan de manera específica estos derechos, sea equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados;

60 Los tratados-contrato son instrumentos que permiten la celebración de negocios jurídicos internacionales y, en este sentido, son la réplica de los contratos previstos en los ordenamientos jurídicos estatales o nacionales, por lo tanto crean obligaciones jurídicas concretas entre los Estados, de modo que, una vez cumplidos, pierden su virtualidad. Cfr. Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Editorial Espasa Calpe S.A. Editora Celia Villar. Madrid. 2002. p. 1396

61 La cláusula *rebus sic stantibus*, es un aforismo latino que puede ser traducido como “estando así las cosas” o “mientras continúen así las cosas”, su configuración original fue de carácter doctrinal, aunque en la actualidad se entiende que la tal cláusula ha sido prevista en el artículo 62 de la Convención de Viena, para afirmar que un acuerdo será aplicable siempre que se mantengan las circunstancias para la situación que se dictó, por lo que, se permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas, y previamente establecidas en la norma antes citada, se ha roto el equilibrio económico del contrato y a una de las partes le resulta imposible o muy gravoso su cumplimiento.

sino por el contrario, la finalidad de estos es establecer un orden público común a las partes, para garantizar la eficacia de los derechos humanos, es decir de las personas quienes son las destinatarias de tales normas.⁶²

Es decir, para que los convenios formen parte del bloque de constitucionalidad, es un requisito *sine qua non* que reconozcan o regulen derechos humanos.⁶³

En este contexto, los Derechos Humanos se conciben como el conjunto de principios y derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos y/o difusos, que buscan configurar una existencia digna para todas las personas, las mismas que podrán exigir el reconocimiento y promover el ejercicio de sus derechos sin discriminación⁶⁴ alguna, esto es, no se puede anular o

62 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a los Tratados de Derechos Humanos, ha enfatizado que dichos instrumentos: "no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", de 24 de septiembre de 1982, artículos 74 y 75, párr. 47. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "... los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano". Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Párr. 24. Finalmente, la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, señaló: "En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones". Reservas a la Convención sobre el Genocidio, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951, p. 23.

63 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401-2005, que al referirse a los Convenios de la OIT, señala que no todos forman parte del bloque de constitucionalidad, ya que se excluyen aquellos que se refieren a cuestiones técnicas o administrativas, y no a derechos humanos.

64 El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas por distintas condiciones individuales o colectivas, ha sido reconocida en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 11 numeral 2, que desarrolla los principios de aplicación de los derechos.

menoscabar su goce efectivo por cuestiones de etnia, lugar de nacimiento, edad, religión, nacionalidad, identidad sexual, cultura, estado civil, idioma, ideología, filiación política, pasado judicial, estado de salud, discapacidad, o cualquier otra distinción individual o colectiva, pues los derechos humanos se fundamentan en el principio de Universalidad.

De esta manera se puede evidenciar que por la propia naturaleza de los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos se encaminan a perseguir el bienestar común, mediante el establecimiento de derechos y garantías para los beneficiarios directos de la norma que son los individuos y no los Estados. Cabe recordar que los derechos humanos en su concepción moderna tienen su momento de auge, de mayor impulso, en una de las mayores tragedias en la historia de la humanidad que es la segunda guerra mundial, que frente a la atrocidad vivida en la época, fue necesario crear mecanismos de protección que frenen la violencia exacerbada y garanticen la dignidad y demás derechos del ser humano; uno de esos mecanismos fueron precisamente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Por lo tanto, en una convención de este tipo no puede hablarse de un equilibrio contractual entre los Estados, o de ventajas y desventajas individuales entre aquellos, pues como se dejó manifestado en líneas precedentes, los destinatarios finales de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no son los Estados, sino los individuos y en tal sentido, el incumplimiento contractual de una de las partes o *non adimplenti contractus*, fundado en el cumplimiento de obligaciones recíprocas y simultáneas, no es fundamento para excluir la responsabilidad internacional del Estado⁶⁵.

65 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en el artículo 60 regula de manera específica las violaciones graves a un tratado bilateral o multilateral que faculta a las partes a presentar la alegación de violación de un tratado, para solicitar su terminación o suspensión, sin embargo en el numeral 5 de la norma citada indica que tal regla no es aplicable a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

En consecuencia, la naturaleza particular de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, o mejor dicho, el objeto de protección constituido por las personas, justifica el tratamiento especial que diversas Constituciones le dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Queda claro entonces, que la recepción de un tratado internacional al interior de un Estado, va a diferir en cuanto a efecto y procedimiento, ya sea que se trate de un tratado internacional general o de un tratado de protección de derechos humanos, y sólo estos últimos formarán parte del Bloque de Constitucionalidad.

Con relación a la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, esta depende de las decisiones políticas desarrolladas al interior de cada Estado, que atienden distintos modelos o valores generalmente aceptados al interior de una sociedad, de tal forma que son los constituyentes lo que otorgan una determinada ubicación supraordenada a algunas normas jurídicas y colocan a las demás en una escala descendente.

Ahora bien, en el mundo se han reconocido tres sistemas regionales de protección de Derechos Humanos: el Interamericano, el Europeo y el Africano, encargados de promover y proteger los Derechos Humanos, a través de la aplicación de un marco normativo y procedimientos, a cargo de organismos internacionales de carácter regional, al cual se han sometido los Estados suscriptores.

El Ecuador, forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por lo que para fines del presente estudio, únicamente es necesario referirse a ciertos aspectos relevantes de aquel. Una vez realizada tal puntualización, compete señalar que tal sistema se integra por el conjunto de normas sustantivas y procesales, organismos y mecanismos de denuncia que, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), cumplen la función de promover y proteger los derechos humanos universales en América. Los datos históricos más relevantes son los siguientes: En abril de 1948, la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

hito que inicia formalmente el SIDH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada en 1959 como un órgano principal y autónomo de la OEA, reuniéndose por primera vez en 1960 e iniciando sus actividades en 1961, a través de visitas in loco para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. En el año de 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos; actualmente, la Comisión trabaja con fundamento en tres pilares básico a saber: a) El sistema de petición individual; b) El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros; y, c) La atención a líneas temáticas prioritarias.

En el año de 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada también como Pacto de San José de Costa Rica, que entró en vigor en 1978, reafirmando el propósito de consolidar las instituciones democráticas, la libertad personal y la justicia social, teniendo como eje transversal el respeto de los derechos esenciales del hombre. Esta Convención fue suscrita por Ecuador, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 8 de diciembre de 1977, definiendo en su texto los derechos humanos que los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y dar garantías para que sean respetados; y, estableciendo la obligación de los Estados partes de promover el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En 1979, esto es 20 años después de la aprobación de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como una institución judicial autónoma, con sede en Costa Rica, que tiene una doble función la jurisdiccional y la consultiva. La función jurisdiccional asignada a la Corte, le faculta a actuar como un Tribunal Internacional, al cual están sometidos todos aquellos Estados parte de la Convención que hayan reconocido la jurisdicción de la Corte, por lo tanto las decisiones asumidas por este organismo tienen el carácter jurídico vinculante. Por otro lado, la función consultiva consiste en que cualquier estado miem-

bro de la OEA, puede consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados.

7. Conclusiones

El último proceso constituyente del año 2008,⁶⁶ que reconoció al Ecuador como un "...Estado constitucional, de derechos y justicia...", aparece como un modelo post-moderno, concebido como la mejor y la más justa de las formas de estado posible, que intenta aplicar una nueva filosofía a plasmarse a través de un renovado texto constitucional, que impele a las autoridades administrativas o judiciales, públicas o privadas la aplicación directa e inmediata de la Constitución, reconociendo el Bloque de Constitucionalidad para la custodia de los derechos humanos, garantizando su vigencia y protección efectiva.

El referido Bloque de Constitucionalidad, adquiere relevancia en el reconocimiento de que el Ecuador al ser parte de la Comunidad Internacional, y pertenecer formalmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha suscrito varios Instrumentos Internacionales de Protección de "Derechos Fundamentales", los cuales deben ser asumidos como obligaciones Estatales de carácter internacional. Al respecto cabe señalar que, el Estado ecuatoriano no se ha inserto en ninguna de las concepciones teóricas formuladas hasta hace pocos años, para explicar la relación que debe existir entre el derecho Interno y el Derecho Internacional, es decir, las teorías monista, dualista y moderada, resultan no ser adaptables al modelo de Estado. Es por ello que la Constitución asume en su texto normativo, una relación de complementariedad entre el sistema jurídico nacional y el

66 Este último proceso constitucional en Ecuador comenzó con la elección de Rafael Correa como presidente de la República en enero del año 2007, quien en abril del mismo año convocó a una consulta popular para elegir una Asamblea Constituyente, moción que fue aceptada, por lo que el referido organismo procedió a redactar el proyecto de nueva Constitución, que fue aprobado por referéndum el 28 de septiembre de 2008 con el 64% de votos válidos con la siguiente demografía electoral: habitantes inscritos 9'754.883; votantes: 7'395.360; votos a favor 4'7222.065; votos en contra 2'075.754; votos nulo 533.684; y, votos en blanco: 55.071. (Datos obtenidos del Tribunal Supremo Electoral del Ecuador, publicados en Political Data Base of the Americas [en línea] <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Ecuador/refconst08.html> [consulta: 4 de abril 2009].

internacional, para garantizar la eficacia de los derechos humanos, reconociendo la aplicación directa e inmediata de los derechos previstos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Si bien el concepto mismo del Bloque de Constitucionalidad aún está en construcción, no se debe desconocer que la Norma Normarum ecuatoriana, ha pretendido garantizar la dignidad humana a través del reconocimiento de sus derechos, no solo mediante la aplicación directa e inmediata de la Constitución, sino de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos y de cláusula abierta. Este reconocimiento implica que, los derechos que no se encuentran formalmente contenidos en la Constitución de la República, pero que constan en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, se aplicarán de forma inmediata con primacía inclusive al texto constitucional, por disposición expresa de aquel.

La Constitución de la República, las normas que integran el bloque de constitucionalidad y las infraconstitucionales, son relevantes para el mantenimiento del orden social, el respeto de los derechos humanos y la garantía de eficacia de los mismos. Su función normativa y procesal, es evitar que se cometan actos de violencia, injusticia, discriminación, afectación de derechos u otros; y, en los casos en los que se haya verificado estos deleznable actos, la norma tiene la misión de investigar, sancionar y reparar las vulneraciones ocasionadas a las víctimas. Por tanto, la constitucionalización de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, representan la complementariedad del Derecho Interno con el Internacional, en pro de garantizar la dignidad humana y la eficacia de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Paola. *Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, en "The interaction between domestic and international law". *Estudios constitucionales* 14. N° 1. 2016. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>.
- Bidart Campos, Germán. "La interpretación del sistema de Derechos Humanos", en *Revista del IIDH*. N° 19. Enero-Junio. 1994.
- Bidart Campos, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires. Ediar. 1995, citado por Andrés Gil Domínguez, "El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58.
- Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Editorial Espasa Calpe S.A. Editora Celia Villar. Madrid. 2002.
- Dulitzky, Ariel E. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en: Abamovich Víctor; Bovino, Alberto y Courtis Christian (compiladores). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. CELS Centro de Estudios legales y Sociales. 1ª Edición. Editores del Puerto 2004. Buenos Aires.
- Estrada Vélez, S. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2006.
- Fuentes, Edgar (Coord). *Hans Kelsen: Una teoría pura del derecho*. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. 2010.
- Manili, Pablo. El Bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino, Buenos Aires. La Ley. 2003, citado por Osvaldo Gozaíni en "El llamado 'Bloque de la constitucionalidad' a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones", en XXVI Congreso colombiano de derecho procesal, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005.
- Maino, Carlos Alberto Gabriel, "Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: Aproximación a la luz del pensamiento

de Francisco Puy", en Derecho y Cambio Social, Lima, Volumen 13, No. 43, 2016.

Tribunal Supremo Electoral del Ecuador. *Political Data Base of the Americas* [en línea] <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Ecuador/refconst08.html> [consulta: 4 de abril 2009].

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "La Última Tentación de Cristo", Olmedo Bustos y Otros vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. 15 de noviembre de 2017.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

Constituciones y sentencias: Corte Constitucional / Tribunal Constitucional

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Ecuador, aprobada en Riobamba el 5 de junio de 1998 y publicada en el Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 11-18-CN-19 . Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Acción de Consulta de Norma presentada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta, en una acción de protección de derechos humanos, en relación a la compatibilidad de la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la Constitución Ecuatoriana.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401-2005. Referencia: expediente D-5355. Demandante: Carlos Ernesto Molina. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional del Ecuador. Consulta de norma realizada por el doctor Álvaro Guerrero, juez segundo de garantías penales de Orellana. Sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN.

Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional, publicada en Registro Oficial Suplemento N° 114-S, 27 de junio de 2007.

Capítulo III

**CREATIVIDAD Y DERECHO:
PUNTUALIZACIONES PEDAGÓGICAS
Y DIDÁCTICAS PARA LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE DEL DERECHO**

Milton Rocha Pullopaxi⁶⁷

*Hay algo interesante en la educación,
algo que no está en la instrucción;
la segunda, te puede dar un título y conocimiento;
la primera, le da corazón a todo lo que puedes saber.
El autor*

Resumen:

La propuesta planteada en este artículo académico no sólo pretende describir el proceso de enseñanza – aprendizaje que sucede en las aulas de las facultades de derecho, sino que plantea un reto más amplio al relacionar conceptos como creatividad y Derecho.

Para conseguir este fin, es necesario realizar una revisión de las propuestas pedagógicas y didácticas en la enseñanza del Derecho en un contexto de educación formal y de educación paralela siendo pertinente la aplicación de técnicas e instrumentos de metodología cualitativa que estarán guiados por la estratificación de sujetos que participan en este proceso, es decir, docentes, estudiantes, autoridades, y otros, que de

⁶⁷ Docente de Derecho – Universidad Indoamérica, Docente invitado en posgrados de Derecho. PhD(c) en Derecho – Universitat de Girona; Magíster en Derecho Constitucional – Universidad Andina Simón Bolívar - Ecuador; Especialista(c) en Gestión de la Calidad de la Educación – Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador. Abogado y Licenciado en Ciencias de la Educación – Universidad Central del Ecuador.

alguna forma inciden en la formulación curricular y práctica del Derecho.

Esto permitirá, en primer lugar, identificar los modelos más sobresalientes, la frecuencia de su empleo, y los resultados que se han obtenido a partir de sus experiencias; y, en segundo lugar, sugerir una propuesta viable, factible y coherente con la realidad ecuatoriana en tanto conocimiento de los derechos y su defensa.

Palabras claves: Enseñanza, aprendizaje, didáctica, pedagogía, Derecho, creatividad.

1. Aspectos generales de la educación

Previo a realizar una crítica a determinadas concepciones de modelos pedagógicos, es indispensable comenzar por establecer con claridad lo que significa la educación, aquello que muchas personas podrían comenzar a dilucidar como noción, definición, término, y hasta construcciones más elaboradas como una teoría, o algunos, un tanto más literatos y poetas, refiriéndose a ella como un ídolo, eje de inspiración de descripciones dolores, de luchas y hasta de fer-vientes alegrías. Es ese breve espacio que retomaremos casi al finali-zar este texto, por lo pronto se seguirá una línea técnica de descrip-ción conceptual.

La educación ha sido considerada uno de los pilares funda-mentales en el desarrollo de los Estados, sea en el plano cultural, tecnológico, técnico, científico y económico. Por educación la Real Academia Española, plantea lo siguientes significados: 1. f. Acción y efecto de educar. 2. f. Crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes. 3. f. Instrucción por medio de la acción docen-te. 4. f. Cortesía, urbanidad⁶⁸.

⁶⁸ *Diccionario de la lengua Española*, 23a ed. (España: Asociación de Academias de la Lengua Española ASALE, 2017), <http://dle.rae.es/?id=EiYm9np> En relación al término "educación" y sus acepciones.

Acepciones que comparten su evolución etimológica proveniente de la raíz indoeuropea *deuk* cuyo significado es guiar, posteriormente en la raíz latina *ducere* – *educare-educere* – que se diferencian porque la primera semánticamente expresa *sacar, de adentro hacia afuera, hacer salir*; mientras que la segunda se ha empleado para expresar que un se *saca a un sujeto de un estado*, se asignan medios por los cuales un individuo puede elevar su estado intelectual, físico o moral. Esto ha producido una serie de palabras por derivación como: educador, educando, educativo y educación.⁶⁹

Uno de los términos que se relacionan o se han considerado sinónimos de *educar* o que tiene trascendencia en el proceso enseñanza – aprendizaje ha sido “*estudiar*”. Partiendo de ese presupuesto hay que considerar un encuadramiento teórico que diferencie esos términos o en su defecto encuentre las similitudes, es probable que estudiar tenga que ver algo con educación y ello derivar en una comprensión de esa educación en la idea de lo jurídico.

Paulo Freire en el apartado del “Acto de estudiar” sostiene que “estudiar es una tarea difícil que requiere una actitud crítica sistemática y una disciplina intelectual que sólo se adquiere con la práctica. Esta actitud crítica es precisamente lo que no genera la educación bancaria”⁷⁰. Aquí se puede inferir dos enfoques sobre el acto de estudiar: 1) como un acto de disciplina ingenua; y, 2) como un acto liberador crítico.

Vinculado al término educación como elemento diferenciador de una educación bancaria, es la consideración de la criticidad, lo no ingenuo, creatividad, experiencia-práctica, pertenencia o sentimiento liberador.⁷¹

Aquí un punto importante, para responder a la pregunta de ¿cómo se manifiesta la educación en lo jurídico? lo primero, una di-

69 Joan Corominas, *Breve diccionario etimológico de la Lengua Castellana*, 3a ed. (Madrid: GREDOS, 1987) En relación al término “educación”.

70 Paulo Freire, *La Naturaleza Política de la Educación*, 1a ed. (Barcelona: Paidós, 1990), 29.

71 Freire, 29–33.

mención de la educación es el acto de estudiar (práctica) misma que ha de manifestarse como liberadora o de dominación. Por lo tanto, de manera deductiva se ha de entender que esa expresión también está reflejada en la educación en Derecho o estudiar Derecho.

Lo jurídico como se ha mencionado no está aislado de la realidad, sino que forma parte de las estructuras de la formación social⁷² y se va insertando a manera de sentido común. De ahí que el acto de estudiar es una actitud frente a la realidad, es una toma de postura frente al mundo en que vivimos.

Educar –y su dimensión práctica– estudiar, implican condiciones como: “a) el lector debe asumir el rol de sujeto”; b) “... es una actitud frente a la realidad”; c) “El hecho de estudiar un tema específico nos exige, cuando es posible, estar familiarizados con una determinada bibliografía...” d) “... supone una relación dialéctica entre el lector y el autor, que se refleja en los temas tratados”; e) “exige modestia”.

“El acto de estudiar no debería medirse según la cantidad de páginas leídas en una noche, o el número de libros leídos en un semestre. Estudiar no es consumir ideas, sino crearlas y recrearlas”⁷³

A continuación, se pautan algunas ideas que podrán considerarse como esquema teórico sobre educación y más precisamente sobre educación en lo jurídico:

El primer elemento es la consideración de la cultura como orgánica donde existen actores de poder que concentran el mismo para ejercer autoridad (dominación). Esto tiene una consecuencia directa denominada homogeneidad o hegemonía, una conciencia que se inserta en varios ámbitos de la estructura como lo económico, pero también en la superestructura como lo social y político.

72 Kuttler Wolfwang, “Formación Social (Gesellschaftsformation)”, *Marx Ahora*, no 37 (2014): 156–69.

73 Freire, *La Naturaleza Política de la Educación*, 32.

Relacionado a la cultura y política, cabe destacar que cuando contextualizamos la educación en una profesión o trabajo – como es el caso jurídico – se fijan las bases de la función del Estado sobre la educación. Para Gramsci “El Estado no es solamente una fuerza de coerción y represión, sino también un aparato de civilización que trata de difundir una concepción del mundo conforme a los intereses de las clases que representa”⁷⁴. Esto conlleva a la idea de que la hegemonía tiene una estrecha relación de política y educación – cultura.

Para Gramsci “Toda educación auténtica tiende a formar una personalidad completa, capaz de orientarse lúdica y críticamente dentro de su mundo; por ello, ha de culminar en la filosofía. Pero no una filosofía de élites apartadas de la vida popular; no hay filosofía verdadera sin proceso de socialización cultural.”⁷⁵

Concertados que han sido algunos puntos críticos de la educación vinculada como un hecho social, atravesado por la idea de poder –como hegemonía y subordinación – además de la configuración de las formaciones sociales – estructura y super estructura– es preciso comenzar a hacer una revisión de los modelos pedagógico o de educación para ir más directo al acto de educar o estudiar el Derecho o también la educación en la idea de lo jurídico, entendiendo este último como un fenómeno⁷⁶.

2. Modelos pedagógicos: mirada desde distintas perspectivas

Para hablar de modelos pedagógicos, es necesario remitirse a sus implicaciones como parte de las teorías del aprendizaje. En general, se puede señalar como principales teorías los aportes de B.F.

74 Antonio Gramsci, *Educación y sociedad*, 3a ed. (Lima: Tarea, 1987), 21.

75 Gramsci, 37.

76 Milton Enrique Rocha, “Propuesta de esquema del Constitucionalismo del Buen Vivir como categoría de análisis”, en *Derechos en la Constitución ecuatoriana: Aportes desde la multidisciplinariedad*, 1a ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020) Apartado del fenómeno jurídico como una concepción nueva del Derecho Constitucional y que invade otras disciplinas de manera transversal, entre ellas, la educación.

Skinner⁷⁷ en el conductismo; Jean Piaget⁷⁸ sobre las teorías constructivistas; Bruner J⁷⁹, Ausubel D⁸⁰, Sternberg R⁸¹, Glaser R⁸² sobre el cognitivismo desde una perspectiva psicológica contemporánea; Ausubel D⁸³ centrado en el aprendizaje significativo; Rogers⁸⁴ y Maslow⁸⁵ en tendencias humanistas; Vigosky L⁸⁶, Leontiev A y Luria A,⁸⁷ a través del enfoque histórico– cultural o socio histórico; y, Feuerstein R⁸⁸, con su teoría de la modificabilidad estructural cognitiva.

3. Conductismo

La idea central de esta teoría se sitúa en el constante *estímulo – respuesta*; por lo tanto, el aprendizaje era el resultado de esta relación y la repetición, era el mecanismo que aseguraba un aprendizaje con mayor rendimiento a medida de la aplicación de refuerzos.

77 B. F Skinner, *Sobre el conductismo* (Barcelona: Fontanella, 1977).

78 Jean Piaget, *La toma de conciencia* (Madrid: Ediciones Morata, 1976); Jean Piaget, *El estructuralismo* (México, D.F.: Publicaciones Cruz O. : Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Publicaciones, 2002); Jean Piaget y Bärbel Inhelder, *Psicología del niño* (Madrid: Morata, 1980).

79 Jerome S Bruner y Alejandra Devoto, *La importancia de la educación* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1987).

80 David P Ausubel y Roberto Helier, *Psicología educativa: un punto de vista cognoscitivo* (México: Trillas, 1982).

81 Robert J. Sternberg, ed., *Handbook of human intelligence* (Cambridge [Cambridgeshire] ; New York: Cambridge University Press, 1982).

82 Robert Glaser, “Programed Instruction — A Behavioral View”, *American Behavioral Scientist* 6, no 3 (noviembre de 1962): 46–51, <https://doi.org/10.1177/000276426200600313>.

83 David Paul Ausubel, *Adquisición y retención del conocimiento: una perspectiva cognitiva* (Barcelona [etc.: Paidós, 2009).

84 C. Rogers, *Freedom to learn: Aview of what education might become* (Columbus: Merrill, 1969); Carl R Rogers, *El proceso de convertirse en persona: mi técnica terapéutica* (Barcelona: Paidós, 2009).

85 Abraham H Maslow, *Motivación y personalidad*. (Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2008), <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3175660>; Abraham H Maslow, Deborah C Stephens, y Gary Heil, *El management según Maslow: una visión humanista para la empresa de hoy* (Barcelona: Paidós, 2005).

86 Lev Vigotsky, *Teoría de las emociones: estudio histórico-psicológico*, 2014, <http://site.ebrary.com/id/10877003>; Lev Semenovich Vigotsky, *Pensamiento y lenguaje: teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas* (México: Quinto Sol, 2008).

87 Aleksandr Romanovich Luria et al., *Psicología y Pedagogía* (Madrid: Akal, 2009).

88 Reuven Feuerstein y International Center for the Enhancement of Learning Potential, *The Dynamic Assessment of Cognitive Modifiability: The Learning Propensity Assessment Device, Theory, Instruments and Techniques* (Jerusalem: ICELP Press (International Center for the Enhancement of Learning Potential, 2002).

El rol docente se centraba en el uso de recursos técnicos y tecnológicos conductuales, principalmente aquellos que se referían al refuerzo positivo; y, en menor medida, la aplicación de refuerzos negativos como el castigo.

En ese sentido, el enfoque se caracterizaba por un proceso de enseñanza estandarizado; el rol docente se limita a la ejecución de diseños rígidos; el estudiantado sólo reproduce el conocimiento, no tiene iniciativa y el aprendizaje es considerado una obligación ajena a su formación personal.

4. Constructivista

A diferencia del conductismo, el rol docente se modifica por un ser más comprometido con el desarrollo de la autonomía del estudiantado; para ello, debe conocer sobre los estadios cognitivos, el aprendizaje operatorio y sus implicaciones con la finalidad de crear un ambiente de confianza que propicie un proceso de enseñanza-aprendizaje donde el estudiantado pueda plantearse problemas y resolverlos de manera más autónoma.

En esa línea, el docente reduce su autoridad y dependencia entre las partes del proceso educativo, sin que sea necesario el uso de la estrategia recompensa – castigo como algo constante en su relación; sino para promover la construcción autónoma de conocimientos y valores.⁸⁹

Esta teoría mira al ser humano como centro, por lo que el conocimiento es producto de su interacción y adaptación; así, no sólo cambia su conducta, sino su estructura interna para interpretar la información que recibe del entorno creando un conocimiento específico y propio – no es una reproducción.

Los mecanismos que contribuyen a la construcción del conocimiento según esta teoría, son la asimilación y la acomodación, que

89 Solo en caso de que sean necesarias, se aplican sanciones por reciprocidad Piaget (1985) "no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti" el límite de los derechos, o el respeto mutuo en general.

interactúan a manera de dicotomía. La asimilación adapta lo externo a la estructura interna –procesos mentales–; mientras que la acomodación, adapta las estructuras mentales internas a los estímulos externos. En otras palabras, el sujeto que aprende, internaliza su relación con el medio creando estructuras mentales progresivamente desde un estado sensorio motriz hasta el pensamiento lógico formal.

Debido a que concibe al ser humano como un organismo que aprende, esta teoría se circunscribe al reconocimiento interdisciplinario de la interacción entre biología, psicología y pedagogía.

5. Psicología cognitiva contemporánea

La psicología cognitiva nace como respuesta a la creciente ola de neo conductismo, centrada en explicación de lo cognitivo como medio para las modificaciones conductuales.

Para esta teoría, el docente debe incorporar estrategias que representen un aprendizaje significativo, creando situaciones de mayor participación del estudiantado, incentivando el descubrimiento, por lo que propicia la experimentación, reflexión y retroalimentación.

6. Aprendizaje significativo

Este concepto es creado por Ausubel para diferenciarlo del aprendizaje tradicional que fija su objeto en la repetición. Para Ausubel, el aprendizaje significativo no consiste en sólo en la repetición y memorización, sino que entran en juego aspectos cognitivos conjugados con los conocimientos pre existentes en el sujeto que aprende para la configuración de nuevos conocimientos.

Al conocimiento previo, se lo denomina organizadores previos desde los cuales se hacen relaciones de contenido, donde el punto de partida para el aprendizaje es el estudiantado considerando su estructura mental y jerarquía de conceptos que han de relacionar-

se con los nuevos contenidos a través del proceso de diferenciación progresiva y reconciliación integradora.

La diferenciación progresiva consiste en la alimentación y crecimiento de significados sobre un concepto; mientras que la reconciliación integradora incorpora nuevas relaciones entre conceptos. Estos procesos, necesitan de un ambiente adecuado cuyas condiciones mínimas sean: materiales diseñados con pertinencia en la lógica y jerarquía de conceptos según las características psicológicas del estudiantado.

7. Tendencias humanistas

A diferencia de las anteriores teorías, éstas se centran en el estudiante como un ser humano que tiene necesidades y potencialidades tendientes a su autorrealización en el marco de un ambiente o clima adecuado basado en la comunicación.

El docente tiene por misión, trasladar la información conociendo las características del estudiante, las necesidades como ser humano y sus principales intereses, que lo guíen a un proceso de auto aprendizaje; por lo tanto, no se limita el material didáctico, sino que éste debe maximizarse en la medida del alcance del estudiantado.

En ese sentido, el docente ha de preocuparse por diversas formas de enseñanza – aprendizaje, alternativas educativas, incentivar la cooperación, tener empatía, alejarse de posturas autoritarias. Se busca una formación no predeterminada que nazca desde el sujeto que aprende enmarcado en el sentido de humanidad como especie. Se aprende para ser persona –humano–, y para conocer y tener habilidades.

Las tendencias humanistas ponen de relieve la importancia de atender las diferencias individuales, la subjetividad en los roles ante la vida, el dinamismo y flexibilidad en el aprendizaje;

8. Histórico-cultural

También conocido como enfoque socio histórico, nace como alternativa epistemológica para explicar el proceso del conocimiento humano fundamentado en las siguientes ideas:

El conocimiento humano es producto de su psiquis en el tiempo, siendo parte de su naturaleza histórico social, que le ha permitido desarrollar la sociedad.

Lo psíquico de naturaleza histórica social, la producción, la transformación de la naturaleza y del ser humano mismo, es fundamental en el desarrollo psicológico humano, pero al mismo tiempo, las herramientas creadas en el tiempo además de la interacción con el medio forman la cultura. En otras palabras, esto es un proceso biológico históricamente condicionado.

La interiorización a la que se refiere Vygotsky, difiere de la de Piaget en tanto, no es solo un proceso de lo externo hacia lo interno, sino que sucede en un plano social, surge de la interacción de las relaciones sociales a través del lenguaje como principal instrumento.

El resultado pedagógico, es un sujeto que aprende creativamente como parte de su actividad en la que asume su experiencia cultural (histórico-social) dialécticamente, porque su aprendizaje se ve reflejado en sus actividades, en el modelo educativo, en los conocimientos de la ciencia, y en la interacción social que realimenta la producción y reproducción de saberes.

Por lo tanto, la enseñanza está compuesta por ideas y valores, que han sido consecuencia de las condiciones socio históricas en una sociedad determinada. Se espera el crecimiento personal como social a través de la revalorización del sujeto, sus condiciones internas y externas; y, sus interacciones dialécticas en las relaciones humanas. Esto se refiere a que la educación no sólo pertenece al ámbito formal, sino que se construye y transforma desde el individuo, la familia, la comunidad y la sociedad.

El aprendizaje se traduce en un proceso de asumir la experiencia socio-histórica que permite el desarrollo de la personalidad del individuo en sociedad, por medio de la participación constante. Mientras que la enseñanza, tiene por finalidad orientar el anterior proceso con la finalidad de que el ser humano logre el crecimiento personal y contribuya a la transformación de la sociedad. El rol de orientador y facilitador proviene de la incorporación de concepto de “zona de desarrollo próximo” de Vygotsky como aquel espacio existente entre lo que puede aprender un sujeto por su cuenta, y lo que no puede hacerlo sólo sino con la ayuda.

9. Modificabilidad estructural cognitiva

Esta teoría considera al ser humano como un ente biopsicosocial que está sujeto a modificaciones a través de la medicación del aprendizaje para conseguir la adaptación en el medio.

Se caracteriza por centrarse en la persona, el acompañamiento al proceso que crece a la medida de la complejidad y la abstracción, incentiva el auto descubrimiento y auto eficacia, facilita la aplicación de conceptos básicos, promueve el pensamiento divergente, busca el liderazgo; y, manejo de información para la sociedad del conocimiento a través de la solución de problemas.

Las estructuras son formas de “sentir, vivir, convivir y trascender”. La finalidad, no consiste en que se cambie al individuo, sino en darle las herramientas que viabilicen su transformación propia (estructuras cognitivas).

Para esta teoría, los mediadores son estímulos justificados en el aprendizaje significativo, las estrategias cognitivas, meta cognitivas y la motivación intrínseca.

10. Modelo educativo en el proceso de enseñanza – aprendizaje en el Derecho

Los modelos son esquemas teóricos, o representaciones organizadas que sirven de referencia para su mejor comprensión y aplicación en una realidad concreta. Esta idea, incorpora un conjunto de lineamientos que han de seguirse y reproducirse en la educación dependiendo de la teoría a la que se adscriba como proceso de enseñanza – aprendizaje.

A nivel estatal y social, los modelos se producen como estándares de los “idóneo” para una sociedad determinada. El Estado desde su institucionalidad promueve y aplica políticas públicas tendientes a incorporar modelos educativos, esto se ve reflejado en la planificación nacional, los planes y programas de educación, los proyectos de acción; y todo quehacer del ministerio a cargo, secretarías y direcciones que han de ejecutar y evaluar sus avances en las instituciones educativas del país.

Por otra parte, un modelo educativo puede reproducirse con mayor particularidad en una institución educativa porque ésta se adscriba a una línea de pensamiento, por lo tanto, habrá un proceso de enseñanza – aprendizaje más o menos satisfactorio y concordante con las ideas de la institución.

Finalmente, a nivel individual, la práctica constante de un docente puede verse sujeta a su propia percepción del modelo a emplear en sus clases, aun cuando tenga lineamientos específicos desde la institución donde trabaja o desde la formulación estatal.

La justificación que encuentra el Estado en cierto tipo de educación, estará amparada por el goce de su soberanía, que vista desde su Constitución incluye el espíritu constituyente manifestado en elementos constitutivos, diseño organizacional y de poder, fines, derechos y garantías. Por lo tanto, la educación ha de ser reflejo del carácter axiológico de la voluntad de un pueblo.

Esto incluye, como en el caso ecuatoriano el laicismo, que es la justificación de una educación más libre; y por otra parte, la libertad de cátedra, que individualmente permite a un docente impartir sus asignaturas en la forma y modo que mejor crea.

En el caso de la educación, el límite de aplicación de un modelo serán los demás derechos y los mecanismos que se empleen para evitar vulneraciones, abuso de poder y exclusiones.

Anteriormente, se ha señalado las generalidades de las teorías de educación, y en este punto, es necesario realizar consideraciones de sus relaciones con el Derecho como objeto del proceso de enseñanza – aprendizaje; es decir, que para los fines de este artículo, el Derecho es una disciplina, parte de las ciencias sociales, que se presenta como un conjunto de conocimientos sobre las teorías, principios, leyes, y reglas que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales, y también de carácter internacional.

Lo más práctico es aterrizar en los programas curriculares, planificaciones anuales y de clase, para dar cuenta sobre el diseño que utiliza cada institución y a qué modelo educativo se encuentra más emparejado. Pero antes de un análisis exhaustivo, ha de ser imprescindible, brindar elementos de análisis que den cuenta de esta afirmación en futuras investigaciones de campo.

11. Conductismo en la enseñanza del Derecho

Un modelo de enseñanza - aprendizaje conductista en área de Derecho, ha de ser aquel, que se base en la clase tipo magistral, donde el alumno se ve expuesto a información que tendrá que aprenderse de memoria. Esto no es raro, sino común en la enseñanza de leyes, debido a que en su mayoría, los textos están escritos a manera de reglas (enunciados que cumplen con causa y consecuencia específica), o con definiciones que no pueden ser más que interpretadas en su sentido literal.

La crítica al conductismo sobre este tipo de aprendizaje, considera que el estudiante se siente ajeno a su formación profesional, pero en el caso del Derecho, el conocimiento de leyes con enunciados que han de aplicarse en su sentido literal ha tenido un fuerte impacto en la profesión (interpretación exegética o literal), la consecuencia se traduce en un profesional legalista que reproduce su conocimiento de manera rígida, sin cuestionamientos, se guía por “el imperio de la ley” como fuente que conoce, repite y ejecuta.

Un docente de Derecho conductista tendrá en su programa de estudio, una mayor cantidad de contenidos que se refieren únicamente a la ley y sus artículos; el desarrollo de las clases, tendrá una tendencia monótona de clase magistral ausente de participación espontánea del estudiantado, las evaluaciones se concentrarán en el contenido de los artículos o definiciones textuales de un libro, ley u otro instrumento jurídico.

Aunque se dificulta observar el ejercicio de autoridad en una clase, se puede deducir del programa de estudios, de las tareas encomendadas al estudiante, y de las evaluaciones, que se actúa con mayor o menor actividad. Se han visto casos de tareas, en las que se envía a estudiantes a transcribir artículos de leyes, las clases magistrales, el texto de algún autor; o, control de lecturas que son simplemente invocación de algún artículo.

La tendencia conductual, también se refleja en el uso de materiales didácticos; con anterioridad, era común observar docentes solamente leían el contenido de la ley (recitaban) sin hacer hincapié en alguna experiencia, comparación, analogía, metáfora, un caso, o su justificación; actualmente, esto se replica con dispositivos tecnológicos como los proyectores y el uso de diapositivas que son copia exacta de un texto que no es desarrollado por el docente en clase, sin reflexión alguna.

12. Constructivismo en la enseñanza del Derecho

El enfoque constructivista para la enseñanza del derecho, no es tan imprescindible en sus consideraciones teóricas debido a que su principal autor (Piaget) centra su labor en la explicación de los estadios cognitivos en el desarrollo del ser humano, esto es, desde que nace hasta la edad adulta; por lo tanto, en un sentido de educación formal, un docente que imparta esta asignatura o se desempeñe en una facultad de Derecho o jurisprudencia, no tomará en cuenta el desarrollo cognitivo y los procesos mentales que van apareciendo en el ser humano a medida que crece.

Si se refiera a la formación como profesional del derecho, sólo interesa el manejo de los procesos mentales de la lógica formal superior. Conocer sobre estos aspectos es fundamental para un docente, por lo tanto, ha de buscar en los estudiantes formas de pensamiento reflexivas, lógica proposicional, razonamiento científico, razonamiento combinatorio; y, razonamiento sobre probabilidades y proporciones.

Un docente de derecho ha de mostrar en su programa de estudios anual, mensual, semanal o de clase, un mayor compromiso por brindar a los estudiantes herramientas con las que puedan emplear estas operaciones lógico-formales. En la lógica proposicional ha de planificar metodologías y estrategias de argumentación jurídica donde se emplee la inferencia a través de premisas. Esto puede encontrarse en el planteamiento de problemas jurídicos a través de casuísticas que permitan defender un punto de vista.

El razonamiento científico, aparece como hipotético-deductivo, más allá de la inferencia, éste busca la comprobación de las hipótesis. El rol docente de Derecho, consiste en brindar situaciones en la que los estudiantes puedan formular hipótesis o predicciones, probar si se cumplen aun cuando se modifiquen las variables; por lo tanto, ha de abordar la problemática de manera sistemática (observar todas las combinaciones). En este particular, el uso del estudio

de casos según sus variaciones comprobarán o no una situación hipotética de Derecho; como por ejemplo, en lo penal.

El razonamiento combinatorio, de probabilidades y proporciones dependen mucho del método que se emplee para resolver un problema. El programa de enseñanza en Derecho, según el constructivismo debe contener estrategias y métodos que permitan al estudiante proyectar cualitativamente y cuantitativamente si hay éxito entre la aplicación o no de un método. Esto puede presentarse en el uso del estudio de casos o el juego de roles sobre un litigio legal, también podría verse reflejado en algún tipo de proyecto de las tres funciones sustantivas de la educación superior: docencia, investigación y vinculación, es decir, si hay algún nivel de investigación interrelacionado con las otras dos funciones, sea cual sea el nivel de profundidad, pero sobre todo en niveles explicativos y correlacionales⁹⁰.

La planificación de la enseñanza debe contener elementos metodológicos mucho más claros que con el conductismo, establecer las estrategias según el proceso lógico formal a trabajar y el apropiado para el estudiante. Con eso se reduce la autoridad del docente y se incrementa el compromiso y participación del estudiante sin que sólo sea una repetición o reproducción del conocimiento sino que ya se lo procesa de distintas maneras. El resultado es un abogado técnico que puede razonar en Derecho para resolver los problemas lógicos derivados de sus situaciones; por lo tanto, adaptará el nuevo conocimiento por asimilación y acomodación.

13. Cognitivismo en la enseñanza del Derecho

A diferencia del constructivismo de Piaget que explica más el proceso operacional del ser humano, los cognitivistas centran su atención en el sujeto que aprende y ese proceso a través de estrategias como el aprendizaje significativo y por descubrimiento.

⁹⁰ Es un tanto extraño encontrar estudios que se realicen en Derecho que involucren alto grado de complejidad de uso de estadísticas duras, pero existe al mismo tiempo una tendencia de estudios multi-inter y transdisciplinarios en los que podrían verse más comprometidas estas habilidades lógico formales.

El programa de estudios con base cognitivista tendrá actividades que consideren el conocimiento previo del estudiante frente al nivel de conocimiento que va a recibir; por lo tanto, el contenido de estudios debe estar organizado en un calendario de manera progresiva desde básico hasta lo más complejo. El conocimiento del Derecho según su ámbito específico debe viabilizar el crecimiento de significados de un concepto y su futura integración en nuevas relaciones.

Una clase que no considere los conocimientos previos y las experiencias de los estudiantes, se aleja de un proceso de aprendizaje más fructífero. Como estrategias adecuadas según el público (estudiantes) se puede emplear: las historias de vidas, los relatos de situaciones concretas, narración de cuentos que hacen referencia a una situación parecida en Derecho, etc. Estos son los organizadores previos que preparan el terreno para el nuevo conocimiento.

Las evaluaciones y retroalimentación pueden partir de parámetros que consideren la experiencia con lo que se ha aprendido en una determinada asignatura.

14. Tendencias humanistas en el Derecho

Varias de las teorías humanistas apuntan al rol restringido de la educación a la relación docente-estudiante- conocimiento- habilidades. Al considerar al estudiante como un ser humano con necesidades y potencialidades, la educación busca su autorrealización, por lo tanto es más individualizado.

En este sentido, la enseñanza del derecho debe establecer en su programación elementos axiológicos y conceptuales sobre la realización del individuo como persona dentro de la comunidad – *humanidad*–, por lo tanto, además del contenido teórico y práctico propio de la materia, ha de mostrar como ejes transversales o valores enfocados en la subjetividad del individuo, su rol en la sociedad, en la vida, etc.

Un docente no ha de perder la oportunidad de relacionar el contenido conceptual con aquello que le permita al estudiante ir más allá de ser un profesional, a ser un buen ser humano.

15. Lo histórico-cultural en la enseñanza del Derecho

Los procesos mentales o psíquicos son producto de la naturaleza histórico social, por lo tanto, el proceso de aprendizaje no es individualizado en la relación docente-estudiante-conocimiento/saberes, sino que sucede en lo social. El ser humano viene dotado de percepción, memoria, resolución de problemas (creatividad) que se van incrementando en la medida de la interacción y uso de los instrumentos creados por el ser humano en la historia y su desarrollo como sociedad o cultura; uno de esos instrumentos es el lenguaje, u otros sistemas codificados como la escritura, el arte, y demás invenciones.

Estos instrumentos se incorporan en los pensamientos por medio de la interacción social que produce el conocimiento, y no se consigue de forma individualizada. Importa las relaciones recíprocas y de acción comunicativa entre los integrantes de una comunidad. Lo innato como la resolución de problemas –creatividad–, atención, memoria y percepción consiguen llegar a funciones superiores de pensamiento como resultado de la interacción social (desarrollo cognoscitivo).

Las funciones inferiores vienen con el ser humano, mientras que las superiores se adquieren y extienden por la interacción con la familia, la comunidad, los colectivos, y la sociedad en general.

Para este enfoque, en la enseñanza del Derecho, no basta con la educación formal –instituciones educativas– sino que el hecho de aprender se expande en distintas posiciones y dimensiones. Se puede aprender en las facultades de Derecho, como se puede aprender desde las diversas situaciones más próximas al entorno del estudiante de como su familia, comunidad y la sociedad en general. A esto, habrá que agregar que la idea de derecho como disciplina se

encuentra en la calificación de instrucción frente a educación con un significado más amplio.

Las posiciones y contextos donde sucede el proceso de enseñanza- aprendizaje del Derecho, no se limitan a una profesión, sino a lo que sucede en el plano social. Esto quiere decir, que si en un grupo social, la idea del Derecho es distinta, la forma de aprenderlo, entenderlo también lo serán. Las herramientas e instrumentos (como el lenguaje) reflejados en la cultura modificaran las funciones mentales del sujeto que aprende. En síntesis, tendremos una persona con una visión del Derecho occidental, otra oriental, otras indígenas, andina o del sur, etc.

Esta perspectiva socio cultural, tiene importancia porque pone de manifiesto las diferencias, no sólo a nivel superficial como los rasgos étnicos somáticos, sino las del pensamiento, de las formas de ubicarse en el mundo ante objetos o sujetos, de las percepciones y las representaciones sobre la realidad, y del conjunto de valores o fines que persiguen.

Los programas de estudio en Derecho, insertarían componentes históricos-culturales- que exploran más allá de las aulas. Una forma de hacerlo son las acciones emprendidas por proyectos de vinculación con la comunidad como formas de acercamiento a los problemas jurídicos y generar interacción social.

No obstante, de esta forma de actuar, el rol del docente consiste en generar la mayor cantidad de espacios para el diálogo, cooperación, trabajo en equipo, en un ambiente dinámico. Es un trato interpersonal, que no sólo sucede en aula y que se refuerza en el cotidiano; el conocimiento no se desarrolla de manera individual.

Los talleres con los implicados en un caso judicial para discutir un tema y generar propuestas; los foros con los interesados en las temáticas y los problemas jurídicos; los seminarios con personas que han sufrido vulneraciones de derechos; las entrevistas y conversaciones informales sobre problemas jurídicos; implicarse en una

causa, entre otros, son ejemplos, de espacios que se pueden utilizar como parte del proceso educativo en Derecho.

Al ser producto de la cultura a través del lenguaje, y si se considera al Derecho como parte del lenguaje estructurado que configura la conducta humana, sus enunciados generales como la justicia, paz, armonía o buen vivir estarán presentes constantemente en el desarrollo de las funciones superiores del ser humano, no como mediadores sino como finalidades.

Estas modificaciones del pensamiento transforman la realidad de forma dialéctica. Existe una retroalimentación histórico-cultural, que incrementa la creatividad frente a los problemas; y un ser, que aprende desde una perspectiva sociocultural además de funcionar como un excelente profesional del Derecho – técnicamente – podrá promover espacios colectivos que aseguren los derechos y la justicia.

Esta sería una de las razones para el surgimiento de algunas propuestas pedagógicas más comprometidas con las realidades y retos de la humanidad y la naturaleza; como es el caso de la escuela activa o la pedagogía del oprimido de Paulo Freire, revestida de epistemología del sur, donde no se debe reproducir modelos educativos que ponen al ser humano en una posición de subordinación susceptible de dominación por modelos económicos como el capitalismo que traducen al trabajador como un medio más en el proceso de producción. Esto es, buscar la emancipación.

En virtud de ello, la enseñanza del derecho no debe limitarse a la educación formal en la formación de profesionales, sino que debe difundirse, y volverse un acto de comunicación en todos los espacios de la vida en sociedad. Deben incrementarse las propuestas de vinculación con la comunidad; colaboraciones interdisciplinarias, trabajo interinstitucional público y privado; etc.

16. La creatividad, el arte y el Derecho

En líneas anteriores se expresa el proceso de enseñanza – aprendizaje (y viceversa) en el Derecho de manera descriptiva a partir de reflexiones y ejemplificaciones que sugieren una serie de actividades, estrategias, métodos, técnicas e instrumentos que se muestran en la práctica del rol docente y estudiante.

Cada teoría aporta con una explicación sobre el proceso, no obstante, es necesario recalcar que las teorías con tendencias humanistas, histórico social y de modificabilidad no individualizan el aprendizaje, por el contrario, sostienen la importancia del plano social como parte fundamental y aún más cuando se pretende transformar una realidad que oprime, vulnera derechos o excluye.

El producto deseado de una educación ideal es un ser humano con capacidad creativa para modificarse a sí mismo y modificar la realidad, o transformarla para mejores días. Esta creatividad no ha estado ausente en la técnica de artistas proliferos, pero no es propia o les pertenece por su obra; simplemente, es una manifestación más de un gran espectro.

La creatividad como capacidad para resolver los problemas según su atención, motivación o interés es intrínseco, pero está difiere de sujeto a sujeto de acuerdo a su interacción social. En el ámbito jurídico, el proceso de creatividad tiene por objeto la creación de leyes en un sentido originario – y posterior a ello, reformas o modificaciones que maximicen los derechos; además de ser un rol restringido y exclusivo para quienes están investido constitucional y legalmente por facultades legislativas.

Se podría pensar que la capacidad del proceso de creación de leyes ha sido delegada en su totalidad a sujetos elegidos por votación popular en democracia representativa, pero no es así, continuamente aparecen expresiones culturales y obras de arte que cuestionan críticamente el contenido, causas y efectos de una ley.

Los poemas, libros, cine, teatro, pintura, sketches, música e imágenes son instrumentos revestidos de perspectiva sociocultural que plantean reformulaciones del pensamiento y formas de entender el mundo.

Por lo tanto, el arte tiene un impacto significativo en el ámbito jurídico. A nivel de aprendizaje puede funcionar como mediador u organizador previo que facilita el aprendizaje a través de estímulos; a nivel social, funciona como instrumento cultural que incide en la formación de la persona y genera comportamientos para la transformación social.

Para ilustrar esta idea, una película puede tener tal repercusión en el pensamiento de un colectivo o de la sociedad en general, que viabiliza propuestas jurídicas concretas que han de materializarse en la función legislativa como una nueva ley o una reforma.

No es necesario imaginar hipotéticamente como una forma de arte incide en el derecho, basta con observar los conflictos sobre pluralismo jurídico y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, cuya resistencia es ejemplo vivo de las manifestaciones de su pensamiento como aquel de mirar a la naturaleza como un sujeto y no como objeto de apropiación y explotación.⁹¹

Este apartado podría ser más extenso solo con la descripción de las varias acepciones sobre *creatividad*, no obstante, si se regresa en el texto a las puntualizaciones sobre los modelos pedagógicos y las prácticas de enseñanza-aprendizaje en el Derecho, es fácil notar el componente de la creatividad, que en algunos casos es totalmente escaso o inexistente, pero otros modelos pedagógicos lo tienen como una exigencia y requisito sin el cual no se podría, en primer momento, llegar a manejar los conocimientos científico-técnicos de una disciplina, sino que tampoco se podría responder a las necesidad y pro-

91 Milton Enrique Rocha, "El rol de la creatividad en la resistencia más allá de un derecho: las actuales resistencias contra la explotación de recursos naturales en el Ecuador", en *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional., 2019).

blemas de la realidad que afrontamos como individuos, comunidad, sociedad, y planeta.

17. A manera de reflexión final

El presente escrito ha intentado esquematizar un contexto de descubrimiento desde los aspectos teóricos fundamentales sobre lo que involucra cada una de sus variables, a decir en este punto, la pregunta que se quiere responder es la siguiente ¿Cómo se manifiesta la educación en el ámbito jurídico? o en otras palabras ¿Cómo se expresa una educación que se relaciona directamente con el proceso enseñanza- aprendizaje del Derecho?

La exploración del concepto educación como concepción, proceso, instrumento y resultado dependiendo de diversas teorías; las implicaciones de la educación jurídica o educación en Derecho, es decir, se han podido localizar las dimensiones, elementos, características y clasificaciones de lo que sería este tipo de educación como categorías de análisis o como herramientas teóricas que servirán en un futuro para analizar realidades concretas.

Paulo Freire evoca un sin número de elementos para la comprensión del concepto educación. Uno de ellos está centrado en la idea de lo bancario; y, como propuesta contra ésta, la educación liberadora.⁹² Por otra parte, esto nos llevará a contextualizar cómo se expresa la educación en lo jurídico partiendo de la misma problematización de educación y liberación, contradicción educador-educando, la mediación del mundo en la educación y la dinámica y movimiento del ser inconcluso y consciente.⁹³

Por ejemplo, se puede subsumir de lo siguiente: “La narración, cuyo sujeto es el educador, conduce a los educandos a la memorización mecánica del contenido narrado. Más aún, la narración los

92 Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, trad. Jorge Mellado (Madrid: Siglo XXI, 1975).

93 Capítulo II Freire.

transforma en 'vasijas', (..) en recipientes con sus 'depósitos'"⁹⁴ llenados por el educador. Esta analogía simplifica la idea de educación mecánica tradicional a la que se han condenado la relación educador-educando y el proceso enseñanza-aprendizaje. Esta misma idea, es probable que se reproduzca para quien se "educa" o "estudia" el Derecho o el ámbito jurídico. Una educación bancaria institucional de profesionales del Derecho que son entendidos como vasijas de depósito "cuanto más se dejen 'llenar' dócilmente, tanto mejor educandos serán"⁹⁵. Esto afianza la idea de la denominada "cultura del silencio"⁹⁶

El resultado de aquello sería la opresión "que no es sino un control aplastador, es necrófila. Se nutre del amor a la muerte y no del amor a la vida"⁹⁷ llevando a los seres a un estímulo de adaptación y aceptación del mundo, como atados de manos ante un sistema. Por otra parte, "La educación que se impone a quienes verdaderamente se comprometen con la liberación no puede basarse en una comprensión de los hombres como seres 'vacíos' a quien el mundo 'llena' con contenidos"⁹⁸ debe ser encaminada por la conciencia intencional hacia el mundo, como un sujeto, no como un objeto, superando el esquema tradicional mecánico entre educador-educando, desde una relación dialógica.

"Ningún 'orden' opresor soportaría el que los oprimidos empezasen a decir: ¿Por qué?"⁹⁹

Freire sostiene "sólo los hombres trabajan"¹⁰⁰. Partiendo de aquello, la idea de educación y estudiar lo jurídico, también se manifiesta como un acto de los seres humanos en contextos laborales, como lo es la profesión de abogado, jurisconsulto, jurista, jueces, pe-

94 Freire, 51.

95 Freire, 51.

96 Freire, 53.

97 Freire, 58.

98 Freire, 60.

99 Freire, 68.

100 Freire, *La Naturaleza Política de la Educación*, 89.

ritos, etc. Lo que podrá ser también explicado a través de la idea de condicionamiento histórico y niveles de conciencia

Si se va a hablar de educación, estudio y de una profesión como el Derecho se ha tomar en cuenta también el rol que cumplen los currículums o en general la planificación¹⁰¹. Ante esto, la crítica de Apple a su tiempo, es que había una supuesta neutralidad, al estilo de un eufemismo que era determinante para establecer lo que se enseñaba, los métodos, estrategias, acciones y demás para “legitimar las bases estructurales de la desigualdad”¹⁰². Pero no hay que asumir el término legitimación de una manera superficial, sugiere Apple que “las tradiciones dominantes en este campo ayudan a la reproducción de la desigualdad, mientras sirven al mismo tiempo para legitimar las instituciones que la recrean y nuestras propias actitudes dentro de ellos.”¹⁰³ Nuestras funciones no representan a nuestras intenciones.

Se puede inferir del anterior párrafo que la exploración teórica de la educación en lo jurídico, tendrá que establecer cuál ha sido la función que se le ha asignado dentro de la estructura económica, política, social y cultural; y, a partir de ello, reconocer cuáles son las instituciones que legitima y permite que reproduzcan y recreen escenarios de desigualdades.

Finalmente, hay que tomar en cuenta para futuros estudios 4 aspectos esenciales a la hora de abordar situaciones concretas de carreras de Derecho o facultades de jurisprudencia:

1. Que el concepto de educación guarda varias acepciones, pero la principal deriva de su relación filosófica desde sus ramas como la epistemología, gnoseología, ontología, que se pueden abordar como proceso enseñanza-aprendizaje desde varias perspectivas.

101 Isabel Lacerda Ferreira, “Os Professores e o Currículo: Percepções e Níveis de Intervenção dos Professores do Ensino Básico no Desenvolvimento Curricular”, s. f., 233.

102 Michael Apple, “Reproducción, contestación y currículums”, en *Educación y Poder*, 2a ed. (Barcelona: Paidós, 1997), 28.

103 Apple, 28.

2. La educación puede mirarse desde el filtro de un conocimiento liberador o desde un conocimiento que oprime y establece la legitimación de ideologías.
3. Unir la variable educación con la idea de lo jurídico se traduce en lo que se puede denominar: “estudiar Derecho” como ese acto que se dimensiona desde varias esferas como individuales, colectivas, conscientes e inconscientes, etc.
4. Estudiar o educar en Derecho responde al esquema de estructuras de una formación social donde lo jurídico, político e ideológico toman una posición de relacionamiento que inciden los aspectos de la vida en sociedad, además de estar fuertemente vínculos a factores económicos¹⁰⁴

104 Kuttler Wolfwang, “Formación Social (Gesellschaftsformation)”.

BIBLIOGRAFÍA

- Apple, Michael. "Reproducción, contestación y currículums". En *Educación y Poder*, 2a ed. Barcelona: Paidós, 1997.
- Ausubel, David P, y Roberto Helier. *Psicología educativa: un punto de vista cognoscitivo*. México: Trillas, 1982.
- Ausubel, David Paul. *Adquisición y retención del conocimiento: una perspectiva cognitiva*. Barcelona [etc.: Paidós, 2009.
- Bruner, Jerome S, y Alejandra Devoto. *La importancia de la educación*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1987.
- Corominas, Joan. *Breve diccionario etimológico de la Lengua Castellana*. 3a ed. Madrid: GREDOS, 1987.
- Ferreira, Isabel Lacerda. "Os Professores e o Currículo: Percepções e Níveis de Intervenção dos Professores do Ensino Básico no Desenvolvimento Curricular", s. f., 233.
- Feuerstein, Reuven y International Center for the Enhancement of Learning Potential. *The Dynamic Assessment of Cognitive Modifiability: The Learning Propensity Assessment Device, Theory, Instruments and Techniques*. Jerusalem: ICELP Press (International Center for the Enhancement of Learning Potential, 2002.
- Freire, Paulo. *La Naturaleza Política de la Educación*. 1a ed. Barcelona: Paidós, 1990.
- — —. *Pedagogía del oprimido*. Traducido por Jorge Mellado. Madrid: Siglo XXI, 1975.
- Glaser, Robert. "Programed Instruction — A Behavioral View". *American Behavioral Scientist* 6, no 3 (noviembre de 1962): 46–51. <https://doi.org/10.1177/000276426200600313>.
- Gramsci, Antonio. *Educación y sociedad*. 3a ed. Lima: Tarea, 1987.
- Kuttler Wolfwang. "Formación Social (Gesellschaftsformation)". *Marx Ahora*, no 37 (2014): 156–69.
- Luria, Aleksandr Romanovich, Alekse Nikolaevich Leontiev, L. S Vygotskii, y Maria Esther Benítez. *Psicología y Pedagogía*. Madrid: Akal, 2009.

- Maslow, Abraham H. *Motivación y personalidad*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2008. <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3175660>.
- Maslow, Abraham H, Deborah C Stephens, y Gary Heil. *El management según Maslow: una visión humanista para la empresa de hoy*. Barcelona: Paidós, 2005.
- Piaget, Jean. *El estructuralismo*. México, D.F.: Publicaciones Cruz O. : Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Publicaciones, 2002.
- — —. *La toma de conciencia*. Madrid: Ediciones Morata, 1976.
- Piaget, Jean, y Bärbel Inhelder. *Psicología del niño*. Madrid: Morata, 1980.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*. 23a ed. España: Asociación de Academias de la Lengua Española ASALE, 2017. <http://dle.rae.es/?id=EiYm9np>.
- Rocha, Milton Enrique. “El rol de la creatividad en la resistencia más allá de un derecho: las actuales resistencias contra la explotación de recursos naturales en el Ecuador”. En *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional., 2019.
- — —. “Propuesta de esquema del Constitucionalismo del Buen Vivir como categoría de análisis”. En *Derechos en la Constitución ecuatoriana: Aportes desde la multidisciplinariedad*, 1a ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Rogers, C. *Freedom to learn: A view of what education might become*. Columbus: Merrill, 1969.
- Rogers, Carl R. *El proceso de convertirse en persona: mi técnica terapéutica*. Barcelona: Paidós, 2009.
- Skinner, B. F. *Sobre el conductismo*. Barcelona: Fontanella, 1977.
- Sternberg, Robert J., ed. *Handbook of human intelligence*. Cambridge [Cambridgeshire] ; New York: Cambridge University Press, 1982.
- Vigotsky, Lev. *Teoría de las emociones: estudio histórico-psicológico*, 2014. <http://site.ebrary.com/id/10877003>.
- Vigotsky, Lev Semenovich. *Pensamiento y lenguaje: teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas*. México: Quinto Sol, 2008.

Capítulo IV

ENFOQUE DE IGUALDAD PARA REDUCIR LA VIOLENCIA SEXUAL DENTRO DE LA SOCIEDAD ECUATORIANA

*Marcelo Galarraga Carvajal*¹⁰⁵ ▪ *Slendy Imacaña Nuñez*¹⁰⁶
Edith Mendoza Chamaza

Resumen:

El objetivo de nuestro artículo es enfocarnos en las causas principales por las que se da la violencia sexual dentro de nuestro entorno, analizar su impacto, cómo ocurre, quién lo ocasiona con más frecuencia, y qué medidas se deben tomar para evitarla.

El presente artículo aborda lo referente a la Violencia Sexual en el contexto de Derechos Humanos y tomando como referencia al Código Orgánico Integral Penal.

Cuando se hace referencia a la violencia, se establece que es una fuerza imposible o difícil de resistir, al igual que es una acción de la naturaleza o del hombre que es impuesta sobre las actuaciones de otro, privándole de su libertad.

Al hablar del término “sexual” se hace referencia al sexo o sexualidad, la misma que está enfocada en aquellas condiciones que caracterizan a cada persona.

Desglosando el término sexo se hace referencia a que son las características que tienen las personas al momento de nacer,

105 Magister en Derecho Ambiental, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados, docente tiempo completo carrera de Derecho de la Universidad Indoamérica.

106 Estudiantes séptimo semestre carrera de Derecho Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

ya sea como macho, hembra, o intersexuales, y a su vez el término sexualidad que es una parte normal, saludable y natural de quienes somos a través de cada etapa de la vida. Nuestra sexualidad no sólo incluye el comportamiento sexual sino también el género, los cuerpos y cómo funcionan, nuestros valores, actitudes, crecimientos y sentimientos de la vida, el amor y la gente en nuestras vidas.

De allí que el presente artículo es una respuesta óptima y jurídica que está encaminada a regular el índice de violencia existente.

Con esto también buscamos concientizar a toda la población que es víctima de este tipo de violencia, para que no guarde silencio nunca más frente a este acto tan denigrante que ataca principalmente a su integridad, libertad y personalidad, pero no solo a ellas sino también aquellas personas que no han sido víctimas de tal acto, para manifestarse si en un caso les llega a suceder, o poder brindar ayuda hacia alguien que conozcan con este problema.

Otro de los aspectos fundamentales que abordaremos dentro de este artículo será la comparación de este tipo de violencia con los índices de la misma en otro país, y con esto tener una visión y conocimiento más amplio acerca de la realidad que se vive hoy en día.

La metodología de esta investigación es de carácter bibliográfica, con datos estadísticos y el uso de cuadros comparativos, a su vez apoyada en libros, artículos y códigos especializados en materia penal y de derechos humanos.

Palabras Clave:

- Igualdad
- Violencia
- Víctimas

- Integridad Sexual
- Agresor
- Sociedad

Nuestra principal motivación al momento de realizar este artículo es llevar un mensaje de conciencia hacia cada una de las personas que se tome el tiempo de leer este artículo, además de incentivarles a un cambio de mentalidad en cuanto a la forma de educar a sus hijos e hijas, porque debemos ser conscientes que los tiempos han cambiado y no debemos regirnos todavía a las costumbres antiguas donde el sexo femenino era considerado el más débil debido a que actualmente las mujeres realizamos muchas más actividades y de manera más eficaz y eficiente que muchos hombres, por estas razones nos merecemos un trato más adecuado y que nos permita desarrollar nuestras capacidades dejando de ser simplemente un objeto manipulable por parte de los hombres.

Por estos motivos, decidimos enfocarnos en el tema de violencia pero específicamente en la de tipo sexual, debido a que desde nuestro punto de vista es la menos conocida pero es la que más se ha cometido por muchos años atrás; es así cuando nos referimos a la Violencia Sexual topamos un tipo de violencia que puede suscitarse en ambos géneros, independientemente de su clase social, estatus económico, religión, edad u otro factor que impida cometerla.

El agresor se apoya en recursos como la fuerza, la presión, la amenaza, el engaño o en varias ocasiones la seducción y el chantaje.

La víctima en muchas ocasiones no demuestra vulnerabilidad frente a lo sucedido, debido a que varias mujeres han sido criadas con ese concepto machista de que deben obedecer todo lo que diga el hombre que se encuentra conceptualizado en el dicho ecuatoriano “aunque pegue, aunque mate, marido es”.

Es importante mencionar que los métodos de amenaza más utilizados son hacia sus familiares (padres, hijos, abuelos, hermanos, etc...) a los cuales se pretende hacer algún tipo de daño físico grave, incluso que puedan llegar a intentar contra la vida de los mismos, en el caso de que la víctima no satisfaga los placeres sexuales de su agresor.

Dentro de nuestro país lamentablemente se han presentado varios casos de violencia, los cuales no han sido denunciados por temor a las represalias, o por desconocimiento de que las leyes ya establecen una sanción hacia este tipo de conducta.

Por este motivo en nuestro artículo desde un punto de vista igualitario queremos dar a conocer no solo la conceptualización de la violencia que ocurre con frecuencia dentro de nuestro país, sino también la importancia de saber cómo reducir los altos índices que se presentan anualmente, y que van generando día a día más víctimas, además de poder evidenciar con claridad las causas que conllevan a este terrible suceso.

En este contexto también se analizan datos estadísticos de los últimos 5 años donde se puede evidenciar el terrible incremento de los actos de violencia sexual en nuestro país, para poder determinar esto con mayor precisión nos hemos apoyado en documentos o casos reales respecto a este terrible fenómeno que en silencio va afectando día a día a nuestra sociedad.

1. Desarrollo

Podemos definir a la Violencia como “el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte” (Organización Mundial de la Salud, 2012) . De allí que la misma se desprende en varias cla-

ses como: violencia sexual, psicológica, familiar, laboral, física, entre otras, y cada una tiene sus respectivas características y sanciones.

La violencia cuenta con 3 características que son la intensidad, frecuencia y asimetría del poder, la intensidad se refiere al grado de fuerza que va aumentando de a poco por parte del agresor al momento de realizar la acción, la frecuencia es la determinada cantidad de veces que se han realizado estos actos de violencia dentro de la sociedad y por último la asimetría de poder que se refiere a ejercer dominio y control sobre uno de los dos miembros de la pareja, y esto indica que algo no anda bien porque uno decide absolutamente todo por el otro. Además con la clasificación de violencia auto infringida, violencia interpersonal y violencia colectiva, por ende la naturaleza de la misma puede ser física, psicológica, sexual y patrimonial o económica.

Al referirnos a la violencia auto infringida se conceptualiza como un comportamiento suicida con fines de autolesionarse, en lo que conlleva a la violencia interpersonal se subdivide en violencia familiar y violencia en la comunidad las cuales tienen que ver con la violencia hacia los niños, pareja y adultos mayores, mientras que la otra se refiere a los conocidos y extraños respectivamente, y finalmente la violencia colectiva que engloba aspectos sociales, políticos y económicos.

Al contextualizar la violencia sexual entendemos que es toda acción, la cual conlleva a una vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y reproductiva, se hace uso de amenazas, coerción, la fuerza e intimidación, sin dejar de lado que esta también ocurre dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de parentesco, sin importar que exista o no la convivencia, generando en algunos casos infecciones de transmisión sexual, así como prostitución forzada o trata con fines de explotación sexual.

Factores de riesgo de la violencia sexual: Existen dos tipos de factores, los individuales- relacionales y los comunitarios – sociales:

Factores individuales y relacionales: Son aquellos factores que hacen que el hombre cometa actos de violencia sexual por causas externas que probablemente lo impulsen o exijan a realizarla.

- por ser miembro de una pandilla.
- Consumo de alcohol u otras drogas.
- Porque fueron expuestos cuando eran niños a estos actos de violencia.
- Antecedentes de haber sufrido abuso físico o sexual en la niñez.
- Tener diversas opiniones respecto a la inequidad de género.

Factores comunitarios y sociales: Estos factores suelen ser los más fundamentales para poder prevenir la violencia sexual, debido a que la sociedad y la cultura también influyen en gran medida ya sea por creencias, costumbres u otra cuestión a que se lleve a cabo este tipo de violencia.

- Normas tradicionales y sociales favorables a la superioridad masculina por ejemplo que el hombre considere que las relaciones sexuales sean un derecho de él cuantas veces quiera en el matrimonio debido a que fueron criados con este pensamiento machista y por eso se creen con este derecho únicamente para satisfacer necesidades biológicas y no realmente por tener sentimientos amorosos con la pareja.
- Que los hombres consideren que la violencia es un signo de masculinidad porque ellos crecieron con esos valores y ejemplos en casa, viendo como su padre golpeaba a su madre por no tener la comida lista o por no pasarle una bebida alcohólica.

- Que existan sanciones jurídicas y comunitarias poco rigurosas contra la violencia debido al hecho de que existen escasos casos denunciados por miedo de las represarías que puede tomar el agresor o simplemente porque se consideran que esos actos son totalmente normales.

Cuadro 1:
Consecuencias que ocasiona la violencia sexual a hombres y mujeres

SALUD REPRODUCTIVA	<ul style="list-style-type: none">- Embarazo no planeado- Disfunción sexual- Infecciones de transmisión sexual (ITS)- Aborto inseguro
SALUD MENTAL	<ul style="list-style-type: none">- Ansiedad- Depresión- Trastornos de pánico- Idea de planear un suicidio- Síntomas somáticos
CONDUCTUALES	<ul style="list-style-type: none">- Comportamiento de alto riesgo (por ejemplo, relaciones sexuales sin protección, iniciación sexual consensual temprana, entre otros).- Mayor riesgo de perpetrar (los hombres) o de sufrir (las mujeres) violencia sexual otra vez.
RESULTADOS MORTALES	<ul style="list-style-type: none">- Suicidio- Por complicaciones en el embarazo- Por asesinato durante la violación o muerte a causa de defensa durante este acto.- Por sida

Fuente: Comprender y abordar la violencia contra las mujeres.

En nuestra realidad ecuatoriana, los casos de violencia desde el año 2012 hasta la actualidad se han desglosado de la siguiente manera en el documento National Sexual Violence Resource Center:

- 1 de cada 4 mujeres y 1 de cada 6 hombres son abusados sexualmente antes de cumplir la mayoría de edad.
- En algún momento de sus vidas 1 de cada 6 mujeres han vivido una violación o un intento de la misma, esto sucedía aquellas que ya eran mayores de edad y aquellos que tenían menos de 12 años les ocurrían en un porcentaje mínimo.
- 1 de cada 33 hombres en algún momento de sus vidas han sufrido de igual manera violaciones o intentos de esta, llegando así a un porcentaje del 75%, las mismas que se daban por parte de conocidos, amigos de clase o trabajo, incluso los mismos familiares.
- En el caso de los adultos el 73% conocían a su agresor, de este porcentaje el 38% eran amigos, el 28% sus parejas y el 7% familiares.

En el Ecuador alrededor de unos 2.242,148 de hombres y mujeres de edades de 0 a 14 años sufren actos de violencia sexual mientras que en las edades de 0 a 18 años es un valor de 1.000,000 de personas dando de esta manera un valor total de 3.242,148 se caracteriza el 100% de personas que sufren violencia sexual entre estas edades.

Datos Estadísticos:		
3.242,148	100%	Interpretación: En el Ecuador el 73% de las personas que conocían a su agresor son un total de 2.366.768,04 de personas.
X	73%	
X= 3.242,148*73/100 = 2.3661.768, 04		

Datos Estadísticos:		Interpretación: En el Ecuador el 38% de los agresores denominados como amigos de la víctima son un total de 1.232.016,24 personas.
3.242,148	100%	
X	38%	
$X = 3.242,148 * 38 / 100 = 1.232.016,24$		

Datos Estadísticos:		Interpretación: En el Ecuador el 28% de los agresores denominados como la pareja de la víctima son un total de 907.801,44 personas.
3.242,148	100%	
X	28%	
$X = 3.242,148 * 28 / 100 = 907.801,44$		

Datos Estadísticos:		Interpretación: En el Ecuador el 7% de los agresores denominados como familiares de la víctima son un total de 226.950,36 personas.
3.242,148	100%	
X	7%	
$X = 3.242,148 * 7 / 100 = 226.950,36$		

2. Caso más relevante de violencia contra el Estado Ecuatoriano

Dentro de nuestro país un precedente que marcó historia al ser el primer caso de abuso sexual escolar llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el caso Guzmán Albarracín y otras VS Ecuador, en este caso la víctima se llamaba Paola Guzmán de 16 años de edad quien sufrió de acoso y abuso sexual por parte del vicerrector del colegio público Miguel Martínez Serrano de Guayaquil quien responde a los nombres de Bolívar Eduardo Espín Zurtía de 64 años de edad, el procesado en cuestión le había ofrecido modificar sus calificaciones a cambio de mantener relaciones sexuales con él y producto de este abuso, la víctima quedó embarazada y el pro-

cesado la obligó a realizarse un aborto, la menor al pasar por todas estas situaciones traumáticas decidió suicidarse el día 12 de diciembre de 2002 ingiriendo fósforos blancos o más conocidos popularmente como diablillos.

Al día siguiente, el padre de la occisa interpuso la correspondiente denuncia pero la misma no tuvo trámite hasta días después, la familia al encontrarse en un estado de desesperación y angustia tomaron la decisión de formular la acusación penal particular en contra de Espín en octubre de 2003 por los delitos de acoso sexual, violación e instigación al suicidio.

En el año 2019 este caso llega finalmente a instancias internacionales donde la Corte establece que el argumento del Estado no constituye una excepción preliminar, por lo tanto, la Corte no advierte un grave perjuicio a su derecho de defensa debido a que tuvo oportunidad, con posterioridad a la audiencia, de referirse a las declaraciones vertidas durante la misma y además de poder presentar o excluir las respectivas pruebas, producidas en el trámite ante la Comisión; es así que dentro de este caso se resuelve que el Estado Ecuatoriano es responsable de la violación de los derechos a la vida, integridad personal, protección de la honra, de la dignidad y la educación, por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial; además el Estado tendrá que ofrecer una reparación integral a Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín, además deberá reconocer su responsabilidad internacional en un acto público y de igual manera otorgar el grado de bachiller a la señorita Paola del Rosario Guzmán Albarracín como un homenaje póstumo.

¿Se ha cumplido esto?

El Presidente Lenin Moreno ratificó su voluntad de reparar las violaciones de derechos, ofreciendo a la señora Petita Paulina Albarracín Albán y a la señorita Denisse Selena Guzmán Albarracín, madre y hermana de Paola, respectivamente, disculpas públicas por aquellas acciones u omisiones del Estado ecuatoriano que hayan ocasionado violaciones a los derechos de Paola Guzmán. El Estado

reconoció que había cometido fallas y estas repercutieron en la violación de los derechos, no solamente de Paola sino también de la señora Petita Paulina Albarracín Albán y de Denisse Selena Guzmán Albarracín. Además, Ecuador propuso, como medidas de reparación, la declaratoria de un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas y el reconocimiento del grado de bachiller póstumo en el marco de un evento público.

Las representantes mencionan que el reconocimiento del Estado fue efectuado bajo una concepción confusa, debido a que se refirió a varios hechos del caso, pero sin aclarar las implicancias jurídicas que tiene dicho reconocimiento. La Comisión valoró el reconocimiento efectuado por el Estado; sin embargo, dada la falta de claridad, consideró necesario que la Corte resuelva en su sentencia las cuestiones que permanecen en controversia. Asimismo, entendió que lo señalado por el Estado no se trataba de un reconocimiento de responsabilidad sino de un reconocimiento de hechos.

El 7 de junio de 2005 el juez dictó sentencia condenando al señor Bolívar Espín al pago de una indemnización por daño moral de USD\$ 25,000.00. Dos días después la señora Albarracín solicitó el pago de las costas, mismo que fue negado, por lo que ella apeló esa decisión el 15 de mayo de 2006. Las actuaciones fueron remitidas a la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que el 1 de septiembre de 2006 declaró la nulidad de todo lo actuado, porque no se había atendido a una apelación presentada el 10 de junio de 2005 por el Vicerrector. La Corte Superior devolvió el trámite al juzgado de origen para que atienda ese recurso. El 16 de julio de 2012 el Juzgado Vigésimo Tercero declaró el abandono de la instancia y ordenó el archivo de la causa.

Las representantes solicitaron además se dispusiera una indemnización por daño inmaterial de USD\$ 80,000.00, que deberá ser distribuida en partes iguales entre la señora Petita Albarracín y Denisse Guzmán. En lo que respecta para cada una de las víctimas sobrevivientes, las representantes solicitaron que se dispusieran indemnizaciones por el monto de USD\$ 30,000.00.

Cuadro 2:
Comparación de porcentajes y casos entre
Ecuador, Colombia y Perú

PERIODOS	ECUADOR	COLOMBIA	PERÚ
2016	Existió 125 casos de violencia sexual según datos de la Fiscalía, que a su vez sería el 0,2%	Colombia registró más de 15.000 casos de violencia sexual contra la mujer, un aumento de 7,5% en comparación con el 2015	El 2,5% de mujeres sufrieron violencia sexual por parte de su esposo o compañero
2017	se registraron 130 casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes	20.419 presuntos casos de violencia sexual contra las mujeres	Se presentaron un total de 7113 denuncias de violencia sexual por grupos de edad
2018	El 65% de casos de violencia sexual es contra niños, niñas y adolescentes son cometidos por familiares.	En este año Colombia fue el peor porque para noviembre ya se presentaban 24.532 exámenes forenses por presunta comisión de violencia sexual.	El 6,8% de mujeres revelaron que sufrieron violencia sexual por su esposo o compañero. El 6,3% fueron obligadas a tener relaciones sexuales contra su voluntad y el 3,4% a realizar actos sexuales que no aprobaban.
2019	El 23.8% de mujeres han vivido violencia sexual por parte de su pareja actual o ex pareja	En Hombres 5.745 casos y en Mujeres 34.183, dando un total de 39.928.	En Enero - Mayo, se registró 3024 mujeres víctimas de violencia sexual, 61,7% tenían menos de 18 años de edad.

<p>2020</p>	<p>65 de cada 100 mujeres han sido víctimas de violencia en algún ámbito a lo largo de su vida.</p> <p>En el ámbito familiar y de pareja, el 81% y el 95% de las víctimas de violencia sexual y patrimonial NO denunciaron a sus agresores</p>	<p>En Hombres 3.455 casos y en Mujeres 22.151, dando un total de 25.606 casos.</p>	<p>Se han atendido 2,693 casos de violencia sexual, de 2,537 (94.2%) corresponden a mujeres y 156 (5.8%) a hombres.</p> <p>Se han atendido 2,623 casos de violencia sexual, 2,416 (92.1%) corresponden a mujeres y 207 (7.9%) a hombres.</p>
-------------	--	--	--

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) Ecuador, Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) Perú, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) Colombia.

3. Discusión

Referente al tema se ha evidenciado que desde las primeras civilizaciones hasta la actualidad existe un punto de controversia entre el pensamiento femenino con el masculino, debido a que existen diferentes ideales machistas y feministas que muchas de las veces no generan unión sino un conflicto entre ambas partes dejando de lado el bienestar común y sobre todo la armonía entre los individuos.

En cuanto al ideal feminista, lo podemos entender como un levantamiento de la voz hacia los opresores que vulneran siempre sus derechos simplemente por ser mujeres, ellas defienden sus derechos mediante marchas o protestas en las que piden a las autoridades se dejen de violentar los mismos, se les genere las mismas oportunidades que a los hombres en todos los ámbitos, se les permita desarrollarse libremente dentro de su entorno, se deje de verlas como objetos sexuales simplemente por su manera de vestir, al igual que dejen de ser agredidas por parte de cualquier hombre ya sea por encontrarse dentro de una relación sentimental o en otro factor y finalmente se les permita decidir sobre su cuerpo.

En cambio el ideal machista, tiene la concepción de que el hombre es superior a la mujer en todos los ámbitos y que es el único que debe proveer en el hogar mientras que la mujer se queda únicamente realizando las labores domésticas, siempre se consideran los machitos al reprender según ellos a sus parejas porque tienen el pensamiento de que así nos tendrán dominadas y no nos revelaremos ante ellos, además creen que por su condición de masculinidad no pueden hacer trabajos domésticos o aquellos que fueron destinados solamente para mujeres y peor aún expresar abiertamente sus sentimientos pero todo esto no es un actuar propio de ellos sino más bien una tradición que fue concebida a lo largo de su crianza, pero también se puede dar estas acciones por otros factores por ejemplo el tratar de quedar bien con su círculo social, laboral, educativo, familiar, entre otros.

Por todo esto consideramos que estos dos ideales deberían dejar de lado ese punto de controversia que les impide desarrollarse de manera óptima como persona, de igual manera ejercer libremente sus derechos.

De igual manera estos pensamientos no han permitido consolidar relaciones afectivas duraderas porque en la mayoría de casos la forma en que fuimos criados influye demasiado en como trataremos a las demás personas y al tener uno de estos dos ideales se corre el riesgo de que la otra persona no tolere esas acciones y decida tomar un camino distinto.

4. Conclusiones

- Se determinó que los índices de violencia sexual en el Ecuador han ido en aumento desde el año 2016 y peor aún estos aumentaron a gran escala durante la pandemia ocurrida durante el año 2020, debido a que las parejas estaban obligadas a quedarse en casa y muchas de ellas vivían con sus agresores, por lo que se les hacía imposible poder denunciarlos o pedir ayuda y con esto salir del círculo vicioso de la violencia.

- También pudimos concluir que este tipo de violencia al no presentarse golpes, laceraciones o moretones como en la violencia física es muy común que en ocasiones la sociedad no le tome demasiada importancia, además que las víctimas que sufren esta violencia piensan que esto es algo normal por el hecho de tener una pareja y no se dan cuenta que están ellas mismo permitiendo una vulneración hacia sus derechos y atentando contra su integridad.

5. Recomendaciones

- Se aconseja a cualquier persona independientemente de su género que esté pasando por este tipo de violencia que no se quede callado y que tome la decisión de denunciar a su agresor para que pueda hacerse justicia y se termine de una vez por todas tantos casos de violencia y realmente sean sancionados.
- Se recomienda aquellas personas que han sido víctimas de este tipo de violencia que acuda a un profesional clínico o psicológico en busca de ayuda para que pueda superar los traumas tanto físicos como psicológicos que esto le haya generado, a su vez que se mantenga en compañía de sus seres queridos con el fin de que obtenga el apoyo y cariño necesario que necesite para poder retomar su antigua vida.
- Recomendamos a las autoridades que sean las pioneras en presentar y cumplir de mejor manera todo lo que está establecido en las diferentes leyes que han sido creadas con el fin de erradicar este tipo de violencia, esto debería hacerse mediante los diferentes medios de comunicación con el fin de que sea conocido tanto por las personas que necesitan ayuda al haber sido víctimas de la misma como las que no dentro de la sociedad y así garantizar su pleno cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, Bott, Guedes, Goodwin. (2012). Violencia contra las Mujeres. Recuperado de: [file:///Violencia-Mujeres-12-paises-ALC-2012-ES%20\(1\).pdf](file:///Violencia-Mujeres-12-paises-ALC-2012-ES%20(1).pdf)
- Comprender y abordar la violencia contra las mujeres Violencia sexual. (s.f.). Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_violenciasexual.pdf
- Corte Interamericana De Derechos Humanos. (24 de Junio del 2020). Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 24 de Junio de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: file:///seriec_405_esp.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística -Colombia. (2020). Boletín Estadístico ONU Mujeres. Recuperado de: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20colombia/documentos/publicaciones/2019/09/boletin%20estadistico%20onu%20mujeres%20-%20marzo%202020.pdf?la=es&vs=3252>
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos -Ecuador. (2019). Encuesta de Violencia contra las mujeres. Recuperado de: <file:///resultados%20ENVIGMU%202019.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - Perú: Indicadores de violencia familiar y sexual, 2012-2019. (2012). Inei.gob.pe. Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1686/
- National Sexual Violence Resource Center. (s.f.). ¿QUÉ ES LA VIOLENCIA SEXUAL?. Recuperado de: file:///Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf
- VIOLENCIA Y SALUD MENTAL. (s.f.). Recuperado de: <https://www.uv.mx/psicologia/files/2014/11/Violencia-y-Salud-Mental-OMS.pdf>

Capítulo V

PROCESO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL O CIUDADANA PARA LA REGULARIZACIÓN AMBIENTAL EN LA CRISIS SANITARIA COVID 19

Roberth Delgado Sayay¹⁰⁷

Sumario:

Resumen. Palabras claves. Introducción. Marco Constitucional y Legal. Entes encargados de los procesos. Gobierno Central y entes locales. Protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN:

En una época de la crisis sanitaria mundial como el Covid 19, es un verdadero desafío el desarrollo de los procesos de participación social o ciudadana, un espacio destinado para garantizar, el ejercicio de los derechos fundamentales de quienes forman parte de los territorios donde se localizan o se pretende localizar proyectos que podrían causar impactos al ambiente y por consiguiente a la salud de sus habitantes.

Viabilizar la participación social o ciudadana en los procesos de regularización ambiental tiene tal importancia por cuanto

¹⁰⁷ Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República. Máster en Derecho Constitucional. Ha sido catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Comercio Internacional, Integración, Administración y Economía de la Universidad Politécnica Estatal de Carchi (UPEC) y ha desempeñado varias funciones públicas y privadas. Actualmente es docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica (UTI) (Quito).

a través de estos espacios el responsable o el proponente del proyecto está obligado de hacer conocer sobre el estudio de impacto ambiental y sus posibles impactos positivos y/o negativos, las fases de ejecución y finalmente el plan de manejo ambiental a la ciudadanía que por su parte es la que ejercita el derecho garantizado en los distintos ordenamientos jurídicos. En otros términos, se trata de que los ciudadanos tengan acceso no solamente a la información pública, sino que dicho acceso sea oportuna y eficaz y que a su vez posibilite el control social.

El presente artículo, hace un análisis descriptivo de la eficacia de las normas que regulan el desarrollo de procesos de participación social o ciudadana en la época de la crisis sanitaria del Covid 19, es decir, de la aplicabilidad del protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional.

Del análisis desarrollado se observa un panorama crítico, al no tener en cuenta ciertos aspectos sociales, culturales y hasta legales de quienes se hallan involucrados en estos procesos a los cuales se tratará de desvirtuar.

PALABRAS CLAVE:

Autoridad Ambiental Nacional, Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, regularización ambiental, facilitador socioambiental, procesos de participación social o ciudadana.

1. Introducción

En el trabajo anterior denominado “Los Derechos en la Constitución Ecuatoriana. Aportes desde la Multidisciplinariedad”, se abordó sobre el Proceso de Participación Social o Ciudadana para la Regularización Ambiental, bajo el siguiente Contenido: Introducción. Palabras claves. Fundamentación: Constitucional y Legal. Actividades previas al proceso de participación social o ciu-

dadana: Asignación del proceso de participación social o ciudadana. Proceso de Participación Social o Ciudadana: La visita previa o de planificación. Elaboración y aprobación del informe de visita previa o de planificación. La convocatoria al proceso de participación social o ciudadana (Invitaciones personales, publicación en la prensa, publicación radial, afiches, perifoneo, etc.) Centro de Información Pública. Asamblea de Presentación Pública: (Intervención del proponente. Intervención de la Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable o su delegado. Intervención del Facilitador de Procesos Socioambientales. Presentación del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental. Foro de diálogo y participación social o ciudadana – Comunidad, Promotor y Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable. Suscripción del Acta de la Asamblea de Presentación Pública. Cierre de la Asamblea). Informe de sistematización: Del Proceso de participación social o ciudadana (Fase informativa, Fase de consulta) Aprobación. Consecuencias, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía. Procesos que seguía desarrollándose con ciertas dificultades mencionadas.

Con la llegada de la pandemia del COVID 19 a Ecuador a finales de marzo del 2020 y su presencia a nivel mundial ha hecho que todas las actividades humanas tengan se verse afectadas, optándose en ciertos casos por la realización de actividades vía teletrabajo y otras que por su naturaleza han sido suspendidas, esto hizo que los procesos de participación social o ciudadana que se realiza con la asistencia del conglomerado social tengan que ser paralizadas, a efectos de evitar contagios masivos.

La situación en el Ecuador e caótica, ya que las familias ecuatorianas necesitan generar recursos que permitan satisfacer sus necesidades básicas y las empresas reactivar actividades que les permita generar fuentes de trabajo y evitar su cierre definitivo. Ante esta situación ha sido necesario que desde el gobierno se adopten medidas de bioseguridad necesarias y así permitir la reanudación de las actividades humanas.

El presente artículo hace énfasis a los aspectos formales de los procesos de participación social o ciudadana en los actuales momentos de la crisis sanitaria por efectos del Covid 19, en virtud del protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional que es la obligación sea de la persona natural o jurídica, pública o privada al querer desplegar las actividades que puedan provocar impactos al ambiente y a la salud de los ciudadanos, mucho más cuando las mismas pueda estar en ejecución, por eso se habla del proyecto ex-ante o ex-post.

Si bien es cierto “Las actividades que desarrollamos sin excepción por mínimas que estas sean, generan impactos al ambiente más aun las actividades industriales que provocan impactos al suelo, al aire, al agua, en suma, al ecosistema en el cual desarrollamos todas las formas de vida. Estos impactos pueden causar daños a la salud de sus habitantes y en muchos de los casos ser irreversibles...”. En esas circunstancias en el territorio nacional ecuatoriano y en sus circunscripciones territoriales deben proseguirse con el desarrollo de los procesos de regularización ambiental y para tales efectos los procesos de participación social o ciudadana con el fin de lograr el equilibrio y la armonía del individuo con la naturaleza donde ineludiblemente hay la interacción entre estos dos entes, y que por supuesto el individuo necesita de la naturaleza para seguir subsistiendo.

Según la norma Constitución en del Ecuador en su Art. 14 establece: “El derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”, así también el Art. 71, bajo los derechos de la naturaleza, establece: “La naturaleza o *Pacha Mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios estable-

cidos en la Constitución, en lo que proceda”. “El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2019). Es decir, las formas de vida deben desarrollarse desde el punto de vista del respeto por la naturaleza por parte del individuo que la necesita y la requiere para su subsistencia; caso contrario es el responsable de su propia extinción.

Bajo los derechos antes mencionados, en el Art. 72 de la misma Norma Constitucional se halla establecido: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados”. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2019)

2. Materiales y métodos

El presente estudio se funda en el material bibliográfico en base a lo cual a través de metodología descriptiva permitió el análisis desde el punto de vista constitucional legal del derecho de participación social y ciudadana y fundamentalmente de la aplicabilidad no del protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional; incluyendo otras normas aplicables paralelamente como los acuerdos ministeriales parte la Autoridad Ambiental Nacional, Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, facilitadores socioambiental, y los ciudadanos y ciudadanas.

3. Análisis

3.1. Normativa jurídica aplicable

En el Ecuador la participación social o ciudadana debe desarrollarse en estricta aplicación de las normas que lo regulen. ¿Cuáles son las disposiciones que garantizan el derecho de participación social o ciudadana? La norma constitucional en su Art. 395 reconoce: “La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales”; al igual que el Art. 398 de la misma norma establece: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente”. “El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta”. “El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos”. “Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”. (ASAMBLEA NACIONAL, 2017)

Las disposiciones constitucionales mencionadas están desarrolladas en la Ley de participación ciudadana, el Código de Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización; y, Código Orgánico del Ambiente y su reglamento. Es decir, la intervención de la ciudadanía tanto en el gobierno central y los entes locales, y los mecanismos de participación ciudadana, consulta ambiental a la comunidad, etcétera.

Con respecto a ¿Cuáles son las normas que regulan los procesos de regularización ambiental? Podemos encontrar a partir de

la Constitución, Código Orgánico del Ambiente y su reglamento, el Código de Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.

El cumplimiento de los procesos de participación social o ciudadana deben ser coordinados, promovidos y vigilados por las instituciones, organismos y entidades del sector público. ¿Cuáles entes son los competentes de los procesos de participación social o ciudadana? Según la normativa vigente los entes competentes para coordinar, promover y vigilar el desarrollo de los procesos de participación social son el Gobierno Central y entes locales, es decir la Autoridad Ambiental Nacional en la cartera del Ministerio del Ambiente y Agua como entidad rectora; y, pueden también estar los entes locales que el la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización los denomina como los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales en uso del ejercicio de las competencias constitucionales que para los efectos de la regularización ambiental se les conoce como Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable.

El COA en su Art. 23 establece: “Autoridad Ambiental Nacional. El Ministerio del Ambiente será la Autoridad Ambiental Nacional y en esa calidad le corresponde la rectoría, planificación, regulación, control, gestión y coordinación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental”. (ASAMBLEA NACIONAL, 2017)

El ejercicio de la competencia gestión ambiental en los proyectos de carácter estratégico, le corresponde a la autoridad nacional.

Los entes locales que ejercerán la competencia de la gestión ambiental están los ya señalados gobiernos provinciales y los municipales. Al respecto el Art. 136 del Código de Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en el inciso 2 establece: “Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales gobernar, dirigir, ordenar, disponer, u organizar la gestión ambiental, la defensoría del ambiente y la naturaleza, en el ámbito de su territorio; estas acciones se realizarán en el marco del siste-

ma nacional descentralizado de gestión ambiental y en concordancia con las políticas emitidas por la autoridad ambiental nacional". Inciso 3 Para otorgar licencias ambientales, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán calificarse como autoridades ambientales de aplicación responsable en su cantón. (ASAMBLEA NACIONAL, 2010)

De acuerdo a la norma citada, los entes locales para ejercer la competencia de gestión ambiental, en el caso de gobierno provincial tiene la obligación de acreditarse como autoridad ambiental de aplicación responsable por así decirlo la norma mencionada; mientras que, para el gobierno municipal esta es una facultad, al decir que podrán calificarse como tales ante la Autoridad Ambiental Nacional.

RESULTADOS:

Protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional.

Está claro que los procesos de participación social o ciudadana respectivamente se registrarán según la normativa correspondiente, lo cual dependerá del registro del proyecto para la regularización ambiental; es decir, pudiendo ser aplicado el Acuerdo Ministerial 103 para los proyectos que iniciaron su regularización ambiental hasta el 12 de abril de 2018; (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2015); el Acuerdo Ministerial 109 para los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 13 de abril de 2018 hasta el 2 de octubre de 2018 (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2018); facultativamente el Acuerdo Ministerial 109 o el 013 para los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 2 de octubre de 2018 hasta el 13 de febrero de 2019; el Acuerdo Ministerial 013 para los proyectos que iniciaron su regularización ambiental a partir del 14 de febrero de 2019 (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2019); y, los proyectos iniciados desde el 12 de junio del 2020 se regularizan por el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, toda vez que entra en vigencia

trascurrido un año desde su publicación. (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2019)

De manera paralela a las respectivas normativas y cumpliendo las fases y sus mecanismos se aplicará el Protocolo para la reanudación de los procesos de participación social/ciudadana de los proyectos, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización ambiental a nivel nacional.

Así, la ejecución de los procesos de participación social o ciudadana suspendidas por efectos de la crisis sanitaria del COVID 19 anteriores a la emisión del protocolo deben desarrollarse en estricta aplicación de dicha regulación, como los subsiguientes procesos, mientras dure la emergencia sanitaria por la presencia del COVID 19 en el Ecuador (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020), no obstante que en tal documento se refiera para la reanudación de los proyecto, obras o actividades que se encuentran en proceso de regularización y no los que tenga lugar posteriormente. El protocolo implementa los lineamientos para garantizar la bioseguridad en la crisis sanitaria que se atraviesa; por lo que es necesario que revisar y analizar si los mismos responden, fortalecen o vulneran derechos de los actores sociales en la actividad de socialización en las localidades donde se halla situado un determinado proyecto, entre otros aspectos.

En lo concerniente al alcance del protocolo “El presente documento está dirigido a:

- Facilitadores Ambientales calificados y registrados ante el Ministerio del Ambiente y Agua.
- Operadores de los proyectos, obras o actividades en proceso de regularización ambiental.
- Autoridad Ambiental Competente.
- Comunidades del área de influencia directa del proyecto.

Cabe mencionar que el presente documento debe ser aplicado en todos los procesos de participación social/ciudadana de las actividades, obras o proyectos que se encuentren en proceso de regularización ambiental a nivel nacional” (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020); como se puede inferir no están considerados los actores locales a nivel institucional, es decir los representantes de los ciudadanos como las máximas autoridades o sus delegados de las entidades descentralizadas, las autoridades o sus delegados de las entidades desconcentradas cuya participación es preponderante en la gestión pública y desarrollo de sus territorios. Existe una segmentación únicamente de facilitadores, proponentes, autoridades ambientales y comunidades del área de influencia.

A la Constitución de la República del Ecuador, no podría considerársela como marco legal como se lo hace en protocolo. La Constitución de la República del Ecuador tiene un tratamiento diferente desde su formación y su imperio; esto es, que no la dicta un legislador común y no está subordinado a ninguna norma al tener su rango o supremacía en los términos contemplados en el Art. 425 de la Carta Magna.

Según los lineamientos generales “Para la ejecución de los mecanismos de participación ciudadana, se recomienda utilizar en lo posible medios digitales al alcance de las comunidades a fin de realizar las asambleas de presentación pública o sus equivalentes sin la presencia física de las comunidades donde se socializará la actividad, obra o proyecto, que se encuentra en proceso de regularización ambiental; así como también fortalecer los microespacios de socialización presencial de los Estudios de Impacto Ambiental, en las zonas rurales del país que no cuenten con acceso a que pueden formar parte del área de influencia directa de varios proyectos que se encuentran en proceso de regularización.

Finalmente, su aplicación podrá ser posible a través del empoderamiento que ejerza la comunidad en su derecho a la participación social, por lo que es importante fortalecer dentro del proceso, los momentos que conforman la socialización de los proyectos:

- Informativo: la socialización del Estudio de Impacto Ambiental a través de los canales más idóneos, bajo un lenguaje sencillo y adecuados a la dinámica social de las comunidades.
- Ejecución del diálogo: (presencial o virtual) a partir del entorno familiar y vecinal.
- Recepción de observaciones y consultas de la comunidad: a través de medios escritos y el acceso a medios digitales” (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020)

Los facilitadores o facilitadoras, son profesionales que prestan sus servicios para el desarrollo de los procesos de participación social o ciudadana, no se hallan vinculados laboralmente a la Autoridad Ambiental Nacional, ni a la autoridad ambiental de aplicación responsable; sin embargo, se originan las responsabilidades de facilitador o facilitadora a partir de la aceptación del proceso asignado. Cuando los lineamientos específicos se refieren sobre facilitadores que no deben brindar el servicio de facilitación socioambiental, son personas que presenten sintomatología (tos, fiebre, dificultad al respirar, etc.) que pudiera estar asociada con COVID-19, hasta descartar la confirmación de un caso positivo. (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020)

De acuerdo como se establece en el protocolo no se halla normado si el facilitador que no presente síntomas y pueda estar contagiado realice las actividades previas al proceso como la visita previa donde se tiene contacto con la población del área de influencia del proyecto. Cuando el facilitador ha asumido la asignación un proceso y en el transcurso de su ejecución adquiere el contagio tampoco se halla normado. Casos prácticos que se pueden presentar es que en efecto esta contingencia ocurra. ¿Cuál es la salida? El facilitador o la facilitadora deberá comunicar a la autoridad ambiental competente. ¿Cuál es la normativa que se aplica? No existe regulación en el protocolo; ello dará lugar a que se den la aplicación de normas establecidas en el Art. (...) innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la sec-

ción sanciones por incumplimiento en los procesos de participación ciudadana, que es la única que hace referencia al respecto para cuando la insistencia se dé sin justificación alguna. (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2018) Sin embargo, en el caso materia del análisis al ser un evento de fuerza mayor o caso fortuito es inaplicable la sanción propiamente dicha. ¿Quién reemplaza al facilitador o facilitadora en el caso de contagio por Covid 19? En el protocolo no se halla normado al respecto. Pudiendo darse lugar la aplicación del precitado Acuerdo Ministerial 109 que es el único que se refiere al respecto al decir “En caso de inasistencia del facilitador asignado a la asamblea de presentación pública o su equivalente o a la asamblea de consulta, la autoridad ambiental competente en el acto recogerá las opciones y observaciones de los asistentes y presentará un informe técnico que permitirá evaluar y validar el proceso de participación ciudadana, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en contra de la facilitadora por la inasistencia” (MINISTERIO DEL AMBIENTE, 2018). Recalco es inaplicable la sanción propiamente dicha.

Para justificar la inasistencia del facilitador o facilitadora, resulta pertinente la realización de las pruebas previo a las actividades de campo cumpliendo con los lineamientos sobre las seguridades en la visita del campo; así como previo al desarrollo de la asamblea o su equivalente en forma presencial.

Siguiendo con los lineamientos sobre las seguridades en la ejecución de los mecanismos de participación ciudadana, asamblea de presentación pública o su equivalente. ¿Qué ocurre cuando las personas involucradas con el proyecto tienen COVID 19? El protocolo establece cuáles son las personas que no deben acudir a lugares de la reunión. Sin embargo, surge otra inquietud ¿Cómo garantizarse que sean personas que no hayan estado a cargo de las personas con síntomas respiratorios o con un caso confirmado? El protocolo nada establece al respecto.

¿Existen restricciones al derecho de participación en los procesos de participación social o ciudadana? El protocolo menciona que las “Personas que pertenecen a los grupos vulnerables como: Personas

mayores a 60 años. Mujeres embarazadas Personas con probabilidades asociadas como: enfermedades catastróficas, hipertensión arterial, enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal, enfermedades auto inmunes e inmunodepresión. Niños desde 0 a 12 años, no deben acudir a lugares de reunión, en consecuencia, a asamblea de presentación pública o su equivalente. (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020). Causa preocupación cuando se limita el derecho de participación a las personas que pertenecen a los grupos vulnerables, aunque se precautele el derecho a la salud, se pone en riesgo la misma a corto o largo plazo si el proyecto, obra o actividad causa impactos negativos.

Respeto a los lineamientos de planificación de la asamblea la información que pueda obtenerse sobre los casos de contagios, es nula a nivel comunitaria, y no se puede medir los riesgos a los cuales pueden exponerse los asistentes. Por otra parte, el protocolo indica que “El operador deberá coordinar la realización de test rápidos por un profesional de la salud al Facilitador, equipo consultor y representantes de la empresa, a cargo de la ejecución de la Asamblea” (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020) Conforme a lo manifestado anteriormente la realización de las pruebas son previas al desarrollo de la asamblea o su equivalente en forma presencial, pero es necesario hacerlo con posterioridad también. La aplicación de las pruebas rápidas solo a las personas mencionadas garantiza se precautele la salud de los participantes en el proceso.

En el apartado de los lineamientos durante la asamblea de presentación pública o su equivalente “Todos los actores sociales deberán ingresar con mascarillas; en caso de que la persona no tenga mascarilla no se permitirá su ingreso. En este caso el operador deberá poseer un contingente de mascarillas para entregar a las personas que no las posean al momento de ingresar a la Reunión”. (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020). De acuerdo a la parte final del precitado lineamiento, esta obligación le corresponde al proponente del proyecto; debiendo tomarse en cuenta que su uso en la visita al Centro de Información Pública (CIP); y, antes, durante y después de la asamblea de presentación pública o su equivalente,

es prioritario para garantizar el acceso a la información y derecho de participación. ¿Qué produce su incumplimiento? ¿Quién verifica que se cumpla? El incumplimiento de su dotación puede atribuirse por un lado como la limitación del derecho a la participación, por otro lado, el incumplimiento del protocolo además de incumplir con los objetivos del proceso de participación social.

La socialización inicialmente el video didáctico hacia la comunidad (Link de youtube a través, de medios de convocatoria), y presentarlo en la Reunión, con el fin de que el énfasis de la reunión se focalice en el diálogo. (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020). Las herramientas tecnológicas ofrecen amplias oportunidades de acceso a la información, para poderlas utilizar se requiere de los recursos y generar las capacidades en el uso y manejo de las mismas con esto se garantizaría el derecho de participación social o ciudadana.

Dada a la posibilidad de desarrollar la Asamblea se Presentación Pública de manera virtual el Art. 4 del Acuerdo Ministerial Nro. 20, señala: Aquellas actas que den fe de la ejecución del proceso de participación ciudadana deberán ser suscritas por cada uno de los asistentes y no se aceptarán firmas digitales, salvo aquellas realizadas a través del uso del token..." (MINISTERIO DEL AMBIENTE Y AGUA, 2020). Es inaplicables, por cuanto los informes deben evidenciarse documentadamente y con las correspondientes firmas. La situación social cultural de los actores sociales es tema en el cual hay que trabajar mucho.

4. Conclusiones

El proceso de participación ciudadana tiene el propósito de contribuir con el cumplimiento del derecho colectivo y sus actores sociales de ser informados de manera amplia, oportuna y suficiente respecto al Estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental de un proyecto; sus posibles impactos socioambientales y la pertinencia de las acciones a tomar, de manera que los actores sociales

participen activamente en la gestión ambiental de su territorio, a través de distintos mecanismos de participación ciudadana.

Uno de los mecanismos del proceso de participación social o ciudadana consiste en la ejecución de la asamblea de presentación pública o su equivalente, en la cual adicionalmente a informar mediante un video, se procede a la recopilación de observaciones, comentarios, sugerencias, criterios y recomendaciones del conglomerado social del área de influencia del proyecto e insertarlo al informe de sistematización del Proceso de Participación Ciudadana

La aplicación indebida de las sanciones por la inasistencia del facilitador o facilitadora, frente al contagio del Covid 19 provoca la vulneración de los derechos.

El incumplimiento de los lineamiento y medidas que contempla el protocolo, así como la restricción de ingreso a las personas incluido los de grupos vulnerables limita el derecho del derecho a la participación, en consecuencia, no se cumple con los objetivos de estos procesos.

La falta de acceso a los medios de comunicación, dispositivos tecnológicos y la cobertura del servicio internet es un problema que no se suple con la tecnología para ejercitar el derecho de participación ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico del Ambiente*. Quito: Lexis.
- Ministerio del Ambiente. (14 de Octubre de 2015). Acuerdo Ministerial 103. Quito.
- Ministerio del Ambiente. (2 de Octubre de 2018). Acuerdo Nro. 109. Quito.
- Ministerio del Ambiente. (14 de Febrero de 2019). Acuerdo Ministerial No. 013. Quito, Ecuador.
- Ministerio del Ambiente y Agua. (31 de Julio de 2020). Acuerdo Ministerial Nro. Mae-2020-20. Quito.
- Presidencia de la República. (12 de Junio de 2019). Reglamento a la Ley Orgánica del Ambiente. Quito.

Capítulo VI

AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PARA LA DETERMINACIÓN DE FALTAS LEVES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL MUNICIPIO DE QUITO

José Espín Moscoso¹⁰⁸

1. Introducción

De conformidad con la Resolución No. 0017 A, dictada por el Alcalde de Quito, Augusto Barrera el 9 de junio del 2011, se establece la forma en que se va a organizar el Registro de la Propiedad del Municipio de Quito. Así, se crea ésta entidad como una unidad especial, adscrita a la Administración General del Municipio y dotándole de autonomía administrativa, financiera y funcional.

En virtud de lo expuesto, se entiende que el Registro de la Propiedad al gozar de autonomía administrativa, puede gestionar de forma individual su talento humano para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, por tanto el Registro de la Propiedad debería contar con un régimen disciplinario propio, enmarcado dentro del derecho público, en el cual tenga la potestad de resolver los actos y hechos de los servidores públicos cuando los mismos incurran en el cometimiento de faltas leves.

Sin embargo, a pesar de la autonomía administrativa con la que cuenta esta entidad en la legislación, los actos inherentes a la adminis-

¹⁰⁸ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho mención Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador. Docente en la Universidad Tecnológica Indoamérica.

tración de talento humano dependen de la Dirección Metropolitana de Recursos Humanos del Municipio de Quito, sin que se determine el ámbito que abarca la denominada autonomía administrativa del Registro de la Propiedad del Municipio de Quito en lo que respecta a materia disciplinaria sobre faltas leves. Frente esta circunstancia también se debe señalar que no existe normativa que regule el procedimiento administrativo disciplinario para determinar el cometimiento de faltas leves de manera general en el sector público.

Es de esta manera que nos enfrentamos a un Registro de la Propiedad del Municipio de Quito cuya autonomía administrativa no ha podido ser establecida frente al régimen disciplinario inherente a faltas leves.

2. Fundamentación y breve explicación de la problemática

Servir al Estado, ser un funcionario de éste implica gran responsabilidad debido a las importantes y delicadas misiones que deben ser cumplidas para su correcto funcionamiento. En tal virtud, todos los servidores públicos deben responder civil, penal y administrativamente por sus acciones y omisiones en el desarrollo de sus labores.

Respecto a la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos por la importancia de un ilícito cometido, la misma puede conllevar al cometimiento de faltas leves y graves. A pesar de que el cometimiento de faltas leves no conlleva la imposición de una sanción que amerite la separación, temporal o definitiva del servidor público de la administración pública debido a que el ilícito cometido tiene una gravedad menor, sin embargo todo procedimiento administrativo debe respetar los procesos legalmente establecidos, como lo es el debido proceso y el derecho a la defensa de los servidores públicos frente al respectivo régimen disciplinario.

En la actualidad, muchas instituciones públicas el momento de su creación se les conceden autonomía frente a determinados actos, sin embargo en la práctica tal autonomía es cuestionada, sin que de

por medio se clarifiquen sus alcances y limitaciones, por tanto el manejo de la institución puede dar prioridad al aspecto político, más que al técnico y jurídico.

El Registro de la Propiedad del Municipio de Quito, en la cual su autonomía respecto del régimen disciplinario no ha sido clarificada, razón por la cual la misma se puede constituir en una entidad vulnerable a los quebrantamientos de los derechos de los servidores de dicha institución respecto al cometimiento de faltas leves.

En consecuencia, el presente estudio busca aportar con la determinación del régimen disciplinario sobre faltas leves aplicable a los servidores públicos del Registro de la Propiedad del Municipio de Quito, con apego a la garantía de sus derechos. Así, estableciendo los parámetros de actuación del Registro de la Propiedad del Municipio de Quito en lo que se refiere al régimen disciplinario, por más que una falta no sea de gravedad, los servidores públicos tendrán garantizados todos sus derechos frente al proceso que el cometimiento de la misma acarree.

La autonomía en las instituciones públicas de nuestro país, se ha originado con el fin de que las mismas gestionen por su propia mano y bajo su responsabilidad diferentes recursos financieros y administrativos, sin que exista dependencia de otra entidad para su administración. En este sentido, el Art. 13 de la Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, establece que los Registros de la Propiedad son Registros de Datos Públicos, y sobre la gestión de los mismos determina que “los Registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa.”¹⁰⁹ De lo expuesto, se observa que los Registros de la Propiedad eminentemente son entidades con autonomía administrativa.

Patricio Secaira, respecto a la autonomía administrativa de las entidades públicas señala que ésta es “la capacidad jurídica que el Estado concede a ciertas entidades públicas nacionales o territoria-

109 *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 162, Quito, 31 de marzo del 2010, Art. 13.

les para administrar sus asuntos por sí mismas por medio de normas y órganos propios.”¹¹⁰ En tal sentido, los Registros de la Propiedad del país son instituciones que podrán administrar sus asuntos, en virtud de su autonomía administrativa.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 142 en lo referente al ejercicio de competencias de los Registros de la Propiedad del país señala que “La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales [...]”¹¹¹. En mérito de lo expuesto, si bien tenemos entendido que los Registro de la Propiedad gozarán de autonomía administrativa, sin embargo no se puede determinar hasta donde llega esa autonomía administrativa frente a la administración que los gobiernos autónomos descentralizados ejercen por mandato legal en esas instituciones. Un acercamiento a esta problemática lo realiza la Corte Constitucional, señalando de forma general que “en la especie, le corresponderá al Municipio la estructura administrativa del registro.”¹¹²

En lo que se refiere a las regulaciones más específicas, el Alcalde del Municipio de Quito, Augusto Barrera, mediante resolución No. A 0007 el 09 de junio del 2011, en su Art. 1 determina la naturaleza del Registro de la Propiedad del Municipio, señalando que “en la estructura orgánica del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, créase y agréguese la unidad especial “Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito”, dotada de autonomía administrativa, financiera y funcional, adscrita a la Administración General.”¹¹³ Con la normativa específica nuevamente se reafirma que el Registro de la Propiedad del Municipio de Quito goza de autonomía administrativa, sin embargo de igual manera no se determina hasta qué

110 Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 108.

111 *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 330, Quito, 19 de octubre del 2010, Art. 142.

112 Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, Jueza Sustanciadora Nina Pacari Vega, *Sentencia No. 003-11-SIN-CC, Caso No. 0002-11-IN*, Quito, 21 de junio del 2011, p. 22.

113 *Resolución No. 0007 de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito*, Quito, 2011, Art. 1.

punto llega la gestión del Municipio de Quito respecto de la administración del Registro de la Propiedad.

3. Perspectivas teóricas de respuesta a la problemática

Efraín Pérez, respecto de la autonomía administrativa señala que la misma se encuentra sujeta “a las leyes en general de personal, de contratación y de manejo de personal que se aplican a todo el sector público”¹¹⁴, por tanto es vital el análisis de toda la normativa que engloba a la autonomía administrativa del Registro de la Propiedad.

Miguel Marienhoff hace una diferenciación entre lo que entien-
de por autonomía y autarquía:

“Autonomía significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella. [...]. La autonomía denota siempre un poder de legislación que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo que autonomía es un concepto político, es el poder de propia legislación. Autarquía en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta”¹¹⁵

Con el aporte doctrinario expuesto incluso se puede observar como el mismo concepto de autonomía puede variar, de conformidad con las circunstancias que vaya presentando la investigación respecto de la autonomía administrativa, determina en la legislación del Registro de la Propiedad del Municipio de Quito.

La facultad de administrarse por sí mismo del Registro de la Propiedad aparentemente confronta con la potestad de que el Municipio de Quito administre esta entidad. Está incertidumbre respecto del alcance que tiene la autonomía administrativa del Registro de la Propiedad genera que en la gestión del régimen disciplinario de esta entidad no se observe un panorama claro sobre los órganos

114 Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 305.

115 Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 387.

competentes en su actuación, menos aún en el caso de los procesos administrativos derivados del cometimiento de faltas leves, en los cuales no existe normativa general sobre dicho procedimiento.

De las fuentes normativas y doctrinarias expuestas, y con la determinación de los alcances de la autonomía del Registro de la Propiedad del Municipio de Quito, se podría formar una estructura y procedimientos disciplinarios en lo que respecta a la imposición de sanciones derivadas del cometimiento de faltas leves.

En lo que respecta a esta construcción, lo ideal sería que el procedimiento se base en un sistema de investigación que propenda el respeto al debido proceso y al derecho a la defensa de los funcionarios públicos frente a los procesos administrativos iniciados en su contra por el cometimiento de faltas leves.

El tratadista Rubén Flores, al respecto señala que el procedimiento disciplinario debe contener un sistema de investigación “tendiente a comprobar la existencia de actos o hechos irregulares o ilícitos dentro del servicio o que lo afecten indirectamente aun siendo extraños a él y a la individualización de los responsables”¹¹⁶.

De igual manera, en relación a la construcción del procedimiento administrativo disciplinario derivado del cometimiento de faltas leves, se debe determinar en qué términos se iniciara dicho proceso. Al respecto Ramón Parada, señala que “la iniciación del procedimiento se hará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, como consecuencia de una orden de órgano superior, por moción razonada de los subordinados o denuncia de los particulares”¹¹⁷, para que dada la iniciación se proceda con la investigación en los términos anteriormente referidos.

116 Rubén Flores Dapkevicius, *Derecho Penal Administrativo*, Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2009, p. 125

117 Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010, p. 571.

El propósito de crear una estructura disciplinaria en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito es construir un procedimiento disciplinario, en la cual se incurra necesariamente en la investigación del supuesto ilícito cometido. Sin embargo para ello también se deben tener en cuenta teorías antagonistas como la de Diana Scialpi quien en cambio concibe que “una sanción, sea leve o severa, puede ser aplicada directamente, es decir, sin la sustanciación de una investigación. Para ello es necesario que se trate de una medida menor –no expulsiva– y que los hechos por los cuales ésta se va a aplicar se encuentren suficientemente probados”¹¹⁸.

4. Conclusiones

Para finalizar el presente ensayo, realizo una breve descripción de conceptos inherente a la presente investigación que ayudarán al lector a tener un panorama integral de la problemática tratada.

Autonomía.- “Es la capacidad que tienen ciertas instituciones para darse derecho propio; esto es para crear su propia legislación”¹¹⁹. “Dentro de este aspecto es necesario precisar que la autonomía es un cierto grado de capacidad legal para que las entidades puedan actuar por sí solas; por ello no afecta a la soberanía que es propia del Estado y a la cual están sometidos los entes autónomos.”¹²⁰

Autonomía Administrativa.- Es una capacidad jurídica que se concede a ciertas instituciones públicas, la cual “consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley”¹²¹.

118 Diana Scialpi, *Violencias en la Administración Pública. Casos y miradas para pensar la administración pública como ámbito laboral*, Buenos Aires, Editorial Catálogos, 2004, p. 185.

119 Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 107

120 Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 108

121 *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 330, Quito, 19 de octubre del 2010, Art. 5.

Registro de la Propiedad del Municipio de Quito.- Es una unidad especial del Municipio de Quito, conformado bajo el amparo de la resolución A 0007 el 09 de junio del 2011, unidad que se encarga de “la inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos: a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos; b) Dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio; y, c) Garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse.”¹²²

Faltas Leves.- “Son aquellas acciones u omisiones realizadas por error, descuido o desconocimiento menor sin intención de causar daño y que no perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.”¹²³

Procedimiento Disciplinario.- “Es un procedimiento administrativo interno, que se desarrolla de oficio, e implica regular el ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración respecto a sus agentes, con el fin de conservar el buen orden en el desarrollo de la función pública.”¹²⁴

Régimen Disciplinario.- Es el sistema de conducta que rige a los servidores públicos, mediante el cual se determina la responsabilidad de los mismos en el cometimiento de actos u hechos que sean contrarios a la normativa que los regula.

122 *Ley de Registro*, Registro Oficial de la República del Ecuador No. 93, Quito, 03 de julio de 1972, Art. 1.

123 *Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público*, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 418, Quito, 01 de abril del 2011, Art. 81.

124 Rubén Flores, *Funcionarios Públicos, análisis del TOFUP y casos prácticos*, La Ley, Montevideo, 2009, citado por Rubén Flores Dapkevicius, *Derecho Penal Administrativo*, Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2009, p. 121.

Bibliografía

Fuentes doctrinarias

- Andrade, Santiago et al., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Arias, Cantor, *Las relaciones entre infracciones administrativas y los ilícitos penales*, Barquisimeto, Librería Jurídica Rincón, 2008.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Universitario*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2004.
- Chiavenato, Idalberto, *Administración de Recursos Humanos*, Santa Fé de Bogotá, Mc Graw Hill, 2001.
- Dromi, José, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- Fernández Tomás, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Navarra, Editorial Aranzandi, 2008.
- Flores, Rubén, *Derecho Penal Administrativo*, Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2009.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 4, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002.
- Jaramillo, Herman, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, 2005.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- Parada, Ramón, *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Sayegues, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

Scialpi, Diana, *Violencias en la Administración Pública. Casos y miradas para pensar la administración pública como ámbito laboral*, Buenos Aires, Editorial Catálogos, 2004.

Secaira, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.

Sánchez, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2008.

Villoria, Manuel, y Eloísa del Pino, *Dirección y Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

Fuentes normativas

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial de la República del Ecuador No. 449, Montecristi, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 330, Quito, 19 de octubre del 2010.

Ley Orgánica de Servicio Público, Segundo Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 294, Quito, 06 de octubre del 2010.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 162, Quito, 31 de marzo del 2010.

Ley de Registro, Registro Oficial de la República del Ecuador No. 93, Quito, 03 de julio de 1972.

Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador No. 418, Quito, 01 de abril del 2011.

Resolución No. 0007 de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, Quito, 2011.

Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (Derogado), Registro Oficial de la República del Ecuador No. 16, Quito, 12 de mayo del 2005.

Fuentes Jurisprudenciales

Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador, Jueza Sustanciadora Nina Pacari Vega, *Sentencia No. 003-11-SIN-CC, Caso No. 0002-11-IN*, Quito, 21 de junio del 2011.

Capítulo VII

ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS Y SOBERANÍA ALIMENTARIA: MODIFICACIONES FITOGENÉTICAS, TRANSGÉNICOS; Y, SOBERANÍA ALIMENTARIA

*Andrea Llumipanta Silva*¹²⁵ ▪ *Germán Mosquera Narváez*¹²⁶

En presente trabajo analiza si, es posible que, la soberanía alimentaria en el Ecuador que es una obligación para el Estado ecuatoriano; y, un derecho para sus habitantes, se materialice con la aceptación e introducción de los organismos genéticamente modificados como los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas en el país, considerando la normativa aplicable nacional e internacional.

1. Rol del Estado constitucional de derechos, frente al ejercicio de los mismos

Al referirnos a un Estado constitucional de derechos, tal como se define al Ecuador en su Carta Magna, artículo 1, es imperante analizar la transcendencia en torno al tema analizado de la connotación de esta definición. Con la nueva Constitución, que lleva una vida de alrededor de trece años; y, con la que se cambia de manera tajante el ordenamiento nacional, dándole un giro obligatorio al respeto irrestricto de los derechos; así como de su aplicación inmediata en primer momento, por todos aquellos que forman parte del Estado des-

125 Abogada de los Juzgados; y, los Tribunales de la República por la Universidad Central del Ecuador; ponente, capacitadora en temas de género, violencia; y, familia. Coordinadora del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Campus Quito.

126 Abogado por la Universidad Central del Ecuador, Máster en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador, y Máster en Derecho constitucional por la Universidad Indoamérica. Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica Sede Quito.

de cualquiera de sus manifestaciones, llámese burocracia, así como para; y, por todos aquellos que formamos parte de este, en calidad de habitantes, sujetos de los derechos establecidos en la Constitución, idea que va de la mano del Estado plurinacional y multiétnico que también es el Ecuador. Se debe analizar si, justamente con el establecimiento de un Estado de derechos, es posible que la soberanía alimentaria sea ejercida; e, incluso pueda ser exigida, desde la óptica de las nacionalidades; y, culturas que conviven en el país, con sus características; y, formas de vida propias, muchas de ellas, sino todas, de carácter ancestral.

El hecho de que, el Ecuador sea un Estado de derechos, comprende una teoría, ahora más práctica, que busca establecer la obligación por parte del Estado de la aplicación inmediata; y, sin mayores formalismos de los derechos reconocidos no solo en la Constitución; si no también, en toda aquella norma que forma parte del sistema normativo del país, en la que, se establezcan derechos para los ciudadanos, habitantes, transeúntes; e, incluso en normas de carácter internacional, que prevalecen cuando establezcan derechos humanos más beneficiosos para las personas, por sobre la misma Constitución.

Corresponde al Estado la obligación de velar las actuaciones de todos los órganos; y, entidades estatales, desde las cinco funciones del Estado, desde sus órganos descentralizados; y, obviamente desde quienes hacen estas entidades, es decir, desde el recurso humano o servidores públicos.

Todas las acciones, omisiones; y, actuaciones del Estado, deben; o, debían al menos estar enmarcadas en actuaciones garantistas de los derechos, desde el punto de vista más beneficioso al individuo, es decir se debe priorizar; y, actuar en razón del principio *pro homine*. He aquí la importancia del abordaje de la soberanía alimentaria establecida en la Constitución, como un derecho exigible frente al Estado, así como de los mecanismos, recursos para poder aplicarla; y, vivirla en el territorio ecuatoriano; todo esto como una obligación propia del Estado ecuatoriano.

El Estado pasa a ser un ente que, establece; y, regula los derechos consagrados en la Constitución, a convertirse, respecto a los derechos de todo el ordenamiento ecuatoriano, en el responsable de la creación, generación, establecimiento, aplicación, ejecución, vigilancia, evaluación, seguimiento; e, incluso el ente reparador en el momento de una vulneración. Acompañados estos roles estatales, de la característica de progresivos; y, garantistas.

En este contexto, establece el artículo 11.3 de la Constitución, respecto a los principios dentro del ejercicio de los derechos, que:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte ... Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.¹²⁷

El Estado, es el responsable de sus actuaciones, que se materializan por medio de todos quienes lo conforman. Y, ya no solo tiene una responsabilidad extracontractual, como en la Constitución del 1998; hablamos de una responsabilidad legal, en la que basta se establezca el vínculo entre las actuaciones o no del Estado frente a la vulneración de un derecho; para que, se consagre la obligación de una reparación integral frente al cometimiento de una vulneración o violación de derechos de las personas. Reparación que al tener el carácter de garantista; ya no solo busca de manera ideal el resarcimiento económico; sino que acompañado a este; o, no, se debe establecer medidas propias a cada caso, vigilando las particularidades; y, hasta a los individuos; buscando como fin, el éxito en minimizar lo más posible el daño causado a la persona por el Estado o todos quienes lo conformen; y, actúan en su nombre; y, potestad.

127 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador* (Ecuador: Registro Oficial, suplemento 449, 2008).

Señala el artículo 11.9 *ibidem*, que:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.¹²⁸

Artículo que establece claramente que, el fin último del Estado es permitir el ejercicio de los derechos de las personas; para lo cual debe invertir; y, valerse de todos sus recursos, logrando que, los derechos establecidos se cumplan, se ejerzan; y, principalmente se vivan.

Ahora, si bien es cierto el Estado comprende un todo con sus elementos constitutivos propios, cada una de las actividades; y, engranaje para que los derechos sean respetados, están distribuidos en los diferentes entes y organismos especializados. Le compete de manera primordial el cumplimiento del objetivo de la soberanía alimentaria al Ministerio Agricultura y Ganadería; es decir, le comprende a esta cartera de Estado velar porque el cumplimiento de esta obligación sea viable; y, que no afecte con su ejecución a otros derechos establecidos. Para lo cual se han creado leyes que permitan el cumplimiento de lo que establece la Carta Magna como la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria.

Derechos constitucionales, derecho del buen vivir y soberanía alimentaria:

Una de las características del Estado constitucional de derechos, es, establecer un catálogo de derechos más amplio, pero no limitante, en el sentido de que a más de los establecidos en la Constitución, dentro de su título II “Derechos”, en capítulo segundo “Derechos del buen vivir”; punto transversal de los otros derechos estableci-

128 Asamblea Nacional Constituyente.

dos en razón de sus titulares, en los capítulos siguientes, tercero respecto de los “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”; cuarto sobre los “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, séptimo al referirse a los “Derechos de la naturaleza”; así como de los restantes en los capítulos quinto, sexto; y octavo, sobre los “Derechos de participación” “Derechos de libertad”; y, “Derechos de protección”, en su orden; se deben reconocer; y, aplicar los otros derechos enmarcados en el bloque constitucional.¹²⁹

El denominado derecho al buen vivir, se convierte en una serie de elementos, cumulo de otros derechos, que pueden actuar de manera conjunta; o, no, se puede entender incluso como un enfoque si se quiere, un principio, un sistema, una ideología; o, una agrupación de enfoques que permiten a la persona el ejercicio de sus derechos desde el más amplio ámbito, de manera transversal a todos sus demás derechos.

Dentro de los derechos del buen vivir es donde justamente se menciona por primera ocasión a la soberanía alimentaria, en la sección referente al agua y la alimentación, artículo 13; encontramos a este tipo de soberanía en la sección de Ambiente sano, artículo 15; hasta llegar a su propio capítulo, dentro del título VI “Régimen de Desarrollo”, denominado “Soberanía alimentaria” artículos 281; y, 282. En realidad a lo largo de la Carta Magna, encontramos este término en varios artículos, que se refieren a aristas diferentes, se habla de soberanía alimentaria en los objetivos de la política comercial, artículo 304, numeral 4; en el artículo 318, Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, respecto al agua como patrimonio nacional; en la sección referente a la Democratización de los factores de producción, artículo 334, numeral 4; en el capítulo Biodiversidad y recursos naturales, secciones quinta: suelo, artículo 410, séptima, sobre la Biosfera, ecología urbana y energías alternativas, artículo 413; y, finalmente en el capítulo sobre la Integración latinoamericana, artículo 423 numeral 2.¹³⁰

129 Asamblea Nacional Constituyente.

130 Asamblea Nacional Constituyente.

Transversalmente en la Constitución, en el articulado mencionado, desde cada uno de sus temas centrales, se establece la generación de estrategias que permitan ejecutar este régimen; así como, su promoción, garantía; y, el ejercicio de actividades que no la minimicen; o, la pongan en riesgo. Se pretende manejar todos los temas que la afecten de manera directa o indirectamente, bajo el nivel de afectación que sea, de la forma en que, se viabilice su ejercicio; y, presencia sin ninguna vulneración.

Ya, puntualmente en el derecho al agua y alimentación que constituyen los ejes centrales en donde se aplica la soberanía alimentaria de manera directa, se establece que es obligación del Estado la promoción de este derecho; dentro de la sección referente al ambiente sano, se enfrenta esta soberanía con la energética, misma que no se puede conseguir vulnerando la soberanía alimentaria; así como no es permitida ninguna otra práctica que, afecte a esta soberanía en el marco del derecho a un ambiente sano.

Por lo que no se concibe bajo ningún criterio que, la soberanía alimentaria se vea disminuida, afectada o vulnerada en el cumplimiento o ejercicio de otros derechos; ni siquiera, bajo la consigna de acceso o protección de los derechos al agua, alimentación; y, mucho menos en el marco del derecho a vivir en un ambiente sano, que va atado de manera irrestricta a una soberanía alimentaria de calidad.

2. Fundamentación teórico jurídica

Factores como, la problemática entre el límite de la ciencia; y, la alteración genética a seres vivos frente a lo natural; la controversia de que, si pesaría más una vida corta llena de alteraciones, afectaciones a la salud, pero vida al fin; una inminente desaparición de la humanidad por falta de alimentos debido a la sobrepoblación; o, si son fruto de los intereses de determinados empresas multinacionales que, buscan la privatización de lo que garantizaría el futuro de la humanidad; sin duda, hacen de este un tema trascendental. Mismo que, debe ser analizado desde todos los factores mencionados, den-

tro de la normativa ecuatoriana; e, internacional de aplicación en el país.

Con la introducción de la soberanía alimentaria en el ordenamiento jurídico, en nuestra Carta Magna del 2008; y, con posterioridad en cumplimiento a lo que esta establece, en la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, cuyo fin es implantar mecanismos que agilicen la producción nacional tradicional, limitando de cierta forma a las transnacionales; acompañada de la pretensión de reforma constitucional de ciertos actores estatales; y, civiles entorno a este tema, a lo largo de los últimos años, es necesaria la discusión jurídica sobre: si los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas podrían ir de la mano con la soberanía alimentaria.

Señala el artículo 1 de la ley orgánica de este régimen, al referirse a su objeto, como el establecimiento de:

... los mecanismos mediante los cuales el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados de forma permanente. El régimen de la soberanía alimentaria se constituye por el conjunto de normas conexas, destinadas a establecer en forma soberana las políticas públicas agroalimentarias ... protegiendo la agrobiodiversidad, los conocimientos y formas de producción tradicionales y ancestrales ...¹³¹

Al referirnos a este régimen, desde el punto de vista de la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, norma que la acoge, tal como la establece la Constitución, la misma es considerada como un objetivo estratégico, cuya regulación, manejo, establecimiento de políticas públicas en torno a ella; y, demás que le permitan su consecución, le corresponde únicamente al Estado desde las facultades propias de todos sus niveles; y, como una obligación, también estatal; cuyo fin es llegar a la garantía tangible de alcanzar

131 Asamblea Nacional Constituyente, *Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria* (Ecuador: Registro Oficial, Suplemento 583, 2009).

la autosuficiencia de alimentos; o, de manera más puntual “autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente”; como lo establece el artículo 281 de la Constitución, en su parte inicial.

Si lo que se pretende es, la autosuficiencia permanente de alimentos, obligatoriamente se debe tener como punto de partida a la producción, para lo cual debe mediar la concurrencia de tres elementos trascendentales para su concreción: en primer momento la garantía que el Estado debe dar al acceso de semillas apropiadas, acompañadas del impulso de esta actividad por medio de políticas que beneficien a los agricultores; seguido de, permitir el adecuado establecimiento; así como, la distribución de los recursos básicos para la producción, con el acceso adecuada a la tierra, agua, la introducción de tecnológicas o biotecnologías apropiadas; y, finalmente, la garantía de creación; o, alcance de mercados locales, regionales; e, internacionales, que permitan la comercialización de los productos con preferencia al consumo interno. Todos estos elementos deben ser de fácil acceso; y, ser garantizados de manera primordial a los sectores que se han dedicado tradicionalmente a la agricultura.

Sin embargo, este régimen, objetivo; u, obligación, no solo se limita a la producción, sino también al acceso a alimentos naturales; y, de calidad, como lo dispone el numeral 13 del artículo 281 *ibidem*, al decir que, en pro de precautelar la soberanía alimentaria, el Estado debe: “Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos”¹³²; ahora contextualizando el contenido de este numeral, queda claramente establecido que, todo alimento que se presuma contaminado, o que exponga la salud de las personas de cualquier forma; incluso menciona a la incertidumbre de sus efectos, quedaría excluida de la gama de alimentos a los que la población debe tener acceso.

132 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*.

Surge aquí el punto de discusión; ya que, si bien no se ha demostrado de manera tajante que, los transgénicos; y, las modificaciones genéticas a los vegetales, específicamente a aquellos que constituyen recursos fitogenéticos para la alimentación; y, agricultura, conocidos por sus siglas RFAA, regulados a través del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, vigente a partir del 2001, del que el Ecuador es parte desde el 07 de mayo de 2004, el cual los define en su artículo 2 como "... cualquier material genético de origen vegetal de valor real o potencial para la alimentación y la agricultura ...", es decir, aquellos recursos que constituyen alimentos básicos para el consumo de un porcentaje considerable de la población mundial, en determinada región o país; produzcan afecciones de varios tipos a la salud que pueden ir desde una alergia hasta una serie de eventos o afectaciones que posiblemente a largo plazo puedan llevar al ser humano a la muerte; tampoco han demostrado que no causarían efectos alguno, que ponga en duda su consumo; principalmente en estudios o trabajos nacionales, hasta el día de hoy; y, no se realizó a nivel internacional; o, más bien no se ha socializado el resultado de estudios anteriores; y, sus hallazgos claros hasta al menos la década pasada.

Partiendo desde el primer factor; y, elemento dentro de la soberanía alimentaria, es decir, desde la producción, está prohibido por la Constitución, en su artículo 401, la introducción de semillas transgénicas, señala la referida norma:

Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales.¹³³

133 Asamblea Nacional Constituyente.

Desde el punto de vista científico, los transgénicos; y, toda modificación genética, es a la vista, una biotecnología netamente experimental, también prohibida expresamente por la mencionada norma.

El Estado garantista debe obedecer a un interés superior, que es permitir el acceso informado a sus habitantes, a una buena calidad de vida, por medio de la alimentación adecuada; y, permanente. Muchos de los países han aceptado la introducción; y, libre consumo de transgénicos; y, productos alterados génicamente; pero otros como el nuestro dejan una ventana semiabierta, en una aparente negativa, que se evidencia en el artículo citado: "... se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas ..."; pero, continua con el término "... excepcionalmente ..."; y comparado entre otros con el artículo 15 ibidem, que señala: "... se prohíbe el desarrollo, producción ... comercialización, importación ... y uso de ... organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana...", (el subrayado me pertenece), normas que no concluyen en una negativa expresa, sino más bien, que al mencionar términos como los subrayados, dejan una duda en la cuerda floja, ¿quién va a determinar si son o no perjudiciales?, ¿acaso las mismas multinacionales que los crearon; y, los promocionan como una solución?; y, en referencia a la excepcionalidad, ¿puede el ejecutivo contar con información adecuada que le permita hacer uso de la excepcionalidad?. Incógnitas que, establecen claramente, las posibles vulneraciones; si no se, llenan estos vacíos con leyes específicas para evitar abusos.

Respecto a lo analizado, la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, en artículo 26, recoge el contenido del artículo 401 de la Constitución; en el que, además se trae a colación el *principio de precaución*; añadiendo al texto recogido, lo siguiente:

... Las materias primas que contengan insumos de origen transgénico únicamente podrán ser importadas y procesadas, siempre y cuando cumplan con los requisitos de sanidad e inocuidad, y que su capacidad de reproducción sea inhabilitada, respetando el

principio de precaución, de modo que no atenten contra la salud humana, la soberanía alimentaria y los ecosistemas ... ¹³⁴

Principio que, está enfocado a dar cumplimiento a lo señalado en la norma suprema, respecto del régimen de soberanía alimentaria.

Por tanto, el acceder a una soberanía alimentaria, que involucre; por un lado, la producción agrícola con el uso de semillas de transgénicos; o, modificaciones fitogenéticas, sería desde el punto normativo imposible, a menos de una reforma constitucional. O, al establecimiento de normas puntuales que, permitan proceder de manera legal, atada al garantismo del Estado de derechos, con la aplicación de la excepcionalidad establecida en el artículo 401 de la Constitución; y, 26 de la Ley de la materia. Y, por otro lado, respecto al accesos a los recursos, insumos; o, productos, que puedan contener transgénicos o elementos con modificaciones fitogenéticas; los mismos deben cumplir con determinados pasos; y, requisitos establecidos en el artículo 26, como ser etiquetados de manera correcta; así como, la garantía del establecimiento; y, ejecución de un trato diferenciado en beneficio de los microempresarios, microempresa o micro, pequeños; y, medianos productores nacionales, frente al ingreso; y, comercialización de estos productos en el mercado nacional.

Se establece en la normativa nacional, sobre la información básica comercial, obedeciendo a los preceptos del derecho al acceso a información pública, en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, respecto a los “productos y transgénica”, tal como se denomina el inicio del artículo, la obligación; y, forma de proceder en la exposición de datos; e, información de trascendencia del producto o bien a adquirirse; o, que se encuentre en el libre mercado, textualmente señala el referido artículo: “Si los productos de consumo humano o pecuario a comercializarse han sido obtenida o mejorados mediante transplante de genes o , en general, manipula-

134 Asamblea Nacional Constituyente, *Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria*.

ción genética, se advertirá de tal hecho en la etiqueta del producto, en letras debidamente resaltadas.”¹³⁵

Regresando al tema de las semillas transgénicas o sobre las modificaciones fitogenéticas, señala, igualmente la normativa de carácter orgánico, esta es la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable, uno de los deberes del Estado, en su artículo 14, literal i: “Vigilar y controlar la condición del país como territorio libre de semillas y cultivos transgénicos”. Estableciendo de manera bastante clara, en estricto cumplimiento de lo que señala la norma suprema, la tesis de que el Ecuador es un país libre de transgénicos, pero únicamente desde el punto de vista de la producción agrícola; compromete este literal al Estado en un rol de vigilancia; y, control, frente a la posibilidad de que se permita o de hecho se genere el ingreso de semillas de transgénicos; y, aquellas, sean la base de la producción, generando obviamente cultivos de estas semillas modificadas genéticamente.

La norma establecida, va más allá, de lo que establece incluso la Constitución, en los artículos ya analizados, de manera contradictoria; y, extensiva a la Carta Magna, se señala en su artículo 56, que es permitido el ingreso de semillas y cultivos transgénicos “... únicamente para ser utilizados con fines investigativos ...”¹³⁶; es decir, se pasaría por alto los elementos que deben mediar para que, la excepcionalidad, señalada en el artículo 401; se pueda aplicar; y, se permite con lo señalado, la validación de ingreso de semillas transgénicas, cuando sean para fines investigativos. En consecuencia, a más de la excepcionalidad del ejecutivo; se establece con una norma de menor jerarquía de la Constitución, otro escenario para que, el Estado deje de ser libre de semillas transgénicas. Ley cuyo objeto, según lo señala su primer artículo, es:

135 Asamblea Nacional Constituyente, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* (Ecuador: Registro Oficial Suplemento 116, 2019).

136 Asamblea Nacional Constituyente, *Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable* (Ecuador: Registro Oficial Suplemento 10, 2017).

... proteger, revitalizar, multiplicar y dinamizar la agrobiodiversidad en lo relativo a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; asegurar la producción, acceso libre y permanente a semillas de calidad y variedad, mediante el fomento e investigación científica y la regulación de modelos de agricultura sustentable; respetando las diversas identidades, saberes y tradiciones a fin de garantizar la autosuficiencia de alimentos sanos, diversos, nutritivos y culturalmente apropiados para alcanzar la soberanía alimentaria y contribuir al Buen Vivir o Sumak Kawsay. Garantiza el uso, producción, fomento, conservación e intercambio libre de la semilla campesina que comprende las semillas nativa y tradicional; y la producción, certificación, comercialización, importación, exportación y acceso a la semilla certificada, mediante la investigación y el fomento de la agricultura sustentable.¹³⁷

Y, que establece incluso, sanciones para quienes adecuen su conducta a las infracciones especiales muy graves, que justamente comprenden el ingreso o uso no autorizado de semillas y cultivos genéticamente modificados para cualquier fin que no sea el de investigación científica. Con sanciones de carácter administrativo como amonestación escrita, multas, suspensiones de registros; o, hasta cancelación de los mismos; ya que, se entiende que únicamente órganos capacitados; y, registrados, pueden realizar investigación con organismos modificados.

Posiblemente este nuevo fin, que se les da a los transgénicos; y, modificaciones fitogenéticas, como insumos para la investigación; permitió que, en los años 2013, 2015; y, 2018, luego de procesos de monitoreo con pruebas de campo, se llegue a determinar que existen cultivos con semillas de soya transgénica en el país.

... Los resultados obtenidos en este trabajo sugieren la presencia de cultivos transgénicos de soya en el país. Consideramos que la principal recomendación que se desprende de este estudio, es el implementar un sistema de monitoreo y vigilancia sistemático,

137 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*.

bajo la responsabilidad de la sociedad civil, la academia y del Estado...¹³⁸

El órgano estatal que debe regular, vigilar; y, controlar el ingreso de semillas transgénicas al Estado, en torno al régimen de la soberanía alimentaria, es, como ya se mencionó, el Ministerio de Agricultura y Ganadería- MAG, obligado a hacer cumplir lo que determina el ordenamiento en cuanto a la declaratoria del Ecuador como un territorio libre de transgénicos, al menos en la producción, manteniendo; y, permitiendo exclusivamente el uso semillas nativas; y, por ende, cultivos naturales.

Análisis normativo a nivel de leyes orgánicas, desde los derechos consagrados constitucionalmente, que, refuerza la tesis de la necesidad a todas luces, de una reforma normativa más especializada; más aún si el Ecuador, reconoce que, constituye una obligación también para el Estado, el permitir el ejercicio del derecho a una vida digna con la libertad de escoger lo que consumimos; y, principalmente que, es responsabilidad estatal el crear medios; y, mecanismos que permitan al país su desarrollo a nivel local; y, regional; así como, el aseguramiento de acceso a alimentos adecuados de manera permanente; acompañados de la estrategia de desarrollo sostenible; en la que no es una opción el dejar de lado los avances; e, innovaciones de la tecnología; o, más bien, dentro del tema central, los nuevos descubrimientos; e, innovaciones en la biotecnología.

Con el fin de, establecer un ejemplo, se señala los Estados, algunos muy cercanos al Ecuador; y, con normativa general bastante parecida; donde ya se utiliza semillas de transgénicos, específicamente en el año 2016, orden establecido de países, según las hectáreas en las que se permite su producción, estos son: Estados Unidos, Brasil, Argentina, Canadá, India, Paraguay, Pakistán, China Sud África; y, Uruguay.¹³⁹

138 Intriago, Richard y Velasquez, Elizabeth, «Primera Detección de Soya Transgénica (Glycine max) cultivada en la Costa Ecuatoriana usando Métodos de Monitoreo Participativo.», *CIENCIAMÉRICA*, n.o 5 (2016): 81.

139 José Pío Beltrán, *Cultivos transgénicos* (Madrid, España: CSIC, 2018), 70, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=2028399>.

Países ubicados geográficamente en la misma región del Ecuador; utilizan semillas transgénicas para sus cultivos; semillas que están prohibidas en este país; siempre que no solo, se active la excepcionalidad descrita, con la certeza de que su introducción en el país no conlleve riesgos claros a la salud; o, no se conozca claramente si existen efectos adversos o no. Sino también, siempre que no sean usadas con fines de investigación.

En ese sentido debe existir nueva norma, permitiendo la soberanía alimentaria con el uso de transgénicos siempre que, se cuente con la certeza, a través de investigaciones con resultados transparentes, de que, no conllevan riesgos potenciales a la salud. Debería existir, una institución estatal que determine o evalúe los riesgos posibles de los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas tal como la Food & Drug Administration (FDA), en Estados Unidos; o, European Food Safety Authority (EFSA), en Europa. Proporcionando estudios que permita al Estado, tomar la decisión más acorde al ordenamiento establecido.¹⁴⁰

La dificultad, radica, justamente en que la certeza es un término que se puede entender desde diversas aristas; y, que se puede planear desde la subjetividad, de quién origina la información. Considerando que, los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas son el otro hemisferio de la soberanía alimentaria, debido a que la mayor parte de estos hallazgos; y, experimentaciones, están protegidos bajo el régimen de propiedad intelectual, mismo que atribuye derechos a su titular; que obligarían al Estado, no solo a cumplir con un rédito económico, por el uso de esta biotecnología; o, por el acceso a sus productos; sino, que obligaría al Estado a aceptar condiciones impuestas para utilizarlas.

Al ser tecnologías aún en etapa de experimentación, la mayoría de ellas; y, cuyas investigaciones pertenecen en gran medida a laboratorios; y, empresas con presencia mundial, lo que los titulares de transgénicos persiguen son fines económicos, por tanto, su aplica-

140 Pío Beltrán, 86.

ción es de agro negocios, lo que dejaría de lado al grupo campesino, generalmente agricultores; y, la producción tradicional nacional, violentando el precepto constitucional de frenar prácticas monopólicas; y, cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

La mayor parte de los titulares del derecho de propiedad intelectual, como ya se dijo, son multinacionales, que buscan controlar totalmente la alimentación mundial, valiéndose de la famosa *revolución verde* que lo que ha logrado por medio de la alteración genética, es la introducción de nuevos genes en organismos vivos, sean de su especie o ajenos, concluyendo en vegetales mucho más fuertes frente a duras condiciones como cambios climáticos bruscos; y, falta de recursos naturales, en relación a vegetales sin ningún tipo de modificación, dejando como consecuencia la pérdida paulatina de biodiversidad, al preferir por sobre lo nativo, cultivos más adecuados; y, que, además contaminan; y, aniquilar cultivos endémicos, al ser productos más fuertes; y, modificados para continuar con su ciclo de crecimiento de manera garantizada, violando el artículo 73 de la Constitución, que señala: "... Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional ...".¹⁴¹

Existe una serie de estudios desde organismos estatales; y, públicos, muchos de ellos desde la academia, que concluyen en dos polos opuestos, para algunos el uso de los transgénicos; y, por ende su introducción en los cultivos propios, no afectarían ni al ecosistema; ni a la salud de la especie humana; y, por otro lado, existen posiciones muy firmes de que el uso e introducción de semillas transgénicas; y, las modificaciones fitogenéticas, constituyen un riesgo potencial a la salud del hombre; y, al medio ambiente de manera general.

Lo que es claro, es la existencia del notorio velo, sobre el resultado de los estudios de los propios laboratorios, empresas que utilizan la biotecnología para producir transgénicos; y, realizar modificaciones fitogenéticas; velo que tiene respaldo en el secreto de la informa-

141 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*.

ción comercial; que, goza del carácter de confidencial; justamente en torno, a uno de los derechos de los investigadores; o, inventores.

Por lo que no podemos hablar de que, incluso con la reforma normativa, el régimen de soberanía alimentaria, estaría enmarcado en el derecho al buen vivir, consagrando una vida digna, en la que contemos con la certeza clara de lo que consumimos; y, más aún que estos productos modificados genéticamente, serían o no dañinos para la salud; ya que, no contaríamos con información completa.

3. Normativa internacional

La presencia de los convenios internacionales, ha jugado un papel importante dentro de esta revolución verde, lo que estos pretenden, por un lado, es establecer normativas de carácter mundial, que permitan manejar la alimentación no solo de una región, sino de todo el globo terráqueo; a través de, un régimen de propiedad intelectual, como lo hace la UPOV, “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, que a la par, somete a sus miembros, antes de aceptar su adhesión, a la reforma de la legislación del país suscriptor, para que vaya de acuerdo con su norma internacional, así se dispone en su artículo 30.2¹⁴², al exigir que al depositar su instrumento de adhesión, el ordenamiento jurídico del Estado, debe estar en la capacidad de dar efecto a las disposiciones del Convenio, ello supone que, se pueda presentar una solicitud de derecho de obtentor según lo dispuesto en el Convenio, así mismo se exige que se prevean los recursos legales apropiados que permitan defender eficazmente los derechos de obtentor, artículo 30. 1.¹⁴³

Contrapuesto está el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que si podría colaborar en la soberanía alimentaria puesto que este pretende la conservación, el uso sostenible (ofrecer un futuro mejor) de los

142 UPOV, *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, 1991.

143 UPOV.

RFAA¹⁴⁴; y, una igual distribución de sus beneficios, en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Mediante la creación de un Sistema Multilateral de acceso; y, distribución de beneficios de recursos genéticos de todos los países, permitiendo la investigación, siembra; y, producción a gran escala.

4. Conclusiones

Cuestiones como: ¿Deben o no existir?, ¿cómo normarlos?; ¿deben estar a cargo de un grupo limitado?; ¿deben ser privatizados?, son algunas de las incógnitas que acarrea la introducción de los organismos genéticamente modificados como los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas dentro de la soberanía alimentaria. Por lo que si, efectivamente la reforma constitucional se diera, desde cualquiera de los intereses establecidos, sería trascendental reformar la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, y, de hecho, incluso sin tal reforma el Ecuador debería investigar; y, experimentar las posibles soluciones al hambre de algunos sectores de la sociedad; que, si bien es cierto no es el fruto de la falta de alimentos; sino más bien de la desigualdad de recursos necesarios para su acceso; puede en algún momento convertirse en un escenario producto de la falta de alimentos permanentes, bajo las condiciones establecidas en la Constitución. Lo manda la Constitución al referirse a la innovación tecnológica apropiada para garantizar la soberanía alimentaria, es decir para asegurar el acceso a alimentos. Además, debe crearse una ley que regule estas experimentaciones; y, nuevas invenciones en cuanto a la biotecnología, su uso, producción; e, incluso sobre la comercialización de los hallazgos, que vaya a la par, genere las condiciones necesarias para precautelar la seguridad biológica, la protección a la biodiversidad, y, a nuestra riqueza genética.

Los organismos genéticamente modificados como los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas existen, geográficamente, están cada vez más cerca, la cuestión es ¿a qué costo?, ¿a costo de la biodiversidad que ahora tenemos?; ya que, al ser meros escoge-

144 FAO, *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos* (Suiza, 2001).

dores, quitando de seres vivos lo que nos parece malo; y, creando simples vehículos que portan lo que creemos es útil, desechando lo que el proceso natural de la evolución les ha dejado, los modificamos tal vez en un tiempo menor al que lo haría la naturaleza, cambios o alteraciones que aceleran enfermedades, alergias, mutaciones de órganos, etc. Al existir, se están produciendo; e, incluso los estamos consumiendo, tal vez no a ellos como tal, pero si como una materia prima utilizada para crear un producto de nuestro consumo habitual.

Los organismos genéticamente modificados como los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas ¿deben ser privatizados?; moralmente no; ya que, por medio de las patentes; y, de la famosa propiedad intelectual grupos de poder, nada nuevo en realidad, se aprovecharían del avance de la tecnología para apropiarse de una de las soluciones a la hambruna mundial. Además, no solo se aprovecharían de las semillas sino también de la información, ya que no hay opinión ajena a ellas porque es una investigación costosa, lo concluyente es que, como dueños de semillas también son dueños de la información a darnos sobre esta semilla modificada. Es justo, que se nos de toda la información porque es nuestra calidad de vida e incluso nuestra vida la que podría estar en riesgo, entonces, vale que, nos den la libertad ahora que se puede, de escoger lo que comemos, para lo cual es necesaria una reforma en la norma, que permita el desarrollo de biotecnologías cuyo resultado no ponga en riesgo la calidad de vida de las personas.

Saún con la reforma de la normativa interna; no sería factible la introducción de los organismos genéticamente modificados como los transgénicos; y, las modificaciones fitogenéticas dentro del régimen de soberanía alimentaria; ya que, el velo de protección de las investigaciones; y, sus resultados, no permitirán al Estado contar con la certeza de que es lo que consumimos; y, de si ese consumo causaría problemas a la salud; por lo que el principio de precaución quedaría desnaturalizado.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador: Registro Oficial, suplemento 449, 2008.
- — —. *Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 10, 2017.
- — —. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 116, 2019.
- — —. *Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria*. Ecuador: Registro Oficial, Suplemento 583, 2009.
- FAO. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos*. Suiza, 2001.
- Intriago, Richard, y Velasquez, Elizabeth. «Primera Detección de Soya Transgénica (*Glycine max*) cultivada en la Costa Ecuatoriana usando Métodos de Monitoreo Participativo.» *CIENCIAMÉRICA*, n.º 5 (2016): 75-82.
- Pío Beltrán, José. *Cultivos transgénicos*. Madrid, España: CSIC, 2018. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=2028399>.
- UPOV. *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, 1991.

Capítulo VIII

ESTADO Y EDUCACIÓN: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. UNA VISIÓN HISTÓRICA E INTERNACIONAL

*Paulina Barona Villafuerte*¹⁴⁵

1. Introducción

Para entender la relación entre Estado y Educación, es necesario comenzar por un análisis histórico de su desarrollo y evolución, sin él sería imposible entender la conexión e interacción entre el Estado como “poder” y la educación. La globalización actual y la importancia del devenir de la política y el derecho internacional, en un mundo cada vez más interconectado e interdependiente, nos obliga a echar una mirada también a la protección internacional de los derechos, (concretamente al de Educación que es el que no atañe en este estudio).

Por ello en el presente artículo haremos un recorrido histórico por los diferentes modelos de Estado y su papel en la Educación. Abordando algunas controversias al respecto. La Ilustración, el pensamiento liberal, la Revolución Francesa, la nacionalización de la educación, el papel de la Iglesia, los fundamentos del nuevo Estado del Bienestar, las controversias en torno a la mercantilización de la educación en el Estado Neoliberal, el papel de los ordenamientos jurídicos en la protección del Derecho a la Educación. Trataremos también las controversias suscitadas entre educación pública y educación privada así como la situación actual de la cuestión.

¹⁴⁵ Abogada, Magister en Ciencias Internacionales, Doctoranda en Ciencia Jurídica por Universidad Católica de Argentina. Docente Investigadora de la Carrera de Derecho de la Universidad Indoamérica, con 10 años de experiencia en las cátedras de Ciencia Jurídica, Mediación y arbitraje, Derechos humanos y Movilidad Humana y Sociología del Derecho.

Y por último completaremos la visión histórica con una mirada hacia los organismos internacionales más importantes y su función en la protección y garantía de la educación como derecho humano fundamental, así como sus diferentes normativas y mecanismos de actuación respecto de la educación.

2. Capítulo I. Estado y Educación, una aproximación histórica: Desde el Medioevo hasta el Estado Moderno

Tanto en la Edad Media como en la Moderna, la impartición de la educación se entendía como un privilegio de las distintas iglesias y/o confesiones, o como mucho de las autoridades del sitio. En lo referente a la educación superior, y puesto que servía para formar a las élites dirigentes, el Estado muestra más interés en su control, entrando en pugna si es necesario, con las instituciones eclesiásticas, e imponiéndose en jerarquía a la autoridad de las corporaciones locales, incluso aún cuando la educación superior continúe centrándose en abastecer al mundo de doctos en teología y ciencia jurídica.

En cuanto al Estado Liberal, es en los siglos XIX y XX cuando la educación toma mayor importancia, cambios profundos heredados de la Ilustración del XVIII y su Revolución Francesa. Con ella se asienta la separación de poderes y se abre la puerta a la formulación y defensa de los derechos del hombre (en cuanto a la mujer habría que esperar todavía para que entraran en la agenda política). Se empiezan a forjar los cimientos de la democracia “liberal” en casi todo el planeta. Todo ello desembocó en un profundo cambio en la concepción de la relación Estado-Educación.

El liberalismo, como doctrina no sólo filosófica sino también política, abogó por la no intervención del Estado, quien no debe participar o intervenir directamente, limitándose a ser garante de los derechos de los ciudadanos (en masculino, puesto que las “ciudadanas” en sentido contemporáneo tardaría en llegar) garantizando la defensa del orden, para que los agentes sociales y económicos puedan desarrollar su potencialidad en libertad. Por tanto, era de prever

un intervencionismo mínimo del Estado en materia Educativa. Pero no fue así.

La gran contradicción en este sentido, posiblemente venga de la estatalización y confiscación de los bienes de la Iglesia (o Iglesias, especialmente sobre todo la católica) iniciados con la Revolución Francesa y el resto de procesos revolucionarios liberales. Fue notable el proceso de “desamortización” en España (desamortización de Godoy¹⁴⁶) que duró décadas y que consistió en subastar y poner en el mercado, tras su expropiación forzosa, los bienes de los considerados “manos muertas” (la Iglesia especialmente). Tanto si dichos bienes pasaban a ser propiedad del Estado como si se subastaban en mercado, el Estado Liberal ya estaba rompiendo su máxima del “abstencionismo” o no intervencionismo. Si tenemos en cuenta que la mayor parte de estos bienes y/o actividades se empleaban en el ejercicio de la docencia o el ámbito educativo, no es de extrañar pues que se diera la paradoja que comentábamos al principio del párrafo.

Las dos actividades principales de la Iglesia católica eran el cuidado de los pobres y la educación, las cuales se costeaban sobre todo con los réditos obtenidos de dichos bienes desamortizados o nacionalizados (según el momento y país); quedaron sin atención al ser decomisados los bienes que las sufragaban. En el caso francés, dichas funciones pasaron a manos del Estado por decisión de la Asamblea francesa.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que ya desde tiempos ilustrados, la educación fue considerada por los librepensadores del XVIII como un servicio público esencial para forjar un Estado de ciudadanos libres y conscientes, la intervención del Estado en este proceso, se hacía indispensable pues.

146 www.nuevatribuna.es/articulo/cultura---ocio/historia-desamortizacion-espanola/20201216174521182380.html Edmundo Fayanas Escuer. 18 De Diciembre De 2020, 9:23

La imposición del laicismo y la uniformidad educativa que reclamaba la Revolución de 1789, requerían de la protección del Estado para su fines.

Si bien es cierto que es pertinente mostrar las diferencias entre la Ilustración y la Revolución Liberal. Para los primeros la educación pública se divide todavía en estamentos, debiendo adaptarse a lo que cada estamento requiere para su papel o función en la sociedad. Lo cual choca de pleno con la idea revolucionaria esencial de la eliminación de los estamentos y de la conformación de una sociedad basada en la movilidad y permeabilidad de las clases sociales (que vienen a substituir a los estamentos). Para dicha movilidad social era imprescindible la equiparación de la educación, y su extensión universal sin fragmentarla por “estamentos tradicionales”. La educación se debe abrir a toda la sociedad para garantizar la igualdad de oportunidades. Y esto solo lo podía hacer el Estado.

Pero a pesar de esto, la Constitución francesa de 1791, aunque establece la creación de un sistema público de enseñanza, organiza la educación a través de dos tramos de enseñanza que no dejan de estar dirigidos a poblaciones diferentes. Un tramo consistía en una enseñanza primaria (gratuita), pero de tipo “obstructivista” es decir, bloqueaba el acceso al resto del sistema educativo formal; y otro tramo carácter terminal que obstruía el acceso a cualquier otro tipo de educación formal; y otro tramo encaminado hacia la educación secundaria y superior de las élites burguesas. Y en este sentido parecía adaptarse perfectamente a la nueva sociedad de clases emanada de la Revolución Francesa. Un sistema educativo perpetuador y reproductor de las contradicciones del todavía bisoño estado liberal y del capitalismo incipiente. Que no deja de replicar la estratificación de la sociedad (ahora en clases en vez de en estamentos), la opresión de las clases más desfavorecidas, y la desigualdad social.

A esta fase “liberal” le siguió otra “jacobina” que pone el acento especialmente en la igualdad y que tampoco dejó de tener sus contradicciones dialécticas (en el sentido más “Heraclitiano” de la dialéctica).

En esta etapa jacobina se defiende la necesidad de la educación para todos y no solo para unos grupos sociales y que debe ser asumida por el Estado para implementar de forma efectiva el principio de igualdad, que es un derecho ciudadano, y a su vez una obligación del Estado. Los jacobinos fracasaron en su intento, y esto retrasó las formulaciones igualitarias que volverán con más fuerza en las sociedades de Europa del XIX.

La universalización de la educación elemental y la escolaridad obligatoria van abriéndose paso entre el pensamiento y el Estado decimonónico, que junto al acceso gratuito gracias al financiamiento estatal y la ampliación del programa de enseñanza básica hacen de ello un gran avance para el acceso de todos al sistema educativo.

Estos avances toparon durante siglos con el viejo pensamiento (afianzado en las élites aristocráticas que infiltraban las filas ilustradas, y que veían peligrar sus privilegios) de que nacemos con un lugar predestinado, inamovible e intransferible, en esta sociedad. Las barreras se rompían gracias al acceso a la educación, cosa que el Estado también debía controlar para que no se le volviera en contra. Haciéndose más necesario todavía el control estatal de la educación por las élites dominantes. Dicha élite dominante y a menudo dirigente no veía de buen grado una educación que pusiera en peligro su estatus quo dentro de la estructura social.

La creación de sistemas educativos nacionales se llevaron a cabo en casi todo el planeta con la oposición o al menos resistencia, de las élites y en especial de la Iglesia que veía desaparecer su influencia y dominio.

La Iglesia había ostentado el monopolio de la educación formal y el Estado le suponía un rival importante. Casi todas las iglesias en mayor o menor grado se mostraron reacias a la educación pública y extendieron la doctrina de que el Estado debía ser "abstencionista" en materia educativa (o no intervencionista, abogando por principios liberales en clara paradoja a los postulados religiosos, conservadores en esencia) Defendían la enseñanza desde la iniciativa pri-

vada como contrapunto al monopolio estatal en ciernes, y abogando por tanto por la “libertad de enseñanza”. Pasan de defender el monopolio educativo, que ejercían hasta el momento, a defender la libertad de enseñanza para sobrevivir como instituciones educativas, tras su estatalización.

No son pocos los historiadores que sostienen que la diferente evolución de los sistemas educativos públicos es debida a la pugna de poder entre los diferentes actores sociales y políticos de cada época; siendo el diferente grado de intervencionismo del Estado (en dicha pugna con otros actores) lo que ha determinado el diferente nivel de avance en los sistemas de educación nacionales. Coincidiendo casi todos ellos que la educación pública y sus diferentes sistemas, especialmente en occidente, obedecen a tres fines: formación de la identidad o sentimiento nacional y patriótico; reproducir la transmisión de los valores liberales en la sociedad, y disciplinar moralmente a la ésta.

3. Capítulo II. Welfare State: La educación como Derecho Social en el Estado del Bienestar.

El Estado de Bienestar (o Welfare State) hace su aparición como tal en el siglo XX, haciendo posible la consolidación de la educación como derecho fundamental consagrado en las Constituciones y/o en los diferentes ordenamientos jurídicos y declaraciones universales y en los tratados internacionales. Llevando a la cúspide las aspiraciones surgidas y fraguadas a finales del siglo XVIII. Siendo para ello imprescindible la intervención decidida del Estado.

Con la llegada del Welfare, y concretamente con las aportaciones de su principal teórico, Marshall¹⁴⁷, se pone de manifiesto la gradualidad de los diversos conceptos de ciudadanía a lo largo de la historia, mediante los diferentes “derechos” (derechos civiles como

147 MARSHALL, T. (1961). The Welfare State : A Sociological Interpretation. *European Journal of Sociology / Archives Européennes De Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*, 2(2), 284-300. Retrieved February 3, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/23987942>

el de libertad, el de propiedad y otros) que estuvieron plenamente en vigor desde que se instaura el Estado Liberal. No sólo los derechos civiles, sino también los derechos políticos y sociales son de gran importancia (derecho a voto, derecho a la salud y la sanidad, a la seguridad social, al trabajo) y como no, derecho a la educación, que se consagran sobre todo con el Estado del Bienestar. Éste como ningún otro trajo la extensión de la educación a todas las clases y estratos sociales, en impuso la eliminación de la estructura dual de los sistemas educativos basados en clases sociales, imponiéndose con ello una educación igual para toda la población sin discriminación y con contenidos iguales sin distinción.

Llega por tanto la hora de la educación inclusiva que se afianza a mediados del siglo XX, tras la posguerra mundial que pretende eliminar de la escuela la reproducción y perpetuación de la desigualdad socioeducativa.

El programa educativo común, se encontró desde temprano con numerosos inconvenientes y carencias que precisaron de ciertas soluciones, como la implementación de materias troncales comunes y otras de carácter optativo para aunar el interés general con la individualidad del alumnado. La educación en la diversidad empezó a cobrar importancia. Lemas como “todos distintos, todos iguales” causarían furor ya entrados los años 90 del siglo XX.

4. Capítulo III. El Estado Neoliberal y la Educación

La honda crisis económica de los setenta que desembocó en la irrupción del neoconservadurismo y el neoliberalismo con sus respectivas recetas y políticas “no-sociales” (destacables los casos de Gran Bretaña y EEUU con el Reaganismo y el Thatcherismo) seguido de la caída del muro de Berlín (1989) y del derrumbe del comunismo y a desaparición del bloque soviético como tal (1991) supusieron inmediatas consecuencias de orden mundial, que afectó de lleno a la socialdemocracia europea y su Welfare, que desde su aparición

tuvo como esencia la defensa de la democracia y las libertades fundamentales y públicas.

El auge del Estado de bienestar desde mediados del siglo XX fue posible porque el conservadurismo aceptó su creación como parachoques a la amenaza del comunismo, pero una vez caído éste, no había motivos para mantener un pacto político así.

Es entonces cuando se pone sobre la mesa la crisis fiscal del Estado, y se intenta con ello terminar con el Welfare. La culpa de todo la tiene el intervencionismo (económico y social, estatal) y se intenta por todos los medios volver a postulados abstencionistas.

El neoliberalismo, como recién estrenada ideología, se autopostula como “pensamiento único” de los valores occidentales, enfocado hacia el logro del mínimo Estado, la lógica de mercado se impone y se mercantiliza la vida social y política y con ello los derechos sociales y políticos de la mano de la desregularización económica y laboral. Se cambian los postulados de Keynes por los monetaristas y se reduce al mínimo el gasto y la inversión pública del Estado. La iniciativa privada lo copa todos, en defensa del interés del capital. Intentan hacer perecer la noción de que es el Mercado y no el Estado o la acción pública quien puede garantizar la producción y distribución de los bienes y servicios.

En este sentido, la educación ha jugado también en el neoliberalismo un papel importante. El sistema educativo se ha visto también afectado por el intento de supervalorar lo privado e infravalorar lo público.

Se mercantiliza la educación presentándola como un objeto de mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda como un bien más. Se le desposee de su carácter de derecho social, humano y fundamental. En estos aspectos nos podríamos plantear algunos interrogantes sobre la autonomía real que se propone y en que sentido (teniendo en cuenta que no se pueden dejar a libre potestad de las instituciones privadas educativas la confección del currículo que

viene marcado por las autoridades educativas, es decir: ¿cómo se soluciona la tensión descentralizadora y la autonomía de las instituciones y la unidad que deben presentar los sistemas educativos para garantizar el igual acceso de toda la población al derecho a la educación como derecho fundamental?

5. Capítulo IV. Estado y educación en la actualidad

Podríamos decir que los Estados en la actualidad se enfrentan a la disyuntiva de ser por un lado demasiado minúsculos para abordar como merece la constante globalización; y por otro lado son demasiado mayúsculos para satisfacer las necesidades locales que precisan de mayor descentralización para dar abasto a lo requerimientos educativos.

Las sociedades se encuentran cada vez más interconectadas, intercomunicadas, y son más interdependientes que hace tan solo medio siglo. Procesos que además ya no tienen vuelta atrás. La globalización es no solo es mundial, sino total en todos los campos, de la actividad humana y no humana.

El mundo actual se enfrenta a complejidades como el auge de la multiculturalidad, donde el Estado tendrá que plantearse que rol juega. Aspectos como la cooperación internacional de un lado, y la cohesión intraterritorial o intranacional de otro abren grandes preguntas a las que el Estado debe responder, y en especial el papel que juega la educación en todo ello. Los sistemas de educación pública pueden ser usados para promover la convivencia y eliminar las desigualdades sociales y la exclusión; y fomentar la convivencia cívica y los ciudadanos responsables.

6. Capítulo v. Estado, educación, y organismos internacionales.

Si nos atenemos al Derecho Internacional relativo a los derechos humanos se establece para los Estados una serie de obligaciones que

deben respetar. Cuando los Estado rubrican tratados internacionales que abordan la cuestión de los Derechos Humanos, quedan jurídicamente vinculados a ellos, y con esto también sus respectivos ordenamientos jurídicos, asumiendo las obligaciones y los deberes preceptivos y vinculantes en cuanto la promoción, respeto, y protección de tales derechos.

De esta forma los Estados son los titulares de los deberes que impone el derecho internacional en materia de Derechos Humanos y son responsables por tanto también, en su mayor parte, de la provisión del derecho de educación (como derecho humano). Esta vinculación jurídica e internacional obliga hoy día a la gran mayoría de países, todos ellos han firmado al menos algún tratado donde se abordan ciertas cuestiones del derecho a la educación.

Igual que pasa con los demás derechos humanos, el derecho a la educación supone para los Estados tres grados de obligación: respetarlo, protegerlo y cumplirlo. La primera obligación supone que los Estados no tomen medidas que dificulten o menoscaben el disfrute de dicho derecho. La segunda precisa que los Estados tomen medidas para impedir que otro conculque el derecho a la educación de sus beneficiarios. Y la tercera consiste en la implementación positiva de medidas que hagan que los individuos y colectivos disfrutar de ello. Estos tres niveles han sido suscritos por las Naciones Unidas y nos da un método de análisis de mucha utilidad a la hora de analiza la obligación de los Estados con respecto al derecho a la educación.

Las obligaciones de los Estados en relación con tal derecho, tienen cuatro aspectos fundamentales a tener en cuenta según la ONU¹⁴⁸: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

- Las instituciones y programas de enseñanza tienen que estar **disponibles** en cantidad suficiente (edificios, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes

148 Extracto de: http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Educacion_Derecho_Humano.pdf
© UNESCO Etxea, 2005 Textos: Marta Urrutxi Coordinación: Monika Vázquez Traducción: Bakun

capacitados que reciban salarios competitivos a escala nacional, materiales de enseñanza);

- Las instituciones educativas han de ser **accesibles** para todos, sin discriminación, en el derecho y en la práctica;
- La forma y el fondo de la educación han de ser **aceptables** tanto para los estudiantes como para los padres, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad;
- La educación ha de ser flexible, **adaptable** a las necesidades de sociedades en transformación y responder a las necesidades de los estudiantes en contextos sociales y culturales variados.

Los elementos principales del Derecho a la Educación que deben preservar según la ONU son fundamentalmente:

- Ofrecer una enseñanza primaria gratuita y obligatoria;
- Establecer que la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluyendo la enseñanza secundaria técnica y profesional, sea generalizada y se haga accesible a todos por cuantos medios sean apropiados, y en particular con la implantación progresiva de la educación gratuita;
- Establecer que la enseñanza superior sea igualmente accesible sobre la base de la capacidad individual, por cuantos medios sean apropiados y en particular con la implantación progresiva de la educación gratuita;
- Alentar o intensificar “la educación fundamental” para las personas que no han recibido o terminado el ciclo completo de la enseñanza primaria;
- Formular normas mínimas y mejorar la calidad de la educación;

- Desarrollar el sistema de las escuelas en todos los ciclos de enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
- Prohibir las discriminaciones a todos los niveles de los sistemas educativos;
- Garantizar la libertad de elección.

Según dispone la ONU: “Los Estados también quedan sujetos a los principios de no regresión y a la mayor cantidad posible de asignación de recursos disponibles al ámbito educativo”.¹⁴⁹

Las Naciones Unidas (ONU) y la UNESCO han tenido la responsabilidad de elaborar la mayoría de los textos legales en materia de educación adoptados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Un gran número de instrumentos normativos (convenciones, declaraciones, recomendaciones, marcos de acción y cartas) preparados por la UNESCO y las Naciones Unidas (ONU) así como otros producidos por entidades de ámbito regional, confeccionan un marco estatutario para el derecho a la educación.

Esos textos reafirman la suma importancia que los Estados Miembros otorgan a la normativización enfocada a materializar dicho derecho.

Estas herramientas normativas internacionales son de suma importancia porque concretan las normas, consolidan los principios fundamentales de forma específica; si no seguirían siendo solo “principios”, sin aplicación precisa. Al mismo tiempo conforman el compromiso adquirido por los Estados referente al derecho a la Educación.

En este sentido se clasifican en dos tipos esenciales: los que son jurídicamente vinculantes, porque son adoptados y ratificados por

149 <https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/obligaciones-estados>

los Estados Miembros (principales convenciones); y por otro lado los que, aun cuando no tienen carácter jurídicamente vinculante, confieren una gran autoridad política y moral (sobre todo las declaraciones y las recomendaciones)

Para ello la UNESCO ha elaborado numerosos instrumentos con los que hacer efectivo el Derecho a la Educación:

La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, que entró en vigor el 22 de mayo de 1962 y fue ratificado por 104 Estados, es el primer gran instrumento internacional elaborado por la UNESCO con fuerza jurídica vinculante en materia de legislación internacional.¹⁵⁰

Otros instrumentos jurídicos de la UNESCO para la protección de la Educación (incluidas recomendaciones y convenciones específicas, internacionales y regionales) se enfocan en cuestiones como: “la condición del personal docente y del personal docente de la enseñanza superior, enseñanza y formación técnica y profesional, educación para la comprensión, cooperación para la paz y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades, la educación de adultos y la convalidación de títulos y diplomas de enseñanza superior.”¹⁵¹

Todos estos instrumentos, recomendaciones y convenciones, deben someterse a seguimiento según marca la Constitución de la UNESCO, estando los Estados miembros obligados a reportar e informar periódicamente de las acciones realizadas para implementar dichos instrumentos. Con dichos informes periódicos se informa a la UNESCO y toda la Comunidad Internacional sobre las medidas adoptadas para tal implementación. Dichos informes se evaluarán por el Comité de Convenios y Recomendaciones.

¹⁵⁰ <https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/accion-juridica>

¹⁵¹ Recomendación conjunta de la OIT y la UNESCO relativa a la Situación del Personal Docente (1966) y Recomendación de la UNESCO relativa a la Condición del Personal Docente de Enseñanza Superior (1997) con la guía del usuario.

Dicho Comité tiene las funciones de:

- Examinar todas las cuestiones relativas a la aplicación de los instrumentos normativos de la UNESCO encomendadas al Consejo Ejecutivo examinar las comunicaciones relativas a casos y asuntos concernientes al ejercicio de los derechos humanos en las esferas de competencia de la UNESCO.¹⁵²

Por su parte, la ONU también posee instrumentos jurídicos para llevar a cabo sus disposiciones y acuerdos en materia de Educación (al igual que en el resto de ámbitos). Las Naciones Unidas tienen múltiples instrumentos normativos relacionados con el derecho a la educación, como lo son que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, convenios, declaraciones, recomendaciones, marcos y programas de acción, enfocados a garantizar la aplicación de este derecho o cuestiones relacionadas con él.

Los principales instrumentos en materia de Educación de la ONU son:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Otro tratado, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), estipula que los Estados Partes se comprometen a eliminar la “discriminación racial en todas sus formas” y a garantizar “el derecho a la educación y a la formación profesional”, entre otros derechos.

¹⁵² http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=27967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html 8 Instrumentos Internacionales - El Derecho a la Educación. Enero 2014. Right to Education Initiative. <https://www.right-to-education.org/>

Al respecto de ellos la propia UNESCO aclara:

“Ciertos instrumentos o textos, especialmente los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son mucho más claros y abarcadores que otros. El artículo 13 del Pacto ha sido interpretado como el más amplio en cuanto al derecho a la educación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó las Observaciones Generales 13 para detallar el contenido de las obligaciones del Estado en lo relativo al derecho a la educación.”¹⁵³

La evaluación de los instrumentos garantes de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas ha sido conformado para vigilar y monitorizar que los Estados miembros cumplen con las responsabilidades adquiridas con firma de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos el de Educación. Esta supervisión y evaluación se hace de forma periódica mediante sesiones.

En el ámbito educativo, la UNESCO trabaja en colaboración conjuntamente con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) La UNESCO colabora también con el Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Educación.

Por otra parte tenemos también, como instrumento formativo, la guía¹⁵⁴ elaborada por la UNESCO y la UNODC para educadores y encargados de formular las políticas (reciente publicación conjunta de la UNESCO y la UNODC: “Strengthening the Rule of Law through Education: A Guide for Policymakers”)¹⁵⁵.

Dicha guía analiza el rol que pueden jugar las instituciones educativas en la promoción del Estado de Derecho, la ciudadanía comprometida con los derechos humanos y la integración e inclusión. Se

153 <https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/accion-juridica>

154 “Strengthening the Rule of Law through Education: A Guide for Policymakers”. Corporate author: UNESCO [58167], United Nations Office on Drugs and Crime [2246] ISBN: 978-92-3-100308-0

155 Ver nota 9. Traducción: Reforzar el estado de derecho mediante la educación: Guía de orientaciones dirigida a los encargados de formular políticas] (solo en inglés)

enfoca en los hacedores de las políticas públicas y educadores (tanto de educación formal como no formal) funcionarios ministeriales en Educación y otros agentes que han de velar por la promoción del Estado de Derecho y la educación en la cultura de la legalidad. Así como para agentes culturales y educativos en ámbitos profesionales diversos como el judicial, o el sociosanitario, que están en estrecha colaboración con el sector educativo para realizar su trabajo.

La guía proporciona:

- Una explicación de conceptos clave, tales como el estado de derecho y la cultura de la legalidad, así como un esbozo del papel que desempeña la educación en el ámbito del apoyo y la promoción del estado de derecho;
- Orientaciones en materia de cómo el sector educativo debe ser capaz de reforzar y promover el estado de derecho, por ejemplo, haciéndose eco de las verdaderas necesidades de los niños y jóvenes, y garantizando que los espacios de aprendizaje “pongan en práctica lo que predicán”
- Un esquema de los sistemas de apoyo vitales que son necesarios para reforzar el estado de derecho a nivel de la escuela y las aulas, así como fuera del ámbito de la educación formal, que incluye los planes de estudio de apoyo, la pedagogía en las aulas, la formación de docentes y las alianzas entre la escuela, las familias y la comunidad.¹⁵⁶

Según detalla la propia guía, al encarar las necesidades tanto de los hacedores de políticas públicas, como de los educadores, la guía aúna teoría y práctica, con ejemplos de todo el mundo a fin de conseguir los objetivos de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible.

¹⁵⁶ https://www.unodc.org/documents/e4j/UNESCO/UNODC-UNESCO_Guide_for_Policymakers_Spanish.pdf

7. Conclusiones

Ya hemos visto en los apartados anteriores, la distinta evolución histórica del Derecho a la Educación, y de la mano de dicha evolución hemos viajado por la evolución del propio Estado, no sólo en materia educativa, sino en lo social, económico y jurídico, materias intrínsecamente ligadas a la evolución educativa. Por otro lado hemos visto también como la ONU y la UNESCO, organismos internacionales referentes en la defensa de los Derechos Humanos y muy especialmente del Derecho a la Educación; definen, delimitan y extienden su ámbito de actuación; qué instrumentos ponen a disposición para la protección y garantía del Derecho a la Educación; y como los implementan. Veamos ahora que aprendizaje podemos extraer al respecto de todo ello.

El Derecho a la Educación (aún cuando no existía como precepto jurídico ni filosófico formulado) ha jugado un papel crucial en el desarrollo de las sociedades humanas a lo largo de la historia, y de sus instituciones y formas políticas y de gobierno, así como de su evolución económica y de su estructura social. Bien por presencia, bien por ausencia, el concepto de la educación como derecho ha supuesto un motor de cambio y mejora, no exento de controversia, ni de luchas de poder entorno a él.

El aprendizaje que podemos extraer nos lleva a reflexionar por qué los ciudadanos cada vez confían menos en las instituciones, y como éstas necesitan consolidar y ampliar el rol que habían venido representando hasta ahora. Reflexionar sobre como para recuperar la confianza en ellas deben enfocarse en la persona, sin descuidar el colectivo. El equilibrio es difícil pero necesario. El bien común debe conjugarse con la singularidad del individuo en una sociedad cada vez más global y a la vez más particularizada.

Hemos visto como los sistemas educativos han sido llamados a este mundo (para bien o para mal) para cimentar un nuevo modelo de sociedad. El Estado de Derecho, ha consagrado la Educación como pilar fundamental, los organismo internacionales lo avalan,

quizás sea hora de que la Educación, a través de sus currículos y programas educativos, consagren la necesidad del aprendizaje en torno a éste.

El Estado de Derecho es imprescindible para la conformación de las democracias modernas. Un Estado de Derecho no garantiza la democracia per sé, pero sin él una democracia no lo es como tal. Y en la conformación del Estado de Derecho, la Educación desempeña un papel clave.

En sinergia y retroalimentación mutua, los Estados que promueven y fomentan el Derecho a la Educación, deberían conseguir sociedades formadas y ciudadanos conscientes, que tienen más herramientas personales y sociales para elegir y actuar en libertad. A su vez, los sistemas educativos que fomentan el respeto al Estado de Derecho, a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, acrecientan la confianza de la comunidad educativa entre sí, y a su vez de ésta (y por extensión de toda la sociedad) para con las instituciones públicas. Promover la reciprocidad mutua entre comunidad educativa y Estado de Derecho en torno a estos aspectos, contribuye al crecimiento de ambos y el compromiso cívico de la ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

- FAYANAS ESCUER, E. 18 De Diciembre De 2020, 9:23 - www.nuevatribuna.es/articulo/cultura--ocio/historia-desamortizacion-espanola/20201216174521182380.html
- MARSHALL, T. (1961). The Welfare State : A Sociological Interpretation. *European Journal of Sociology / Archives Européennes De Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*, 2(2), 284-300. Retrieved February 3, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/23987942>
- RIGHT TO EDUCATION INITIATIVE. Instrumentos Internacionales - El Derecho a la Educación. Enero 2014. <https://www.right-to-education.org/>
- UNESCO. Comité de Convenciones y Recomendaciones Consejo Ejecutivo. Instrumentos Normativos. http://www.portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=27967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- UNESCO. Derecho a la Educación - Accion jurídica <https://es.unesco.org/themes/derecho-aeducacion/accion-juridica>
- UNESCO. Derecho a la Educación - Obligaciones y responsabilidades del Estado <https://www.es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/obligaciones-estados>
- UNESCO, OIT: Recomendación conjunta de la OIT y la UNESCO relativa a la Situación del Personal.
- Docente (1966) y Recomendación de la UNESCO relativa a la Condición del Personal Docente de Enseñanza Superior (1997) con la guía del usuario.
- UNESCO. "Strengthening the Rule of Law through Education: A Guide for Policymakers". Corporate author: UNESCO [58167], United Nations Office on Drugs and Crime [2246] ISBN: 978-92-3-100308-0 https://www.unodc.org/documents/e4j/UNESCO/UNODC-UNESCO_Guide_for_Policymakers_Spanish.pdf
- URRUTXI, M. (Coordinación: Monika Vázquez. Traducción: Bakun) La Educación como derecho humano. http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Educacion_Derecho_Humano.pdf © UNESCO Etxea, 2005.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ARCHER, M. S., *Social Origins of Educational Systems*, London and Beverly Hills, Sage Publications, 1979.
- BOBBIO, N. *Estado, Gobierno, Sociedad. Contribución a una teoría general de la política*, Barcelona, Plaza y Janés, 1987.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- COMISIÓN NACIONAL ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA UNESCO, *Declaraciones y pactos internacionales aprobados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1979.
- GREEN, Andy, *Education and State Formation. The Rise of Education Systems in England, France and the USA*, London, MacMillan Press, 1990.
- MOODY, Joseph N., *French Education since Napoleon*, New York, University Press, 1978.
- OSSENBACH Sauter, Gabriela, *Introducción a la obra de Federico Gómez Rodríguez de Castro et al. , Génesis de los sistemas educativos nacionales*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1988.
- FRIJHOFF, Willem, "L'Etat et l'éducation (XVIe-XVIIe siècle: une perspective globale", en *Culture et idéologie dans la genèse de l'Etat moderne*, Actes de la table ronde organisée par le Centre National de la Recherche Scientifique et l'École Française de Rome, École Française de Rome, 1985.

Capítulo IX

ESTADO Y DEMOCRACIA. BREVES APUNTES HISTÓRICOS

Germán Mosquera Narváez¹⁵⁷

1. Explicación introductoria

El presente documento pretende analizar con lógica histórica evolutiva, aquellos elementos teórico-dogmáticos relacionados con el complejo mundo de la democracia, el objetivo central es entregar al lector, entrenado o no en el mundo de las Ciencias Sociales, una compilación de los principales aportes brindados por la doctrina en relación con la democracia, este trabajo recoge además las principales discusiones y explicaciones que han surgido en torno a la incorporación de la democracia en los diferentes modelos de Estado, y sus diversas manifestaciones.

En primera instancia, el concepto –democracia– es referenciando desde un enfoque histórico-evolutivo, desde su definición misma, hasta su consolidación como forma o mecanismo de gobierno, esto permite reflexionar sobre su significado en el marco de los distintos diseños estatales del mundo moderno-contemporáneo, en este primer escenario, apreciamos su transición y metamorfosis ocurridos durante los siglos XVIII al XX; de manera paralela, se vislumbran las principales explicaciones, o posiciones dogmáticas, que van dando soporte a su permanente transformación como proceso dialéctico, pues la democracia, muta constantemente tanto al son de las reivindicaciones sociales sobre la base de demandas fundamentales respecto a la necesidad de consolidar el respeto a los derechos hu-

¹⁵⁷ Abogado por la Universidad Central del Ecuador, Máster en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador, y Máster en Derecho constitucional por la Universidad Indoamérica. Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica Sede Quito.

manos, la dignidad humana; así como con respecto a la redefinición y reorganización del poder, en el marco, tanto de lo político, como de lo jurídico.

2. Estado, Democracia, y Derecho

En el presente apartado, se realiza un estudio sistemático respecto al apareamiento y evolución histórica de la democracia, razonando particularmente sobre su aplicación concreta dentro de los diferentes modelos estatales que se han configurado a lo largo de la historia en el mundo occidental y que han sido recogidos por las ciencias jurídicas y políticas, respectivamente. Ahora bien, considerando el enfoque teórico-dogmático, a continuación, se describen la dinámica evolutiva del Estado, bajo la lógica del desarrollo de los derechos humanos, la democracia, la ley y la justicia, fundamentalmente se analizan los diversos mecanismos que definen dentro de una sociedad la forma como se han de tomar decisiones políticas, atendiendo a la arquitectura y diseños institucionales de los diversos modelos estatales.

En ese orden de ideas, se recogen al menos los siguientes modelos estatales, planteados como pasos evolutivos entre sí; al respecto, se presenta el Estado Absolutista del siglo XVII-XVIII, que es superado por el Estado de Derecho (liberal) XIX, luego aparecerá el Estado de bienestar de *post* guerras del siglo XX, hasta la configuración del Estado Constitucional. La clasificación que aquí se presenta tiene fines didácticos tratando de evitar extender la discusión estatal y procurando ahondar en las referencias respecto el tema convocado, la democracia.

Ahora bien, a efectos de delimitar temporalmente el objeto de estudio, hay que reconocer que, concebir una referenciación histórica o evolutiva de la democracia, desde su nacimiento o aparición, puede resultar en un desacierto, pues a decir de la afirmación del autor (Kosellek, 2011, p. 12), que con respecto a la consolidación de conceptos sociales y políticos, dice que estos no podrían ser abstraí-

dos en conceptos históricos, pues estos, en su dimensión temporal no deben ser vistos tan solo a su acepción como palabra, todo concepto está adherido a una palabra, pero no toda palabra es un concepto político o social, sino su comprensión pretende ser general y son siempre polisémicos.

En virtud de aquello, se observa aquellas referencias que en torno a la –democracia– se han construido con pensamiento contemporáneo, tratando de evitar en la medida de lo posible, una excesiva compilación terminológica o evolutiva del término. Así las cosas, la democracia ha de ser entendida, desde una mirada institucional, como forma de gobierno predispuesta en la soberanía, es decir en la forma como una sociedad organizada determina en la praxis, la capacidad de tomar decisiones, legislar, juzgar, en fin, gobernar.

Una comprensión integral y evolutiva respecto la democracia, debe considerar su adecuación o subsunción dentro de un Estado, en ese sentido, es prudente realizar una reflexión espacio-temporal, que recoja de forma concisa algunas reseñas de su tránsito inmediato anterior con respecto al entendimiento de la democracia en la lógica del Estado actual contemporáneo. Para este sentido, a continuación, se recoge en la razón de los –Estados Absolutistas– (monarquías europeas), de los siglos XVI al XVIII, aquellos aspectos característicos relevantes que lo dibujan, cabe destacar que estos elementos (explicativos) están íntimamente relacionados con el ejercicio, ostentación y control del poder, así como, estos elementos abren paso al debate en torno a la soberanía, respecto quién, quienes, y cómo ejercerla.

En ese sentido, se encuentra en el pensador francés Jean Bodino (1530-1596), uno de los autores sobresalientes de la época moderna, quién explicó con sustento teórico, la consolidación de los Estados absolutistas europeos, logrando con su pensamiento afianzar la monarquía real francesa, al respecto, sobre la soberanía absolutista, el autor indica que ésta debe ser ejercida por un monarca, definiendo la soberanía como la potestad absoluta, perpetua e indivisible, que se “manifiesta en la capacidad de dar, quebrantar o anular leyes” (Cruz Gayosso et al., 2017, p. 111), cuya potestad originaria tendrá

sustento en el derecho divino de los reyes, es decir el dogma se afianza en la esencia de creencias divinas que conceptúan el sustento y justificación del poder (p. 117).

Apreciamos además en Bodino, que la soberanía implica la idea de unidad del poder político, ya no en manos de Dios únicamente, como se creería en épocas previas, sino que se posicionaría en el monarca, quien erige como la propuesta de Estado (Cruz Gayosso et al., 2017, p. 120), de esta manera durante el absolutismo se consolida el apareamiento de los Estados nacionales, en donde el poder político se centra en la figura del monarca, de tal manera que el rey respondía de sus actos frente a sí mismo y frente a Dios. Con respecto al naciente Estado-Nación, las principales preocupaciones y retos en materia política, surgirían en relación a conceptos como el pacto social, la sociedad civil, la idea de república y la soberanía, entre otros.

Ahora bien, de manera opuesta y dialéctica a estas reflexiones, como efecto del –Renacimiento– antes, y la –Ilustración–, después, aparecen pensadores, como el inglés Jhon Locke (1632-1704), considerado como el padre del pensamiento liberal, quien respecto la soberanía, señala que el poder no proviene de la voluntad divina que se remonta a Adán, sino que es resultado de la unión de hombres libres e iguales (Cruz Gayosso et al., 2017, p. 119), explica que para superar el estado de naturaleza, aparece el Estado como un acto de confianza social, donde otorga al Estado la facultad de imponer la ley, y hacer prevalecer derechos naturales, tales como, la libertad, la vida y la propiedad, es decir, comienza a afirmarse el criterio de que la sociedad (organizada), propone la existencia del Estado, que representan la idea de la unión de los hombres libres.

Con Locke aparece, además, el sustento teórico que sustenta el apareamiento de la sociedad civil, cuyo sustento fundamental es la autoridad política, como acto de confianza de la sociedad que se une para establecer un régimen que dé orden –Estado–, que garantice el cumplimiento de la ley, y así evitar el estado de naturaleza. Encontramos además en este pensador, la visión moderna para la división o distinción del poder, reconociendo el poder supremo en

el legislativo encargado de hacer las leyes, pero no como poder ilimitado, sino restringido a los derechos naturales del individuo.

Las ideas de este pensador inglés serán la motivación fundamental para Montesquieu y Rousseau, quienes promueven la concepción del contrato social, y de la división de poderes, lo que influirá marcadamente en la revolución francesa de 1789, y con ello el paso del Estado monárquico o absolutista, al Estado democrático. (Cruz Gayosso et al., 2017, pp. 119-120)

En ese sentido, como bien lo explica (Naranjo Mesa, 2010, pp. 247-248), cuando expresa que durante la transición entre el Estado monárquico-absolutista, hacia el Estado Democrático, se produjo un replanteamiento de las teorías iusnaturalistas y contractualistas, argumentando la necesidad de refutar, o al menos realizar severos cuestionamientos al concepto de soberanía monárquica, que a su vez pretendían superar las teorías absolutistas, con el propósito de demostrar, cómo el atributo de la soberanía, no radica en una sola persona sino le pertenece a la sociedad organizada y libre (pueblo), así aparecen las tesis democráticas del poder del pueblo, su máxima expresión será alcanzada con los autores Locke, Montesquieu, y sobre todo Rousseau en emblemática obra –El contrato social–.

En virtud de todo lo expuesto, se puede considerar que el Estado monárquico (soberanía en uno-rey), es superado por el apareamiento y afirmación del Estado dividido en poderes, donde el parlamento se posiciona como detentador principal del poder, y cuya base soberana es la sociedad civil (soberanía controlada-pueblo), es la plataforma sobre la cual surge el –Estado Democrático contemporáneo–, donde el pueblo organizado, ha ido apareciendo, de alguna manera, como detentador del poder político, bajo este entendido, ahora es posible delinear el contenido de la –democracia–, en la lógica del concepto de –Estado Democrático–.

En ese sentido, para comprender al Estado Democrático, es necesario incorporar parámetros –institucionales–, que la doctrina ha denominado como esenciales, para la comprensión de este modelo

de Estado, en tal virtud, las —instituciones—, sobre las cuáles se ha de forjar el Estado Democrático, particularmente son dos, a saber: la ley, y la fuerza o violencia, estos dos factores se han determinado como —instituciones políticas—; en lo que respecta a la ley, esta como institución, será entendida en virtud del rol que le sea asignado por el Estado, ya sea que se fije en su elaboración por el parlamento, en su ejecución por el gobierno, o en su aplicación interpretativa realizada por los tribunales de justicia; y en cuanto a la fuerza, estará determinada al ejercicio delegado a las fuerzas públicas, sea policía o militares.

Como se puede observar, la determinación (institucional) de la democracia, establece con rigurosidad, que la sociedad estatal ha de ser organizada de tal manera, que procure la determinación de roles, límites, y atribuciones que garanticen la cooperación permanente entre los miembros de una sociedad, evitando el conflicto, cuyo fin último será el bien común; de allí que se establece toda una organización estatal con potestades de supra ordenar la vida pública de las personas, incluye el establecimiento y uso legítimo, de ultima ratio, de la fuerza física.

Ahora bien, el Estado Democrático, se ha de sostener en algunos principios que lo caracterizan y diferencian, al mismo tiempo, de otros modelos estatales, en particular estos principios son los siguientes:

Soberanía popular: representada en el pueblo, quien será el que ostente el poder, quién pertenece además a un mismo territorio, empero se ha de diferenciar de la nación, pues ésta presenta características culturales e históricas propias. Este elemento es considerado como características esenciales del Estado Democrático.

Representación: las decisiones que tomen los representantes que gobiernan, deben basarse en lo que gobernado piensa; deben observar además moderación, coherencia y honestidad en la administración.

Racionalidad de la Ley: debe basarse en la lógica racional de la ley (ser y deber ser), y mas no, en la persona o grupo que la propone y ejerce. Debe solucionar problemas y ser flexible para que así sea. No responde a carismas populistas.

Libertad: el Estado Democrático respeta los derechos de los individuos, sobre todo el de libertad, que permite el desarrollo de la vida privada, cómo parámetro inviolable.

Progreso: se persigue la idea de mejora, superación y perfección, las instituciones entran directamente en este deseo permanente.

Pluralismo y moderación: todos los poderes son legítimos y limitados, el poder limita al poder. En cuanto a la pluralidad, se ha de elegir libremente entre los poderes.

Como corolario del presente apartado, se observa que la –democracia– como concepto y proceso histórico, ha de ser interpretado, tanto en la teoría y la práctica, acorde a los pensamientos filosófico-políticos, desarrollados en cada época; y que esencialmente se fundamentan en las diferentes características de organización social, económica, política, religiosa, moral y cultural. Empero, será en el modelo de Estado, en donde se definen esencialmente las relaciones de poder (soberanía) de una sociedad, donde aparecerá el pueblo, como soberano, dentro del Estado Democrático, en un escenario de división de funciones, dejando atrás el modelo Absolutista concentrador de poder, no obstante que, el afianzamiento del primero, estará siempre sujeto a la esencia por la lucha, distribución y ordenación institucional del poder.

3. El Derecho es Dúctil, ¿la democracia?

Para una disertación evolutiva respecto la evolución de los diferentes modelos de Estado, se encuentra al maestro Gustavo Zagrewelsky, quien es su obra *El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia*, explica la concreción evolutiva de dichos modelos estata-

les, fundamentalmente haciendo énfasis en el paso del Estado de Derecho, al Estado Constitucional, en tal sentido, el autor empieza por configurar aquellos elementos esenciales que describen al Estado de Derecho, reconociéndolo como aquel que se propone como alternativa que supera al régimen absolutista, donde se pasa de la arbitrariedad del monarca en relación con la organización administrativa, y el uso de la fuerza física del Estado, hacia el establecimiento de límites a dichas arbitrariedades.

De esta manera se puede empezar a perfilar las características que circunscriben al Estado de Derecho, en su diseño inicial, no obstante que, en su esencia, este modelo se representa de manera abierta y elástica, que permite su definición incluso como un modelo estatal vigente hasta nuestros días, con variaciones sustanciales, pero que, en particular representa el establecimiento de límites al poder basados en el respeto a la ley y la razón.

En ese orden de ideas, resulta fundamental describir algunas de esas variaciones esenciales que lo diferencian de los modelos que lo subyacen, como el caso del Estado de Derecho de orden liberal, que presenta como elemento característico, la justificación de la autoridad estatal basada en la consecución del bienestar general, cuyos límites son establecidos por la razón, lo que en todo caso se denominó Estado de razón (Zagrebelsky, 1995, p. 21).

Empero dicha reflexión, también puede ser contrastada bajo una dinámica diferente, pues, otras visiones (político-constitucionales), dirán que el Estado de Derecho liberal, es restringido por la misma acción del derecho, gestado en el mismo Estado, siendo limitado su propia actividad, bajo el objetivo de garantizar las libertades fundamentales de los ciudadanos, todo ello sin perder potestades administrativas, ni su condición de poder soberano.

Particularmente el Estado de Derecho liberal, entra en crisis en virtud del surgimiento de los totalitarismos de entre guerras, pues el apareamiento de regímenes autoritarios en Europa, fundamentalmente en Italia, Alemania y Rusia, habrían mermado el signifi-

cado sustantivo de este modelo, tanto así que, en el marco del razonamiento político-constitucional, se abre la discusión de si estos Estados, calzan o no, en la lógica del Estado de Derecho, al respecto se plantearían varios postulados, que a la postre obligarían a realizar serios replanteamientos respecto el rol y estructura del Estado.

Bajo tales consideraciones, se puede colegir que, el debate respecto el Estado liberal de Derecho, se circunscribe en determinar las funciones, el rol del Estado, así como, la naturaleza de la ley, en ese sentido, para superar estos dilemas, se expresa que la connotación sustantiva de este tipo de Estado, radica en que los fines y funciones de éste, están íntimamente relacionados con la promoción y protección de los derechos ciudadanos, así la sociedad pasa a ser el eje central sobre el cuál el Estado se constituye en su principal promotor, así surge entonces el Estado de Derecho (de "Bienestar"). En tal virtud, la ley pasa a ser entonces, la expresión de voluntad de los individuos y de la sociedad donde se afirmará el rol del Estado con respecto a la búsqueda y realización del bienestar social.

Cabe señalar que, en el Estado de Derecho, además de la incidencia del nuevo rol benefactor atribuido al Estado, con respecto a la identidad de la norma, de producción legislativa, la ley se concreta en esencia cómo norma general y abstracta, que tiene como principal fin la separación de funciones, la igualdad ante la ley, y la limitación o moderación del poder (Zagrebelsky, 1995, p. 29). Es de carácter general, en virtud de su aplicabilidad para todo el conjunto de la sociedad, así como por su incapacidad de establecer regulaciones individuales, pues para ello están las resoluciones judiciales y los actos administrativos. Por otro lado, se dirá que la ley es abstracta en razón de su indefinición en el tiempo, es decir, su vigencia está predefinida a valer indefinidamente, hasta su reformulación, basados en supuestos y hechos abstractos, garantizando en sí la estabilidad del orden jurídico, en el marco de generar previsibilidad y certeza del derecho, repudiando la retroactividad de la ley.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico constitucional, los textos políticos (constituciones) que caracterizan al Estado de

Derecho liberal, son poco claros, pues sus estructuras se muestran débiles respecto la fuerza del parlamento, tanto así que las normas constitucionales podrían ser fácilmente modificadas, de esta manera se asume un poder absoluto en manos de los parlamentarios, que como se sabe, estos responden a la lógica de intereses y acuerdos burgueses. De esta manera, se puede afirmar que la norma legal parlamentaria estaría en la cima del ordenamiento jurídico, y el parlamento entonces pasa a tomar un rol preponderante como principal detentador del poder en este modelo de Estado.

De esta manera se puede apreciar la concreción del principio de legalidad, reconocido como la esencia del Estado de Derecho, que implica que el Estado, como organización política, estará sometida a las normas jurídicas que organizan y controlan al poder, y a la sociedad. Para su efectivo ejercicio establece controles establecidos por la misma ley, que su vez son ejercidos a través del control de los órganos jurisdiccionales.

En ese sentido, el principio de legalidad, implica que la ley está por encima de todas las actuaciones del Estado, no hay ningún acto que contravenga lo establecido por esta, implicando además que no se podrá imponer o exigir ninguna sanción o conducta si esta no ha sido previamente establecida como tal en la ley, por tanto, el Estado de Derecho y el principio de legalidad son el fundamento del Estado Democrático.

En ese orden de ideas, reconociendo el aporte del autor Ramiro Ávila, quien expresa que el estado de derecho o estado legal de derecho, en virtud de que este se fundamenta en la autoridad de la ley, y en la división de funciones del Estado, en ese sentido, el autor expresa que los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley, y el judicial es la boca de la ley (Ávila Santamaria et al., 2008, p. 20), por lo que dentro de este esquema, el reconocimiento de derechos necesita de reconocimiento legal de construcción legislativa, así como de su protección jurisdiccional de competencia de las cortes y tribunales.

Por otro lado, con respecto al ejercicio democrático, siguiendo a Ramiro Ávila Santamaría, realiza la siguiente crítica, el citado autor indica:

La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos– sigue siendo vasalla o súbdita. (Ávila Santamaria et al., 2008, p. 20).

En tal virtud, y en contraposición, como alternativa propositiva, que supera esta malformación del Estado de Derecho liberal y parlamentario, el cambio será de tal envergadura que reconoce su evolución como un cambio genético al Estado, así entonces aparece el Estado Constitucional, donde las Cartas Políticas o constituciones escritas, determinan el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder (Ávila Santamaria et al., 2008, p. 21), quedando la ley y por tanto la estructura parlamentaria sometida a esta, como se analiza en adelante, empero se analiza previamente, las crisis por las que atraviesa el Estado de Derecho.

4. Crisis democrática y Estado

Uno de los escenarios críticos que se presenta en el Estado de Derecho, está ligado a la reducción de la legitimación democrática producto de la insatisfacción política y económica relacionadas a las demandas sociales, pues en este modelo, el aparato estatal está subordinado al parlamento y su producción normativa, que responden a los grupos de poder alineados a los intereses del mercado. Además, por otro lado, se presenta como un modelo de fabricación legislativa corrupta, pues los casos de corrupción que se encuentran ya no son excepcionales, sino más bien de carácter estructural (Ferrajoli et al., 2001, p. 13), como parte de la supervivencia de la clase política estos utilizan la plataforma estatal como estructura de

da soporte a este poder viciado, estos aspectos, entre otros ponen en entre dicho la legitimidad del Estado de Derecho.

Como se observa en apartados anteriores ante tales circunstancias *críticas* del Estado de Derecho, y como producto de su reconfiguración, en búsqueda de alternativas, surge el Estado de bienestar o *Welfare State*, que en su esencia propone el intervencionismo directo de las facultades estatales, incluye recursos y personal contratado desde el Estado, para proveen y asistan de todas o al menos, las principales necesidades de individuales y colectivas de una sociedad. Empero, este modelo también cae en crisis, siendo víctima a partir del criterio de malversación o corrupción del sistema estatal, conforme le criterio esbozado en el párrafo anterior, con el añadido del apareamiento de intereses clientelares y sectoriales, en reemplazo de los intereses de mercado, pero que a la postre significa lo mimo, reparto de las prebendas estatales, como botín pirata.

En ese sentido, Ferrajoli (2001) ante las crisis a los modelos de Estado, tanto de Derecho como Estado de bienestar, proclama que hay dos alternativas, o se trata del resurgimiento regresivo de modelos anteriores, o se trata de una alternativa democrática progresista, en ese sentido el pensador italiano propone:

Una primera respuesta posible es la sugerida por las estrategias neoliberales, que hoy encuentran sustento teórico en el renaciente liberalismo económico y en experimentaciones prácticas de muchos países, como Estados Unidos e Inglaterra. La propuesta teórica, de la cuál en parte se ha hecho portavoz, en este congreso, Niklas Luhmann, es la de la restauración de las viejas formas liberales del Estado constitucional de derecho y, correlativamente, de un retorno a la economía de mercado, de una reducción del intervencionismo estatal en la economía y sobre todo de una restricción de las funciones y prestaciones públicas de naturaleza social y asistencial (p. 13-14) .

Esta propuesta se circunscribe en la lógica de la regresión a un Estado de Derecho liberal, supuestamente superado, donde las decisiones políticas se toman a partir de los intereses de ciertos gru-

pos de poder, y las regulaciones legales serán correspondientes a dichos intereses, donde el rol social del Estado desaparece, intentando proponer un modelo no intervencionista, volviendo a reafirmar los ideales de libertad. Mientras, por otro lado, se afirma la necesidad de fortalecer al Estado desde una concepción participativa, plural y democrática, a través del establecimiento de mecanismos que permitan la garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en las normas (legales o constitucional), incluye tanto los derechos individuales, así como los derechos sociales.

Estos elementos comentados requieren de capacidad y voluntad política, además de proyección reformadora desde concepciones teóricas e institucionales, las principales innovaciones son requeridas en el plano del derecho privado y público (administrativo), en tal virtud se requiera que desde las ciencias jurídicas se planteen teorías que solidifiquen la materialización de derechos sociales, y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a los aspectos positivos del Estado de bienestar, sin desmedro del ejercicio de las libertades individuales.

5. El Estado constitucional

En el siguiente apartado se expresa las principales referencias relacionadas con el Estado constitucional, visto este como un nuevo modelo de Estado, que supera al Estado de Derecho y sus mutaciones ya analizadas.

En tal virtud, cabe empezar señalando que el Estado constitucional, aparece como respuesta a la supremacía de la ley formulada en los parlamentos de tipo liberal-burgués, donde este órgano estatal constituye la principal expresión del poder democrático, precisamente la novedad, en el plano jurídico y político, que trae consigo el Estado constitucional, es la posición que adquiere la ley y el parlamento, pues estos se ubican por debajo de las expresiones normativas definidas en la norma constitucional construida por el poder

constituyente, en ese sentido, se dirá que la norma parlamentaria (ley), estará subordinada a la Carta Política, y el parlamento, estará subordinado al espíritu de la asamblea constituyente.

El maestro Zagrewelski (1995), plantea que el Estado constitucional, se presenta como una verdadera transformación jurídica que afecta incluso la concepción lógica del derecho, las concepciones respecto la posición de la ley, el parlamento y el poder, podría pensarse mantendrían su hegemonía en el Estado, no obstante, jurídicamente se establece un nuevo ordenamiento normativo que parte desde la constitución, de esta manera la estructura jerárquica desplaza a la ley a segundo plano, debiendo adecuarse a las disposiciones constitucionales.

Así entonces, para el citado autor, lo indicado implica, que la fórmula del Estado constitucional, subyace precisamente en la novedad de la posición de la ley, en ese sentido la ley, por primera vez, en la época moderna, está sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución (Zagrebelsky, 1995, p. 34).

Particularmente aparece el principio de constitucionalidad, que supera al principio de legalidad, ello implica la construcción de nuevas bases jurídicas que sostengan el nuevo paradigma, sin que los poderes fácticos vuelvan a vulnerar el sistema, como ocurrió con el Estado de Derecho liberal o de bienestar, respectivamente, para ello todo el sistema legal será reconfigurado, así la presencia del derecho, será distribuida en todos los sectores posibles de la sociedad, pues la constitución ha de recoger normas y principios que además de garantizar las libertades individuales, se hace presente de manera permanente y activa garantizando derechos sociales, económicos y culturales, haciendo posible la convivencia social.

En otras palabras, de lo señalado se podrá decir que la interacción y vigencia de la ley estará supeditada a la lógica de un Estado democrático pluralista que conduzca a la heterogeneidad de los valores e intereses sociales, ante estas explicaciones debe añadirse aún

la cada vez más marcada redefinición (en lógica contractual), de los contenidos de la ley. El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares, tales como grupos de presión, sindicatos, partidos políticos, entre otros (Zagrebelsky, 1995, p. 37).

Sobre este tipo de Estado, además hay que comprender que la constitución adquiere elementos materiales, orgánicos y procedimentales, como se analiza en adelante, en lo que respecta al principio deliberativo de la democracia, esta se consolida en este modelo de Estado, en virtud del diseño procedimental, pues este supone que para la toma de decisiones políticas, así como la elaboración de normas jurídicas, estas se consigan en el plano de debates públicos, informados y reglados; además y esencialmente, cuando dichos mecanismos fallen, existe la posibilidad de su corrección a través de la acción jurisdiccional constitucional, que permita la interpretación y argumentación de los principios constitucionales que garanticen el ejercicio de los derechos fundamentales.

En fin, en el constitucionalismo contemporáneo, en el Estado de derechos, se conjugan los derechos como fin y objetivo, el estado como estructura orgánica, y la democracia como medio, y es dotado principalmente con garantías constitucionales que lo permitan. En ese sentido, a continuación, se describe este modelo de Estado.

6. Democracia, definiciones contemporáneas.

Ahora bien, corresponde consolidar en la lógica del –Estado Democrático– contemporáneo, y conforme lo ofrecido, ahora específicamente con respecto a las corrientes del pensamiento surgidas durante los siglos XX y XXI, en ese sentido encontramos:

Para el filósofo jurista italiano Norberto Bobbio (1909-2004), quién realiza una descripción de la democracia en el marco del Estado de Derecho, reconoce que el apareamiento de la visión —liberal— de la democracia, es concebida como un proceso mediante el

cual, el poder queda sometido a la autoridad de la ley, el pueblo en calidad de soberano adopta una posición preponderante en el ejercicio del poder, pues ha de decidir quién lo ha de gobernar, pensando fundamentalmente en el marco de la construcción de leyes, y en el uso del poder estatal para mantener la armonía social. Bobbio principalmente describe la democracia como forma opuesta a la autocracia, dirá que democracia: “es el conjunto de reglas que establecen quien está autorizado para tomar decisiones colectivas y bajo qué procedimientos” (Bobbio, 2014, p. 24).

En ese sentido, se describe a la democracia como un elemento procedimental reglado dentro del Estado de Derecho, es decir, su forma de aparecer se basa en una serie de elementos que garantizan su existencia, estos elementos están determinados en las normas que regulan los procesos electorales, donde se garantizan, entre otros aspectos, la participación del pueblo, en igualdad y libertad, para la elección de sus representantes, la realización periódica de elecciones, y la oportunidad de elegir y ser elegidos.

Por su parte, para el profesor francés George Vedel (1910-2002), citado por (Galvis Gaitán, 2005, p. 62), define a la democracia como “el gobierno de la mayoría respetando los derechos de la minoría”, y también como “el gobierno de los partidos en oposición a las dictaduras que son regímenes de un hombre”. Se puede observar, que estas definiciones complementan el círculo de la democracia, pues suponen el respeto a las minorías, así como, garantiza la no concentración del poder.

También para Vedel la democracia, en occidente, es vista en la permanente organización de múltiples diálogos, y los representa en cuatro momentos: el primero en el que los interlocutores toman la palabra y se escuchan entre sí, en su turno, luego los resultados de estos diálogos son expresados por los gobernados en los sufragios; un segundo diálogo se expresa con la presencia de la oposición, que garantiza las libertades fundamentales (expresión, asociación); el tercero se expresa en la relación control-coordinación entre el parlamento y el gobierno; y el cuarto momento que se expresa en las rela-

ciones existentes entre el Estado y los grupos sociales (basado en intereses), es decir, entre los intereses generales y particulares (Galvis Gaitán, 2005, pp. 62-63).

En otras palabras, la democracia garantiza la relación permanente entre el Estado y la sociedad, estableciendo mecanismos de organización (instituciones) que garanticen las libertades civiles y políticas, relacionadas fundamentalmente a la participación de todos los grupos e intereses sociales, incluyendo el respeto a las minorías, y la existencia de criterios opositores al grupo de poder, basados en el bien general de la sociedad.

Para Joseph Shumpeter (1883-1950), citado por (Galvis Gaitán, 2005) define a la democracia como un “método político, en otros términos, un cierto tipo de organización institucional para llegar a decisiones político legislativas y administrativas, y en consecuencia, no puede constituir en un fin en sí, independientemente de las decisiones que de ellas vengan en condiciones históricas dadas” (p. 64). Es decir, la democracia resulta en una suerte de método (procedimiento), para legitimar decisiones políticas.

En ese orden de ideas, (Galvis Gaitán, 2005, p. 63) define la democracia, como “la técnica institucional de gestación de las decisiones políticas que realizan el bien común, encargando al mismo pueblo de hacer inclinar la balanza eligiendo los individuos que se reúnen para cumplir su voluntad”; finalmente Shumpeter, define el método democrático “como la técnica institucional que produce decisiones políticas, por medio de las cuales los individuos adquieren el poder de estatuir sobre estas decisiones como conclusión de una lucha concurrente por los votos del pueblo”, citado por (Galvis Gaitán, 2005, p. 63-64).

Así el autor va delineando lo que a la postre será el derrotero de la democracia como forma de gobierno, pues los parámetros democráticos del Estado se sustentarían en el poder soberano, que, en teoría, ostenta el pueblo, no obstante, esto se agota en la práctica, en la limitada y puntual participación política de éste, pues el pueblo

ejerce su poder en calidad de mero seleccionador de los gobernantes a través de su voto, estos últimos, los seleccionados, serán entonces, quienes tomen las decisiones políticas, por lo tanto, serán quienes han de ejercer verdadera soberanía.

En ese sentido, Shumpeter interpreta a la democracia como un método, no así como una forma en sí misma de gobierno, donde el pueblo toma decisiones en su beneficio, si no que la democracia significará la forma como el pueblo ha de aceptar o rechazar a aquellos representantes que toman decisiones por él (democracia representativa), es decir, la democracia constituye un entramado político, en manos de élites –partidos políticos– que compiten entre sí, a las que el pueblo pone o quita mediante la elección en urnas (Abellán, 2011, p. 258).

Se ha de confirmar entonces, que Shumpeter orienta las definiciones contradictorias del Estado Democrático, pues éste no representa en sí un sistema o modelo de gobierno que sostenga, el poder, o capacidad de decisión, en el soberano pueblo, sino que, el pueblo ha de ser quién legitima, a través de su voto, la pugna por el poder encarnada en quienes, si lo ostentan, aquí las élites, económicas y políticas principalmente, aplicarán todos los mecanismos posibles para atraer su voto. El sufragio constituye entonces la única capacidad decisoria entregada al pueblo.

Por otro lado, desde una mirada constitucional, encontramos definiciones como las del maestro mexicano Salazar Ugarte (2010), quien instituye una seria discusión en torno a la democracia en su faceta constitucional, así propone enfrentarse a la dicotomía, que existe entre el entendimiento de la democracia desde constitucionalismo, por un lado, y la democracia liberal (Estado de Derecho), por otro, donde el primero, es abordado desde la tradición liberal, y aspira a limitar al poder político a través del resto de las libertades fundamentales, sustrayendo algunas materias de su capacidad decisoria, garantizando sobre todo la existencia de libertades políticas. Mientras que en la lógica de la democrática (contractualista) (Farge, 2018, p. 8), supone la instauración de una libertad distinta a la liber-

tad liberal (Salazar Ugarte & Martínez, 2010, pp. 128-130), que por el contrario, se refiere a la capacidad ilimitada que tiene el pueblo para la toma de decisiones, siendo que, esta libertad llevada al extremo, abarca cualquier decisión, sin contemplaciones, pudiendo incluso cambiar las reglas con respecto a las libertades liberales, así lo recoge en la siguiente reflexión:

Los ideales del liberalismo político (base del constitucionalismo) y de la democracia no solo no coinciden, sino que pueden manifestarse incompatibles. La democracia, las decisiones de la mayoría, fundadas en el principio de autogobierno, pueden aplastar a las libertades fundamentales. En principio, siguiendo el mandato de las mayorías parece posible pisotear al liberalismo sin afectar la democracia. Pero la lógica (y la realidad histórica) nos dice que esto no es posible en el largo plazo; a pesar de su tendencia arrasadora, en las sociedades modernas, la democracia solo es posible cuando descansa en las libertades fundamentales. “una deliberación autónoma sólo puede formarse en una atmosfera de libertad como no impedimento” (Salazar Ugarte & Martínez, 2010, p. 128).

En ese sentido, ésta dicotomía, es resuelta bajo la idea de democracia concebida por la forma toma de decisiones expresadas por mayorías, no es el ideal próximo deseado, sino que este ideal será solo posible si éstas decisiones son tomadas bajo consideraciones estrictas hacia el respeto y materialización de los derechos fundamentales, normalmente expresados en la norma constitucional, por lo que el soberano pueblo, aun cuando soberano, queda limitado a la dogmática de los derechos fundamentales expresadas en la Constitución.

Por su parte el maestro Fernando Galvis Gaitán, refiere características esenciales tanto para la democracia representativa, como para la democracia directa, a saber:

el pueblo se gobierna directamente en asambleas públicas en poblaciones muy pequeñas y que habitan un reducido territorio, pero no sucede lo mismo en territorios densamente poblados: En frente a esta dificultad se inventó la democracia representa-

tiva, que consiste, esencialmente, en la elección popular de los representantes del pueblo. Últimamente se amplió el concepto de representación con el de participación, en el que el pueblo escoge sus representantes y participa en el control y ejercicio del poder. (Galvis Gaitán, 2005, p. 61).

De esta manera, se expresa que la democracia en un tono de evolución, ha de incluir variaciones a su concepto moderno, donde las decisiones basadas en la participación exclusiva de los representantes, muta hacia la incorporación de controles a ser realizadas por la sociedad en general, reestructurando en esencia el ejercicio y distribución del poder, no obstante de aquello, este ejercicio seguirá limitado al ámbito institucional del Estado, quien creará los espacios o mecanismo para su ejecución, que por lo general, casi siempre han sido monopolizados por el poder de turno.

En virtud de lo señalado, se irán incorporando nuevas modalidades que intentan mejorar el método de la democracia representativa, añadiendo nuevos componentes que la consolidarán como un proceso participativo, en ese sentido aparece la –democracia directa–, que ha de ser entendida como la capacidad de participación directa de la sociedad en la toma de decisiones, ya no desde la elección de sus representantes, sino desde la intervención misma en los asuntos de su interés, pudiendo consolidar propuestas que entren en vigor dentro de un Estado.

Resumiendo, acorde a aquellas descripciones desarrolladas en el presente estudio, el paso evolutivo por donde a transitado la –democracia–, como forma de gobierno, se podría sintetizar la configuración de al menos, tres importantes sendas, a saber:

Democracia representativa: que se consolida con el advenimiento del liberalismo durante los siglos XIX y XX, y en el caso de América Latina, en la época independentista. Se estructura dentro del Estado de Derecho.

Democracia directa: desarrollada en épocas post II Guerra Mundial. Se Estructura dentro del Estado constitucional del Derecho.

Democracia deliberativa: que se construye en un escenario post-liberal y postsocialista, como producto de la reconstrucción global del orden social, económico, político y cultural. Se estructura en el Estado constitucional, tanto de Derecho, como en el de derechos.

Como corolario, se puede indicar que, la –democracia– como construcción del –Estado Democrático–, se manifiesta en virtud de las diferentes concepciones, configuradas a la luz de los cambios y transformaciones sociales, así, por un lado, aparece como el método mediante el cual una sociedad, a través de la ley, determina la manera en cómo se ha de tomar decisiones, variando las reglas que ha de ser determinadas por el Estado; y por otro lado, se observa el objeto o fin que se persigue, en este sentido, se analiza la configuración de las relaciones de poder definidas en una sociedad, ya sean que éstas respondan ora a objetivos liberales, otrora sociales.

En lo fundamental, los cambios permanentes a los métodos y fines de la democracia, están directamente relacionados con los vaivenes de las decisiones políticas expresadas, cómo producto de la definición de las relaciones de poder, y que éstas no siempre expresan los intereses comunes del pueblo, por lo que la reinvenición de la teoría y práctica democrática constituye una constante travesía que ha permitido su reestructuración, mutando hacia nuevas y variadas formas de expresión (decisión social), incluso han promovido la construcción de nuevos modelos de Estado que soporten su evolución.

En ese sentido, es importante considerar que aquellos elementos esenciales donde descansan las justificaciones para la configuración de nuevas formas o modalidades de la democracia, son las respuestas teórico-dogmáticas relacionadas con las ideas de superación de las crisis, tanto del Estado de Derecho, así como, de la democracia representativa, como se analiza a continuación.

Estado de Derecho y democracia representativa en crisis, fundamentos de la democracia deliberativa.

Para comprender la génesis y consolidación de la –democracia deliberativa–, es necesario reconocer que ésta nace como alternativa teórica-práctica a las crisis tanto del Estado de Derecho, que ha afectado además, y de manera colateral al sistema de gobierno basado en la democracia representativa, reflejada a su vez en el sistema parlamentarista, pues siguiendo un proceso dialéctico, de cambio movimiento y transformación, tanto la democracia, como el Estado, han encontrado, o al menos han intentado plantear, alternativas que los permitan acoplarse a un sociedad compleja y cambiante, a continuación, se describen algunas referencias en torno a estas crisis.

Así se dirá que, la crisis de la democracia representativa se configura en torno a la forma de ejercicio del poder del pueblo, ésta se presenta en el marco de la democracia representativa de la sociedad moderna, donde no se permite la participación activa del ciudadano y reduce su poder de decisión al día de las elecciones (Macías, 2018, p. 20), así el método de ejercicio del poder soberano, se ve limitado a la participación (vacía) del pueblo, a los procesos electorales, donde seleccionará quienes los han de representar en el poder.

De esta manera, en las disertaciones de (Arendt, 2005, pp. 37-41), pensadora que discute la realidad de la democracia en la modernidad, explica que ya en el ideal griego de la democracia, aparece la polis (ciudad cosmopolita), donde se distingue la vida privada, de la vida política, definiéndose de esta manera los espacios públicos (políticos), como elementos fundamentales de la democracia, donde se promueve la discusión, deliberación y toma de decisiones, con la participación diversa de los actores sociales.

Para (Arendt, 2019, p. 46), en la actualidad esos espacios desaparecen, lo común (público-político) se ha ido diluyendo, y sido sustituido por lo privado (mercado), así atribuye a la sociedad de masas la desaparición del interés colectivo, y por lo tanto del espacio público; entonces, asegura la autora, que la política ha caído en manos,

ya no de la sociedad, sino de “expertos” profesionales de la política, para quienes la participación ciudadana es una interferencia, en las relaciones de poder económico y político, respectivamente.

7. Conclusiones

Se observa como la democracia históricamente ha sido desarrollada, o dotada de contenido, de manera paralela a las diferentes definiciones arquitectónicas constitucionales y legales previstas por los diferentes modelos de Estado, en sí la democracia muta acorde a las definiciones institucionales dictadas por el poder del Estado, en definitiva, el contenido esencial del término democracia, como poder del pueblo, no ha sido planteado de manera perfecta en ninguno de los modelos analizados.

De manera permanente, las sociedades demandan de los Estados mayores espacios de participación y ejercicio de poder, de tal manera que constantemente se han ido dibujando y desdibujando las bases institucionales, conceptuales y metodológicas relacionadas con democracia, dando cabida a nuevas teorías, dogmas y demandas sociales que pretenden un ejercicio práctico y real con respecto al ejercicio del poder y la toma de decisiones públicas.

Una de las conclusiones fundamentales, tiene que ver con las sujeciones teóricas relacionadas con el apareamiento y consolidación de la democracia, pues sus bases intelectivas la han de afianzar como respuesta-alternativa a la crisis de participación de la sociedad en el poder, en ese sentido, la democracia, incluye la creación de mecanismos, métodos y principios que permiten la participación y control social, basados fundamentalmente en la generación y promoción de espacios que admitan el diálogo, el debate, y la reflexión pública, que aseguren además la construcción racional de decisiones amparadas en el bienestar general; aspectos que abordados desde la Ciencia Jurídica, proponen la construcción de diseños normativos constitucionales que permitan su control y exigibilidad, ya sea que se establezcan controles para la rendición de cuentas públicas, así

como, a través de la incorporación de garantías jurisdiccionales para su exigibilidad, aspectos que posibilitan la concreción material de la democracia deliberativa, con estos fundamentos, podemos concluir que la democracia deliberativa constituye un gran avance entorno a la consolidación de la teoría y la práctica democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, J. (2011). *Democracia: Conceptos políticos fundamentales*. Alianza.
- Arendt, H. (2019). *La condición humana*. Paidós.
- Ávila Santamaria, R., Aparicio, M., Grijalva, A., & Martínez Dalmau, R. (Eds.). (2008). *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (1ra ed). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bobbio, N. (2014). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Cruz Gayosso, M., Ochoa Hofmann, A. E., Robles Vázquez, J., & ProQuest. (2017). *Teoría general del estado*. IURE Editores. <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/40192>
- Farge, C. (2018). *El Estado de bienestar*, Universidad Adventista del Plata, Paraná. Web: [File:///C:/Users/Casa/Downloads/Dialnet-ElEstadoDeBienestar-3183498.pdf](file:///C:/Users/Casa/Downloads/Dialnet-ElEstadoDeBienestar-3183498.pdf), fecha de consulta. 29 de julio 2020. Web: <file:///C:/Users/Casa/Downloads/Dialnet-ElEstadoDeBienestar-3183498.pdf>
- Ferrajoli, L., Víctor Abramovich, María José Añón, & Christian Courtis. (2001). *Estado Social y Estado de Derecho, en Derechos sociales. Instrucciones de uso*. (1.ª ed.). Distribuciones Fontamara.
- Galvis Gaitán, F. (2005). *Manual de Ciencia Política*. Tamis.
- Kosellek, R. (2011). *Democracia: Conceptos políticos fundamentales, en Joaquín Abellán*. Alianza Editorial.
- Macías, P. (2018). *Esfera pública y democracia: Una síntesis de las ideas de Arendt y Habermas*, (Barcelona. Universitat Oberta de Catalunya.
- Naranjo Mesa, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis.
- Salazar Ugarte, P., & Martínez, F. (2010). *Democracia constitucional y derechos sociales, valores en tensión o derecho complementarios. En Ciencia Política: Nuevos contextos, nuevos desafíos, bases del análisis político*. Limusa.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta.

Capítulo X

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

*Freddy López López*¹⁵⁸

Resumen:

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, provisto de una amalgama estricta de conceptualizaciones, provisiona de derechos y determina obligaciones a las personas que habitan en nuestro territorio. Por tal razón, es indiscutible que garantizar el respeto íntegro de estos derechos debe ser y es uno de los deberes primordiales del Estado como materia del contrato social, permitiendo a cada uno de los integrantes de la sociedad desarrollarse de manera normal y procurando su autonomía para realizar todo cuanto su propia libertad lo permita. Pero, ¿un ente ficticio puede ser beneficiario de derechos?, ¿una persona jurídica es objeto de protección estatal? Estos son cuestionamientos que despiertan interés al momento de estudiar el comportamiento de las sociedades y corporaciones, ya que el tratamiento legal del cual se distingue a la persona natural de la jurídica sugiere, en sentido amplio, un cierto distanciamiento entre ambas conceptualizaciones y el entendimiento de que solo la persona natural, como ser humano, es objeto de dicho amparo legal. Interrogante por la cual el presente estudio esmera su objeto de análisis.

Palabras clave: Derechos / Persona Moral / Persona Natural / Derechos/ Sociedad / Corporación.

¹⁵⁸ Abogado, Máster en Derecho Procesal y Litigación Oral. Sus áreas de investigación son: 1) Derecho Constitucional; 2) Derecho Administrativo; y 3) Derecho Procesal. Ha participado activamente en la formación de abogados en instituciones públicas. Su última obra o artículo publicado es "La Facultad Expropiatoria de las Entidades que forman la Administración Pública Central en el Ecuador".

1. Introducción

La persona ha sido conceptualizada filosóficamente como aquel ser inteligente, dotado de razón y de entendimiento¹⁵⁹, aquella que por medio de sus sentidos puede aprehender y retener la información que capta de su medio socio-ambiental. Esta singular característica es la que distingue al ser humano de cualquier otro ser vivo en el planeta tierra.

Sin embargo, la cualidad entregada al concepto universal de persona no ofrece a plenitud la protección de la que se señaló en el párrafo anterior, esto debido a que pueden existir cierto tipo de personas que no poseen, por sí mismas, inteligencia, razonamiento ni entendimiento. De esta manera, la dogmática jurídica ha debido imponerse ante tal acontecimiento, creando la figura de la persona jurídica.

En efecto, el alemán Friedrich Karl von Savigny fue el dogmático que permitió conocer la existencia de sujetos de derechos no físicos, artificiales, sujetos ficticios o personas morales¹⁶⁰. De esta manera, otorgó al saber jurídico aquella diferenciación que pueden tener los sujetos de derecho para obtener derechos y contraer obligaciones.

Persona moral –o persona jurídica– es aquel sujeto de derechos y obligaciones que existe en el mundo objetivo, pero no como el individuo dotado de inteligencia, sino como una institución que se constituye por medio de la voluntad de dos o más personas naturales, quienes tienen, en común, ciertos objetivos económicos y/o sociales.

En otras palabras, la persona jurídica es un ente ficticio que ha cumplido ciertos requisitos legales para ser dotada de existencia jurídica, misma que tiene la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, tal como si fuese una persona física.

159 Así, véase los trabajos de John Locke, *“Ensayo sobre el entendimiento humano”*; o, el afamado trabajo de George Berkeley denominado *“Principios del conocimiento humano”*.

160 Denominaciones que partieron desde sus investigaciones plasmadas en los libros *“Sistemas del Derecho Romano Actual”*.

2. Existencia de la persona jurídica

La existencia de la persona es de suma importancia para la discusión jurídica y su ámbito de protección. La dogmática especializada se ha provisto de grandes posiciones acerca de la existencia de la persona física, y el resultado de tal discusión ha sido la generalización constitucionalizada de que un sujeto de derechos lo es desde la concepción¹⁶¹, mientras que su existencia legal ocurre cuando es *completamente separado del vientre de su madre*¹⁶².

En cambio, al ente ficticio se lo considera existente solo cuando ha cumplido con ciertos requisitos que establece la misma ley, los cuales, una vez reunidos, dan vida a un nuevo sujeto de derechos con personería jurídica propia. Este tipo de persona nace para cumplir ciertos objetivos económicos y /o sociales, lo cual hace aún más profunda la diferencia con la persona natural; ya que, siendo ambas personas amparadas por el ordenamiento jurídico, comparten características que nacen del Código Civil Ecuatoriano, estas son: nacionalidad, nombre, domicilio, capacidad, patrimonio y personería jurídica.

Compartiendo características normativas, se entiende que la persona moral realmente existe aun cuando no se la pueda percibir por los sentidos o no tenga por sí misma inteligencia, razonamiento o entendimiento. Por ende, su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones se justifica por el hecho de que las mismas pueden efectuar actos jurídicos y de la administración que pueden causarle perjuicio o causarlo a otras personas, así como ser objeto de actos jurídicos que las sancionen. Ossorio, M. (2008)., respecto de esta figura indica que:

La expresión es una de las más delicadas en el tecnicismo del Derecho. De un lado, superada la esclavitud en todos los países, y a un lado el sojuzgamiento de los regímenes tiránicos, en la actualidad, y hace mucho, toda persona es sujeto de derechos y

161 Art. 45 C.R.E.

162 Art. 60 C.C.

obligaciones, y por ende jurídica. Ahora bien, con olvido de ello e instaurando no pequeña confusión, persona jurídica se refiere por un amplio sector de la doctrina, que el uso ha impuesto, a los sujetos de derechos y obligaciones que no son la persona natural o física (v.); es decir, ni el hombre ni la mujer. (p. 723).

Asimismo, cuando la persona ficticia nace, supone que su existencia moviliza el aparataje jurídico de protección en su integralidad para dotarle de todas las garantías constitucionales y legales que aseguren dicha existencia y su desarrollo dentro del territorio ecuatoriano y fuera de él.

3. Persona y personería jurídica

Las personas morales nacen a consecuencia de un acto jurídico denominado, generalmente, como acto de constitución, el cual es verificado y reconocido por autoridad competente, como si se tratara de su acta de nacimiento. Empero, el apareamiento es esta persona no supone que solamente que su creación sea solo jurídica, Ossorio, M. (2008), manifiesta que:

Vélez Sarsfield, pretendiendo justificar el calificativo, expresa que se los denomina personas jurídicas porque no existen sino con un fin jurídico, cosa rebatible sin dificultad, puesto que no es algo jurídico lo que las crea por lo general, sobre todo las privadas, sino una finalidad económica, nológica, cultural, deportiva o de otro género, que tiene que adoptar para su funcionamiento ese ropaje jurídico, cosa muy distinta. (p. 723).

Así, lo que supone la existencia de la persona jurídica se remite a las condiciones u objeto de su creación, esto es, ese fin productivo o social al que se han de sujetar las actividades de dicho sujeto; de esta manera, este tipo de personas pueden tener objetivos lucrativos (corporaciones) o meramente fines sociales y de ayuda (fundaciones).

El segundo inciso del artículo 564 del Código Civil ecuatoriano manifiesta que: «Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública».

Al ser estas personas morales creación de un conjunto de personas físicas, y por cualquiera que sea su objeto, necesariamente deben reunir y contar con todos los requisitos establecidos legalmente para que sus actos sean válidos, ya que por mandato del mismo artículo 564 del Código Civil, «se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente».

Si son personas que se representan judicial y extrajudicialmente, supone que la manta de protección del Derecho las cubre en su totalidad, protección que significa ser objeto de amparo de sus derechos o merecedores de sanciones por vulnerar los derechos de los demás¹⁶³.

Empero, al ser personas que no son por sí mismas inteligentes, racionales o poseedoras de entendimiento, supone que única y exclusivamente pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente por una persona natural, o sea, tan solo por aquella persona que reúne las cualidades metafísicas para representarse por sí misma. Al respecto, Borda, G. (1999), realiza una disertación y concluye que:

En efecto, la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del Derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el “hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere –sobre todo muere– el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere”. Aun en las “personas jurídicas” el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres (para mayores desarrollos de esta idea véase núm. 621). Por eso es que el Derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desco-

163 La vulneración de los derechos de los demás comprende la esfera de libertad otorgada por el numeral 5 del artículo 66 de la C.R.E.

nocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades en que él desenvuelve sus actividades y sus derechos. No podría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas a los animales o a las cosas inanimadas. (p. 224).

De esta manera, es necesario dejar en claro que la persona moral no puede representarse por sí misma pero sí tiene personería jurídica como un ente dotado de derechos, lo cual permite que un determinado ser humano, denominado como gerente o administrador principalmente, sea quien lleve a cabo los actos de administración de esta persona y lo represente judicialmente cuando sea requerido (como actor o demandado). Cabanellas, G. (1993)., define a la personería jurídica como:

Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. Diferencia individual que distingue a cada uno de los demás. Carácter bien definido. Personaje notable. Escrito o discurso que se concreta a determinadas personas, con ofensa o perjuicio de las mismas. Capacidad para comparecer en juicio. Representación legal y bastante para litigar. (v. Excepción de falta de personalidad.) GREMIAL. La aptitud para el ejercicio de derechos y obligaciones por las asociaciones profesionales. (p. 242).

Todo este conjunto complejo de conjugaciones jurídicas, permiten que la existencia y subsistencia de la persona ficticia sea garantizada por medio del ordenamiento jurídico, ya que comparte con la persona natural componentes íntegros de características que son únicas de las personas, estos son los atributos de la personalidad.

4. Atributos de la persona jurídica

Ya se ha identificado plenamente que una persona jurídica, denominada también como persona moral, artificial o ficticia, es una institución fundada por un conjunto de personas físicas y que posee personalidad jurídica. Lo que hace posible que esta persona tenga tales facultades son los denominados atributos de la personalidad.

Dichos atributos nacen de la ley, aunque más concretamente, en el caso ecuatoriano, de la constitución, ya que constituyen, además, verdaderos derechos que deben ser protegidos para enarbolarse un sistema jurídico de satisfacción de los derechos individuales y colectivos.

Estos atributos o derechos de la personalidad de la persona jurídica son:

- **Nombre.-** Palabra o conjunto de palabras con el que se identifica a una persona jurídica. En este caso, razón o denominación social.
- **Nacionalidad.-** Es aquel vínculo jurídico-político en el cual un Estado reconoce a una persona artificial la pertenencia a su ordenamiento jurídico, según su acto de constitución dentro del territorio en el que rige sus normas.
- **Domicilio.-** Es aquel lugar físico en el cual se presume de derecho que la persona va a permanecer y desarrollar sus actividades y en el cual se la puede encontrar para realizar los actos de administración que le respecten o para hacer frente a sus responsabilidades. El Código Civil señala que «el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella».
- **Capacidad.-** Es aquel atributo con el cual la persona jurídica puede *gozar* de sus derechos y hacerlos efectivos y contraer obligaciones, así como de *obrar* al ejercerlos y cumplir con sus obligaciones.
- **Patrimonio.-** Es aquel conjunto de bienes muebles o inmuebles que le pertenecen a sus legítimos dueños, pero que la persona jurídica debe tener para que su acto de constitución se encuentre dotado de legalidad.

La agrupación de todos estos atributos le otorga a la persona jurídica la capacidad para representarse por medio de su delegado, o sea, la provisten de la personería jurídica que se habló en el anterior ítem.

5. Derechos de la persona jurídica

Anteriormente se indicó que los atributos de la personalidad constituyen verdaderos derechos que le son de pertenencia a cada persona, sea moral o física. Estos derechos nacen también de las convenciones internacionales sobre derechos humanos que se deben aplicar *prior in tempore*, inclusive hasta antes que la misma constitución¹⁶⁴.

Empero, la mayoría de tratados internacionales en América Latina que versan sobre derechos humanos, lo hacen en base a la persona natural y para ella de manera casi exclusiva; esto se advierte solo tomando en cuenta al Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Las distintas comuniones internacionales respecto a la existencia y validez de los derechos de las personas morales han sido limitadas y mejor ofrecen una variedad de catálogos de responsabilidad civil y penal que puedan tener las mismas, más no como objeto de protección por los derechos fundamentales; así lo señala la opinión consultiva OC-22-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), en la cual se indica que:

42. La aplicación de los criterios y medios de interpretación previstos en la Convención de Viena ha confirmado la interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana según la cual las personas jurídicas no están comprendidas en “el ámbito de protección de la Convención” y “la protección interamericana de los derechos humanos” sólo comprende a las personas físicas o naturales (supra, párr. 2). Las personas jurídicas no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.” (pp. 68-16).

164 Art. 417 C.R.E.

Sin embargo de esto, la constitucionalización del Derecho ha permitido enfrentar y traspasar las barreras que se producen al hablar de los derechos fundamentales de la persona jurídica, ya que los derechos se extienden a “toda persona”, sin exclusión a ninguna de sus manifestaciones.

Entonces, es pertinente enlistar los diferentes derechos que disponen las personas jurídicas en el marco de la protección constitucional:

➤ **Derecho al Nacimiento y Existencia**

El derecho a la vida es una de las principales condiciones instrumentales a las que toda persona se le debe garantizar, así como su existencia dentro del plano físico; por ende, el Estado debe velar por que la persona jurídica pueda nacer sin que ninguna traba legal o social se lo impida, ya que su vida y existencia devienen de un acto jurídico germinado de la esfera de libertad de personas físicas que la ocupan para que su desarrollo personal sea integral.

Este derecho supone la concurrencia de dos derechos fundamentales adicionales: el de libertad de reunión y el de asociación. El primero permite a las personas congregarse para realizar actividades a fin; y, el segundo consiente la integración de las personas en un solo cuerpo social con el que buscan cumplir objetivos a fin.

➤ **Derecho a la igualdad**

Este derecho obliga a cada ordenamiento jurídico a garantice a cada persona jurídica su pleno reconocimiento como igual, tanto formal como materialmente, ante sus semejantes. Básicamente, la igualdad de las personas jurídicas significa el ser reconocidas como iguales ante la ley para que puedan gozar plenamente de los mismos derechos sin discriminación alguna y en base a políticas públicas de acción

afirmativa para que se logren establecer mecanismos que promuevan verdadera igualdad.

➤ **Derecho al trabajo**

La existencia de la persona jurídica supone la asociación de varias personas para cumplir objetivos a fin, los cuales pueden ser económicos, sociales, culturales, etc., lo cual quiere decir que se congregan para trabajar. Entonces, la persona moral tiene como su objetivo primordial el trabajo, por lo cual la misma tiene derecho a él sin discriminación alguna y en base al principio de igualdad para que su existencia no se vea desmerecida por el incumplimiento del objeto de su creación.

➤ **Derecho al Hábitat**

En el ámbito de la protección estatal, ha de señalarse que la persona jurídica tiene el derecho a existir y convivir con sus semejantes de manera igualitaria, esto quiere decir que el estado debe garantizar que su existencia y domicilio han de establecerse en un ambiente ecológicamente sano y equilibrado.

➤ **Derecho a la libertad de expresión.**

Este derecho se determina en aquella facultad de expresar libremente opiniones, en la capacidad de publicarlas y comunicarlas sin temor a injerencias de ningún tipo ni de expresiones en el descrédito de su opinión, siempre y cuando se adecue esta libertad en el respeto de los derechos de los demás.

➤ **Derecho al buen nombre.**

Este derecho supone la existencia de mecanismos legales que amparen la identidad de la persona jurídica para que su nombre no sea objeto de descréditos ni tampoco de ca-

lumnias o injurias que perjudiquen su *status* y reputación en la sociedad. Además de permitírsele defenderse de cualquier ofensa en la vía judicial o extrajudicial.

➤ **Derecho a la tutela judicial efectiva**

Este derecho es primordial para que la persona jurídica pueda hacer efectivos sus derechos ante un tercero imparcial: el juez. A toda persona jurídica se le debe garantizar que defienda sus intereses por la vía judicial correspondiente, no obstante de poder solucionar conflictos por medio de mecanismos alternativos. Las pretensiones de la persona jurídica son igualmente válidas que las de la persona natural.

➤ **Derecho al debido proceso**

Este derecho le permite a la persona jurídica iniciar una contienda legal como actor o incluir su defensa como demandado¹⁶⁵ dentro del sistema judicial, con las mismas armas defensivas que cualquier persona dentro del ámbito de protección estatal. Significa que tampoco puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso y tener la capacidad para presentar y rebatir pruebas dentro del juicio.

Tan importantes derechos no pueden ser descartados del concepto de persona en su integralidad, tomando en cuenta que la persona moral es la consecuencia de la agrupación de personas físicas. Por lo tanto, la posibilidad de ser tratadas iguales ante la ley no debe descartarse en ningún momento y plasmarse en los diferentes instrumentos que versan sobre los derechos humanos a nivel internacional.

Tal es el caso del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁶⁶, el cual, en su artículo 34, dispone que:

165 Hoy en día, además, como procesada.

166 Roma, 4 de noviembre de 1950

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho. (art. 34).

El ámbito de protección se extiende cuando se creó el Protocolo Número 1 a la Convención Europea de los Derechos Humanos, el cual en su primer artículo dispone: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.» (Art. 1).

Además, es conocido que la persona jurídica no ha sido ampliamente objeto de discusión en el área de los derechos fundamentales, no es menos cierto que mantenga distanciamiento con ellos; la comunidad jurídica se ha visto enriquecida con las decisiones de los altos tribunales de derechos humanos europeos, tal y como lo menciona Chudyk, N. (2018)., en su tesis doctoral respecto al tema en cuestión, indicando que:

En 1974 fue la primera vez que el TJUE hizo referencia a dicho tratado europeo de derechos humanos afirmando la relevancia de los derechos fundamentales y su protección en el ordenamiento comunitario. En la sentencia *National Panasonic* 593 de 26 de junio de 1980, el Tribunal de Justicia centra toda su argumentación en el CEDH y afirma que las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 8 del mencionado instrumento: respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. (p. 275).

En Ecuador, esta evolución positiva ha tocado el piso normativo de nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro país se ha hecho evidente que la desprotección a la persona moral es fuente de desprotección de Derechos Fundamentales, por lo que también han dedica-

do espacios jurisprudenciales en los cuales se han plasmado criterios dogmáticos que amparan a esta ficción jurídica.

Aquí tenemos a la sentencia constitucional No. 282-13-JP/19, en la cual se realiza una extensa valoración del pragma jurídico y del ámbito de extensión de los Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente y que se revisten del principio de progresividad. La sentencia manifiesta:

Esta Corte reconoce que el contenido procesal de ciertos derechos, como por ejemplo el derecho a la tutela judicial efectiva o a las garantías del debido proceso, puede ser invocado por cualquier sujeto dotado de personalidad, como derechos correspondientes a su existencia jurídica. En consecuencia, los órganos de la administración del Estado pueden ejercer el ámbito procesal de derechos como los mencionados, y pueden, al igual que cualquier sujeto dotado de personalidad, activar la jurisdicción en búsqueda de una solución motivada, basada en derecho y obtenida en el marco de un proceso que se desarrolle con todas las garantías, a fin de garantizar el ejercicio efectivo de sus competencias. (p. 12).

En conclusión, los derechos fundamentales que le asisten a las personas físicas también le son o le deberían ser comunes a la persona moral, más que todo si propendemos a mantener el ideal de justicia como un imperativo que yace en el fundamento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Borda, G. (1999). *Tratado de Derecho Civil, Parte General* (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Habelero Perrot Ed.
- Cabanellas, G. d. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental* (Vol. 10). (G. d. Cabanellas, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Código Civil, C.C.. *Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio del* (2005) Última modificación: 19 de junio (2015): Asamblea Nacional
- Chudyk, N. (2016). *La persona jurídica como titular de derechos humanos en el sistema interamericano: un estudio comparado con el sistema europeo de derechos humanos*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Vol. Uno). Guatemala, Guatemala: Datascan S.A.

Capítulo XI

APUNTES TEÓRICOS ACERCA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Yanet Nápoles Nápoles¹⁶⁷

Resumen:

El presente estudio titulado: “Apuntes teóricos acerca de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la seguridad social”, tiene como finalidad abordar cuestiones generales relacionadas con estos derechos desde una perspectiva teórica. Para el examen del tema se parte de las distintas posiciones doctrinales existentes acerca de la definición de los derechos económicos, sociales y culturales, su contenido, alcance y su regulación en la Constitución ecuatoriana de 2008. Se realiza además, un análisis del derecho a la seguridad social como uno de los derechos más relevantes dentro de este conjunto de derechos, al posibilitar al trabajador la satisfacción económica que requiere en aquellos momentos en los que ya no pueda recibir su salario o sueldo, por razones de enfermedad, discapacidad, jubilación o fallecimiento. Para concluir, se analiza de manera crítica la regulación del derecho a la seguridad social en la Ley Orgánica de Seguridad Social en Ecuador.

¹⁶⁷ Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte Loynaz. Docente a Tiempo Completo en la Universidad Tecnológica Indoamérica. Coordinadora de la Maestría en Derecho, Mención Derecho Constitucional de la Universidad Tecnológica Indoamérica. Ha participado como ponente en congresos nacionales e internacionales.

1. Introducción

El análisis de los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido un tema ampliamente debatido en ámbito del derecho, debido a su importancia. El origen de su evolución histórica puede enmarcarse en el siglo XIX, con la Revolución Industrial, donde las duras condiciones de trabajo, exigían un fortalecimiento de los derechos individuales. Sin embargo, no es hasta la Constitución de México de 1917, que se da el primer intento constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales, al reconocérsele al Estado obligaciones relativas a la impartición gratuita de educación y protección a la niñez, a la vez que se dictan normas laborales en beneficio de los trabajadores. Desde este momento comienza a desarrollarse un movimiento constitucionalizador que promovía estos derechos en los diferentes países del mundo.

Actualmente los derechos económicos, sociales y culturales son reconocidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los distintos países, pero no todos los Estados garantizan de manera efectiva su disfrute. De esta manera, es común encontrar derechos tan importantes para los seres humanos, como lo es el derecho a la seguridad social con múltiples limitaciones en su real y efectivo disfrute.

En Ecuador, existe un amplio catálogo de derechos constitucionalmente reconocido y protegido a través de las distintas formas de garantías constitucionales existentes, pero el cumplimiento del derecho a la seguridad social, entre otros derechos económicos, sociales y culturales, no depende únicamente de su regulación legal, sino de la sostenibilidad económica, que permita garantizar sustancialmente este derecho. En virtud de aquello, resulta relevante el desarrollo del presente estudio, en la que se abordarán los derechos económicos, sociales y culturales y dentro de éstos, se profundizará en el derecho a la seguridad social enfatizando en sus elementos distintivos y su regulación legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2. Los derechos económicos, sociales y culturales. Generalidades

En la doctrina jurídica actual, existe una tendencia a clasificar los derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación. Dentro de la primera generación se ubicarían aquellos derechos cuya clasificación es basada en el valor esencial de la libertad y la autonomía, también llamados derechos *individuales*. En la segunda generación se incluyen aquellos derechos fundados en el valor de la igualdad, o *derechos económicos, sociales y culturales*, los cuales persiguen ofrecer una igualación de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas. Y dentro de la *tercera generación de derechos*, se encuentran los llamados derechos *solidarios* o derechos de los pueblos al desarrollo, a la paz y a un medio ambiente libre de contaminación, entre otros.

Los derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación; han sido definidos como aquel conjunto de derechos-prescripción, que consisten en la obtención de prestaciones de cosas o de actividades, dentro del ámbito económico-social, frente a las personas y grupos que detentan el poder del Estado y frente a los grupos sociales dominantes.

Los orígenes de estos derechos, pueden situarse en el siglo XIX, con la Revolución Industrial, donde las duras condiciones de trabajo, exigían un fortalecimiento de los derechos individuales. Sin embargo, la Constitución de México de 1917, es la que marca el primer intento constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales, al reconocérsele al Estado obligaciones relativas a la impartición gratuita de educación y protección a la niñez, a la vez que se dictan normas laborales en beneficio de los trabajadores. Desde este momento comienza a desarrollarse un movimiento constitucionalizador que promovía estos derechos en los diferentes países del mundo.

La Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia de 1918, fue otro documento que consagró los derechos sociales, seguida por la Constitución de 1925 y la Constitución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936.

En 1919, se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que aparece como una necesidad sentida la concreción de los derechos económicos y sociales en las normas internacionales.

La Constitución de la República de Weimar de 1919, también juega un rol importante en este sentido, al proclamar derechos sociales como el de la protección a la familia, la educación, sistema de seguros y el derecho al trabajo.

En España el reconocimiento constitucional generalizado de estos derechos no tiene lugar hasta la promulgación de la Constitución española, de 9 de diciembre de 1931, que seguía el modelo germánico de la Constitución de la República de Weimar.

Apartir delasegundaguerramundial, surgen otras Constituciones que incorporan estos derechos como las Constituciones de Francia de 1946 y 1958, la italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y tras el proceso de descolonización iniciado en la posguerra, las constituciones de las antiguas colonias afirman derechos sociales, así se pueden citar, por ejemplo, la Constitución de la India de 1950 y la de Argelia de 1963.

Para el autor Humberto Nogueira Alcalá¹⁶⁸, “El soporte básico del sistema de derechos fundamentales lo constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, junto a los derechos individuales y políticos de cada ciudadano”, en tanto los derechos económicos, sociales y culturales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales y generando el derecho de participar en los be-

168 Nogueira Alcalá, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista: Estudios Constitucionales*, No 1, vol. 1, 2003, pág. 135-177.

neficios de la vida social". De esta forma, los derechos económicos sociales y culturales vienen a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana.

Para el autor Theodor Tomandl, citado por Nogueira Alcalá¹⁶⁹, existen cuatro formas de aproximación a los derechos económicos y sociales como categorías constitucionales.

Una primera aproximación relacionada con su percepción como normas programáticas, orientadoras de la acción del Estado y los operadores jurídicos, que no establecen verdaderos derechos o facultades de las personas, ni obligaciones para los órganos estatales. De esta forma, constituyen normas de carácter esencialmente políticas, con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, las pretensiones materiales de la comunidad.

Una segunda perspectiva es la de entenderlos como normas de organización, las cuales establecen mandatos a los poderes públicos, bajo la forma de atribución de competencias para garantizar mediante normas jurídicas el desarrollo económico y social de la colectividad. Desde esta perspectiva, los derechos económicos, sociales y culturales salen de la parte dogmática de la Constitución y son situados en el ámbito orgánico constitucional, considerados solamente como instrumentos que rigen el funcionamiento de los poderes estatales.

Un tercer enfoque es el de entenderlos como derechos públicos subjetivos considerándolos como verdaderas facultades de las personas y obligaciones prestacionales del Estado. La cuarta aproximación es considerarlos como mecanismos de garantía, como garantías institucionales que establecen deberes de actuación para los poderes públicos en el ámbito económico social, a fin de respetar la esencia de determinadas instituciones o cuerpos intermedios de la sociedad

169 Nogueira Alcalá, Humberto. "El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista: Estudios Constitucionales*, No 1, vol. 1, 2003, Ob. Cit., pág. 150.

como son la familia, los sindicatos, las organizaciones profesionales, etc.

De lo antes expuesto se aprecia, que estos derechos presentan una doble dimensión: objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista objetivo se entienden como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales, en tanto en su sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

Los derechos sociales, económicos y culturales, constituyen derechos relativos de naturaleza prestacional, y por tanto, dependen de los recursos económicos del Estado para su realización; presentándose como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, por lo que considera, que sólo se hacen concretamente exigibles cuando ellos son desarrollados por el legislador, de acuerdo con los recursos que dispone el Estado.

De esta manera, la positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre con los derechos individuales y políticos. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales.

Para el autor Echániz Salgado, citado por Nogueira Alcalá¹⁷⁰, “Los derechos económicos, sociales y culturales deben tener las características de universalidad, equidad y calidad”, universalidad derivada de la propia conceptualización como derecho humano o derecho fundamental, ya que este debe estar asegurado a todas las personas.

¹⁷⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Estudios Constitucionales*, No 1, vol. 1, 2003, Ob. Cit., pág. 153.

La equidad indica que el financiamiento del servicio debe provenir esencialmente de tributos y no del pago de sus usuarios, salvo en el caso de que ellos tengan capacidad económica suficiente, ya que así se eliminan las arbitrariedades en el acceso a las prestaciones. La calidad por su parte, es una condición necesaria de la eficacia del sistema y de la necesidad de igualación de oportunidades de vida que debe asegurar el Estado. Este particular determina que la delimitación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, debe establecer garantías jurisdiccionales adecuadas, ya que respecto a ellos rigen todas las garantías normativas, de control e interpretación que para el resto de los derechos fundamentales.

El autor Humberto Nogueira¹⁷¹, al abordar los derechos económicos, sociales refiere que “Los derechos sociales en sentido estricto, son aquellos destinados a garantizar a la persona en su calidad de trabajador y procurarles remuneraciones básicas dignas, posibilidad de organizarse laboralmente, luchar por mejores condiciones de trabajo y vida, y cubrir sus estados de necesidad”, e incluye dentro de éstos, el derecho a la libertad de trabajo y el derecho al trabajo con una remuneración justa, que permita satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su núcleo familiar; seguridad e higiene laboral, vacaciones y el derecho a la seguridad social.

En un sentido amplio alude como derechos sociales, el derecho a la protección de la familia y el derecho de los niños; el derecho a la tutela efectiva y al debido proceso, a la posibilidad de obtener personalidad jurídica, el derecho a la salud, a la vivienda y a una calidad de vida digna, entre otros.

Como derechos económicos relaciona aquellos que tienen una repercusión en el tráfico directo e inmediato en el funcionamiento de la actividad económica, dentro de ellos ubica el derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la igualdad en el ám-

171 Nogueira Alcalá, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Estudios Constitucionales*, No 1, vol. 1, 2003, pág. 158 y ss.

bito tributario y los criterios con los cuales el legislador determina el tributo.

Como parte de los derechos culturales refiere el derecho a la educación, a la creación y difusión de la cultura y la protección y fomento por el estado, el derecho al uso del tiempo libre, libertad de cátedra etc.

Respecto al contenido esencial de estos derechos plantea: “Constituye la sustancia o propiedades del derecho y su garantía, con independencia del sentido que se le atribuya debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”¹⁷².

En estos términos, el contenido esencial de los derechos económicos sociales y culturales establece una frontera, un límite que el legislador no puede pasar, constituyendo el límite del contenido esencial de los derechos establecido constitucionalmente, un impedimento al legislador de afectar este núcleo duro.

Los derechos económicos, sociales y culturales son, en fin, derechos que obtienen su base en exigencias de los individuos o grupos frente al estado a fin de que éste proporcione los medios que hagan posible una vida humana digna o un nivel de vida adecuado como alude la Declaración Universal, además de suministrar protección a las personas marginales que no pueden sostenerse por sí solas, asegurándoles un mínimo de condiciones para hacer posible la vida mediante una seguridad social adecuada.

Constituyen derechos que responden y son concreción de los valores libertad¹⁷³, igualdad y fraternidad y que consideran al hom-

172 Nogueira Alcalá, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Estudios Constitucionales*, No 1, vol. 1, 2003, pág. 158.

173 Libertad entendida como poder, como posibilidad de acceso a los medios, como satisfacción de necesidades. Si los derechos civiles y políticos habían surgido para reivindicar la libertad como “libertad ante el poder”, los derechos económicos, sociales y culturales surgen, por el contrario, para reivindicar la libertad como “hallarse libre de necesidad”.

bre en su situación real y concreta, no sólo como entidad jurídica que se denomina ciudadano (como en los derechos de primera generación), sino como ser humano, necesitado de protección.

3. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución ecuatoriana de 2008

En la Constitución ecuatoriana de 2008, los derechos se encuentran regulados en el Título II¹⁷⁴ y en esta nueva constitución, a diferencia de la anterior de 1998¹⁷⁵, se rompe con la tradicional clasificación de los derechos y lejos prever su ordenación como lo hacía la Constitución de 1998, o como son clasificados en doctrina o en los textos constitucionales de otros Estados, solamente los subdivide en: derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, los de las personas o grupos de atención prioritaria, los derechos de las comunidades o nacionalidades, los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza, y los derechos de protección.

De esta manera, en la Constitución de 2008, los derechos del “Buen Vivir” sustituyen a los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos civiles son ahora los “derechos de libertad”, los derechos colectivos pasan a ser los “derechos de los pueblos”, los derechos políticos se sustituyen por los “derechos de participación”, los derechos del debido proceso por los “derechos de protección”; y los derechos de los grupos vulnerables por los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria. Pudiéndose apreciar que en el texto constitucional, no solamente existe una ordenación de los derechos que no responde a las clasificaciones clásicas tradicionales (derechos de primera, segunda y tercera generación), sino que todos los derechos tienen igual jerarquía y las garantías constitucionales previstas en el Título III, lo cual permite garantizar la aplicación por igual de todos los derechos,

174 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Título II: Derechos.

175 En la Constitución ecuatoriana de 1998, los derechos se clasificaban de acuerdo a las generaciones de los derechos humanos, así se estableció en su Título III: de los Derechos, Garantías y Deberes, Capítulo 2: De los derechos civiles (art 23-25), Capítulo 3: De los derechos políticos (art 26-29), Capítulo 4: De los derechos económicos, sociales y culturales (art 30-92).

tanto a las personas, como también a las comunidades, pueblos, nacionalidades y grupos sociales¹⁷⁶.

Dentro de los derechos del buen vivir se encuentran: el derecho al agua y a la alimentación (arts. 12 y 13), a vivir en un ambiente sano (arts. 14 y 15), a la comunicación e información (arts. 16, 17, 18, 19 y 20), a la cultura y a la ciencia (arts. 21, 22, 23 y 24), a la educación (arts. 26, 27, 28 y 29), al hábitat y vivienda (arts. 30 y 31), a la salud (art. 32), y al trabajo y **seguridad social** (arts. 33 y 34).

Respecto al derecho a la seguridad social, la Constitución establece en su artículo 34 que:

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo¹⁷⁷.

4. Apuntes teóricos en torno al derecho a la seguridad social

En el orden internacional el derecho de las personas a la seguridad social se encuentra recogido en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos del hombre, adoptada y proclamada por la Asamblea de Naciones Unidas en su Resolución 217 A III, de 10 de diciembre de 1948, el que expresa:

176 Nápoles Nápoles, Yanet. Capítulo de libro “Una mirada a los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Constitución ecuatoriana de 2008”, en “Los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008”, Editorial CEP, Quito, Ecuador, 2020, ISBN: 978-9942-10-589-9.

177 Artículo 34 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad¹⁷⁸.

A saber de las autoras¹⁷⁹ María Rafaela Acea Ferry, Teresita Guerra López y Susana Pérez García “La seguridad social es un proceso de evolución histórica compleja condicionada por las diferentes formaciones socioeconómicas por las que ha transitado la humanidad, ante determinados acontecimientos políticos, económicos y sociales que le han retrasado o impulsado, responde a la identidad cultural de cada sociedad”.

La importancia del estudio del derecho de seguridad social deviene de la necesidad de proveer al trabajador de satisfacción económica en momentos en que ya no pueda recibir su salario o sueldo, por razones de enfermedad, discapacidad, jubilación o fallecimiento, logrando así un equilibrio entre las necesidades personales y familiares y sus ingresos, sin embargo un elevado por ciento de la población de todos los países en vías de desarrollo está excluido de los sistemas nacionales de protección social, por lo que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha propuesto que los sindicatos promuevan en el ámbito nacional debates sobre el futuro de la seguridad social.

La protección constitucional de los derechos sociales encuentra su origen en Alemania, país donde se enmarca el nacimiento de la seguridad social como resultado del proceso de industrialización, las luchas de los trabajadores, la presión de las iglesias y de algunos grupos políticos y sectores académicos, que conllevaron a la promulgación de tres leyes sociales y que constituyen hasta hoy, las ba-

178 Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

179 Acea Ferry, María Rafaela, Guerra López, Teresita y Pérez García, Susana. “La Seguridad Social y la protección de la paternidad en Cuba”, Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág.371.

ses del Sistema de Seguridad Social Universal: el seguro contra enfermedad (1883), el seguro contra accidentes de trabajo(1884) y el seguro contra la invalidez y la vejez (1889).

En relación a ello, nos refieren María Rafaela Acea Ferry, Teresita Guerra López y Susana Pérez García “El origen y desarrollo de los seguros sociales, en el último tercio del siglo XIX, estuvo condicionado por factores económicos, políticos y sociales. Constituye el precedente inmediato de los actuales sistemas de Seguridad Social”¹⁸⁰.

Por la eficacia que tuvo este modelo en su tiempo, muy pronto se extendió por toda Europa y posteriormente a otras partes del mundo.

Un segundo componente de la seguridad social es introducido por Inglaterra en 1942, con una concepción más vasta y desarrollada de seguridad social, al considerar que en ella se tienen que contemplar situaciones de necesidad producidas por cualquier eventualidad, sea cual fuera su origen, creándose una cobertura integral de protección que supera la concepción de riesgo aislado y seguro frente a un desamparo específico.

En el caso español, el desarrollo de los seguros sociales se vería afectado por un desfase temporal correlativo al desfase del proceso de industrialización. Al respecto señala la autora cubana Xenia Legrá Forment¹⁸¹:

Hasta el año 1919 el Real Decreto-Ley de 11 de marzo, aprobatorio del Retiro Obrero Obligatorio, no se implantaría en España el primer seguro social con carácter de obligatorio; el segundo, el Seguro de Maternidad, se establece 10 años después, en 1929, y,

180 Acea Ferry, María Rafaela, Guerra López, Teresita y Pérez García, Susana. “La Seguridad Social y la protección de la paternidad en Cuba”, Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág.372.

181 Legrá Forment, Xenia. “La seguridad social de creadores de obras audiovisuales. Análisis crítico”, Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág.482.

finalmente, en 1936, la Ley de 13 de julio, aprueba las Bases para la regulación general de las enfermedades profesionales.

Por su parte la Revolución mexicana jugó un papel importante en el desarrollo del sistema de seguridad social, al consagrarlo como derecho en la Constitución de 1917 en su artículo 123, el cual se convirtió en la carta de derechos de los trabajadores.

Al culminar la primera guerra mundial, con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se dicta la Declaración XIII del Tratado de Versalles, que significó la consolidación de políticas sociales, para proteger a los trabajadores ante todo tipo de riesgo.

La seguridad social, ha sido definida por la Organización Internacional del Trabajo como “Aquel conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallen expuestos”¹⁸².

El derecho de seguridad social puede ubicarse dentro del grupo de derechos de la segunda generación, que consistente en el conjunto de pretensiones por las que las personas individuales y los grupos sociales exigen del Estado y de los grupos sociales dominantes, una serie de prestaciones necesarias para poder llevar a cabo una vida acorde con su dignidad personal.

El *sujeto* de este derecho, lo compone cada hombre o mujer a título personal, aunque también suelen constituirse colectivos de quienes reclaman estos derechos; y a nivel internacional hay pueblos enteros sumidos en la indigencia que reclaman la seguridad social a sus Estados o a la cooperación internacional.

El *objeto* del derecho de seguridad social, por su parte, puede ser muy amplio, pues por un lado se alude a la “seguridad social”,

182 Ob. Cit. Legrá Forment, Xenia. “La seguridad social de creadores de obras audiovisuales. Análisis crítico”, Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág. 482.

que es el derecho que asiste a toda persona trabajadora o en paro, a recibir la asistencia del estado para preservar su salud y una vida digna. Por otro lado, alude “a los derechos económicos, sociales y culturales” que sintéticamente podríamos resumir en: trabajo, educación, sanidad, vivienda y bienes de la propia cultura.

El *contenido* por su parte, comprende el derecho de los trabajadores, y en general de todos los ciudadanos de estar asegurados en los siguientes casos:

- En situación de enfermedad.
- En caso de maternidad.
- En caso de vejez.
- En caso de producirse una situación de invalidez.
- En caso de accidentes de trabajo.

De acuerdo a los autores Arguelles Varcárcel y Peñate Rivero¹⁸³, los sistemas de seguridad social deben regirse por principios universales de la seguridad social. Ellos son: universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, autofinanciamiento, eficiencia, subsidiariedad, igualdad, unidad de gestión e intermediación.

- Universalidad: que garantiza el amparo a todas las personas sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida.
- Solidaridad: que garantiza la protección a los menos favorecidos en base a la participación de todos los contribuyentes al sistema.

183 Ob. Cit. Viamontes Guilbeaux, Eulalia de la Caridad. “El viudo a la luz de la Ley de Seguridad Social: Cuestión de género”, Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág. 266.

- Integralidad: ya que ofrece cobertura –material y horizontalmente– a todas las necesidades de previsión amparadas dentro del sistema.
- Unidad: al articular las políticas, instituciones, procedimientos y prestaciones, a fin de alcanzar su objetivo.
- Participación: por fortalecer el papel protagónico de todos los actores sociales, públicos y privados, involucrados en el Sistema de Seguridad Social integral.
- Autofinanciamiento: es el financiamiento del sistema en equilibrio financiero y actuarialmente sostenible.
- Eficiencia: es la mejor utilización de los recursos disponibles para que los beneficios que la ley asegura sean prestados de forma oportuna, adecuada y suficiente.
- Subsidiariedad: es la obligación indelegable del Estado de solucionar una contingencia que afecta a una persona y que ésta no pudo resolver. El Estado no debe abandonar sus responsabilidades y debe crear los mecanismos adecuados para cubrir las contingencias que deba sufrir cualquiera de los individuos que conforman la comunidad.
- Igualdad: significa que, a igual contingencia, igual prestación. Es dar cobertura a todos los individuos con la única condición de que estén en igualdad de circunstancias. Se vincula con el principio de dignidad, libertad e igualdad de todos los seres humanos.
- Unidad de gestión: es la existencia de un ente gestor, en el caso cubano es el INSS. Debe tener una legislación única y organizada, ejecutada por medio de una estructura financiera y administrativa única.

- **Inmediación:** es la respuesta rápida de una cobertura ante una contingencia. El beneficio se debe otorgar cuando existe la necesidad, debiendo prevalecer incluso, sobre la acreditación del derecho a acceder a él.

Principios que deben ser protegidos y promovidos en todo sistema de seguridad social, con el objetivo de dignificar la vida humana.

5. Protección legal del derecho a la seguridad social en el Ecuador

El derecho a la seguridad social se encuentra regulado en la Constitución de 2008, en su artículo 34, en el cual se establece que: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado”. A su vez, en el Título VII: Régimen del Buen Vivir, Capítulo primero, Sección tercera, artículos del 367 al 374 se regula todo lo relativo a la seguridad social, fijando en sus artículos 367 y 368 que el sistema de seguridad social comprende a entidades públicas, normas, políticas, recursos, prestaciones que desarrollan actividades relacionadas con la seguridad social y estará conformado por el seguro universal obligatorio y por sus regímenes especiales¹⁸⁴.

El seguro universal obligatorio tiene a su vez un régimen general y un régimen especial de seguro social campesino.

En el artículo 369 se establece las contingencias que cubrirá el seguro universal obligatorio y dentro de ellas determina: contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.

Uno de los aspectos relevantes del seguro universal obligatorio es la universalización, fijado en el artículo 369, en el que se determi-

¹⁸⁴ Dentro de los regímenes especiales se encuentran: el de seguridad social de las Fuerzas Armadas y el de la Policía Nacional. El Seguro Universal Obligatorio tiene a su vez un Régimen General y un Régimen Especial de Seguro Social Campesino.

na que el mismo se extenderá a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral.

El derecho a la seguridad social, como derecho constitucionalmente reconocido, su protección es asegurada a través de las distintas garantías constitucionales establecidas en el Título III de la Constitución del Ecuador de 2008¹⁸⁵ y se encuentra ampliamente desarrollado en la Ley de Seguridad Social de 2001.

La Ley de Seguridad Social que fue publicada en el Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001, consagra el régimen de seguros sociales a través de la creación del Seguro General Obligatorio (artículo 1) y, dentro de él cómo regímenes especiales, el Seguro Voluntario (artículo 152) y el Seguro Social Campesino (artículo 128). Los dos primeros son de carácter contributivo, es decir, son sistemas cuyo financiamiento depende de los aportes que entreguen trabajadores, empleadores y ciertas contribuciones del Estado. El primero está sobre todo encaminado a la cobertura de quienes desarrollan alguna actividad económica ya sea como trabajadores dependientes o autónomos; y el segundo, en cambio, estuvo diseñado para todos aquellos que no se incluyan en el primero. En cuanto al seguro social campesino es un régimen semicontributivo que se sustenta con una pequeña contribución del jefe o jefa de familia y se complementa con el aporte de los trabajadores afiliados y otros ingresos¹⁸⁶.

En la Ley de Seguridad Social publicada en fecha 30/11/2001 y reformada por última vez el 1/9/2020, se establece como prestaciones a cargo del Sistema de Seguridad Social:

- a) La pensión por vejez e invalidez;
- b) El subsidio transitorio por incapacidad parcial;

185 En el Título III de la Constitución ecuatoriana de 2008, se establecen como garantías constitucionales las siguientes: garantías normativas (art. 84), políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 85) y garantías jurisdiccionales (art. 86 y siguientes).

186 Porra Velasco, Angélica. "La seguridad Social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas". Revista de Derecho No. 24, UASB- Ecuador/CEN, Quito, 2015.

- c) Las pensiones de montepío por viudez y orfandad;
- d) El subsidio para auxilio de funerales; y,
- e) La pensión asistencial por vejez o invalidez, financiada obligatoriamente por el Estado
- f) Atención de salud

Una de las prestaciones más importantes es la jubilación, que implica interrumpir una actividad profesional remunerada, desarrollada durante una gran parte de la vida y el correspondiente pago de una renta mensual vitalicia. El afiliado o afiliada que reúna los requisitos exigidos por la Ley de Seguridad Social tiene derecho a pensiones mensuales vitalicias, que se pagan a partir del primer día del mes siguiente al que el asegurado(a) cesó en el o los empleos.

Como principios fundamentales la ley de Seguridad Social establece:

1. **Universalidad:** es la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos.
2. **Solidaridad:** es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio.
3. **Obligatoriedad:** es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.

4. Suficiencia: es la entrega oportuna de los servicios, las rentas y los demás beneficios del Seguro General Obligatorio, según el grado de deterioro de la capacidad para trabajar y la pérdida de ingreso del asegurado.
5. Eficiencia: es la mejor utilización económica de las contribuciones y demás recursos del Seguro General Obligatorio, para garantizar la entrega oportuna de prestaciones suficientes a sus beneficiarios.
6. Subsidiariedad: es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados.
7. Equidad: es la entrega de las prestaciones del Seguro General Obligatorio en proporción directa al esfuerzo de los contribuyentes y a la necesidad de amparo de los beneficiarios, en función del bien común.

En el artículo 2 se establecen como sujetos de protección: Son sujetos “obligados a solicitar la protección¹⁸⁷” del seguro general obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben in-

187 El artículo 2 de la Ley de Seguridad Social en su versión inicial indicaba que tanto los trabajadores en relación de dependencia como los independientes, así como los profesionales en libre ejercicio, el administrador de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal estaban “obligados a solicitar protección”, pero esta frase fue declarada inconstitucional mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 052-2001-RA, publicada en el Registro Oficial Suplementos 525 de 16 de febrero de 2005. La eliminación de esta frase y la interpretación conjunta con el artículo 10 de la misma ley que se refiere a la posibilidad de que todos quienes no son trabajadores en relación de dependencia “que voluntariamente se afilien al IESS” hacen pensar que efectivamente la obligatoriedad de la afiliación se produce solo en el caso de los trabajadores en relación de dependencia para sus empleadores. Este asunto fue saldado con la Resolución CD. 467 del Consejo Directivo del IESS aprobada el 20 de marzo de 2014, la cual definitivamente señala que los trabajadores sin relación de dependencia, así como profesionales en libre ejercicio, administradores de un negocio o dueños de una empresa unipersonal pueden afiliarse voluntariamente al Seguro General Obligatorio, aceptando todas las obligaciones derivadas de él. Porra Velasco, Angélica. “La seguridad Social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”. Revista de Derecho No. 24, UASB- Ecuador/CEN, Quito, 2015.

gresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular:

- a) El trabajador en relación de dependencia;
- b) El trabajador autónomo;
- c) El profesional en libre ejercicio;
- d) El administrador o patrono de un negocio;
- e) El dueño de una empresa unipersonal;
- f) El menor trabajador independiente;
- g) Las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado; y,
- h) Las demás personas obligadas a la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes o decretos especiales.
- i) Son sujetos obligados a solicitar la protección del régimen especial del Seguro Social Campesino, los trabajadores que se dedican a la pesca artesanal y el habitante rural que labora "habitualmente" en el campo, por cuenta propia o de la comunidad a la que pertenece, que no recibe remuneraciones de un empleador público o privado y tampoco contrata a personas extrañas a la comunidad o a terceros para que realicen actividades económicas bajo su dependencia.

Como riesgos cubiertos por la Ley de Seguridad Social se encuentran:

Art. 3: El Seguro General Obligatorio protegerá a las personas afiliadas, en las condiciones establecidas en la presente Ley y demás normativa aplicable, de acuerdo a las características de la actividad realizada, en casos de:

- a) Enfermedad;
- b) Maternidad;
- c) Riesgos del trabajo;
- d) Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y,
- e) Cesantía.
- f) Seguro de Desempleo.

En los artículos 185 al 188 de Ley de Seguridad Social, se regula quién tendrá derecho a recibir pensión mensual vitalicia de jubilación por vejez, especificándose que será el afiliado/a, que cumple con los requisitos de cese, edad y tiempo de aportes al IESS, de acuerdo a la siguiente tabla:

EDAD	IMPOSICIONES	AÑOS DE APORTACIÓN
Sin límite de edad	480 o más	40 o más
60 años o más	360 o más	30 o más
65 años o más	180 o más	15 o más
70 años o más	120 o más	10 o más

Se concede la jubilación por vejez desde el mes siguiente al que el afiliado/a con relación de dependencia, cesa en el o los empleos, o concluye la prestación de servicios del afiliado sin relación de dependencia.

Al realizar el análisis de la Ley de Seguridad Social, se puede constatar que la misma presenta aspectos positivos a destacar como son:

- La base de cálculo de la pensión del régimen de transición, será igual al promedio de los cinco (5) años de mejores

sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Obteniéndose el promedio de cada año de aportaciones, para lo cual se suman los doce (12) meses de imposiciones consecutivas y ese resultado se divide para doce (12). Obtenidos los promedios, se seleccionarán los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales aportó. Lo cual se considera beneficioso para el afiliado, por cuanto se seleccionan dentro todos los años como afiliado, los cinco años de mejores sueldos.

- Para el cómputo de la base de cálculo de la pensión se obtendrá la raíz sesentava del producto de las sesenta (60) aportaciones de los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios previamente identificados.
- Se establece la décima tercera y cuarta pensión, pues adicional a las doce rentas, el pensionista recibe la décima tercera pensión, en el mes de diciembre de cada año, que es el resultado de la suma de las pensiones mensuales recibidas durante el año, dividida para 12 (año completo) o para los meses que recibe pensión (proporcional). También recibe la décima cuarta pensión, en el mes de septiembre de cada año, para los pensionistas de las regiones Sierra y Amazonía; y en el mes de abril, para los de la costa y región Insular. El monto es igual a un salario mínimo unificado, vigente en el año de pago.
- El único requisito para acceder a los servicios médicos u otros procesos es presentar la cédula de ciudadanía, ya NO es necesario el carné de pensionista. El IESS, ya no emite este documento.
- Se establece a los afiliados que obtengan la jubilación por vejez, la prohibición durante el año inmediatamente posterior al cese, de reingresar a trabajar con el empleador que certificó su cesantía para acogerse a la jubilación, pero los

pensionistas de la Jubilación por Vejez pueden reingresar a laborar en otra empresa diferente a la que cesó.

- Existe la mejora a la pensión de vejez, al establecerse que el jubilado vejez que reingresa a laborar bajo relación de dependencia tiene derecho a una mejora en su pensión una vez que cese en su nuevo empleo y haya aportado como mínimo durante 12 meses.

Sin embargo, se aprecia que, si bien es cierto que existen aspectos positivos en cuanto a la regulación y protección del derecho a la seguridad social en Ecuador, como los anteriormente señalados, también se observa que aún existen serias dificultades en cuanto a garantizar dentro de la seguridad social un servicio de salud eficiente y de calidad, que posibilite a los afiliados y pensionistas, el disfrutar en condiciones óptimas de este derecho. La posibilidad de cobertura para aquellas personas que no tienen relación laboral estable o no la tienen es muy limitada, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos no se pueden acoger a la afiliación voluntaria al instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), por carecer de recursos económicos que se los permita. Existiendo además problemas relacionados con el financiamiento de las pensiones a largo plazo, lo que hace que cada vez se encuentre en mayor peligro la viabilidad financiera del sistema.

Al respecto la autora Angélica Porra Velasco ha planteado:

El problema fundamental es la falta de cobertura para las poblaciones de bajos ingresos, trabajadores informales y trabajadores formales pobres, que no pueden cubrir las aportaciones o mantener su afiliación al seguro social. Ahora bien, en los últimos años la cobertura del seguro social ha aumentado considerablemente sin embargo de que tales extensiones no han contado con los debidos estudios actuariales como se verá a continuación, lo que pone en serio peligro la viabilidad financiera del sistema. En 2007 el número de afiliados ascendía a 1'518.164 personas y en junio de 2015 se registraron 3'111.481 afiliados al Seguro General y 396.097 afiliados al Seguro Social Campesino, es decir, un total de

3'507.578.51 Por otro lado debemos considerar a los pensionistas a esa misma fecha llegaron a 448.043; en este rubro se encuentran los jubilados por vejez, invalidez o beneficiarios de montepío y orfandad¹⁸⁸.

De lo antes expuesto, se puede colegir, que el sistema de seguridad social en Ecuador debe ser replanteado, haciéndose necesario perfeccionarlo mediante la utilización de un sistema de protección que no incluya únicamente a las personas con capacidad contributiva, sino que incluya también aquel conjunto de personas que no cuentan con un trabajo estable o que no lo tienen, pues la Constitución establece en su artículo 369 que: "El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral". Sin embargo, no existe un mecanismo que facilite la aplicación de esta norma y vaya incorporando al sistema a sectores que no se encuentran amparados por el seguro general obligatorio, como son por ejemplo los trabajadores informales.

7. Conclusiones

Con el estudio realizado en el presente trabajo, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- En la Constitución ecuatoriana de 2008, se rompe con la tradicional clasificación de los derechos y lejos prever su ordenación como lo hacía la Constitución de 1998, o como son clasificados en doctrina o en los textos constitucionales de otros Estados, en la Constitución de 2008, los derechos del "Buen Vivir" sustituyen a los derechos económicos, sociales y culturales.
- En la Constitución ecuatoriana de 2008, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. Destinándose varios artículos a la regulación

188 Porra Velasco, Angélica. "La seguridad Social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas". Revista de Derecho No. 24, UASB- Ecuador/CEN, Quito, 2015.

de aspectos claves de la seguridad social en el Título VII: Régimen del Buen Vivir, Capítulo primero, Sección tercera, artículos del 367 al 374.

- Uno de los aspectos relevantes del seguro universal obligatorio es la universalización, fijado en el artículo 369, en el que se determina que el mismo se extenderá a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral. Sin embargo, no existe un mecanismo que facilite la aplicación de esta norma y vaya incorporando al sistema a sectores que no se encuentran amparados por el seguro general obligatorio, como son por ejemplo los trabajadores informales.
- El sistema de seguridad social en Ecuador debe ser replanteado, haciéndose necesario perfeccionarlo mediante la utilización de un sistema de protección que no incluya únicamente a las personas con capacidad contributiva, sino que incluya también aquel conjunto de personas que no cuentan con un trabajo estable o que no lo tienen.

BIBLIOGRAFÍA

- Acea Ferry, María Rafaela, Guerra López, Teresita y Pérez García, Susana. "La Seguridad Social y la protección de la paternidad en Cuba", Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág.371.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Quito.
- Constitución de la República del Ecuador (1998). Quito.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Legrá Forment, Xenia. "La seguridad social de creadores de obras audiovisuales. Análisis crítico", Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág.482.
- Ley de Seguridad Social del Ecuador, (2001). Quito.
- Nápoles Nápoles, Yanet. Capítulo de libro "Una mirada a los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Constitución ecuatoriana de 2008", en "Los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008", Editorial CEP, Quito, Ecuador, 2020, ISBN: 978-9942-10-589-9.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", Revista Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, 2003, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, ISSN: 0718-0195.
- Porra Velasco, Angélica. "La seguridad Social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas". Revista de Derecho No. 24, UASB- Ecuador/ CEN, Quito, 2015.
- Viamontes Guilbeaux, Eulalia de la Caridad. "El viudo a la luz de la Ley de Seguridad Social: Cuestión de género", Derecho del Trabajo rumbo a la integración Latinoamericana, UNIJURIS, La Habana, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, ISBN: 975-959-7219-04-0, pág. 266.
- Título I "De los derechos y deberes fundamentales", Capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica" art. 39-52. Constitución española, Disponible en <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm?gclid=Cj0KEQjw4pO7BRD19ePaZKzr1LYBEiQAHLJdRxX4HvczELmO7pTYDBFitluyC8yjC9a32Z5z1SLi764aAnuh8P8HAQ>

Capítulo XII

EL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Pedro Crespo Cabrera¹⁸⁹

1. Introducción y justificación

La teoría del error para el derecho penal ha sido de vital relevancia, puesto que, antes de su reconocimiento operaba el principio *ignorantia iuris non excusat* que se traduce en que la ignorancia en el derecho no sirve de excusa, circunstancia que generaba el desconocimiento de características inherentes al ser humano, relativo al actuar erróneo, generando responsabilidades penales injustas.

En el caso del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, que fue aprobado por la Asamblea Nacional el 10 de febrero 2014 y entró en vigencia el 10 de Agosto del mismo año, trajo aspectos positivos como son: la unificación de varias leyes en un solo cuerpo normativo, la actualización dogmática del derecho penal, en su parte general, que define al delito como acto, típico, antijurídico y culpable, ubicando al dolo en la tipicidad subjetiva lo que establece un parámetro para concebir al finalismo como el esquema dogmático imperante y el reconocimiento de varias garantías constitucionales.

¹⁸⁹ Abogado de los tribunales del Ecuador, Máster en justicia y tutela de los Derechos con énfasis en derecho penal y criminología por la universidad externado de Colombia. Diplomado de argumentación jurídica por la Universidad de Génova. Profesor de pregrado en la Universidad Tecnológica Indoamerica y posgrado en distintas universidades del país, en varias materias relacionadas al derecho penal y procesal penal. Ex Defensor público penal con experiencia en defensa y acusación en más de 2000 causas penales, actualmente abogado en el libre ejercicio de la profesión.

A pesar de los avances citados en el Código Orgánico Integral Penal, a través del veto presidencial, se decide retirar las figuras del error de tipo y error de prohibición del articulado correspondiente a la parte general del Código Orgánico Integral Penal, con el argumento de que la simple alegación del error podría ocasionar la aplicación del mismo por jueces inescrupulosos causando que una gran cantidad de conductas penalmente relevantes no sean susceptibles de su respectiva sanción, ocasionando corrupción e impunidad.

Dicha exclusión, en la práctica judicial, ha ocasionado que conductas que no cumplen con su elemento subjetivo, es decir el sujeto activo de las mismas carece del elemento volitivo o cognitivo por incurrir en error, sean sancionadas. O cuando a pesar de conocer sus actos incurrir en el error de pensar estar legitimados en su actuación o no prohibidos por la ley son igualmente sancionados por no existir tipificada la figura del error.

Sin embargo a través de las reformas del presente año (2020) se han incluido ya las figuras del error de tipo y error de prohibición, por lo que al ser dos figuras novedosas, nada se ha escrito al respecto para facilitar su entendimiento pero sobre todo aplicación, lo que ocasiona que en los fallos judiciales se las siga considerando como inexistentes.

Por lo expuesto, en el presente trabajo me permito tratar sobre las figuras del error de tipo y prohibición definiendo los distintos elementos que se podrían aplicar en el Ecuador a través del Código Orgánico Integral Penal inclusive con ejemplos prácticos que facilitarán el entendimiento del lector. Es por esto que este pequeño ensayo va dedicado sobre todo a mis alumnos de las materias que dicto de derecho penal en la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Para empezar este trabajo es necesario mencionar que las instituciones del error de tipo y error de prohibición son una consecuencia necesaria del esquema finalista del delito, creado por Hans Welzel, que se aplica actualmente, con ciertos matices, en el Ecuador a través del Código Orgánico Integral, por lo que, aunque no esta-

rían expresamente reconocidos en un cuerpo normativo se las debería aceptar y aplicar.

Profundizando en lo mencionado en el párrafo anterior, además debemos decir que en el Código Orgánico Integral Penal no cuenta expresamente con la cláusula que de que el “desconocimiento de la ley no exime de culpa” por lo que se le considera una presunción jurídica de carácter relativo, es decir admite prueba en contrario, por lo tanto la parte que alega que su conducta estaba inmersa en un error de tipo o de prohibición deberá demostrar sus aseveraciones inclusive en detrimento de la presunción de la inocencia que gozamos todos los ciudadanos que seamos juzgados en el Ecuador.

Por lo expuesto aunque no estuvieran consagradas expresamente las instituciones de error de tipo y error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal, estas deben aplicarse en todo sistema penal en el que tenga por fundamento el principio de culpabilidad, esto es que no se sancione a las personas por su forma de ser, sus creencias, religión o inclusive su pasado judicial, esto es un sistema penal de acto y no de actor.

2. El conocimiento

Para poder delimitar y dirimir que es un error debemos partir de lo que filosóficamente se considera como conocimiento, para ello debemos analizar sus elementos partiendo de la premisa de que el conocimiento es una actividad meramente humana por la capacidad de razonamiento inherente a esta especie.

El conocimiento surge, casi en la totalidad de las situaciones y circunstancias, por una interacción que se da entre un sujeto y un objeto específicos o determinados. Según Hessen (1994) la función del sujeto consiste en aprehender al objeto, la del objeto en ser aprehensible y aprehendido por el sujeto. Es decir, en el sujeto cambia algo en función al objeto por obra del conocimiento, en el sujeto surge un producto por obra que contiene las propiedades del objeto,

surge una “imagen del objeto”, por lo tanto, el conocimiento puede definirse como una determinación del sujeto por el objeto. Pero lo determinado no es el sujeto pura y simplemente, sino tan sólo la imagen del sujeto en él, y en el espacio de conocimiento referente al objeto aprehensible.

Tenemos entonces que los elementos que componen al conocimiento son: objeto, sujeto e imagen. Lo que corresponde ahora es analizar cada uno de estos:

Los objetos son reales e ideales. Los primeros son aquéllos que son captados a través de la experiencia externa o interna o que se pueden inferir directamente de esta. Los segundos son aquéllos que surgen únicamente del pensamiento como todo lo referente a los números, es decir la matemática y la aritmética.

En relación con la imagen, Medellín (2013), le define como el instrumento mediante el cual la conciencia cognoscente del sujeto aprehende al objeto y manifiesta además que es la interpretación que le damos al conocimiento consecuente de la realidad.

Por su parte, complementando lo mencionado sobre la imagen, Hessen (1994) manifiesta que la imagen del objeto en el sujeto es un ente lógico, y como tal, objeto de la lógica.

Otras personas como Martínez (2015), consideran que hay un elemento adicional que es la operación cognoscitiva que se trata de un proceso de carácter psicofisiológico necesario para que el sujeto se ponga en contacto con el objeto y pueda obtener algún pensamiento en relación con dicho objeto.

3. La ignorancia

El diccionario de la real academia española define a la ignorancia como la falta de conocimiento. Dicha definición es bastante general, por lo que me permito precisar que la falta de conocimiento se concretaría en el hecho de que el sujeto, en quien se formaría poten-

cialmente la imagen relativa al objeto y de esta manera el sujeto se auto determinaría, jamás llegaría a tener una percepción a través de los sentidos, es decir de la experiencia, tratándose de objetos reales, imposibilitando el hecho de poder deducir o inferir el conocimiento a través de esta (experiencia), y tratándose de los objetos ideales que surgen del pensamiento y no pueden ser percibidos a través de los sentidos, el sujeto en particular jamás llegaría a adquirir la capacidad de comprender y discernir el alcance y significación de los mismos, únicamente, por no saber de su existencia.

Lo manifestado constituiría una imposibilidad de realizar la operación cognoscitiva correspondiente sobre el objeto, que eventualmente podría determinar al sujeto. Dicha imposibilidad se podría dar por diferentes aspectos como son:

1. Que el sujeto jamás tomó contacto a través de ninguno de sus sentidos con el objeto a determinar.
2. Que a pesar de que el sujeto tome contacto con el objeto, este último no sea aprehendido por el sujeto, quien no cuenta con las premisas lógicas previas (entendimiento) para entender el rol, la función o simplemente la razón de ser de dicho objeto.
3. Que en el sujeto se presenten ciertas condiciones particulares que no le permitan entender, y de esta forma ser determinado por el objeto.

4. El error

Definido ya que la ignorancia consistiría en la imposibilidad de realizar una operación cognoscitiva por parte del sujeto sobre el objeto, dicha imposibilidad causaría que el sujeto no se pueda determinar conforme a ese objeto. En el error en cambio sucede que el sujeto si realiza una operación cognoscitiva sobre el objeto, sin embargo,

esta operación no alcanza los cánones de veracidad. Lo cual veremos minuciosamente en las siguientes líneas.

Para empezar a desarrollar la idea esgrimida en el párrafo anterior es importante señalar que el error es consustancial al hombre, nace con él, inclusive muchos seres humanos pregonan que la única forma de adquirir conocimiento, de aprender, es a través del error, esto es equivocándose. Es por ello que inclusive en tiempos de antaño se consideraba al error como parte del ser humano, y así lo podemos observar en versículos de la biblia, por ejemplo, en Santiago (3:2) el cual dice *“porque todos tropezamos de muchas maneras. Si alguno no tropieza en lo que dice, es un hombre perfecto, capaz de refrenar todo el cuerpo”*.

Inclusive existen reseñas literarias que tratan sobre el error, como un ejemplo se puede citar al conocido poeta clásico griego Sófocles, que en su obra Edipo Rey, que se cree fue elaborada 430 años antes de Cristo, relata el mito sobre Edipo rey de Tebas en el cual por desconocimiento o ignorancia mata a Layo, sin saber que este último era su padre y después se convierte en rey, siendo la reina Yocasta su esposa, quien realmente era su madre.

Podemos observar en la historia de la humanidad viejos adagios populares donde se pregona que *“errar es humano, y perdonar divino”*, es por ello que se torna importante citar, de forma breve, lo que algunos filósofos consideran acerca del error:

Edward Dahlberg (1965) cuestionó: *¿Quién tiene en este mundo tantos haberes como para pagar por todos sus errores?”*

Georges Duhamel (1933) determinó: *No hay duda acerca de ello: el error es la regla y la verdad es el accidente del error.*

Goethe (1808) dijo que *el ser humano debe esforzarse, y esforzándose debe errar.*

Rabindranath Tagore (1928) manifestó de que *si cierras tus puertas a los errores dejas afuera la verdad*.

Voltaire (1738) enseñó que se debe amar la verdad, pero perdonar el error. Y posteriormente dijo que *“el progreso de los ríos al océano no es tan rápido como el del hombre a errar.”* (Voltaire, 1764)

Por su parte el profesor Nagib Callaos establece sobre el error:

“Un error es un evento con el que se produce una desviación. Este evento puede ser de orden neuronal, sensorial, perceptual, cognoscitivo o motor (la acción de un músculo) que produce una acción de consecuencias inaceptables porque producen una desviación respecto a una intención, una expectativa o una deseabilidad. Así, la noción de error se refiere al sujeto, a su interioridad (neuronal, sensorial, perceptual o cognoscitiva) y sus efectos externos es la desviación observada.” (Callaos, s., párr. 10).

Podemos deducir de estas definiciones que el error se produce en el ámbito interno del sujeto, en el instante siguiente a la aprehensión del objeto, produciendo una desviación en la intención, asimilada como voluntad, del sujeto, produciendo un conocimiento falaz.

Bajo estas premisas es necesario determinar que es el error, y una vez que contamos ya con una definición en la esfera social, corresponde trasladarlo al ámbito jurídico. Al respecto en una primera aproximación, según palabras de Francisco Muñoz Conde (1988) el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad.

De la definición dada en el párrafo anterior, concatenando con lo que ya habíamos mencionado sobre la ignorancia Ricardo Ángel Basílico (2005), diferencia el error de la ignorancia y establece que el error es la falsa noción sobre algo, distinguiéndolo de la ignorancia que resulta ser el desconocimiento de algo, mientras que Herrera (1971) citado por Basílico (2005, p. 26), menciona que en el error la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso, y en la ignorancia hay ausencia de una idea verdadera, pues se puede muy bien no tener ninguna noción sobre una cosa

sin poseerla falsa, aun cuando sus efectos jurídicos sean absolutamente idénticos.

Por su parte Jiménez de Asúa afirma, refiriéndose a la ignorancia y al error expone:

La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso. (Jiménez de Asúa, 1962, p. 313)

Para concretar las ideas expuestas en los párrafos anteriores debemos decir que para efectos de comprensión del lector sobre lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, error e ignorancia vienen a ser exactamente los mismo para su aplicación en un caso concreto.

5. Error de prohibición

Cuando leemos el artículo 35.1 del Código Orgánico Integral Penal que trata sobre el error de prohibición de manera general, se nos viene a la mente, el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta o el erróneo entender de que el actuar propio se encuentra justificado o permitido por una causa determinada que nos permite actuar de esa manera, pero estas no son formas exclusivas en las cuales se presenta el error de prohibición, es por esta consideración que procedemos a indicar los diferentes errores de prohibición existentes:

6. Error de prohibición directo

Al respecto el profesor Gerardo Barbosa define al error directo:

Error directo. Si se entiende por error una falsa o equivocada percepción de la realidad, el error será directo de prohibición (o recaerá sobre la prohibición en abstracto) cuando la falsa percepción tiene que ver con una de tres hipótesis, a saber: 1. La existencia del tipo penal; 2. La vigencia del tipo penal; 3. El alcance (o sentido) de la prohibición. (Barbosa, 2011, pp. 396-397)

Ejemplificando la primera hipótesis sobre la existencia de un tipo penal podemos manifestar que en un determinado territorio está prohibida la tala de árboles, sancionado inclusive con pena privativa de la libertad, sin embargo, X viaja por vacaciones a este territorio, decide recolectar madera para realizar una fogata, pero no la encuentra por lo que decide talar un árbol creyendo erróneamente que su conducta no está prohibida.

Sobre la segunda hipótesis un ejemplo sería que A, nacido en Ecuador viaja a España en el año 2011 por temas laborales, regresa a visitar a su familia en el 2015, un año después de la promulgación y entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal. En la visita a Ecuador se reúne con B, su tío que es abogado especialista en derecho minero, quien desconoce por completo los tipos penales y contravenciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia en Febrero del 2014, el cual le manifiesta a A que ya no está en vigencia la norma donde se establecía que estaba prohibido conducir un vehículo cuando se tiene más de 0.3 gramos de alcohol por litro de sangre, por lo que le convence de ingerir una cerveza en el almuerzo, A lo hace y después es detenido conduciendo el vehículo de su madre en estado etílico por subsumir su conducta a la contravención establecida en el Art. 385 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

Sobre la tercera hipótesis puedo plantear como ejemplo que A, quien es nacional de Uruguay, viaja hasta Ecuador vía aérea por vacaciones, llevando 15 gramos de marihuana, los cuales los habría adquirido de forma legal en su país por haberse registrado en el sistema de gobierno creyendo erróneamente que no subsume su conducta al tipo penal establecido en el Art. 220 numeral uno literal a

del Código Orgánico Integral Penal, justamente por haber comprado de forma legal en su país y estar inscrito en el sistema de consumidores, creyendo que el alcance del tipo penal o el sentido del mismo no abarcaba esta conducta.

7. Error de prohibición indirecto

Sobre el error de prohibición indirecto el mismo autor establece:

El error de prohibición es indirecto cuando la creencia equivocada de que no se está realizando un comportamiento antijurídico se llega por un falso juicio sobre la concurrencia de una causal excluyente de antijuridicidad, tal situación puede concretarse en cinco grupos de casos:

- La persona percibe equivocadamente los hechos y asume de manera errada que concurren los requisitos fácticos de una causal de justificación.
- La persona incurre en un error de valoración jurídica (no fáctica) sobre los supuestos de una causal de justificación.
- La persona actúa bajo la convicción de que concurren los supuestos fácticos de una causal excluyente de la culpabilidad (obviamente distinta el error).
- La persona incurre en un error de valoración sobre los supuestos jurídicos de una causal excluyente de culpabilidad. (Barbosa, 2011, p. 397)

Sobre el primer guion un ejemplo sería que el ciudadano X, quien padece de paranoia, retira del banco treinta mil dólares en efectivo para realizar un pago, por lo que decide llevar consigo un cuchillo de cocina para su protección. Una vez que sale del banco, sube a su vehículo y se dirige a su casa. La misma está ubicada en un conjunto habitacional con piscina, el cual X debe cruzar caminando después de parquear su automóvil para llegar a su casa. En eso, justamente se encontraban saliendo de la piscina dos jóvenes

de 16 años, estos eran A quien es hijo del dueño de una de las casas del conjunto habitacional y B quien era su mejor amigo. A y B previamente a que llegue X se encontraban jugando con una pistola de agua de color negro, con toda la apariencia de ser verdadera, en la piscina, pero ya se habían cambiado la ropa y se estaban dirigiendo también a la casa correspondiente, cuando B le manifiesta a A que se esconda pues iba a “asustar” a X con la pistola, sin conocer claro está, que X padecía de paranoia y había sacado treinta mil dólares del banco que los llevaba consigo, aparte del cuchillo que tenía en su posesión. Siendo así B procede a pararse al frente de X y lo apunta con la pistola, X al sentirse atacado procede a sacar el cuchillo y apunta a B en la yugular quitándole la vida.

Podemos observar que en el ejemplo del párrafo anterior que concurren los requisitos fácticos, en la mente de X, quien percibe equivocadamente los hechos, creyéndose asistido de una causal de justificación como es la legítima defensa, establecida en el Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal, pues existe (en la errónea percepción de X) una agresión actual e ilegítima cuando B lo amenaza con la pistola, la necesidad racional de la defensa se da cuando en ese corto lapso de tiempo mientras B aparentemente amenaza con la pistola a X, este último decide reaccionar con el cuchillo considerando que es un medio inclusive menos lesivo que la inexistente arma de fuego que cree que B posee, por último tampoco existe provocación de X que fue quien se defendió.

En relación con el segundo guion un ejemplo claro sería que X observa que su hijo Y está con una gripa extremadamente fuerte, pero no tiene dinero en ese momento para comprar las medicinas ya que acabó todo su sueldo mensual pagando el alquiler de su apartamento, por lo que considera que se encuentra en un estado de necesidad e ingresa a sustraerse de la farmacia los medicamentos que necesita.

Refiriéndonos al tercer guion, es decir la persona actúa bajo la convicción de que concurren los supuestos fácticos de una causal excluyente de la culpabilidad, un ejemplo sería: cuando X amenaza

a Y de que tiene secuestrado a su hijo, sin mostrarle prueba alguna al respecto, y que si no asalta un banco y le entrega la cantidad de 30000 dólares mata a su hijo, por lo que Y cree que está ante una causal excluyente de la culpabilidad como es el miedo insuperable y procede a asaltar el banco a pesar de que este miedo no tiene la características de insuperable.

Un real ejemplo de miedo insuperable sería que X con un arma de fuego proceda a disparar a Y en el pie, para posteriormente ponerle el arma en la cabeza y decirle que queme el automóvil de Z, pues sino procedería a dispararle en la cabeza.

Sobre el cuarto guion el ejemplo más entendible es cuando los padres se creen asistidos de un derecho de rectificación o corrección a sus hijos, creyendo erróneamente que cuando sus hijos cometen un error o realizan conductas indebidas ellos pueden atentar contra su integridad física y psicológica con el objetivo de encarrillarlos.

Una vez examinados estos ejemplos es fácil comprender que estas situaciones se pueden presentar en cualquier momento y un ciudadano común fácilmente puede encontrarse inmerso en estas situaciones, siendo así, se demuestra la importancia de contar con estas dos figuras en las diferentes normativas penales de todos los países, pues de lo contrario podrían producirse sentencias arbitrarias.

Las ideas y ejemplos expuestos en los últimos párrafos hay que complementar con la idea de que el error de prohibición puede ser de carácter vencible o invencible lo que conlleva, básicamente, la medida de la posibilidad que tuvo el sujeto activo de conocer la ilicitud de su accionar, o de conocer que su accionar era ilícito, que son dos situaciones distintas, pero que lo veremos con mayor profundidad, en especial veremos su forma de sanción, en las siguientes líneas.

El error de prohibición puede ser invencible o vencible, lo que trae como consecuencia en el primer caso, según Jesheck (2002), que la persona o autor del acto ilícito no pueda ser reprochada ya que no se encuentra en situación de comprender la antijuricidad de su

actuar, no manifiesta una actitud interna reprochable cuando atenta contra el derecho, por lo que esta clase de error excluye la culpabilidad. Esta denominada situación de comprender la antijuridicidad se debe comprender como la capacidad de entender por parte del sujeto activo, lo que llamamos en capítulos anteriores como el sujeto que aprehende al objeto, esta capacidad de comprensión debe partir, como lo manifiesta Maurach (1994), desde la perspectiva del hombre medio de la comunidad.

El error de prohibición vencible es según Gil y Gil (2011) aquél cometido por quien no conoce la antijuridicidad de su conducta pero habría podido conocerla. Complementa Bustos Ramírez (2005) que el sólo hecho de que el sujeto tuviese la duda de que la consciencia exigida fuese diferente a la suya, será suficiente para afirmar que el sujeto tenía la consciencia de la antijuridicidad que le era exigida respecto de su obrar.

8. Error de tipo

Mientras que el error de prohibición se basaba en el desconocimiento de que el accionar propio del sujeto activo constituía un delito, el error de tipo presenta particularidades más enfocadas al tipo objetivo, esto es, referente a los elementos que constituyen la conducta en sí, así lo prevé también el artículo 28.1 del Código Orgánico Integral Penal. Sobre el error de tipo Muñoz Conde especifica:

“El autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se llama error de tipo. El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o penalidad) carece de relevancia en la tipicidad.” (Muñoz Conde, 2012, p. 60)

Continúa el mismo autor manifestando:

“El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera de lo profano, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.” (Muñoz Conde, 2012, p. 60)

De esta definición podemos constatar que el error de tipo trae como consecuencia la exclusión del dolo, consecuencia distinta al error de prohibición que ocasionaba, como quedó detallado en el párrafo anterior, la exclusión de la categoría dogmática de la culpabilidad, esto se suscita ya que el dolo, dentro del esquema finalista del delito, se encuentra en la tipicidad subjetiva, y engloba el conocimiento y la voluntad, por lo tanto al desconocer el sujeto activo uno de los elementos del tipo objetivo, derivaría en la exclusión del dolo. Por lo expuesto se torna necesario describir los elementos integrantes de la tipicidad objetiva sobre los cuales recae el dolo, advirtiendo que pueden existir tipos penales que pueden tener más elementos que los esbozados a continuación:

“Sujeto activo: El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como “el que” o “quien”. En estos casos sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes), al margen de que después pueda o no ser culpable del delito en cuestión, dependiendo de que se dé o no una causal de justificación y de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.” (Muñoz Conde, 2012, p. 46)

Lo citado hace referencia a una definición general de sujeto activo, sin embargo hay ciertas variantes que se pueden presentar relativas al mencionado sujeto, como ejemplo de esto podemos enfocarnos en el sujeto activo calificado que se presenta en los delitos especiales, en los cuales el sujeto que realiza la acción prohibida debe tener una

calidad determinada, como es del caso de delitos contra la administración pública, en el cual en la generalidad de los casos el sujeto que ejecuta la acción debe tener la calidad de funcionario público.

Otra de estas matices o variantes se presenta en los casos en que más de una persona debe intervenir en la comisión del hecho punible, como es el delito de asociación ilícita en el cual, si bien es cierto hay una división o distribución de roles, hay una misma voluntad de cometer un delito o distintos delitos, por lo tanto, hay una convergencia por parte de los distintos autores, es decir existe plurisubjetividad.

Situación particular ocurre en el delito de cohecho establecido en el Art. 280 del Código Orgánico Integral Penal el cual establece:

“Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las Instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o para un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena de uno a tres años.” (COIP, 2014, art. 280)

En el que tanto el funcionario público que recibe el beneficio económico o de otra clase como el que da este beneficio económico o de otra clase son sujetos activos por ser un delito de encuentro.

La acción que realiza el sujeto activo recae a su vez, sobre el sujeto pasivo, es decir las consecuencias directas del accionar del sujeto activo recaen sobre el sujeto pasivo quien no siempre coincide que sea el titular del bien jurídico protegido o la víctima. Como sería el caso de que A le preste a B su teléfono celular, quien es asaltado por C, que lo amenaza con un cuchillo y procede a sustraerle el teléfono celular de A, en este ejemplo A sería el titular del bien jurídico protegido ya que es el propietario del teléfono celular y es el que sufre el detrimento patrimonial, mientras que B sería el sujeto pasivo pues sobre el recayó la acción de C.

El acto de sustraer que hicimos constar en el ejemplo del párrafo anterior sería la conducta o verbo rector, que se presenta en absolutamente todos los tipos penales por lo que Muñoz Conde la define de la siguiente manera:

“En todo tipo penal hay una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante. La conducta viene descrita generalmente por un verbo rector (“matarse”, “causarse a otro una lesión”, etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización de la acción sin más, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de mera inactividad (omisión pura, por ejemplo, omisión del deber de socorro). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de resultado, que a su vez se diferencian entre delitos de lesión y delitos de peligro.” (Muñoz Conde, 2012, p. 47)

Este comportamiento humano, que en palabras de Muñoz Conde constituye el núcleo del tipo, debe recaer sobre un objeto determinado, es decir la acción del sujeto activo debe ser ejecutada sobre un objeto material, que se lo denomina objeto de la acción. En el ejemplo que realizamos tres párrafos atrás el objeto sobre el cual recae la acción de “C”, quien es el sujeto activo de la infracción, es el teléfono celular.

Pero no se debe confundir lo que respecta o corresponde al objeto material con lo que es el bien jurídico protegido, que lo podríamos definir como todos los derechos fundamentales de los seres humanos, de carácter constitucional en su mayoría, que encuentran su protección a través de tipos penales determinados, ejemplo de esto es el delito de hurto que protege el derecho a la propiedad privada, o el delito de homicidio que protege el derecho a la vida. Estos bienes jurídicos protegidos se encuentran en todos y cada uno de los tipos penales, sobre los bienes jurídicos; Muñoz Conde manifiesta:

“La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esa función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo dándole sentido y fundamento.

Todo tipo penal debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. En ese sentido, bien jurídico es el valor que la ley quiere proteger de las conductas que pueden dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses.”

Esta descripción de los elementos objetivos del tipo penal que hemos realizado, se torna importante para el objetivo de esta monografía, pues como hemos dicho, el error de tipo recae siempre sobre uno de estos elementos que componen la tipicidad objetiva, siendo así, debemos indicar las formas en las que el error de tipo se suscita en cada uno de estos elementos, e indicar sus consecuencias jurídicas dependiendo de la clase de error de tipo que se presente. Lo procedemos a realizar a continuación:

9. Error en el objeto

Zaffaroni (2004) manifiesta que el error en el objeto es el supuesto de una acción dolosamente dirigida contra un objeto, que resulta afectando otro distinto, al que no se quería afectar ni se aceptaba la posibilidad de hacerlo.

Sobre esta definición hay que precisar que cuando los elementos son iguales esta clase de error sería irrelevante, pero como establece Muñoz Conde (2012) cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino) el error dará lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quiso realizar (daños en grado de tentativa) y el resultado imprudentemente realizado (la muerte del vecino).

Cuando se trata de error sobre elementos homogéneos, que como dijimos no tiene relevancia, se daría cuando una persona decide sustraer una motocicleta ajena marca BMW, pero la motocicleta realmente es marca Honda.

10. *Aberratio ictus* o error en el golpe

Se da cuando existe una equivocación por parte del autor en la particularidad o identidad de la víctima, como por ejemplo cuando A quiere matar a B, sin embargo, las circunstancias de iluminación del lugar donde se produce el ilícito no le permiten A individualizar a B, quitándole la vida a C, creyendo, claro está, que se trataba de B.

Para distinguir el error en el golpe del error en el objeto es necesario citar a Edgardo Alberto Donna (2006) quien manifiesta que no se debe confundir el error de golpe con el error de objeto. Ya que en este último caso no existe un desvío en la causalidad, sino que, en realidad, el autor individualiza equivocadamente el objeto que quiere alcanzar en la relación causal, en el error en objeto la equivocación, el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dañar no reside en la relación de causalidad, sino en la selección del objeto que se quiere lesionar. En cambio, en el *aberratio ictus* el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dar, sólo que, debido al yerro, se produce un desvío en el curso causal y termina lesionando un objeto distinto.

11. *Dolus generalis*

Para Muñoz Conde (2012) en los casos de *dolus generalis* el autor o sujeto activo cree haber consumado el delito cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior. Un ejemplo sería cuando una mujer decide matar a su cónyuge para lo cual procede a ahorcarlo con un cable, producto de esto el cónyuge se queda inconsciente sin embargo ella cree que está muerto y decide enterrarlo para ocultar el cadáver por lo que el cónyuge muere ahogado posterior a que es totalmente enterrado.

Sobre esto existen varias posturas doctrinales que le dan distintas consecuencias jurídicas al *dolus generalis*, por una parte, están los finalistas, esencialmente Welzel quienes sobre el supuesto planteado sostienen que existe tentativa de homicidio en concurso real con delito de homicidio culposo. Roxin por su parte, restándole importancia al desvío causal, determina que sólo existe un dolo de asesinato con ocultamiento. Y existen otros pronunciamientos como los de Maurach en donde establece que si el autor consideró que el delito se consumó y el segundo acto (enterrar), sería independiente y debía ser considerado como imprudencia. Sobre estos planteamientos nosotros consideramos que existe un solo dolo, que en el ejemplo planteado sería el hecho del ahorcamiento con un cable y la mujer debe ser sancionada por el delito de asesinato establecido en el Art. 140 del COIP, refiriéndonos únicamente a la legislación ecuatoriana, debido a que en el presente caso la mujer tendría sólo la conciencia y voluntad de matar a su conviviente, más el momento que lo entierra esta persona cree que ya está muerto su conviviente por lo tanto no actuaría ni con dolo ni con imprudencia o culpa.

12. Error sobre la relación de causalidad

Según Muñoz Conde (2012) en principio las desviaciones inesenciales o que no tienen incidencia en la producción del resultado querido/deseado por el autor no son relevantes y cita el ejemplo de que A dispara contra B con ánimo de matarle, pero solo lo hiere, muriendo B a los pocos días a causa de la gravedad de la herida.

A contrario sensu de lo determinado en el párrafo anterior si existe una desviación esencial que, si tiene incidencia en el resultado como sería por ejemplo que a pesar de que A dispara contra B con el ánimo de matarle, este no muere en el mismo instante o después a causa de este disparo, pero perezca después en el trayecto hasta su traslado al hospital producto de un fuerte choque que sufre la ambulancia donde está siendo transportado. En este caso es claro que A debería ser sancionado a título de tentativa de homicidio pues claramente faltaría la imputación objetiva del resultado a la acción.

13. Error sobre elementos agravantes o calificadores

Como su nombre lo indica este tipo de error se produce cuando el sujeto activo no conoce sobre las agravantes no constitutivas del tipo penal o en determinados casos como lo deja establecido Muñoz Conde (2012) las agravantes del tipo cualificado o privilegiado.

Para ejemplificar esto podríamos decir que X es conviviente de Z y golpea fuertemente a esta última causándole lesiones con incapacidad para el trabajo de nueve a treinta días, lo que constituye el delito de lesiones, pero Z estaba embarazada de un mes y nunca le dijo a X, lo que constituiría un agravante según la normativa del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano. Al no conocer esta situación X deberá ser sancionado únicamente con la pena establecida para el tipo penal de lesiones, mas no por el agravante por el hecho de estar embarazada.

14. Otras clases de error de tipo

Existe pronunciamiento doctrinal también acerca de otras clases de error de tipo, como por ejemplo error sobre los elementos descriptivos, que según Bacigalupo (2004) establece que se da cuando el autor percibe con sus sentidos equivocadamente; mientras que el error sobre los elementos normativos se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente.

Por último, se debe detallar, al igual que lo hicimos con el error de prohibición, que el error de tipo puede ser vencible o invencible, pero con consecuencias distintas al error de prohibición. El error evitable o vencible según Román (2015) es el error que se podía haber evitado si el sujeto hubiera actuado observado el cuidado debido. El sujeto no actúa con dolo, pero se tiene que comprobar si ha actuado con imprudencia, es decir si ha superado el riesgo permitido infringiendo el deber de cuidado que se exige. Por lo que de esta definición podemos concluir que cuando el error es evitable o vencible

deja el remanente culposo, es decir se deberá sancionar a la persona con la pena correspondiente al tipo penal culposo siempre y cuando esté contemplado en la legislación aplicada al caso. Continúa Román (2015), manifestando que el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, no ha observado el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura.

Sobre el error inevitable Donna (2008) sostiene que el autor hace todo lo que era exigible de modo que nada se le puede reclamar. Aunque el sujeto ha puesto toda la diligencia que le corresponde para la actuación concreta, de todas formas, ha caído en el error. De esta definición precisa y contundente de Edgardo Donna se concluye que si la persona incurre en un error de tipo de carácter inevitable o invencible su conducta no es susceptible de una sanción, no es punible por desconocer uno de los elementos objetivos del tipo y descartar el dolo y no existir tipicidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, Nodier. (2007). *Curso de Derecho Penal, esquemas del delito*, tercera reimpresión. Bogotá-Colombia. Temis.
- Bacigalupo, Enrique. (2016). *Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo I*. Madrid. Marcial Pons.
- Basilico, R. (2006). *Norma y error en el derecho Penal*. Córdoba, Argentina: Editorial mediterránea.
- Dahlberg, E., 1965, "On Wisdom and Folly", en *Reason of the Heart*.
- Donna, E. (2006). *Derecho Penal, parte general tomo II*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal, parte general tomo I*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal, parte general tomo III*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal, parte general tomo V*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Donna, Edgardo. (2013). *Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Teoría General del delito – III*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni.
- Duhamel, G., 1933, "avant-propos," *Le Notaire du Havre* (Cfr. Tripp, R. T., 1987, *The International Thesaurus of Quotations*, New York: Harper & Row).
- Gil, A. (2006). *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Gil, A., Lacruz, J., Melendo, M., Núñez, J. (2011). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Goethe, 1808, "Prologue in Heaven", *Faust: Part I*, trad. Philipe Wayne.
- Hessen, J. (1994). *Teoría del conocimiento*. Bogotá, Colombia: Panamericana.
- Jesheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. [traducido al español por Santiago Mir Püig y Francisco Muñoz Conde]. Barcelona: Bosch.

- Jesheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. V edición. Granada: Comares.
- Martinez, S. (2015). El conocimiento y sus elementos y corrientes epistemológicas. Recuperado de: <https://prezi.com/pn-gpggmupxo/el-conocimiento-y-sus-elementos-y-corrientes-epistemologicas/>.
- Medellín, P. (2013). Elementos del conocimiento. Recuperado de: <https://sites.google.com/site/metodologiadelainv631/home/elementos-del-conocimiento>.
- Muñoz, F. (2012). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Voltaire, 1738, *Sept Discours en vers sur l'home*, 3. (Cfr. Tripp, R. T., 1987, *The International Thesaurus of Quotations*, New York: Harper & Row)
- Zaffaroni, Alagia, Slokar. (2000). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires. Ediar.
- Zaffaroni, E. (2004). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Capítulo XIII

LA TRATA DE PERSONAS Y EL PRINCIPIO DE NO PUNIBILIDAD DE LAS VÍCTIMAS

María Elena Castillo Ramos¹⁹⁰ ▪ Viviana Díaz Cruz¹⁹¹

Resumen:

La trata de seres humanos es un mal que aqueja a la sociedad en general, a este fenómeno se lo considera como una forma de esclavitud moderna y constituye una grave violación a los derechos humanos pues atenta contra varios de ellos como la libertad personal, la integridad física, psicológica y sexual, entre otros. Ocupa el tercer lugar de entre los delitos más lucrativos a nivel mundial luego del tráfico de drogas y de armas.

De conformidad al Protocolo de Palermo, instrumento a nivel internacional que ha tipificado el delito de trata de personas estableciendo las modalidades bajo las cuales la explotación de seres humanos puede llevarse a cabo, los estados parte han sido llamados a armonizar la normativa interna en el sentido de tipificar el delito de trata, así como establecer las garantías, lineamientos y políticas de estado necesarias a fin de prevenir y enfrentar el fenómeno de la trata de seres humanos. De la misma forma son los estados responsables de la identificación, protección y asistencia a las víctimas del delito.

¹⁹⁰ Abogada por la Universidad Nacional de Chimborazo. Diplomada en Derecho Constitucional, Ciencias Forenses y Penales Máster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Técnica Particular de Loja. Doctoranda por la Universidad de Lleida de España. Licenciada Ciencias de la Educación Especialidad de Inglés por la Universidad Técnica Particular de Loja. Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

¹⁹¹ Abogada Litigante Consultorio Jurídico Gratuito Universidad Tecnológica Indoamérica sede Quito.

La lucha contra la trata debe abordarse desde una óptica integral de derecho humanos, lo que implica una adecuada identificación de las víctimas que permita por su parte la aplicación de los principios de no punibilidad y de no criminalización que han sido consagrados tanto en el Código Orgánico Integral Penal como en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Sin embargo, existen factores que impiden que estos principios puedan ser aplicados en beneficio de las víctimas del delito de trata, lo cual es materia de análisis del presente trabajo investigativo.

Palabras clave: trata, seres humanos, derechos humanos, punibilidad, víctima, delito.

1. Introducción

Los antecedentes sobre la esclavitud y la trata de seres humanos son tan remotos como la humanidad misma, donde ésta se ha ido presentando de formas distintas y como resultado de diferentes fenómenos como la guerra, procesos colonizadores, la demanda de personas y cuerpos, la pobreza y los constantes flujos migratorios, pero siempre ha llevado consigo implícita la dominación evidenciada en el ejercicio del poder de los más fuertes sobre los más débiles o vulnerables, de los ganadores sobre los perdedores, y de quienes se apropian de otros seres humanos para someterlos y venderlos como mercancía (Ministerio de Gobierno, 2019)

En la actualidad, el fenómeno de la trata de seres humanos está considerado como la esclavitud del siglo XXI y se estima que ocupa el tercer lugar en réditos en la lista de crímenes transnacionales, después del tráfico de drogas y el de armas, con el agravante de que el centro y objeto de sus transacciones es la materialización de las personas, a quienes se les asigna un valor económico según variables como: etnia, edad, género, aspecto físico, entre otras.

La comercialización de seres humanos no es una problemática moderna, ha ocurrido desde varios siglos atrás. En los siglos XVI al XIX fue en donde más predominó la trata de esclavos procedentes de África, los cuales fueron trasladados a diferentes partes del mundo en barcos desde el Océano Atlántico.

En todo este proceso de colonización y esclavitud es en donde se da inicio a la trata de mujeres con la única finalidad de explotarlas; las mujeres africanas e indígenas eran utilizadas como objetos sexuales y para la reproducción de esclavos, lo cual beneficiaba a los explotadores.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas ha definido a la trata de seres humanos como un delito de lesa humanidad, donde este fenómeno, a pesar de ser una grave violación a los derechos humanos, para redes de tratantes es vista como una transacción comercial en la que el ser humano es una mercancía de muy alto valor y que, como objeto, dentro del mercado tiene gran capacidad lucrativa.

El fenómeno de la trata de seres humanos es conocido también como la moderna esclavitud, ha sido considerado como uno de los delitos más execrables cometido en contra de los seres humanos, así como una grave violación a los derechos humanos, donde las personas son objetivizadas, privándolas y restringiendo varios de sus derechos fundamentales, al ser consideradas como objetos o mercancías, generado importantes réditos para los tratantes.

La trata de seres humanos es un fenómeno que se manifiesta de muy diversas formas, en virtud de lo cual se lo considera como un fenómeno camaleónico en virtud de su gran capacidad de adaptación a contextos diferentes y que puede afectar a cualquier persona, dependiendo de su nivel de vulnerabilidad por factores de riesgo presentes en la sociedad y que puede llegar a afectar gravemente la vida de las víctimas de este delito (Cordero Ramos & Cruz Zúñiga, 2019)

A través del presente trabajo investigativo se analiza el fenómeno de la trata de personas como un grave atentado a los derechos humanos; la trata de personas como un delito, sus modalidades y la protección a las víctimas desde un enfoque de derechos humanos y bajo la óptica del principio de no punibilidad a las víctimas de trata.

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo se emplea la metodología de investigación bibliográfica – documental. La investigación bibliográfica se caracteriza por el uso de datos de fuentes secundarias como base de la investigación. Dentro de las principales ventajas de la investigación bibliográfica es que permite cubrir una amplia gama de fenómenos, dado que, abarca una realidad de espacio y tiempo más dilatada (Hernández et al., 2014).

2. Desarrollo

2.1. El concepto internacional y nacional de la trata de personas

Los estudios y la literatura enfocada en el análisis del fenómeno de la trata de seres humanos parte del concepto de trata contenido en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000- Protocolo de Palermo.

En virtud de la norma invocada, se entiende por trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza y otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (Protocolo de Palermo, 2003).

De la definición de trata de seres humanos transcrita se infiere que sus elementos constitutivos son la acción, los medios y la finalidad de explotación, que deben concurrir conjuntamente para que se pueda hablar de trata.

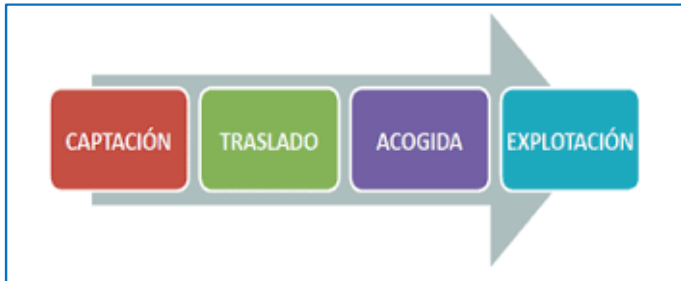


Figura 1. Elementos constitutivos de la trata

Respecto al primer elemento que es la acción, tiene que ver con aquel comportamiento desde que la víctima es captada, pasando por el transporte y el traslado, hasta la acogida o la recepción en su lugar de destino. Por su parte, el segundo elemento constitutivo del concepto de trata consiste en los medios empleados para el cometimiento del delito, el texto de la definición de trata analizado hace referencia a los medios coercitivos, medios fraudulentos y medios de carácter abusivo.

Finalmente, en lo que respecta al tercer elemento, la finalidad de explotación debe verificarse en el proceso de trata, que puede apreciarse bajo múltiples finalidades de explotación, finalidades que casi siempre tienen una traducción económica, más o menos lucrativa (Villacampa & Torres, 2012).

En el Ecuador la normativa aplicable en materia de trata de personas ha ido evolucionando hasta lograr la tipificación integral de la trata de personas como un delito en el Código Orgánico Integral Penal, esto en armonía con lo establecido en Protocolo de Palermo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra

la Delincuencia Organizada Transnacional que establece que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en su artículo 3.

Al respecto, una tipificación integral del delito de trata implica incluir todas las posibles modalidades bajo las cuales se puede presentar el delito de trata y que según la ley penal son sancionadas con una pena de conformidad a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal. Como antecedentes a la tipificación integral del delito, se evidencia un proceso de evolución normativa conforme se puede evidenciar en la Figura 2.



Figura 2. Evolución normativa de la trata

La trata de personas es un delito de acción pública sancionado con una pena privativa de libertad que se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal y que implica la captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación.

La norma invocada concibe además a la explotación como toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un terce-

ro, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De la misma forma, se describe todas aquellas modalidades bajo las cuales se puede presentar el delito de trata; es decir, todas aquellas fuentes o finalidades de explotación. En este sentido, el delito se puede presentar bajo varias modalidades donde la explotación de seres humanos puede originarse en la extracción y comercialización ilegal de órganos, en la explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil, la explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, promesa de matrimonio o unión de hecho servil, la adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes, la mendicidad, el reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley, así como cualquier otra modalidad de explotación (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Consecuentemente, cualquier otra modalidad de captación, transporte y recepción de personas bajo la amenaza, la intimidación, el fraude el engaño con fines de explotación, es decir con la finalidad de obtener un beneficio específico, será igualmente considerada como una modalidad de trata y por lo tanto sancionada conforme a la ley penal.

3. La trata de seres humanos: una violación a los derechos humanos

La trata de personas es una violación a los derechos humanos, la trata constituye una vulneración a los derechos de libertad consagrados en nuestra constitución. Por el delito de trata de personas se atenta contra la vida, la integridad personal, la salud, la autonomía y la libertad de las personas.

La vulneración de los derechos de las víctimas de trata ocurre de forma continua durante el proceso de la trata precisamente en las

zonas de captación, durante su tránsito y al llegar a la zona de destino donde son sometidas a explotación.

Ante la evidente vulneración de derechos humanos que supone la trata, los Estados están obligados a brindar protección integral a las personas que la han sufrido, principalmente a través de su identificación, así como a actuar diligentemente y trabajar en los tres pilares de los esfuerzos anti trata que son la prevención, persecución de tratantes, y la protección de las víctimas sobrevivientes (Busch-Armendariz et al., 2017).

En este sentido, todos los esfuerzos encaminados a proteger a las víctimas tendientes a la restitución de sus derechos vulnerados debe construirse desde una perspectiva centrada en la protección y promoción de los derechos humanos, colocando a la posible víctima en el centro de todas las actuaciones, por encima de otros intereses u objetivos (Cordero Ramos & Cruz Zúñiga, 2019, pp. 87-107).

4. Sobre la trata de personas y la Constitución ecuatoriana

Nuestra Constitución en su artículo 66, numeral 29 establece que los derechos de libertad también incluyen la prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. Puntualizando el rol del Estado respecto a la adopción de medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En esta misma línea y si se analiza de manera comparativa cual es la realidad normativa a nivel constitucional, respecto de la trata en países como en Argentina, Perú, Colombia y México, se evidencia que de igual manera se garantiza la libertad de las personas, prohibiendo expresamente todo tipo de esclavitud. En este sentido la Constitución Nacional argentina en su artículo 15 establece que en la nación argentina no hay esclavos; y, concibe a todo contrato de com-

pra venta de personas como un crimen, responsabilizando a quienes lo celebren, así como a quienes lo autoricen (*Constitución de la Nación Argentina*, 1994).

Por su parte, la Constitución Política de Perú en su artículo 2, numeral 24, literal b, dentro del apartado que hace referencia a los derechos fundamentales de las personas establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, consecuentemente no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas (Constitución Política del Perú, 2021).

Según el artículo 17 de la Constitución colombiana, se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas (Constitución Política de Colombia, 1991).

México también se ha sumado a los esfuerzos internacionales para prevenir y luchar contra este negocio lucrativo; desde 1921 ha suscrito diversos instrumentos internacionales que tienden a combatir la trata de personas (Gallegos, 2018).

En conclusión y luego de una breve revisión de la normativa de los países invocados se evidencia que la concepción de garantizar los derechos de libertad y de enfrentar el fenómeno de la trata, es concordante y armónico.

5. Sobre la protección a las víctimas de trata

La trata de seres humanos constituye uno de los fenómenos criminales emergentes en la sociedad globalizada. La comunidad internacional emprendió una estrategia global contra este fenómeno a comienzos de del año 2000 y actualmente las políticas emprendidas contra la trata pretenden abordarlo de manera integral, incidiendo también en la prevención y esencialmente en la protección de las víctimas (Villacampa & Torres, 2012).

Esto requiere de una respuesta rápida, eficaz, adaptada a cada situación, donde sea analizada y enfrentada desde un enfoque integral de derechos humanos, un enfoque victimocéntrico, donde las víctimas de este delito puedan ser en primera instancia identificadas, para posteriormente recibir el soporte y apoyo adecuado en virtud de su condición de víctimas.

Enfrentar a la trata desde un enfoque integral de derechos supone imaginar a las personas víctimas o a las personas más vulnerables a la trata, como actores clave dentro de una eventual protección y prevención del fenómeno. Éstas deben, por tanto, jugar un rol central en todo proceso individual de restitución de derechos.

En esta línea de pensamiento, el Informe Víctimas de Trata en América Latina, entre la desprotección y la indiferencia elaborado por Women's Link Worldwide, y publicado en mayo de 2017 hace incapié en el hecho de que abordar la trata de personas desde un enfoque de derechos humanos implica entre otros aspectos el identificar no solo a las víctimas del delito una vez que éste ha sido consumado, sino a las potenciales víctimas de trata, lo cual implica evaluar detenidamente cada caso en particular sin descartar la posibilidad de encontrarnos frente a una víctima de trata (Fundació Àmbit Prevenció, 2017).

Se debe además priorizar los derechos humanos sobre la persecución penal toda vez que muchas veces la asistencia a víctimas de trata se encuentra vinculada a su disposición a colaborar o no con los funcionarios encargados de perseguir el delito o de intervenir en los juicios como testigos, y el hacerlo pone en mayor riesgo a las víctimas. Finalmente, es importante contar con lugares de acogida para víctimas de trata de personas en donde puedan recibir atención integral, incluso en la fase de identificación.

De lo analizado en líneas anteriores se desprende que la identificación a las víctimas de trata es un factor importante al momento de proceder con su asistencia protección, toda vez que constituye uno de los primeros requisitos necesarios para evidenciar que en la

práctica se aborda el fenómeno de la trata desde un enfoque de derechos humanos.

Dentro de este ámbito, el Protocolo de Palermo en su artículo 6.1 se refiere a que, cuando proceda y en la medida en que lo permita el derecho interno de cada estado parte, debe proteger la privacidad e identidad de las víctimas, de manera especial previniendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata, sin que de manera expresa se haga referencia a la identificación de las víctimas (Protocolo de Palermo, 2003).

Sin embargo, el Convenio de Varsovia si lo hace de manera expresa al indicar en su artículo 10 la necesidad de contar con personal cualificado para identificar a las víctimas, así como para adoptar las medidas legales encaminadas a hacer posible dicha identificación. De lo cual se infiere la estrecha y armónica relación entre identificación de las víctimas con el pleno ejercicio y la defensa de sus derechos («Convenio de Varsovia de 1929», 2019).

A continuación, se analiza el principio de no punibilidad de las víctimas como uno de los pilares importantes dentro de la asistencia y protección a las víctimas de trata.

7. El principio de no punibilidad de las víctimas de trata

Toda vez que se ha abordado el ámbito de la identificación, protección y asistencia a las víctimas del delito de trata, es preciso analizar el principio de la no punibilidad.

Este análisis en primera instancia nos permite reflexionar sobre el hecho de que la explotación de las personas puede presentarse bajo la modalidad de cometimiento de actos penados por la ley. Es decir que durante el proceso de trata se evidencie que la víctima ha sido explotada para la ejecución de actividades ilícitas.

Ahora, el problema radica en que las víctimas de trata bajo esta modalidad en muchos casos son sancionadas por el cometimiento

de delitos como tráfico de drogas o delitos contra la propiedad, entre otros, sin que la autoridad competente pueda identificarlas previamente como víctimas, antes de sancionarlas como delincuentes.

Es aquí donde la identificación a las víctimas se vuelve primordial como antecedente a la aplicación del principio de no punibilidad.

Antes de abordar este principio es necesario comprender lo que implica la punibilidad. La punibilidad implica aquella situación en que se encuentra quien, por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo (Osorio, 2000).

Sin embargo, hay circunstancias en virtud de las cuales, aun existiendo la infracción penal y su autor, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.

La no punibilidad consiste en la no imposición de una pena, a pesar de ser evidente el cometimiento de un delito. Esto resulta viable conforme nuestra legislación; al existir taxativamente en la ley penal excepciones que absuelven a determinados individuos de cualquier sanción siempre y cuando cumplan las circunstancias necesarias para encasillarse como un hecho no punible (Gallegos, 2018).

En este sentido, si la punibilidad es la posibilidad que se tiene para aplicar una pena a determinada conducta, por el contrario, la no punibilidad se enfoca en aquellas circunstancias en virtud de las cuales, a pesar de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, se puede negar la posibilidad de aplicar una pena o sanción, esto al existir condiciones valoradas por el juzgador en caso de que la ley así lo señale de forma taxativa (Gallegos, 2018)

Este es el caso del principio de no punibilidad de la víctima de trata consagrado en nuestro Código Orgánico Integral Penal en el artículo 93, por el cual ninguna víctima puede ser juzgada por un delito cometido en el contexto de su condición de objeto de trata.

Al respecto, dentro del Manual para la Prevención de Trata de Personas, se resalta dos ideas importantes:

- a) Una persona que ha estado sometida a la trata, más allá de su estatus migratorio, es una víctima y no un delincuente, por lo que bajo ninguna circunstancia debe ser recluido o reclusa en centros de detención o refugios para indigentes, ya que esto puede contribuir al agravamiento de su situación física y emocional.
- b) Las víctimas de trata de personas no deben ser detenidas, acusadas o procesadas, entre otras cosas por haber participado en actividades ilícitas, en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de persona abusada y maltratada o de su condición de víctima (Mexico & International Organization for Migration, 2009).

Sin embargo, en nuestro país no se conoce con certeza los mecanismos utilizados por las autoridades a fin de poder identificar a quienes han sido víctimas del delito de trata de personas con fines de explotación delictiva. Existen varias fundaciones que acogen a mujeres víctimas especialmente del delito de trata interna, es decir dentro del país, no obstante, no se hace referencia a las víctimas de trata que podrían encontrarse privadas de libertad por el cometimiento de determinado delito. Consecuentemente, el principio de la no punibilidad de las víctimas de trata implica que aquella persona que durante el proceso de trata ha sido explotada para el cometimiento de actividades delictivas no es punible por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

8. Las víctimas del delito de trata

Al abordar el principio de no punibilidad de a las víctimas de trata es preciso resaltar lo que la Ley Orgánica de Movilidad Humana establece respecto de quienes son víctimas de trata. La norma invo-

cada define a la víctima de trata como aquella que haya sido objeto de captación, transporte, traslado, entrega, acogida o recepción, en el país, desde o hacia otros países, con fines de explotación de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio para un tercero.

La no punibilidad de las víctimas implica también la prohibición de aplicar sanciones e impedimentos de orden migratorio, por ejemplo, la deportación del país a una mujer víctima de explotación sexual extranjera en condición migratoria irregular (Ministerio de Gobierno, 2019).

El principio de no punibilidad de las víctimas de trata no solamente ha sido consagrado en el Código Orgánico Integral Penal, sino que además la Ley Orgánica de Movilidad Humana establece una serie de principios de actuación en materia de trata de personas dentro de los cuales se encuentra el de la no criminalización y no detención a las víctimas de trata por el cual no se aplicará sanciones de ninguna clase a las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes por la realización de actos que sean el resultado directo de haber sido objeto de estos delitos (Ley orgánica de Movilidad Humana, 2017).

En este sentido, sobre la base de lo expuesto se puede afirmar que nuestro país ha dado fiel cumplimiento al llamado expreso contenido en el Protocolo de Palermo del cual el Ecuador es un estado parte, respecto a la tipificación del delito de trata de forma integral. Adicionalmente, nuestra legislación no solo consagra el principio de no punibilidad de las víctimas de trata, sino que, además, la Ley Orgánica de Movilidad Humana ha previsto el principio de no criminalización que implica el no procesamiento de las víctimas de trata.

A continuación, se revisa algunos casos de países donde también se ha previsto la aplicación del principio de no punibilidad.

Por ejemplo, la legislación argentina ha consagrado de la misma forma el principio de la no punibilidad de las víctimas de trata, mis-

mo que se encuentra descrito en la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, que establece que las víctimas de la trata de seres humanos no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Además, tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante el cometimiento del delito (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

Asimismo, la ley marroquí se preocupa de las víctimas de trata entorno a las cuáles se toman medidas específicas. Es decir que, la ley adopta las medidas necesarias para impedir que las víctimas de trata puedan ser sancionadas por infracciones cometidas mientras han sido víctimas. Así, por ejemplo, el caso de las mujeres explotadas sexualmente que corren el riesgo de ser sancionadas por tener relaciones extramatrimoniales, algo que está penado por el Código Penal marroquí en su artículo 490 (Cordero Ramos & Cruz Zúñiga, 2019, pp. 143-161).

9. Sobre las cifras reportadas respecto a los casos de trata en el Ecuador y la aplicación de los principios en favor de las víctimas de trata

Según las noticias de delitos ingresados en el Sistema de Registro de Víctimas de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, con base en la información aportada por la Fiscalía General del Estado y la Policía Nacional, durante el período comprendido entre enero de 2017 a julio de 2019 en nuestro país se registraron alrededor de 332 casos de trata.

A pesar de contar con una cifra que nos permite tener una referencia a nivel cuantitativo de los casos de trata dentro de un período específico de tiempo, se tiene como supuesto que existe un subregistro de casos de trata ya sea porque la población en general desconoce

los canales de denuncia o porque se quiere mantener oculto o está naturalizado el delito.

De la misma forma, el miedo a enfrentarse a las autoridades, el temor de sufrir represalias por parte de los victimarios, el hecho de no reconocerse como víctimas del delito, son factores que no permiten, que las cifras reportadas de víctimas del delito de trata de personas sean reales.

Además, factores como la falta de conocimiento y preparación por parte de los funcionarios encargados de enfrentar la trata en el país, así como el desconocimiento de temas vinculados a los derechos humanos, la migración, el tráfico ilícito de migrantes así como de las modalidades bajo las cuales el delito de trata se manifiesta en la sociedad, hace aún más difícil la tarea de identificación de víctimas y la posterior aplicación de los principios tendientes a garantizar sus derechos.

10. Conclusiones

El Ecuador al haber ratificado el Protocolo de Palermo ha armonizado su legislación interna con el mandato contenido en aquel referente a la tipificación integral del delito de trata de personas.

Nuestra legislación ha ido evolucionando de manera favorable respecto a lo que tiene que ver con establecer de manera expresa principios de protección para las víctimas del delito de trata como son los principios de no punibilidad de las víctimas, así como el principio de no criminalización o no procesamiento.

Tanto dentro de nuestro país como fuera del mismo, la labor de identificación de las víctimas de trata principalmente, es la que presenta una mayor dificultad al momento de ser ejecutada toda vez que varias modalidades del delito de trata son naturalizadas, es decir socialmente aceptadas, lo que impide identificar a una víctima de trata.

La falta de identificación a las víctimas de trata es la consecuencia y factor fundamental para que los principios consagrados en nuestra normativa interna no puedan ser aplicados. A esto se suma la deficiente capacitación por parte de las autoridades y personal que trabaja para instituciones de lucha contra la trata en materia de derechos humanos, interés superior del niño, trata de seres humanos, género, interculturalidad, etc.

En muchos casos, es más importante detener a delincuentes que identificar y proteger a víctimas del delito de trata de personas.

El desconocimiento del fenómeno de la trata permite que el fenómeno en sí, no sea abordado desde un enfoque integral de derechos humanos, sino desde un enfoque donde se prioriza el ámbito penal y el control migratorio.

Otro factor que imposibilita la identificación, asistencia de víctimas y la persecución del delito es la invisibilidad de los datos respecto a las cifras reales de seres humanos afectados por el fenómeno de la trata.

El fenómeno de la trata de personas se presenta bajo varias modalidades, dependiendo de la forma de explotación. Dentro de éstas modalidades, una de las más frecuentes y más estudiadas dentro de los ámbitos académicos y de investigación está la trata con fines de explotación sexual, en virtud de su incidencia a nivel mundial; sin embargo, la trata para el cometimiento de actividades ilícitas es una modalidad muy poco analizada y que por tanto merece ser estudiada como parte de una política sustentada en la protección y defensa de derechos.

El desarrollo de esta investigación teórica permitirá a futuro realizar un trabajo de esta naturaleza cuyo enfoque principal sean las cifras relacionadas a la identificación de las víctimas de trata de seres humanos en relación con la aplicación del principio de no punibilidad de las víctimas del delito de trata.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Orgánico Integral Penal, (2014). <https://www.defensa.gob.ec>
- Ley orgánica de Movilidad Humana, (2017). <https://www.acnur.org>
- Busch-Armendariz, N. B., Nsonwu, M., & Heffron, L. C. (2017). *Human trafficking: Applying research, theory, and case studies*. Sage.
- Constitución de la Nación Argentina*. (1994). 28.
- Convenio de Varsovia de 1929: Qué es y qué regula. (2019, agosto 20). *Conceptos Jurídicos*. <https://www.conceptosjuridicos.com/convenio-de-varsovia/>
- Cordero Ramos, N., & Cruz Zúñiga, P. (2019). *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos: Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=30626
- Fundació Àmbit Prevenció. (2017). Women's Link Worldwide—Siempre vivas. *Siempre Vivas*. <https://siemprevivas.org/womens-link-worldwide/>
- Gallegos, J. M. F. (2018). *PALABRAS CLAVES: TRATA DE PERSONAS, TRANSNACIONALES, MAFIAS, CLANDESTINOS, COERCIÓN, DISFUNCIONALES, VULNERABILIDAD, VÍCTIMA, VÍCTIMARIO, AMENAZA, CONSENTIMIENTO*.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill.
- Mexico, & International Organization for Migration (Eds.). (2009). *Manual para la prevención de la trata de personas* (1. ed). Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México: OIM.
- Ministerio de Gobierno. (2019). *PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA TRATA DE PERSONAS EN ECUADOR 2019—2030*. <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2008). *Ley 26.364*. Información Legislativa. <http://servicios.infoleg.gob.ar/>
- Protocolo de Palermo, (2003). <https://www.mininterior.gov.co>
- Osorio, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. <https://glifos.umg.edu.gt/library/index.php?title=45794&lang=%20>

%20&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@subheadings=CIENCIAS%20SOCIALES%20%20I.T.%20@mode=&recnum=6&mode=

Trata_personas_ecuador_mfrevelo_vencuentrosubreg.pdf. (s. f.). Recuperado 15 de marzo de 2021, de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/08/trata_personas_ecuador_mfrevelo_vencuentrosubreg.pdf

Villacampa, C., & Torres, N. (2012). *MUJERES VÍCTIMAS DE TRATA EN PRISIÓN EN ESPAÑA*. 84.

Capítulo XIV

**ANÁLISIS JURÍDICO Y PSICOLÓGICO
DEL ENTORNO PENITENCIARIO
EN EL ECUADOR**

*Alejandra Apolo Salazar*¹⁹² ▪ *Antonio Barreno Cisneros*¹⁹³
▪ *Samantha Echeverría Espín*¹⁹⁴

1. Introducción

Con la adopción de la Constitución del 2008¹⁹⁵, el sistema penal ecuatoriano, estaba indiscutiblemente obligado a tener cambios a fin de estar en armonía con el nuevo régimen constitucional; en tal virtud, en relación a las garantías constitucionales previstas y acorde al Código Orgánico Integral Penal¹⁹⁶, se torna indispensable la legitimación de la pena y el tratamiento psicológico adecuado a las personas privadas de la libertad.

192 Abogada por la Universidad Internacional SEK; Especialista Superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; Diplomada Superior en Formación del Sistema Interamericano Derechos Humanos, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide y la Universidad Internacional de Andalucía; Máster (c) en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; PhD (c) en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-España; Diplomada en Docencia Universitaria en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-Argentina. Se desempeña como docente-investigadora en la Universidad Tecnológica Indoamérica sede Quito.

193 Abogado por la Universidad Nacional de Chimborazo, Máster (c) Derecho, Mención Derecho Constitucional por la Universidad Tecnológica Indoamérica. Abogado litigante en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Tecnológica Indoamérica. Docente de Derecho Internacional y Derecho Humanitario en el Instituto Superior Cruz Roja Ecuatoriana. Capacitador nacional e internacional.

194 Psicóloga por Universidad Tecnológica Indoamérica, Máster en Psicología Jurídica y Forense por la Universidad de Otavalo. Psicóloga en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Tecnológica Indoamérica. Capacitadora profesional a nivel nacional e internacional.

195 En Registro Oficial, Nro. 449, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).

196 En Registro Oficial, Suplemento Nro. 180, Código Orgánico Integral Penal (10 de febrero 2014).

Ante los estudios realizados por penalistas y otros profesionales acerca de la finalidad y funcionalidad de las penas y de los regímenes penitenciarios, se puede evidenciar cierto tipo de ambigüedad e improductividad con la imposición de sanciones penales drásticas; por lo que, entre otras causas, se ha generado una corriente de deslegitimización del ejercicio del poder punitivo; a efectos de elaborar el análisis correspondiente, es importante comprender a los autores y las razones por las cuales se ve deslegitimado el ejercicio del poder punitivo.

La evaluación psicológica constituye uno de los instrumentos de investigación más completos e importantes, porque permite recoger datos e información útil para diversos propósitos, en cualquier población y contexto. En el presente trabajo, se abordan las principales características de la evaluación psicológica en población penitenciaria, que va de la mano del contexto jurídico actual. Con este propósito, se aborda el estudio desde la literatura sobre la psicología penitenciaria como una de las principales áreas de la Psicología Jurídica, que permite una mejor comprensión de los aspectos individuales, sociales, culturales y contextuales que componen la realidad de la persona privada de libertad.

2. Evaluación psicológica: definición y conceptos

Para entender la relevancia de la evaluación psicológica en población penitenciaria es necesario definirla y describir su propósito, sus cualidades y sus ámbitos de aplicación.

La evaluación psicológica es un proceso mediante el cual el psicólogo extrae información y conclusiones respecto a los problemas de una persona, su inteligencia, su rendimiento, su capacidad de concentración y trabajo, comportamiento, sus rasgos de personalidad, etc.; esta evaluación se ejecuta por medio de la aplicación de una serie de test objetivos y de una entrevista clínica, misma que concluye con la redacción de un informe.

La Evaluación Psicológica permite y favorece la toma de decisiones objetivas respecto al trabajo que se debe ejecutar en cada caso en particular, así como, también, la vida familiar o de pareja y las relaciones sociales. Por otra parte, los objetivos de la evaluación psicológica se centran principalmente en dar respuesta a las diversas demandas que son formuladas por usuarios e instituciones.

En cuanto a los ámbitos de aplicación, la evaluación psicológica puede vincularse en distintos campos como el clínico, educativo y organizacional. Además, también existen otras áreas específicas en las que la evaluación psicológica resulta de gran ayuda como en el área jurídica, en la que se requiere actuación pericial por parte de psicólogos que a su vez recurren a la utilización de métodos e instrumentos propios de la evaluación, en el ámbito penitenciario, la evaluación psicológica es determinante para la toma de decisiones por parte de las autoridades y personal administrativo de los Centros de Rehabilitación Social – CRS, respecto a procedimientos tales como concesión de permisos, libertad condicional e incluso ubicación de los reclusos dentro de los referidos centros.

3. Antecedentes históricos de la evaluación psicológica

La psicología constantemente se encuentra en un estado de evolución sobre métodos de análisis y recolección de datos, esto con el propósito de contar con herramientas que faciliten el proceso de evaluación en el campo experimental, es por ello que, existe un proceso previo a la inducción de un método en el cual a través de estudios y pruebas de desarrollo se determina si es válido y necesario como un soporte en el desarrollo de la ciencia; esto, además, contrastado con los distintos criterios y aportes por parte del gremio científico en este caso de la psicología.

En este sentido, se entiende que existe un período de tiempo indefinido previo en el cual se van definiendo estos instrumentos y técnicas a la par del acogimiento e interés por parte de los profesionales y la comunidad científica en general, lo cual, representa años

de investigaciones preliminares que han significado los principales cimientos en el área de evaluación, por lo que, resulta de fundamental interés analizar estos momentos dentro de la línea de tiempo respectiva para poder comprender como fueron desarrollados y establecidos hasta su utilización en el presente.

La evaluación en psicología surge a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX conceptualizándose como una disciplina dedicada al análisis de la individualidad a través de la evaluación de características sensoriales, perceptivas y motoras al igual que las funciones psíquicas mediante la utilización de test mentales. En términos cronológicos, se pueden recalcar algunos de los momentos más significativos en la historia de la evaluación psicológica desde 1914, año en el que Woodworth construye el primer cuestionario colectivo de la personalidad, cuatro años más tarde serían utilizados en la toma de los primeros test de inteligencia colectiva: Army Alpha y Army Beta y en 1921 Herman Rorschach daría a conocer la técnica de medida de la personalidad a través del análisis e interpretación de manchas de tinta y su examen psicodinámico.

Por otro lado, en 1935 Vygotsky plantea el concepto de “zona de desarrollo próximo” el cual sería previo a la evaluación dinámica cognitiva y, en lo posterior, David Wechsler se convertiría en uno de los test más utilizados en el campo de la psicología con la “Escala de medida de inteligencia del adulto”. Para 1947 Halsted y Luria con sus obras “Brain and intelligence” y “Restauración de la función tras una lesión cerebral” respectivamente, logran consolidar las bases de lo que sería la evaluación neuropsicológica; al hablar de los principales precursores de la evaluación psicológica, se encuentra, Francis Galton con su obra por la creación del laboratorio Antropométrico en 1884, años más tarde, Alfred Binet, se encargaría de profundizar las investigaciones de Dalton y sugeriría la implementación de test mentales.

A efectos de formular el análisis psicológico y jurídico del entorno penitenciario, es necesario tener en consideración los mencionados avances de la psicología que permita vislumbrar cuales son los

test y técnicas a implementar en los diferentes escenarios en relación al comportamiento de los sujetos en la sociedad. Esto, en íntima relación con la normativa legal vigente y cómo ésta permite o no la convivencia social.

4. Evaluación psicológica en población penitenciaria

El diagnóstico, tratamiento, evaluación y pronóstico son los pilares fundamentales dentro de la psicología, al enfocar la evaluación psicológica en el entorno penitenciario abarca tanto los procesos internos como externos a la prisión mismo, que implican una valoración e intervención sobre las personas que han cometido delitos. La misma se dirige esencialmente a dos colectivos, justicia juvenil y de adultos. En el primer caso, encontramos esencialmente medidas alternativas al centro cerrado, pero, en el segundo, se prioriza el entorno penitenciario.

En este sentido, para definir las características relevantes asociadas al historial del sujeto se realiza una ficha criminológica detallando su número de delitos y clasificación, la sentencia, consumo nocivo de drogas o algún tipo de adicción antes y después del ingreso al sistema penitenciario, tiempo, frecuencia, intensidad, historial académico y otras características propias (Arias y Solís, 2010).

La Psicología en los centros penitenciarios abarca dos funciones esenciales, la primera, es la evaluación de la persona privada de la libertad - PPL (clasificación penitenciara, riesgo de su suicidio, programación del tratamiento más adecuado, reevaluación periódica del tratamiento seguido, informe de pronósticos, etc.) y, en segundo término, el tratamiento del condenado (diseño de programas formativos, programas y técnicas orientadas a mejorar las capacidades de los reclusos, facilitación del contacto del recluso con el exterior).

Es de vital importancia conocer que la evaluación psicológica se encarga de la indagación y análisis de conductas y comportamientos de un individuo o de ciertos grupos de sujetos con la finalidad de

llegar a un diagnóstico, descripción, explicación o valoración de una intervención aplicada; de esta manera, se habla de un proceso de resolución de problemas y buena toma de decisiones que tiene como objetivo otorgar una respuesta que ayudará en el proceso, la evaluación se realiza mediante la utilización de técnicas psicológicas, aplicación de test y/o cuestionarios en un adecuado procedimiento de evaluación y posterior el tratamiento que será previsto por el o los profesionales a cargo (Fernández, 2013).

En este contexto, uno de los modelos de evaluación psicológica más utilizado, es el modelo conductual debido a que el comportamiento de las personas privadas de libertad debe ser entendido desde una perspectiva global que abarca tanto interacciones propias de la conducta individual de las personas y el ambiente; es decir, la experiencia de vida dentro de un contexto social y como este influye en aspectos de la personalidad humana.

Los programas de tratamiento deben estar dirigidos a la prevención de la violencia global, sexual o de género. Asimismo, es relevante mencionar que la evaluación psicológica está relacionada con técnicas y procesos que no solamente definirán el futuro de las PPL, sino que también constituyen un precedente fundamental e importante en su presente. (Crew, 2018).

Como resultado de la evaluación psicológica se puede determinar si cabe la aplicación de las medidas alternativas en la prisión, entre las que se encuentran de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal: suspensión de la ejecución de la pena, libertad condicional, sustitución de la pena de prisión por el arresto de fin de semana, trabajos en beneficio de la comunidad, la conmutación de penas privativas de libertad por expulsión en el caso de extranjeros no residentes, etc.

5. Connotación jurídica de la situación penitenciaria y de ejecución de penas en Ecuador

El autor Yacobucci, destaca que “la deslegitimación de la potestad penal surge, de la creación de espacios represivos que reclaman gastos inmensos” (Yacobucci, 2014) se refiere a recursos que no son utilizados para atender temas sociales que es donde en la mayoría de casos está el conflicto penal; como ya se había anotado anteriormente, el mantener a población económicamente pasiva a lo largo de hasta cuarenta años, significa un desangre económico para el Estado, implica un gasto corriente, que debe cubrir y que, frente al incremento de delitos por falta de política criminal, el rubro irá desenfrenadamente en aumento.

Ahora bien, el sociólogo noruego Tomas Mathiesen, sostiene que “la cárcel y su expansión, tiene sus raíces en profundos conflictos sociales (...)” lo que significa “un arma para un Estado Poderoso” (Mathiesen y Zamuner, 2003).

El sistema penitenciario debe operar atendiendo a las realidades sociales de cada grupo humano, además acarrea otro tipo de consecuencias, como sostiene Mathiesen, referido a la ideología de la cárcel, “la cárcel ayuda físicamente a dividir a la sociedad entre ‘productivos’ e ‘improductivos’” (Mathiesen y Zamuner, 2003), esto, no está alejado de la realidad del país, la población carcelaria se vuelve parte del gasto corriente del Estado, sin que acceda a un verdadero tratamiento, en razón de que, el limitado presupuesto no permite que se den las condiciones de salud, salud mental y las condiciones físicas y de salubridad necesarias.

En el sistema penitenciario ecuatoriano no existe una verdadera motivación para que durante la estancia en la cárcel se genere un adecuado tratamiento para la persona que está sufriendo la restricción a su derecho de la libertad ambulatoria, lo que provoca la vida sin vida de las personas que pueden llegar a permanecer hasta 40 años.

Las noxas psicológicas y los padecimientos del sistema penitenciario ecuatoriano generan graves dramas sociales; sin embargo, se debe plantear una propuesta respecto de cómo subsanar aquellas violaciones de derechos que sufren las personas privadas de libertad. Se debe racionalizar el ejercicio del poder punitivo, desde el trato a las personas privadas de la libertad, la reeducación no solo debe ser para las personas que se encuentran privadas de libertad; sino también para quienes les guardan, es decir, policías y guardias penitenciarios, a fin de que concienticen la no propagación de tratos crueles inhumanos y degradantes.

No son los autores quienes deslegitiman el actuar estatal, sino el propio Estado que con su ineficiencia generó el escepticismo, respecto de la efectividad de las penas como prevención social, ante la carente atención a la población privada de la libertad lo que genera un entorno penitenciario violento cerrando toda posibilidad de una rehabilitación integral.

Es importante estacar que la legitimación de la pena en el sistema penal ecuatoriano, teniendo en cuenta que el Ecuador desde el año 2008, pasó a ser un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, el Estado es el garante del efectivo goce de los derechos y, en consecuencia, para legitimar la restricción de un derecho al imponer una pena, debe ampararse en las disposiciones constitucionales, supraconstitucionales y legales que así lo permitan, tomando en cuenta la finalidad y funcionalidad de la pena impuesta al ciudadano a efectos de que el buen vivir no quede en lírica constitucional.

Desde el punto de vista retributivo, “la pena es una sanción (...) un mal impuesto a un autor como retribución de su hecho”, es decir, opera como la consecuencia de quien ha infringido la norma de conducta (Feijoo, 2007).

El citado autor, sostiene que la pena requiere como presupuesto indispensable una infracción penal culpable; de lo que se infiere que, para se active el aparataje estatal punitivo, es necesario que a la per-

sona a quien le será impuesta la sanción, le haya sido comprobado el acto, típico, antijurídico y culpable.

La legalidad para la imposición de una pena en el Ecuador se encuentra plasmada desde la órbita constitucional; en este sentido, la pena es legal siempre que se sancione por la adecuación de la conducta a la infracción penal, previamente establecida por el legislador, que, en el código penal vigente fue establecida como una restricción de derechos producto de una consecuencia jurídica, lo que a primera vista implicaría que la pena en el Ecuador tiene carácter retributivo; empero, continuando con el análisis es necesario considerar los demás corolarios que posee la pena (COIP, 2014).

En este sentido, una de las primeras concepciones racionalizadoras de la pena, tiene origen en Grecia con los iusnaturalistas y los autores ilustrados, los cuales procuraban una pena utilitarista (Welzel, 2015).

Es esta misma línea, el autor alemán Schmitz cita a Platón respecto de “cuando alguien cometa un acto injusto (...) la ley le enseñará y lo forzará a no osar nunca jamás hacer voluntariamente semejante cosa o a hacerla con menos frecuencia” esto traerá consigo que bien ame u odie a la justicia (Schmitz, 2001).

En contraposición a lo señalado, Günther Jakobs refirió que lo que justificaba la pena era conseguir alguno de los fines, ya sea curativo desde el punto de vista positivo o negativo desde el punto de vista de la intimidación; por lo tanto, parte de legitimar la pena, siempre implicará que, en efecto, ésta cumpla sus fines (Jakobs et al., 2006).

Feijoo Sánchez sostiene que es la misma doctrina que busca mantener la distinción entre fin y función de la pena; en este contexto señala que el fin corresponde a los efectos sociales buscados, mientras que la función responde a los efectos sociales producidos y que, cuando se refiere al fin de la pena se hace referencia a lo que se busca produzca esta, aunque, no lo consiga a plenitud (Feijoo, 2007).

En diálogo con el citado autor, es importante reseñar que dependiendo del entorno penitenciario en el que se desenvuelvan las personas privadas de la libertad no se cumple con el fin de la pena y más bien la función genera que se ahonde o agudice la problemática. Por lo que, el cumplimiento de la pena tiene que considerar su dimensión social.

Para afianzar lo contenido en el ordenamiento jurídico, en este punto, es importante aterrizar en la diferenciación de las teorías de la pena, por cuanto, dependiendo de cual de ellas se aplique se proyecta el entorno del régimen penitenciario. Al respecto, como teorías de la pena se tiene la prevención general y prevención especial: la primera entendida como aquella que busca efectos, con los ciudadanos y la sociedad, mientras que las segundas pretenden que el delincuente condenado no reincida (COIP, 2014).

Específicamente, la teoría de prevención general, se ocupa del cumplimiento de la legalidad de la pena mediante la coacción deja de lado el desarrollo de una política criminal o de una estrategia de organización social; en consecuencia, la prevención general, se orienta al envío de un mensaje de amedrentamiento al ciudadano en general, a fin de que se abstenga de delinquir, en esta prevención, impera el temor a la sociedad frente al cometimiento del delito debido a la derivación de la sanción (Feijoo, 2007).

Por su parte, la prevención especial, busca que “la persona que sufre la pena, no vuelva a delinquir, busca prevenir la reincidencia, hace referencia a la resocialización, reeducación, rehabilitación o reinserción social del delincuente”; busca trascender en la mentalidad de quien delinquiró a fin de que no vuelva a incurrir en la adecuación de su conducta a tipos penales, procura una atención prioritaria y humanizada hacia la persona que cometió el delito; este tipo de prevención, activa el actuar del ente estatal de manera que reintegre al delincuente a la sociedad, creando conciencia en el hecho acaecido negativo (Feijoo, 2007).

Es así que se puede hablar que el fin que persigue la imposición de una pena es invertir la reincidencia del delincuente para ello su orientación judicial, mediante la imposición de la pena privativa de libertad o su sustituto penal o administrativa, ejecución de la pena privativa en sus distintas modalidades o alternativas, es la de dedicar y reinsertar al delincuente.

De esta teoría, se puede analizar el grado de efectividad que pueda tener su aplicación, frente a los altos costos que implica al Estado la atención personalizada de cada individuo que transgredió la norma de conducta.

En este punto concreto se puede evidenciar una concordancia entre lo dispuesto en el texto constitucional con el legal; por cuanto, en el COIP, se le reconoce a las personas privadas de la libertad los derechos y garantías de conformidad con la Constitución e instrumentos internacionales.

6. Características de la población penitenciaria

Las prisiones, por lo general, son instalaciones autorizadas por la entidad gubernamental y forman parte del sistema de justicia de cada país. Así, el conjunto de prisiones, otras instalaciones de cumplimiento de pena, constituyen los fundamentos de la concepción de justicia, los procedimientos (administrativos, judiciales, terapéuticos, relacionales, profesionales, de intervención, etc.) y la organización que las gestiona conforman el denominado sistema penitenciario; es así que la prisión puede considerarse como uno de los ejes principales para la rehabilitación de las PPL.

La población penitenciaria cuenta con varias características, la comúnmente llamada delincuencia proviene de la voluntad de alguien por transgredir o violar normas sociales-legales e incluso morales establecidas. Esa responsabilidad existe y los distintos problemas (salud, drogodependencias, dificultades económicas, concepciones religiosas o políticas, etc.) no justifican la comisión de

ilegalidades, injusticias o crímenes (Añaños et al, 2016). Sin embargo, Gallizo en 2010, menciona que existe un alto porcentaje de internos/as que sufren enfermedades mentales que no han sido adquiridas en los centros de rehabilitación social, sino se han dado a causa de drogodependencias, un bajo nivel educativo, antecedentes de fracaso escolar; la mayoría no han tenido nunca un empleo estable y muchos han padecido en su infancia abusos, malos tratos, abandonos, etc.

7. Marco Normativo en el proceso de rehabilitación

La Constitución ecuatoriana en su Artículo 201 establece que el sistema de rehabilitación social tiene como finalidad “la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos”¹⁹⁷, es decir, el Estado es el mandate para garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos de las personas privadas de libertad, mediante aplicación de políticas que permitan brindar y asegurar los derechos pertenecientes este sector de la población, facilitando los procesos para su reinsertión a la sociedad.

La dura realidad penitenciaria que ha vivido el Ecuador por varios años, ha dejado en evidencia la poca atención y el manejo inadecuado del Sistema de Rehabilitación. De hecho, a partir del 2014, cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal¹⁹⁸, promulgo un cambio prometedor al Sistema de Rehabilitación, manteniendo como eje principal la protección a los derechos de los privados de libertad, a través del desarrollo de sus capacidades, la rehabilitación integral, educativa y la reinsertión social.

En este contexto es indudable que, para alcanzar la protección adecuada, es preciso contar con la presencia de profesionales como psicólogos, psiquiatras, sociólogos y educadores, quienes juegan un papel de suma importancia, ya que son los encargados de aplicar los

197 En Registro Oficial, Nro. 449, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).

198 En Registro Oficial, Suplemento Nro. 180, Código Orgánico Integral Penal (10 de febrero 2014).

modelos, dirigir y re direccionar las motivaciones e intereses de los privados de libertad (Núñez, 2018), lo que contribuirá a propiciar cambios positivos en el Sistema de Rehabilitación ecuatoriano.

La Constitución Ecuatoriana del 2008¹⁹⁹, al hablar del sistema de rehabilitación social, tiene como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad, garantizando una efectividad en el goce de los derechos que la misma reconoce, de hecho se considera como un sector de atención prioritaria de conformidad con lo que estipula el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador ²⁰⁰, permitiendo que el Estado genere las condiciones adecuadas para la protección de sus derechos, entendiendo la especial protección que mantienen por su condición de doble vulnerabilidad.

En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), en el artículo 12, refiere las garantías y derechos de las personas privadas de libertad, determinando el rol importantísimo de la intervención psicológica, señalando: *“la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual y se prohíbe toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura, castigos corporales, castigos colectivos, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona o cualquier forma de trato discriminatorio, cruel, inhumano o degradante”*²⁰¹. Quedando claro que el marco normativo tanto constitucional como infra constitucional prevé el respeto por los derechos de los privados de libertad, avalando el goce de los derechos que se consagran en su favor.

El artículo 701 del Código Orgánico Integral Penal²⁰², con respecto al tratamiento de las personas privadas de libertad determina ciertos ejes del mismo, enfocados en lo laboral; educación, cultura y deporte; salud; vinculación familiar y social, y por último la reinserción positivando el mismo en el reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

199 En Registro Oficial, Nro. 449, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).

200 En Registro Oficial, Nro. 449, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).

201 Registro Oficial, Suplemento Nro. 180, (10 de febrero 2014)

202 Registro Oficial, Suplemento Nro. 180, (10 de febrero 2014)

8. Estado actual de la psicología en los centros penitenciarios ecuatorianos

El Ecuador por varios años, ha dejado en evidencia la poca atención y el manejo inadecuado del Sistema Penal. Para esto, en el 2014 entró en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal, suscitando un cambio prometedor al Sistema Penitenciario, donde se destaca que dentro de las finalidades del Sistema de Rehabilitación Social, debe estar la protección a los derechos, el desarrollo de sus capacidades, la rehabilitación integral, educativa y la reinserción social, para lo cual se requiere indudablemente contar con la presencia de profesionales como psicólogos, psiquiatras, sociólogos y educadores, los cuales juegan un papel de suma importancia, ya que son los encargados de aplicar los modelos, dirigir y re direccionar las motivaciones e intereses de los internos, razón por la cual existe un amplio campo de trabajo en el área de la psicología (Nuñez, 2018), lo que contribuirá a propiciar cambios positivos en el Sistema Penal ecuatoriano.

Como se puede observar hasta ahora, en los principios y garantías fundamentales que se consagran a favor de las personas privadas de libertad, el Estado es el llamado a forjar diversas políticas públicas para una adecuada atención integral, por lo que se delimita una estructura del sistema de rehabilitación social, comprendida de diversos factores entre ellos: la educación, salud física y salud mental, el trabajo, cultura y recreación que son necesarios para generar una inserción social y económica adecuada para las personas privadas de libertad. Las mismas deben estar sustentadas en las distintas teorías y modelos de intervención penitenciaria, las cuales van a contribuir a lograr establecer el comportamiento correcto del recluso y su reinserción adecuada a la sociedad. Al hablar de salud mental hace referencia de la importancia de la psicología como una de las ciencias que participan en la construcción de la realidad penitenciaria como centros de readaptación y no como lugares de encierro o calabozos (González, et al, 2019).

La rehabilitación social comprendida en el sistema penitenciario, se concibe como una herramienta general que permite, a través de un adecuado seguimiento antes, durante y después de la actividad criminal, el cumplir objetivos planteados por el sistema penitenciario.

El campo de acción de un psicólogo en entornos penitenciarios puede dividirse en dos áreas: (a) la evaluación y diagnóstico de los internos y (b) el desarrollo y colaboración de programas de rehabilitación e intervención que se implementan en los reos. Es importante tener en cuenta que cada país mantiene su peculiaridad en temas de evaluación psicológica debido a particularidades culturales, científicas y de legislación (Varela, 2014). Asimismo, es relevante mencionar que la evaluación psicológica está relacionada con técnicas y procesos que no solamente definirán el futuro de las PPL, sino que también constituyen un precedente fundamental e importante en su presente. Para dicha evaluación se realiza una entrevista clínica estructurada a fin de establecer el historial de cada preso ajustado a los parámetros de características psicológicas manejables en un ambiente penitenciario, al igual que el examen de sus funciones mentales. En el Modelo de Atención de Salud en el Marco de Privación de Libertad del Sistema de Rehabilitación Social del Ecuador el tratamiento para las personas privadas de libertad deberá apoyarse en los principios científicos y aplicar las mejores prácticas, no obstante, la Salud Mental de esta población es una de las esferas más importantes puesto que las necesidades de los PPL y las características socio-culturales son proporcionalmente más altas que aquellas de la población en general. En este sentido se mencionan varias de las modalidades de atención que se brindan (Ministerio de Salud Pública, 2018):

- Atención extramural en la comunidad privada de la libertad con en equipo multidisciplinario encargado de trabajar sobre problemas y necesidades prioritarias de esta población.
- Campañas de promoción y prevención de salud en posibles patologías.

- Atención Intramural brindando a los PPL una intervención individual y así desarrollar actividades de atención de morbilidad, preventivas y de promoción de la Salud aplicando servicios integrales por ciclo de vida.

En la evaluación psicológica que se realiza al ingreso o egreso de un centro de privación de libertad, el PPL debe recibir atención de salud, a fin de evaluar la presencia de posibles casos de tuberculosis, tamizaje de VIH y otras infecciones de transmisión sexual, enfermedades infecto contagiosas, verificación de esquema de inmunizaciones, detección de enfermedades catastróficas, casos de discapacidad y la identificación de problemas de Salud Mental con énfasis en ansiedad, depresión, riesgo suicida, consumo problemático de alcohol y otras drogas, trastornos de personalidad y otros que ameriten una atención y evaluación integral (Ministerio de Salud Pública, 2018).

Es de vital importancia conocer que la evaluación psicológica se encarga de la indagación y análisis de conductas y comportamientos de un individuo o de ciertos grupos de sujetos con la finalidad de llegar a un diagnóstico, descripción, explicación o valoración de una intervención aplicada, de esta manera se habla de un proceso de resolución de problemas y buena toma de decisiones que generalmente inicia con un motivo de consulta o demanda, con el objetivo de otorgar una respuesta con la recogida de información relevante que ayudará en el proceso, esto será mediante técnicas psicológicas, aplicación de test y/o cuestionarios en un adecuado procedimiento de evaluación y posterior el tratamiento que será previsto por el o los profesionales a cargo (Fernández, 2013).

9. Implicaciones psicojurídicas

Algunos países de Latinoamérica, en su gran mayoría mantienen problemas en sus diversos sistemas de rehabilitación, evidenciando esta problemática en el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria, transformándose en deficientes condiciones de reclusión tanto físicas como relativas a la falta de provisión de servicios bá-

sicos, debido al uso excesivo de la prisión preventiva, falta de programas laborales y educativos, entre muchos otros, que complican la situación de los Centros de Rehabilitación, por ende su sistema. (CIDH, 2011).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, a solicitud de su Relator sobre los derechos de las personas privadas de libertad, precisó acerca de los derechos fundamentales y refirió que se tratará a las personas privadas de libertad con humanidad, goce de su dignidad y vida, goce de su integridad física, *psicológica* y moral. (CIDH, 2008).

Mediante Registro Oficial de 04 de septiembre de 2020, se publicó el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, instrumento que en el artículo 49 refiere que, el tratamiento de las personas privadas de libertad incluye el sistema y los procesos psicosociales. Esta causa estimula la participación activa y el retorno de las personas en el marco del sistema, posibilitando su rehabilitación y reintegración a la sociedad.

Hay tres consecuencias del encarcelamiento. Según Altamirano Argudo, "(...) afectará al detenido, provocándole más o menos desgaste mental, agotamiento emocional, y también afectará su salud física y mental y mala conducta adaptativa" (Argudo, 2013).

Evidenciamos de esta forma que los sistemas carcelarios tradicionales, hasta ahora no han logrado una rehabilitación integral en las personas que han transgredido la ley, mismas que después de un período en prisión, no se reintegran a la comunidad como ciudadanos respetuosos de la legislación. Siendo necesario el levantamiento de políticas públicas a nivel nacional.

Uno de estos factores esenciales es el aspecto psicológico, ya que hasta la actualidad no existe evidencia de que las personas privadas de libertad, tengan asistencia en salud mental teniendo como resultado un estancamiento y degradación sobre las normas de comportamiento y estrategias para afrontar de una forma sana las situacio-

nes y estímulos aversivos presentes en el entorno en el que viven. Para ello es importante realizar una exploración sobre los recursos profesionales para llevar a cabo una evaluación y una intervención acorde a las necesidades de las personas que viven en estos centros de privación de libertad.

Como se puede observar hasta ahora, en la legislación ecuatoriana nos habla sobre principios y garantías fundamentales consagradas a favor de las personas privadas de libertad, pero esto evidentemente se ve plasmado en documentos y no aplicados en el sistema penitenciario.

Por todo ello, al evaluar el sistema penitenciario será preciso tener en cuenta que la gestión eficaz y las condiciones satisfactorias de las cárceles que no dependerán únicamente de las autoridades penitenciarias. Lo que ocurra en las cárceles estará intrínsecamente relacionado con la gestión del sistema de justicia penal en su conjunto y con las presiones que reciba dicho sistema de parte de los políticos y los ciudadanos en general. Por esa razón, cualquier intento de reforma del sistema penitenciario deberá formar parte de un programa amplio dirigido a hacer frente a los desafíos que plantea la totalidad de la administración de justicia.

El nivel de confianza que se deposita en el sistema de justicia penal en general, y en la prisión en particular, como solución a algunos de los problemas más acuciantes de la sociedad, cuando los gobiernos adoptan un enfoque punitivo, sin tratar de eliminar los factores que dan lugar a conductas delictivas los centros penitenciarios acaban convirtiéndose en lugares que albergan a un número elevado de personas procedentes de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, junto con un número muy inferior de delincuentes peligrosos y violentos.

Las condiciones de vida en una prisión constituyen uno de los factores primordiales para determinar el sentimiento de autoestima y dignidad de las personas privadas de libertad, la calidad del alojamiento, la disposición de los dormitorios, la alimentación y el lugar

en que se sirve esa alimentación, las prendas de vestir que se les permite llevar, el acceso a instalaciones sanitarias, son todos elementos que influyen enormemente en la sensación de bienestar de las PPL. Incluso cuando las condiciones materiales son adecuadas, las condiciones de vida se encuentra el ambiente de la prisión, que viene determinado por el modo de gestión de la prisión y por el tipo de relación que existe entre el personal y los reclusos.

Según las cifras del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la situación penitenciaria al mes de enero del 2019 existían 38.602 personas privadas de la libertad. De las cuales 22.565 contaban con sentencia y 14.118 como parte del proceso penal; siendo 35.754 hombres y 2.848 mujeres; teniendo un hacinamiento del 39,21%. (Defensoría del pueblo, 2019, p. 4-22).

Esto demuestra, una problemática actual la cual está relacionada a la sobrepoblación carcelaria que afecta de manera directa el diario vivir de las personas privadas de la libertad, que no pueden tener las condiciones necesarias para vivir con dignidad durante el proceso penal que tienen pendiente o la ejecución de su pena; así mismo, demuestra un problema con el número de talleres y actividades, y su relación con el número de personas privadas de la libertad, y este a su vez enlazado a la formación de una reinserción futura.

La situación actual de las personas privadas de libertad no es satisfactoria. El análisis dependerá de dos aspectos. El primero apunta al proceso de rehabilitación en los centros de rehabilitación social, a pesar de que la ley determina que existen departamentos especiales para atenderlos y sus funciones para su plena implementación, “deben establecerse en cada centro de rehabilitación social los siguientes departamentos: a) diagnóstico y evaluación, b) asistencial y, laboral”, por lo que en este sentido no hay necesidad de más reformas, sino simplemente para aplicarlo, es decir, en el proceso de rehabilitación, se pueden utilizar diversas herramientas para producir avances y cambios significativos en la vida de cada detenido. Esto no es como recompensa, sino porque la mayoría contradice la ley penal.

Es posible que las personas no tengan espacio para una verdadera rehabilitación social.

Es así que el Estado es el llamado a forjar diversas políticas públicas para una adecuada atención integral, por lo que se delimita una estructura del sistema de rehabilitación social, comprendida de diversos factores entre ellos: la educación, salud física y salud mental, el trabajo, la cultura y recreación que son necesarios para generar una verdadera inserción social. Como se ha ido analizado en el documento, se evidencia la presencia un déficit significativo en los procesos de evaluación e intervención psicológica dentro del entorno penitenciario en el Ecuador, esto debido a la falta de recursos técnicos y profesionales, así como de organización y seguridad dentro de los centros de detención.

En este sentido es importante resaltar que al igual que en los profesionales de la salud también se debe invertir en personal de seguridad dentro de los recintos esto con el objetivo de precautelar la integridad y el bienestar tanto de los internos como de los profesionales que los atienden. La importancia de llevar a cabo este modelo radica en que el modelo vigente evidencia una notable crisis multidisciplinaria la cual a su vez entorpece los intentos por mejorar el sistema. Aspectos como la sobrepoblación, el hacinamiento y la falta de seguridad hacen de este entorno un ambiente hostil, insalubre e inseguro el cual a pesar de no hace mucho haber sido mejorado aun cuenta con serios problemas internos como los ya mencionados que a su vez desembocan en los denominados motines por parte de los internos además de prácticas y costumbres ilícitas como tráfico y distribución de estupefacientes, licor, armas y teléfonos celulares sin mencionar actos de carácter vandálico y violento que muchas veces terminan en decesos por parte tanto de los reclusos como personal administrativo y de seguridad. Es por esta razón que es necesario invertir en la promoción, evaluación e intervención de la salud mental en estos lugares para de esta forma lograr determinar aspectos importantes como factores de riesgo, rasgos de personalidad y reincidencia que ayuden a prevenir y entender de mejor manera cómo

abordar situaciones de crisis al igual que los protocolos y pautas a seguir en este tipo de situaciones.

Dicho en otros términos la evaluación psicológica en el ámbito penitenciario del Ecuador se encuentra en una fase prácticamente inexistente lo cual se refleja en los constantes actos de violencia y peligrosidad perpetrados por los internos que a su vez no cuentan con los debidos procesos psicoterapéuticos y evaluativos que orienten de manera adecuada a las autoridades en temas de contención y precaución. Dicha importancia radica en que gran parte de esta población requiere asistencia psicológica de manera permanente debido

La no desocialización en este proceso del restringido derecho de la libertad ambulatoria, puede cumplir un papel importante en el no desarrollo de recuperación, por lo que, se define como desocialización: "Es un proceso por el cual una persona experimenta la pérdida de su papel en la sociedad y una pérdida asociada de poder o prestigio". (Biodic, S.F).

En tal virtud, debemos procurar la no desocialización en este proceso, ya que encontrándose en un mundo diferente al normal, el individuo podría sentirse excluido de la sociedad y sentirse sin valores y afectado individualmente con su autoestima; y en el momento de querer tratar insertarse a la cotidianidad, pueda notarse que su rehabilitación haya sido productiva y que las actividades laborales dentro de los centros hayan sido de contribución para la sociabilización; y, que de aplicar este concepto, se podrá reducir la reincidencia criminal, generando una sensación de seguridad dentro de la sociedad.

Es importante diseñar y ofertar diversos programas y talleres educativos y laborales individualizados ya mencionados anteriormente, tomando en cuenta las necesidades de cada persona privada de la libertad, por lo cual, el objetivo final de la no desocialización es dar a conocer como funcionaria esta reinserción en la sociedad y debería ser una motivación para que en los Centros de Rehabilitación Social tengan un comportamiento adecuado para ganar méritos para esto.

BIBLIOGRAFÍA

- Argudo, Z. (2015). El bienestar psicológico en prisión: antecedentes y consecuencias.
- Arias, N., y Solís, O. (2010). Evaluación neuropsicológica en internos penitenciarios mexicanos. *Revista Chilena de Neuropsicología*, 113-127.
- Azzolini a. y Otros; (2012). *Los Derechos Humanos en la Prisión*; Editorial Anaya.
- <http://bibliotecadigital.conevyt.org.mx/colecciones/poblacion/reclusos/prision.pdf>
- Añaños, F. & Jiménez, F. (2016). Población y contextos sociales vulnerables: La prisión y el género al descubierto. *Papeles de población*, 22,87.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Biodic. (2021). Qué significa la palabra de socialización <https://www.biodic.net/palabra/desocializacion/#.YAsRWugzbIW>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos..(2011). Informe sobre personas privadas de libertad en las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. OAS. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Crewe, B. (2018). Las dimensiones del encarcelamiento. *Revista para el análisis del derecho InDret*, 10-14.
- Constitución de la República del Ecuador (Publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008; a la actualidad vigente).
- Defensoría Pública del Ecuador. (2012). “Ejes de la Transformación del Sistema de Rehabilitación Social”. Quito. <https://es.slideshare.net/defensorec/ejes-de-la-transformacin-de-rehabilitacin-social>

- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2019). " Informe sobre situaciones violentas registradas en casos de privación de libertad". Quito. <http://docplayer.es/158123454-Defensoria-del-pueblo-de-ecuador-direccion-nacional-de-investigacion-e-incidencia-en-politica-publica.html>
- Ecuador Inmediato. (13 de 01 de 2016). Ecuador tiene la tasa de población penitenciaria más baja de Latinoamérica. Obtenido de http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818794616.
- Fernández -Ballesteros, R. (2013). Evaluación psicológica: conceptos, métodos y estudio de casos. Madrid: Pirámide.
- Feijoo, B. (2007). Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F. 51.
- González, J (2018). Los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Una reflexión doctrinaria y normativa en contraste con la realidad penitenciaria en Ecuador. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, 29(2), <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.29-2.9>
- Gallizo, M. (2010). Las cárceles y los derechos humanos. Reseña de la intervención de Mercedes Gallizo, secretaria general de Instituciones Penitenciarias, en las VIII Jornadas de Pensamiento Crítico Universidad Carlos III, Leganés, Madrid, diciembre de 2009).
- González, L., Adib, R., Leal, A., Hernández, N., y Sala, P. (2019). La psicología penitenciaria: modos de comprender la intervención psicológica por parte de los internos. *Redalyc. Sincronía*, núm. 75, 21-27.
- Ibáñez , C., y Echeburúa, E. (2015). Función y limitaciones del pronóstico en la evaluación diagnóstica en el ámbito de la psicología clínica. *Clínica y Salud*, 18-20.
- Liszt, J. (15 de 02 de 2018). Enciclopedia Jurídica. Obtenido de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm>
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. "Situación Penitenciaria 2018", agosto del 2018. <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. "Situación Penitenciaria 2018", agosto del 2018. <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>

- Ministerio de Salud Pública. (2018). Modelo de Gestión Laboral y de Actividades Ocupacionales en Contexto de la Privación de la Libertad del Sistema de Rehabilitación Social del Ecuador.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos - Subsecretaría De Desarrollo Normativo. (s.f.). La rehabilitación Social en el Contexto Latinoamericano. Varios autores.
- Núñez, N. (2018). Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de la libertad: ¿De victimarios a víctimas? Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Tesis de Maestría.
- Navarrete, B. (2016). 5 años del nuevo modelo carcelario en Ecuador. Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos.
- Organización Internacional del trabajo (2004) ¿Qué es el trabajo decente? Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm
- Piedra, J. (2014). El sistema penitenciario entendido como el derecho a una digna rehabilitación social de las personas privadas de libertad en el Ecuador. <http://186.3.45.37/bitstream/123456789/3488/1/TUAA007-2016.pdf>
- Pública, D. (2016). Derechos de las personas privadas de libertad y modelos para su ejercicio. Quito: EUROSOCIAL.
- Pulecio, N. (2016). El derecho constitucional a la rehabilitación social. Falta de medios adecuados para su cumplimiento. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Quintero, C. J., Jiménez, J. R., Riaño, M. I., & Zúñiga, I. A. (2015). Sintomatología psicológica en población del establecimiento carcelario de Bogotá. Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología, 15(1), 53-66.
- Reglamento de Evaluación de la Conducta y Disciplina de los Internos en los CRS del país. Decreto 441. Art 4. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitacio%CC%81n-Social-SNAI-2020_compressed.pdf
- Sinnaps. (2021). Claves para una Gestión laboral efectiva | <https://www.sinnaps.com/blog-gestion-proyectos/gestion-laboral>

- Spencer, L. M. y Spencer. S. M.(1993). *Competence at work. Models for superior performance*. Nueva York: Wiley & Sons.
- Scarfó, Francisco, Cuellar, María Eugenia y Deborah, Sabrina Mendoza (2016). *Debates: Sobre el rol de la escuela y de los educadores de adultos en las cárceles*, en Gesec – Norte, Nro. 98. pp. 98-107. Argentina.
- Schmitz, H. (2001), *Zur Legitimität der Kriminalstrafe: philosophische Erörterungen*, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 204. Berlin: Duncker & Humblot 93.
- Varela, M. (2014). *Psicología Jurídica y Psicología Criminológica. Temáticas y áreas de interés*. Revista Electrónica de Psicología Iztacala, 18 (1) 1356-136.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Montevideo: B de F.
- Yacobucci, G. (2000). *La deslegitimación de la potestad penal: la crítica al poder sancionador del estado*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. 240.

Capítulo XV

**CORRELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD Y LA NO
REFORMATIO IN PEJUS EN EL SISTEMA
ADVERSARIAL ACUSATORIO**

*Alejandra Apolo Salazar*²⁰³ ▪ *Fabián Salazar Sánchez*²⁰⁴
▪ *Pablo Tapia Bravo*²⁰⁵

*La injusticia en cualquier lugar,
es una amenaza a la justicia en todas partes*

Martin Luther King

1. Introducción

Por la carga de inspiración, el postulado que precede, bien podría servir de un epitafio, cuando se refiere a la aplicación de figuras jurídicas que precautelan los derechos de los procesados, como son, el principio de proporcionalidad y la máxima de no reformatio in pejus en la imposición de una sanción penal en un Estado cons-

203 Abogada por la Universidad Internacional SEK; Especialista Superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; Diplomada Superior en Formación del Sistema Interamericano Derechos Humanos, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide y la Universidad Internacional de Andalucía; Máster (c) en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador; PhD (c) en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-España; Diplomada en Docencia Universitaria en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-Argentina. Se desempeña como docente-investigadora en la Universidad Tecnológica Indoamérica sede Quito.

204 Doctor de Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Ex Fiscal Provincial de Pichincha. Ex Fiscal de fuero de Corte Nacional. Ex Fiscal de la Unidad de Transparencia y lucha contra la corrupción. Catedrático Universitario.

205 Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

titucional de derechos y justicia²⁰⁶. Este trabajo, tiene por objeto establecer cómo los citados principios contribuyen a la efectiva realización de la justicia, como el más caro anhelo de los operadores de jurídicos.

Con la adopción de la Constitución del año 2008²⁰⁷, el sistema procesal penal ecuatoriano, a fin de estar en armonía con el nuevo régimen constitucional, estaba indiscutiblemente conminado a tener cambios; por tanto, se tornó indispensable la legitimación desde el punto de vista legal de las garantías básicas del debido proceso y la tutela judicial efectiva consagradas en la Constitución; y, con la necesidad de regular de manera adjetiva el derecho a recurrir en procesos penales, el ámbito probatorio y la carga de los sujetos procesales respecto del proceso penal; fue entonces que se promulgó, el Código Orgánico Integral Penal - COIP²⁰⁸.

Desde el año 2008, el Estado ecuatoriano se declaró garante de la realización de la justicia, al amparo de las disposiciones constitucionales; en tal virtud, se analiza el alcance de dichos axiomas a fin de que lo consagrado en Montecristi no quede en lírica constitucional.

En este sentido, a efectos de que lo establecido en el texto constitucional no difiera de la praxis, se torna imprescindible, desentrañar el alcance de las figuras sobre las cuales versa este trabajo; su conceptualización y formas de aplicación en el ordenamiento jurídico vigente, a fin de determinar cómo los órganos jurisdiccionales competentes para conocer el recurso de apelación en materia penal, aplican la no reforma del fallo o sentencia, en perjuicio del procesado recurrente y revisan concomitantemente la proporcionalidad de la pena impuesta al procesado en virtud de lo probado en juicio.

206 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. I, "Elementos constitutivos del Estado", cap. primero, "principios fundamentales", art. 1 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 52.

207 En Registro Oficial, No. 449, (20 de octubre del 2008)

208 En Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014)

2. Desarrollo

El sistema adversarial ecuatoriano, por el cual se materializa la consecución de los procesos penales, prevé principios procesales indispensables a fin de evitar erróneas imposiciones de sanciones penales en aplicación de las normas; en este espectro opera el derecho constitucional a recurrir, del cual emerge el principio de no reformatio in pejus.

Por su parte, el principio de proporcionalidad tiene una relación intrínseca con la práctica y carga de la prueba efectuada en la etapa de juicio; este principio sopesará la pena tanto en cuanto se haya aportado aquella prueba de cargo o descargo que a su vez haya logrado o no enervar en estado de inocencia.

3. Derecho a recurrir y la no reformatio in pejus

El derecho a recurrir, también denominado doble conforme, reconocido por los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte, así como por la Constitución de la República y regulado por la ley adjetiva penal ecuatoriana, colma su importancia, cuando se ha dado una sentencia con pena desproporcional al daño o lesión causado al bien jurídico protegido; es decir, cuando el grado de afectación es menor de lo impuesto por el tribunal que conoció el proceso, para lo cual existe el tribunal de alzada o segunda instancia, a efectos de que revise lo realizado por el órgano jurisdiccional inferior y lo corrija de manera adecuada.

Desde un punto de vista epistemológico, el derecho procesal penal, es el medio para que se haga efectivo lo consagrado en la ley sustantiva penal; por lo tanto es el vehículo para que del acto trídico, alcance la verdad histórica en el proceso y por su intermedio, alcanzar el ideal del proceso, que no es más que la realización de la justicia.

La apelación penal en el sistema adversarial ecuatoriano cuando recurre el procesado, responde de manera excluyente en dos vías básicamente: 1) que el procesado concurra a efectos de que se declare su estado de inocencia; y, 2) que se le rebaje la pena impuesta, en aplicación del principio de proporcionalidad, en razón de lo probado en el juicio; ante el escenario de que el único que recurra sea el procesado, no podrá el órgano jurisdiccional empeorar la situación del mismo, no así en el caso de que el adversario también recurra el fallo y solicite que se agrave la pena.

Para el autor argentino Julio Maier, la naturaleza jurídica de este postulado, trae consigo que en el proceso penal se garantice fundamentalmente el debido proceso, el derecho a la defensa del acusado; es una garantía constitucional, vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales y significa: prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, que emita un fallo más adverso que el recurrido²⁰⁹.

Para el autor Fernando De La Rúa “[...] el no agravamiento de la situación obtenida por el recurrente, que garantiza la prohibición, es consecuencia del objeto defensivo del recurso, ya que de lo contrario se privaría al recurso de su finalidad específica, esto es, de obtener una ventaja o un resultado más favorable del proceso [...]”²¹⁰.

Es preciso definir que la no reformatio in pejus significa no empeorar la situación jurídica del procesado, cuando este ha recurrido una sentencia del Tribunal ad quo; en tal sentido, cabe decir, que el procesado hace uso de su derecho a recurrir cuya figura se traduce en la apelación penal.

Al realizar el análisis de la convencionalidad del derecho a impugnar y activar el derecho de doble conforme, se observa lo consagrado en el Art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos

209 Maier, *Derecho procesal penal*. T. 1, 2004, 590.

210 Fernando De la Rúa, *Límites de los recursos. La prohibición de reformatio in pejus en materia penal y civil*, Depalma (Buenos Aires, Argentina, 1991), 214.

y Deberes del Hombre y lo previsto en el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el Ecuador, constitucionalmente se reconoce que al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución 337-12 de fecha 18 de octubre de 2012, ha determinado que “El principio non reformatio in pejus no cabe cuando hay dos partes contrarias recurrentes [...]”.

La Corte Constitucional ecuatoriana, para el período de transición mediante sentencia N° 0001-09-SCN-CC caso No. 0002-08-CN, publicada en el R.O. No. 602 del 1 de junio del 2009; y, la sentencia N° 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, ha expuesto que:

Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus y el doble procesamiento por los mismos hechos.

Una realidad cercana respecto de este principio es lo que ha normado la hermana República de Colombia en su texto constitucional de 1991, estableció que el superior no podrá agravar la pena impuesta por el tribunal inferior cuando el condenado sea el único apelante.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha expuesto²¹¹:

Siendo la reformatio in pejus una garantía procesal en la que el recurso de apelación interpuesto es estudiado por el juez ad-quem en la medida en que los sujetos procesales lo soliciten, el apelante cuenta con la posibilidad de recurrir la parte de la sentencia que le fue desfavorable y en consecuencia, cuando sea apelante único no puede agravarse su situación, pudiendo en cambio obtener del su-

211 Corte Constitucional de Colombia ASALE, «Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario», párr. 1. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-755-98.htm>)

perior una decisión más favorable o cuando menos conservando la inicialmente impuesta.

La prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales, salvo las excepciones que contemple la ley, e impide que el juez de segunda instancia extienda su poder de decisión a aquellos aspectos de la sentencia apelada que no han sido materia de alza. En síntesis, el principio de la no reformatio in pejus es siempre aplicable para el recurso de apelación, cuando se ostente el carácter de apelante único.

El punto 167 de la sentencia proferida el día 2 de julio del año 2004 en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹², manifiesta que “para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. No limitándose a los aspectos formales o legales y que se dirija a una fiscalización exhaustiva y no limitada de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”.

Más recientemente, la Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencia Nro. 768-15- EP/20, de 02 de diciembre de 2020, determinó que de conformidad con el Art. 77 número 14 de la Constitución ha de precautelar que no se vulnere el principio de no *reformatio in pejus*, en razón de que se establece con claridad a nivel constitucional el espectro de protección que otorga este principio.

Es evidente que la no reformatio in pejus precautela el derecho a la defensa; no obstante, al determinar que el juez esté facultado para empeorar la situación del procesado, en el caso de que recurra la fiscalía, subyace en el irrespeto al derecho del ne bis in ídem, por cuanto se estaría juzgando por segundo ocasión al procesado; en términos procesales, se estaría frente a una doble persecución penal²¹³.

212 Corte Interamericana de Derechos Humanos, accedido el 29 de marzo de 2016, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

213 Maier, *Derecho procesal penal*. T. 1, 2004, 624.

4. Principio de proporcionalidad

Desde el punto de vista pragmático se vuelve inverosímil que el procesado pueda o deba mantener una actitud pasiva en juicio y esperar a que fiscalía o la acusación particular demuestren la culpabilidad; más bien, se presenta el escenario de que es la fiscalía quien mantiene una posición pasiva y, quien interactúa en juicio a fin de probar la inocencia es el procesado.

Con la promulgación de la nueva Constitución, cambió el marco constitucional del Ecuador y se consagró el irrestricto respeto a los derechos humanos. En palabras de Luigi Ferrajoli se pasó del Estado en el cual imperaba la mera legalidad para pasar al Estado en el cual impera y debe imperar la estricta legalidad²¹⁴.

Lo expuesto en el párrafo precedente, implicó una proliferación normativa debido a los imperativos constitucionales, así como aquellos compromisos internacionales adquiridos por el Ecuador como miembro de la comunidad internacional, para sancionar delitos de alta gravedad; no obstante, se endureció las penas para los delitos conocidos en doctrina como de poca monta, lo cual va en detrimento del estudiado principio.

Con la promulgación del COIP se estableció el incremento y su acumulación hasta por cuarenta años; lo que se considera desproporcionado e inoficioso, por vulnerar desde todo punto de vista la dignidad de la persona.

Atendiendo al significado meramente idiomático, el Diccionario de la Real Academia Española, señala que el término proporcionalidad implica conformidad o proporción de una parte con el todo de cosas relacionadas entre sí²¹⁵; es decir, traspolado al ámbito jurídico, lo proporcional es aquello que guarda correspondencia entre aquel

214 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 874.

215 RAE «Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario», *Diccionario de la lengua española*, párr. 1, accedido 3 de marzo de 2016, <http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>.

bien jurídico protegido y el daño producido y el margen de la pena a imponer.

Para el autor Carlos Bernal Pulido este principio “[...] es un concepto jurídico de ascendencia germana que aparece en la jurisprudencia constitucional de España y de casi todos los países de América Latina [...]”²¹⁶

Para el referido autor, el principal papel que desempeña el principio de proporcionalidad es “[...] el de criterio para establecer el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante los poderes públicos”²¹⁷.

Una de las definiciones otorgada por los juristas respecto del principio de proporcionalidad señala que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción²¹⁸.

En consecuencia, por proporcionalidad debemos entender aquello que guarda equilibrio; que existe un margen de partida entre lo uno y lo otro, para el caso que nos ocupa, una correlación entre el grado de lesividad y la pena impuesta.

Para el autor argentino Julio Maier, como parte del derecho a la defensa, se tiene el derecho a que el órgano jurisdiccional imponga una sentencia en correlación con la imputación efectuada por el acusador²¹⁹; y más aún que imponga una sentencia de manera proporcional a lo probado en la audiencia de juicio.

216 «Diccionario de Derechos Humanos - Ver 1.0», párr. 1, accedido 29 de marzo de 2016, http://diccionario.prapdi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/114.

217 *Ibíd.*

218 Juan Ramón Capella y Perfecto Andrés Ibáñez, eds., *Las sombras del sistema constitucional español*, Colección Estructuras y procesos (Madrid: Trotta, 2003), 351.

219 Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal. T. 1: Fundamentos*, 2. ed., 3. reimpr (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 568.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional es mandatorio²²⁰ que debe existir la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales; es decir, para que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad debe existir una relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad o magnitud de la sanción de restrictiva de la libertad ambulatoria.

Ante los estudios realizados por penalistas y otros profesionales acerca de la finalidad y funcionalidad de las penas y de los regímenes penitenciarios, se puede evidenciar cierto tipo de ambigüedad e improductividad con la imposición de sanciones penales drásticas.

Como parte de los considerandos del Código Orgánico Integral Penal, consta que de conformidad con el citado artículo 76 de la Constitución se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

Se puede evidenciar que el COIP guarda una serie de contradicciones; por cuanto, si bien prevé garantías como las citadas, también en cada uno de los tipos penales prevé los márgenes de pisos y techos de pena de cada uno de las conductas penalmente relevantes, esa relación entre pena mínima y máxima deberá establecerse mediante lo probado en juicio, de manera proporcional.

Por ejemplo, si en un juicio de robo con muerte, fiscalía esta presta a probar este delito compuesto como tal, deberá probar el robo por un lado y, por otro aportar las pruebas suficientes que demuestren que producto del robo se le causó la muerte al sujeto pasivo y no por causas exógenas al cometimiento del delito.

Para objeto de estudio, se analiza el proceso 17282-2014-0548, seguido en contra del ciudadano Logro Gancino Edison Rodrigo, en la ciudad de Quito, a quien la fiscalía acusó por un delito de robo con lesiones; sin embargo, en audiencia de juicio no logró probar que

220 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, "Derechos", cap. octavo, "derechos de protección", art. 76 número 6 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 59.

el procesado hubiera propinado lesionado a la víctima, empero el Tribunal Quinto de Garantías Penales, de conformidad al Art. 189 inciso tercero del COIP, sentenció a nueve años cuatro meses²²¹.

Ante lo expuesto, surge la proposición jurídica de que si los órganos jurisdiccionales penales no aplican el principio de proporcionalidad en relación de mínimos y máximos de la sanción de la privación de libertad ambulatoria, en virtud de lo demostrado por medios probatorios en la audiencia de juicio, se está frente a un derecho penal subterráneo, lo que configura de vital importancia el derecho a recurrir por parte del procesado, ante lo cual lo ampara además el brocardo latino con carácter de constitucional no reformatio in pejus.

La prueba aportada por los sujetos procesales y lo probado a través de estas, es la que hace que el péndulo entre los pisos y los techos aterrice en una pena proporcional al grado de afectación que provoca la conducta punible; al respecto el autor argentino Maier sostiene que el derecho a la defensa del procesado es indispensable en la audiencia de juicio y que dicha defensa debe ser material, reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, de la cual por regla el imputado debe ser asistido, ya que el derecho procesal penal, no considera al imputado capaz de resistir la persecución penal solo²²².

El proceso referido, fue recurrido por el procesado ante el cual la Sala Penal provincial de Pichincha y, si bien el órgano jurisdiccional de alzada, no empeoró la situación del procesado, ratificó lo dictaminado por el tribunal ad quo; sin considerar la desproporcionalidad de la pena alegada por el abogado defensor, en virtud de lo probado en juicio.

Existen dos grandes momentos en el proceso penal que son: la fase de investigación y la de prueba. En la audiencia de juicio no

221 Proceso penal 0548-2014, accedido el 27 de marzo de 2016, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

222 Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal. T. 1: Fundamentos*, 2. ed., 3. reimpr (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 551.

solo se debe presentar la teoría del caso; sino sostener la misma con aquella prueba que coadyuve para el efecto, es entonces cuando procesalmente se está ante un principio de proporcionalidad, que va de la mano con el principio de contradicción en el aspecto probatorio a efectos de otorgarle las herramientas fácticas al juez a fin de que analice y resuelva.

Como ya se anotó, la fiscalía debe aportar la prueba suficiente a fin de que los jueces puedan resolver de conformidad con el principio *iura novit curia*, lo que trae consigo que resuelvan de acuerdo a su conocimiento en derecho pero con aquiescencia de lo probado en la etapa de juicio; en consecuencia, debe existir una armonía entre lo uno y lo otro.

En la actualidad, por declaración constitucional²²³ y concordancia legal²²⁴, en el Ecuador el titular del ejercicio de la acción penal es la fiscalía; no obstante, la víctima por su parte revisten mayor transcendencia en accionar y protección dado que, quien acapara este rol es la fiscalía, quien en ocasiones omiten el cumplimiento del mismo, al dejar de probar su teoría del caso.

En la práctica se reinvierte la carga de la prueba, para que el procesado pueda resistir el poder punitivo del Estado, debe probar su no participación en el cometimiento de un injusto penal; mientras fiscalía y el abogado patrocinador pueden mantener una actitud pasiva en la etapa del juicio, es la defensa técnica del procesado quien debe y puede probar por todos los medios admisibles siempre y cuando no sean inconstitucionales e ilegales, su no participación en el delito; para corregir lo anotado, es importante, apelar a una posición deóntica de los operadores jurídicos; en especial de fiscales; así como, de los jueces penales quienes actúan en virtud de una potestad estatal.

223 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV, "Participación y organización del poder", cap. cuarto, "Función Judicial y Justicia Indígena", sección décima, art. 195 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 141.

224 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 442. En adelante se cita COIP.

Se vuelve irrefutable que el derecho penal implica el poder del Estado para castigar; no obstante, este poder debe ser proporcional del más fuerte hacia el más débil, al respecto Ferrajoli, señala que se definió a las garantías como la ley del más débil²²⁵, esta caracterización dependerá de las circunstancias en las que se encuentra la persona; siguiendo al mencionado autor, se es el más débil cuando las condiciones se ubican en situación de vulnerabilidad; cuando es víctima, cuando se es investigado y cuando se determina que la persona es victimario.

Siendo necesario atender a los instrumentos internacionales, orientados a una humanización del derecho penal y las penas. La retribución de las penas, implica entre otros parámetros, que la persona deberá ser sancionada de manera proporcional a la falta que ha cometido, por lo tanto deberá atender a la perspectiva constitucional y de los derechos humanos.

Ramiro Ávila Santamaría señala que los derechos humanos son renovadores de la teoría del derecho penal²²⁶, como ya se anotó en líneas anteriores, con el nuevo marco constitucional, se produjo una proliferación normativa de tipos penales, que en palabras del citado autor hace que estemos frente a un código punitivista, “Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente”²²⁷.

La imposición de las penas en palabras de Ferrajoli, se debe realizar en función de la estricta legalidad, analizando vigencia y validez de las normas, dejando de lado la mera legalidad²²⁸, esto generaría en términos pragmáticos la constitucionalización efectiva del derecho penal. Es decir, así una norma esté vigente el COIP, existe el imperativo de implicarla si se contrapone a la Constitución por no ser válida.

225 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 335.

226 Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde es garantismo penal*, 1. ed., Colección profesional Ecuatoriana (Quito: Ediciones Legales EDLE [u.a.], 2013), 33.

227 *Ibíd.*, 41.

228 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 874.

El régimen de penas en el Ecuador con el COIP, estableció penas desproporcionadas en el Art. 55 al permitir que estas se acumulen hasta por un máximo de 40 años; esto puede constituir una declaratoria tácita de una cadena perpetua, teniendo en cuenta las condiciones de vida de los reclusos, el hacinamiento y, en consecuencia la baja en la expectativa de vida de un privado de la libertad.

Este principio de análisis desarrollado por la dogmática alemana y utilizado en los Tribunales Constitucionales de la Europa continental, establece para que una medida pueda entenderse como justificada, el Estado tendrá que probar²²⁹: a) un fin legítimo; b) la medida que vulnera derechos es adecuada o idónea para alcanzar el fin (es decir que existe una causalidad lógica entre medio y fin); c) que la medida es necesaria, es decir que no hay otro medio que sea adecuado para el fin y que no implique una carga menor; y, d) que la medida es proporcional, aquí es donde se realiza un balance entre derechos o entre políticas y derechos para buscar una concordancia práctica entre ambos y lograr optimizarlos.

Esto implica que para realizar el control de constitucionalidad de las leyes, los jueces deberán primero examinar si la norma impugnada constituye efectivamente una posible vulneración en un

229 «Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN», *Animal Político*, párr. 10, accedido 3 de marzo de 2016, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scnj/>. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scnj/>." plainCitation": "«Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN», *Animal Político*, párr. 10, accedido 6 de marzo de 2016, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scnj/>."}, "citationItems": [{"id": "44", "uris": [{"http://zotero.org/users/2673458/items/FBFR47DB"}], "uri": [{"http://zotero.org/users/2673458/items/FBFR47DB"}], "itemData": {"id": "44", "type": "post-weblog", "title": "Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN", "container-title": "Animal Político", "abstract": "La semana pasada la Suprema Corte de Justicia publicó en el Diario Oficial la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 19/2011 que declara inválido el requisito de ser "hijo de madre o padre mexicano por nacimiento" para poder ser Gobernador del estado de Morelos por ser contrario a la Constitución. Las razones de la invalidez que ...", "URL": "http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scnj/"}, "accessed": [{"date-parts": [{"2016", 3, 6}]}], "locator": "10", "label": "paragraph"}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

derecho fundamental. Se deberá entonces en primer lugar detectar el derecho presuntamente vulnerado e identificar si la medida puede o no vulnerarlo. Una vez detectado ello, se deberán analizar una a una las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad.

En la etapa probatoria se busca hacer ver al juez lo que fácticamente él no pudo ver, los hechos y los pormenores acaecidos, a efectos de que determine si tales hechos vulneran el derechos; para esto el operador jurídico debe realizar la debida práctica de la prueba, destacando la su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.

Ahora bien, en términos jurídicos, el fin de la pena constitucionalmente reconocido es la prevención especial positiva, en tanto se consagra la rehabilitación y la resocialización del infractor, en este sentido vemos una contraposición del COIP, el momento que señala en el Art. 52 que la finalidad de la pena es la prevención general²³⁰ lo que implica que puede ser negativa y que de hecho al imponer cuarenta años lo es, más aún cuando se declara que las personas privadas de la libertad son un grupo de atención prioritaria. Es inconcebible, que el propio Estado propugne por aumentar cuantitativamente a quien “atender prioritariamente”.

Para Bernardo Feijoo, desde el punto de vista retributivo, “la pena es una sanción [...] un mal impuesto a un autor como retribución de su hecho²³¹”, es decir, opera como la consecuencia de quien ha infringido la norma de conducta.

El citado autor, sostiene que la pena requiere como presupuesto indispensable una infracción penal culpable²³²; de lo que se infiere que, para se active el aparataje estatal punitivo, es necesario que a la

230 Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *Introducción al derecho penal*, 7. ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 57.

231 Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F, 2007), 51.

232 *Ibíd.*, 49.

persona a quien le será impuesta la sanción, le haya sido comprobado el acto, típico, antijurídico y culpable.

La legalidad para la imposición de una pena en el Ecuador se encuentra plasmada desde la órbita constitucional²³³; en este sentido, la pena es legal siempre que se sancione de manera proporcional por la adecuación de la conducta a la infracción penal, previamente establecida por el legislador²³⁴.

Feijoo Sánchez sostiene que la doctrina que busca mantener la distinción entre fin y función de la pena; en este contexto señala que el fin corresponde a los efectos sociales buscados, mientras que la función responde a los efectos sociales producidos y que, cuando se refiere al fin de la pena se hace referencia a lo que se busca produzca esta, aunque, no lo consiga a plenitud²³⁵.

Subyace reflexionar acerca del grado de efectividad que pueda tener la aplicación de una pena aparentemente proporcional, por haber trasgredido la norma penal y el bien jurídico protegido que aquella recae, frente a los altos costos que implica al Estado la atención personalizada de cada individuo que infringió la norma de conducta.

Ahora bien, de conformidad con los aportes doctrinarios y lo establecido en el COIP²³⁶, aunque este cuerpo normativo niega la finalidad de neutralización de la persona, es evidente que la existencia de una contradicción, al obviar el principio constitucional de proporcionalidad de las penas²³⁷, las cuales no se ajustan a la realidad

233 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, "Derechos", cap. octavo, "derechos de protección", art. 76 número 3 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 59.

234 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 53. En adelante se cita COIP.

235 Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, 56 y 57.

236 Art. 52, COIP

237 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, "Derechos", cap. octavo, "derechos de protección", art. 76 número 6 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 61.

social; es más, condena la reincidencia y como resultado de aquello, observa la peligrosidad del delincuente al imponer la pena.

Al abordar el tema de los principios constitucionales, la mayoría de veces se tiene una concepción de lírica, dudando de si es real la efectiva vigencia y goce de los derechos del debido proceso.

Al respecto, Ramiro Ávila manifiesta que “[...] el reconocimiento formal de ninguna manera significa que, en la práctica, los derechos se cumplan o sean efectivos.²³⁸”, el garantismo implica, el reconocimiento de la verdad histórica frente a la protección de los derechos constitucionales.

5. Conclusión

En conclusión, en el Ecuador, la realidad dista de lo consagrado en el texto constitucional, considerando que los operadores de justicia, con dificultad, están rompiendo el paradigma de la mera de legalidad, en palabras de Ferrajoli, el cambio de paradigma del Estado en el que imperaba la mera legalidad a la estricta legalidad²³⁹, está siguiendo un proceso, para lograr dejar atrás concepciones decimonónicas del derecho.

El principio de proporcionalidad alcanza su cumbre al momento de sentenciar en virtud de lo probado en juicio a través de la prueba practicada, es importante que como operadores jurídicos se genere una conciencia.

En el momento de que un juez no aplica el principio de proporcionalidad está incumpliendo la Constitución, por cuanto evidentemente la sentencia carecerá de motivación o de existir la misma será escueta; el inconveniente no es normativo, es pragmático, los jueces trabajan sobre el máximo de la pena imponible, no sobre el mínimo, no atienden el grado de afectación del delito a la persona y a la so-

238 «Ávila, R-CON-008-Evolución.pdf», 3, accedido 2 de diciembre de 2015, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila,%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf>.

239 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 874.

ciudad, es en este momento cuando se vuelve indispensable una posición deóntica y de concientización a los órganos jurisdiccionales a fin de que impere la perspectiva de imponer proporcionalmente una sanción privativa de libertad así como pecuniaria.

Para lo cual, a pesar de que se parte de la premisa de que el juez conoce el derecho, en la audiencia de juicio invocar el principio de proporcionalidad respecto de lo debatido probado y justificado en la dicha diligencia procesal; exigir los abogados su real cumplimiento.

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ASALE, RAE-. «Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario». *Diccionario de la lengua española*. Accedido 6 de marzo de 2016. <http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>.
- «Ávila, R-CON-008-Evolución.pdf». Accedido 2 de diciembre de 2015. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila,%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf>.
- Avila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde es garantismo penal*. 1. ed. Colección profesional Ecuatoriana. Quito: Ediciones Legales EDLE [u.a.], 2013.
- Capella, Juan Ramón, y Perfecto Andrés Ibáñez, eds. *Las sombras del sistema constitucional español*. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 2003.
- «Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN». *Animal Político*. Accedido 6 de marzo de 2016. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grad0s/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scn/>.
- De la Rúa, Fernando. *Límites de los recursos. La prohibición de reformatio in peius en materia penal y civil*. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1991.
- «Diccionario de Derechos Humanos - Ver 1.0». Accedido 6 de marzo de 2016. http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/114.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Montevideo: Editorial B. de F [u.a.], 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. T. 1: Fundamentos*. 2. ed., 3. reimpr. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- — —. *Derecho procesal penal. T. 1: Fundamentos*. 2. ed., 3. reimpr. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *Introducción al derecho penal*. 7. ed. Bogota: Editorial Temis, 2009.

FUENTES NORMATIVAS

Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

La obra "Apuntes de la realidad jurídica ecuatoriana: Derechos, Justicia y Exigibilidad", formula un estudio del contexto actual acerca de la exigibilidad de los derechos, en razón de que, se vuelve preponderante salir del esquema o paradigma de que la promulgación de una norma per se materializa derechos. Los estudiosos del derecho y los operadores jurídicos deben cuestionarse cómo aplicar la norma y cómo efectivizar el goce de los derechos garantizados a nivel constitucional y supraconstitucional.

El lector recordará aquella frase de Boaventura de Sousa Santos "No hay pensamiento crítico sin un ejercicio de crítica del pensamiento". Este libro, plantea la perspectiva del camino para la materialización de una vida digna, se centra en la búsqueda de mecanismos de acceso a derechos frente a la realidad jurídica del Ecuador, esto, desde el compromiso de desenterrar lo que queda olvidado u ocultado, por ejemplo, el racismo, la violencia de género, las desigualdades. Provoca la reflexión intelectual y señala alternativas de acción.



UIO Acuña E2-02 y Agama.
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ■ ventas@cep.org.ec

P.V.P.: USD 15.00

ISBN: 978-9942-10-647-6



9789942106476